

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408

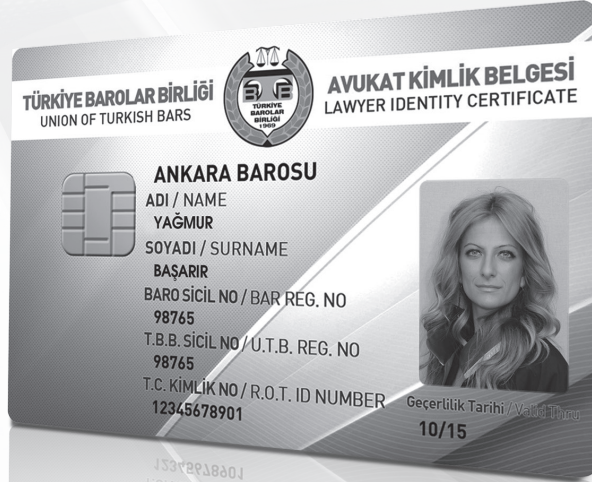




TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAROKART

Tek Kartla, Çok Hizmet!



Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile, Adliyeye gitmeden internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;

- **dava açabilir,**
- **her türlü dosya giderini yatırabilir,**
- **sorgulama yapabilirsiniz.**

www.barobirlik.org.tr

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği

© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department

Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

Genel Yayın Yönetmeni Yrd. / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Teoman Ergül
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Ali Acar
Musa Toprak

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hamit Hancı
Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp ABD
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdal Onar
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özak Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana yayımlanmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmaktadır.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
d) **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale** ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, **sadece eser adı İtaliğe** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir. **Örneğin:** Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
4. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.** **Örneğin:** Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
5. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
6. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
7. Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
8. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
9. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
10. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
11. Yazarlara ve hakemlere “Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği” çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 Aydın AKGÜL

Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı" ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı" / New Right for Protection of Personal Data: "Right to be Forgotten" and the "Google Decision" of the EU Court of Justice

39 Faruk TURİNAY

Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı / The Concept of Terrorist Organization In Criminal Law

85 Mehmet Zülfü ÖNER

İngiltere Hukukunda Nefret Suçları / Hate Crimes in English Law

113 Dilan MIZRAK

Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret ve Sivil İtaatsizlik / Conscientious Objection to Compulsory Military Service and Civil Disobedience

135 Hayrettin YILDIZ

İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İliyet Bağı Meselesi / Le Probleme de Lien de Causalite Pour la Responsabilite de L'administration en Fonction de Risque Social

179 Mahmut ŞEN

Kanun ile Bir Kurumdaki Kamu Görevinin Sona Erdirilmesine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargısal Denetim ve Adalete Erişim Hakkı / Judicial Control of Legal Disputes Related to Termination of Official Duty Through Legislation and the Right to Access to Justice

213 Yasin SEZER / Uğur BULUT

İdarî Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimâli / Possibility of Administrative Action for Unquantified Damages

247 Özgür BİYAN

Avukatların Karşı Taraf Vekâlet Ücretinin KDV Karşısındaki Durumu / The Counterparty Attorney's Fee in Value Added Tax Law

259 A.Savaş DEMİRCAN

Anayasal Vergileme İlkeleri Işığında Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesi / Taxation of Wage Income in Consideration of Constitutional Taxation Principles

275 Selin SERT

İnternet Yoluyla Elde Edilen Kişisel Verilerin Genel Boşanma Sebepleri Arasında Değerlendirilmesi Meselesi / Evaluation of Use of Personal Data Obtained Through Internet As General Grounds for Divorce

293 Mustafa ŞAHİN

Umuma Açık Mahallerde Eser, İcra, Fonogram, Yapım ve Yayınların Kullanılmasına ve/veya İletilmesine İlişkin Hükümler Çerçevesinde Meslek Birliklerinin Durumu (FSEK M. 41) Status of Professional Associations in Accordance with Intellectual an Artistic Works Code (Art. 41)

305 Alper TANRIVERDİ

Sermayenin Azaltılmasına İlişkin Güncel Sorunlar / Current Problems Regarding Reduction of Capital

315 Recep LEVENT

Yurt Dışında Çalışan veya Bulunanlar ile Göçmenlerin Sosyal Güvenliği / Social Security of Citizens Who Residing or Working Abroad and Emigrants

335 Hande Bahar AYKAÇ

Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği / Legal Framework of Child and Young Labor

387 Esra KATIMAN

Yardım Kuruluşu Olmanın Ötesinde Bir Örgüt: Uluslararası Kızılhaç Komitesi / An Organisation Beyond Being a Relief Agency: International Committee of the Red Cross

MAKALELER / ARTICLES

417 Ahmet İYİMAYA

Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği, barolar ve avukatlar olarak yürüttüğümüz mücadelenin ana başlığı hukukun üstünlüğüdür.

Hukukun üstünlüğü'nün, dolayısıyla avukatın etkinliğinin sağlanabilmesi için çağdaş bir hukuk ve staj eğitimi zorunludur.

Hali hazırda mesleğimizin en öncelikli ihtiyaçı, avukatlık sınavıdır. Avukatlık sınavının getirilmediği her geçen gün mesleğimiz biraz daha sürdürülemez hale gelmektedir.

Türkiye'de şu anda bir günlük ila altmış beş yıllık kıdem arasında seksen altı bin avukat bulunmaktadır. Hukuk fakültelerinde ise yaklaşık kırk sekiz bin öğrenci vardır. Bu öğrencilerden kırk üç bininin beş yıl içerisinde avukat olacağı tahmin edilmektedir. Dolayısıyla beş yıl içinde, sayımızın şimdiki sayımızın yaklaşık yarısı kadar artması beklenmektedir.

Öte yandan kontrolsüz şekilde açılmış ve sayısı neredeyse yüze ulaşmış hukuk fakültelerinin pek çoğunun eğitim-öğretim kalitesi de maalesef istenilen seviyede değildir. Devlet veya vakıf üniversitesi olsun pek çok hukuk fakültesi kabul edilebilir standartların altında eğitim-öğretim yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin, 08.01.2010 tarihli 2007/16 E., 2009/147 K. sayılı kararında avukatlık sınavının, hukuk devleti için zorunlu olduğu hükme bağlanmış olmasına rağmen, maalesef aradan geçen beş yılda avukatlık sınavı getirilmemiştir.

Türkiye Barolar Birliği tarafından yetmiş dokuz baro başkanımızın ortak imzasıyla hazırlanan avukatlık sınavına ilişkin bir düzenleme taslağı Adalet Bakanlığı'na sunulmuştur.

Talebimiz karşılıklı görmeyince "Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik Taslağı ve Gerekçesi" hazırlanarak barolarımızın ve meslektaşlarımızın görüşüne sunulmuştur. Taslağımızın meslek kamuoyunda gördüğü ilgi üzerine Yönetim Kurulumuz, barolarımız ve meslektaşlarımızdan gelen görüşlere de uygun olarak 7 - 8 Ekim 2013 tarihli toplantısında, avukatlık stajına başlayabilmek için "staja kabul değerlendirmesi" ve avukatlık stajını bitirebilmek için "staj yeterlilik değerlendirmesi"nde başarılı olma koşullarını getiren yönetmelik değişikliğini kabul etmiştir. Kabul edilen yönetmelik değişikliği, Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesi uyarınca onay için Adalet Bakanlığı'na gönderilmiştir.

Bu arada, 2 - 3 Kasım 2013 tarihlerinde düzenlenen VI. Stajyer Avukatlar Kurultayı'nda yönetmelik değişikliğinin desteklenmesine karar verilmiştir.

Yönetmelik değişikliğimizin Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülmemeye 21.11.2013 tarihinde geri gönderilmesi üzerine Yönetim Kurulumuz, yönetmelik değişikliği konusunda Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine göre direnme kararı vermiştir.

Bu süreçte Türkiye Barolar Birliği 12. Olağanüstü Genel Kurulu 30.11.2013 tarihinde toplanmış ve Genel Kurul, yönetmelik değişikliği konusunda çalışmalarını desteklediğini belirtmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesi gereğince Yönetmelik niteliği kazanan değişikliğimiz yayımlanmak üzere Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü'ne gönderilmiştir. Hazırlanan yönetmelik değişikliğinin Başbakanlık tarafından "içeriği kanuna aykırı bulunarak" Resmi Gazete'de yayımlanmaması üzerine Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 2014/452 esasına kayıtlı dava açılmış, alınan yürütmeyi durdurma kararı üzerine yönetmelik değişikliğinin 17 Haziran 2014 günlü ve 29033 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanması sağlanmıştır. Bu arada yürütmenin durdurulması kararına Başbakanlık'ın itirazı, Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Yürütmenin durdurulması kararı verilmeden önce Yönetmelik değişikliğimizin Resmi Gazete'de yayımlanması, yasa çıkarılarak engellenmeye çalışılmış; TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda görüşülmekte olan ve kamuoyunda "Soma Tasarısı" olarak bilinen "İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun Tasarısı"yla hiç ilgisi olmayan ve aynı zamanda TBMM İç Tüzüğü'ne aykırı olan bir önerge kabul edilmiş, sonuçta 6552 sayılı Kanun'un 94. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesi değiştirilerek maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

Ancak, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemlerle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemez.

Hazırlanan Yönetmelik değişikliğinin iptali amacıyla Adalet Bakanlığı ve bir hukuk fakültesi öğrencisi tarafından aleyhimize iki dava açılmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından açılan dava karşısında savunma dilekçemizi verme sürecinde 6552 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi üzerine ilgili kanun maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle tarafımızdan Danıştay'a başvuruda bulunulmuş, somut norm denetimi yoluyla kanun değişikliğinin Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi talep edilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği, tüm bunların yanında hukuk fakültesi öğrencilerinin avukatlık mesleğine uygun eğitim alabilmelerine yönelik standartları belirleyecek bir ölçme değerlendirme çalışmasına başlamıştır. Bu çalışma kapsamında Türkiye Barolar Birliği bünyesinde yerli ve yabancı uzmanların dâhil olduğu bir kurul oluşturulmuştur. 28 Kasım 2014 tarihinde otuz beş hukuk fakültesi dekanının katılımıyla "Hukuk Öğretimi ve Eğitimini İzleme ve Değerlendirme" toplantısı gerçekleştirilmiştir. Bu toplantıda belirlenen yürütme kurulu, 16 Aralık 2014 tarihinde çalışmaya başlamıştır. Bu kurulun çalışmaları neticelendiğinde, hukuk eğitiminde olması gereken asgari standartlar ilan edilecektir. Belli bir sürenin sonunda standartlara erişemediğini tespit ettiğimiz fakülteler, kamuoyuna duyurulacak, böylece gençlerin tercihlerine, objektif esaslarla yapılmış değerlendirmeler vasıtasıyla ışık tutulacaktır. Ayrıca asgari standartlara erişemediği tespit edilen fakültelerin mezunlarının stajyer olarak kabul edilmemesi düşünülmektedir.

Değerli Meslektaşlarım,

Avukatlık sınavının getirilmesi için bugüne kadar verdiğimiz mücadeleye aynı kararlılıkla devam edeceğiz. Zorlu bir mücadelenin içindeyiz. Birbirimize her zamankinden daha çok kenetlenmeliyiz. Mücadelemiz, meslek itibarımız ve ekmeğimiz içindir.

Bu vesileyle, Türkiye Barolar Birliği'nin seçilmiş bütün kurulları ve çalışanları adına yeni yılınızı kutluyor, size ve sevdiklerinize sağlıklı, mutlu, huzurlu bir yıl diliyorum.

En içten selam ve saygılarımla.

Avukat Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINDA YENİ BİR HAK: “UNUTULMA HAKKI” VE AB ADALET DİVANI’NIN “GOOGLE KARARI” NEW RIGHT FOR PROTECTION OF PERSONAL DATA: “RIGHT TO BE FORGOTTEN” AND THE “GOOGLE DECISION” OF THE EU COURT OF JUSTICE

Aydın AKGÜL*

Özet: Birey hakkındaki yıllar öncesine ilişkin bir veri bile Google gibi arama motorları aracılığıyla çok kısa sürede gün yüzüne çıkmakta, üçüncü kişiler bireyin bilinmesini istemediği kişisel verilere söz konusu teknolojik yenilik sayesinde kolay ve hızlı biçimde ulaşabilmektedir. Bu durum, kişisel verilerin korunması hakkından bağımsız olarak “unutulma hakkı” adı altında yeni bir hakkın giderek tartışılmasına yol açmıştır. Unutulma hakkı, özgürce yaşamını sürdürmek isteyen bireye, artık bilinmesini istemediği geçmişine ait kişisel verilerinin dijital dünyada silinmesini isteme hakkını vermektedir. AB Adalet Divanı, “Google Kararı” ile unutulma hakkına ilişkin bir kısım ilkeler ortaya koymuştur.

Anahtar Kelimeler: Kişisel veri, kişisel verilerin korunması hakkı, unutulma hakkı, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Google.

Abstract: Even a very old personal data may come to light in a very short time through search engines as Google. Due to these technological innovations, third parties can quickly and easily access to such personal data that an individual does not want to be known. This situation has increasingly led to a debate for protection of the right called “right to be forgotten” that is utterly independent from the right to personal data protection. The oblivion right grants an individual a right to request deletion of old personal data that he or she wants no longer to be known from the digital world. With its “Google Decision”, the EU Court of Justice revealed some principles on the right to be forgotten.

Keywords: Personal data, the right to personal data protection, the right to be forgotten, EU Court of Justice, Google.

* Dr, Hâkim

GİRİŞ

İnsan, özgür bir varlık olduğundan, maddi ve manevi varlığını oluşturan yaşamını serbest biçimde sürdürmek istemektedir. Kişisel verilerin korunması hakkının özünde de, yaşamın serbestçe sürdürülme isteği bulunmakta olup, birey kişisel verilerini istediği gibi kullanma veya kullanmama hakkına sahiptir.

Teknolojik gelişmeler, bireylerin kişisel verilerinin elde edilmesini ve işlenmesini kolaylaştırmış; Google gibi arama motorları sayesinde bireylere ait bir bilgiye kolayca ulaşılmaya başlanmıştır. Bununla birlikte, bireyin üçüncü kişilerin gözetiminden kurtulması ve dolayısıyla yaşamını özgür biçimde sürdürme isteği “unutulma hakkı” adıyla yeni bir hakkın ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)’nın 13 Mayıs 2014 tarihinde verdiği “Google Kararı” ile yeniden tartışma konusu olan bu hakkın, teknolojinin akıl almaz boyutta geliştiği günümüzde daha çokça tartışılacağı anlaşılmaktadır.

Bu çalışmada, bireyin, kişisel verilerini serbestçe kullanma isteğinin diğer bir yansıması şeklinde nitelendirilebilecek olan ve son yıllarda giderek kişisel verilerin korunması hakkından bağımsız olarak tartışılan bir hak olan unutulma hakkı ele alınacaktır.

Çalışmada, öncelikle bu hakkın, kişisel verilerin korunması hakkıyla olan ilişkisi ortaya konulduktan sonra, unutulma hakkına yönelik yapılan tanımlar ve bu hakkın özellikleri belirtilecektir. Bundan sonra ise, insan hakları yönüyle unutulma hakkı değerlendirilerek Avrupa ve Amerika’da yapılan yasal düzenleme çalışmaları hakkında bilgi verilecektir. Son olarak ise, konuya ilişkin ABAD’ın “Google Kararı” ve Yargıtay kararı tartışılacaktır.

I. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI

A. Kişisel Veri

Kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgi şeklinde tanımlanmaktadır. Kişisel verilere ilişkin uluslararası düzenlemelerde, örneğin Avrupa Birliği tarafından çıkarılan 95/46/EC sayılı Bireylerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Serbestçe Dolaşımı Karşısında Korunmasına İlişkin Direktif’in 2/a maddesin-

de ve Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 2(a) maddesinde benzer tanıma yer verilmiştir.

Bir kişinin yalnızca özel yaşamı hakkındaki değil, ekonomik ve mesleki bilgileri dahil onun bütün bilgilerini içeren kişisel veri¹; özünde bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve karakterize eden verilerdir. Kişinin adı, adresi, doğum tarihi, medeni hali, tabiiyeti, mesleği, görüntüsü, kanaatleri², fotoğrafı, e-posta adresi, banka bilgileri, kimlik, emeklilik, kurum sicili ve vergi numarası, parmak izi, eğitim bilgileri, sağlık verileri, telefon mesajları, telefon rehberi, mail veya facebook ve tweeter gibi sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları kişisel verileri olarak belirtilmektedir³.

B. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

Kişisel verilerin korunması hakkının temel amacı, bireyin özel yaşamının gizliliğinin güvence altına alınmasını sağlamak ve kamu ile özel sektör tarafından tutulan kayıtlarının korunmasında çeşitli özel usul önlemlerinin alınması yoluyla bireyi korumaktır⁴. Bilgi toplumunda giderek oldukça önemli bir konu haline gelen kişisel verilerin korunması hakkı⁵, bireyin, demokratik bir hukuk devletinde özgür iradesiyle kendi yaşamını bizzat düzenleyebilmesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi, kişiliğinin korunması ve özgür bireylerden oluşan bir toplum düzeninin oluşturulması, ancak bireyin kişisel verilerine ilişkin hakkının korunmasıyla mümkündür⁶.

¹ R. Cynthia Farina, Sidney A. Shapiro and Thomas M. Susman, *Administrative Law of the European Union: Transparency and Data Protection*, ABA Publishing, Chicago 2008, s.139.

² Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Yayınevi, Ankara 2008, s.121.

³ Aydın Akgül, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.9.

⁴ Eric Claes, Antony Duff, Serge Gutwirth, *Privacy and Criminal Law*, Antwerpen-Oxford, Intersentia 2006, s.77.

⁵ Jeremy Warner, "The Right to Oblivion: Data Retention from Canada to Europe in Three Backward Steps", *University of Ottawa Law&Technology Journal*, (2005) 2 UOLTJ 75, s.103.

⁶ Şimşek, s.4.

Danıştay'ın, kişisel verilerin korunması hakkını tartıştığı bir kararında da belirttiği üzere; kişisel verilerin korunması konusu insan hakları kavramı ve insan haklarının korunması alanında yaşanan gelişmelere paralel bir değişim göstermektedir⁷. Nitekim kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı başta olmak üzere insan onuru, düşüncüyü açıklama özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü gibi insan haklarıyla ilgili birçok hakla yakından ilişkilidir.

Avrupa'da temel bir insan hakkı olarak kabul edilen kişisel verilerin korunması hakkı, bazı ülke anayasalarında temel bir insan hakkı olarak anayasal düzeyde açık bir şekilde yer almıştır. 1975 tarihli İsveç Anayasası'nda, 1976 tarihli Portekiz Anayasası'nda ve 1978 tarihli İspanya Anayasası'nda kişisel verilerin korunması hakkına yer verilmiştir⁸.

II. UNUTULMA HAKKI

A. Genel Olarak

Unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır⁹. Nitekim unutulma hakkının yeni bir şey olmadığı düşüncesinde olanlar, bu hakkı; internet ve modern teknolojinin yaygınlaştığı yeni dünyaya uzun zamandan beridir bilinen kişisel verilerin korunmasına ait prensiplerin basitçe yeniden uygulanmaya kalkışılması şeklinde nitelendirmektedir¹⁰.

Bundan öte, unutulma hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasında şu şekilde bir bağlantı kurulabilir. Her iki hakkın özünde, bireyin onurlu yaşaması, kişiliğini serbestçe geliştirmesi ve kişisel verileri üzerinde özgürce tasarruf etmesi yatmaktadır.

⁷ Danıştay 10.D. 14.10.2011, E: 2011/7001(Danıştay UYAP Bilişim Sistemi).

⁸ Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, s.221.

⁹ <http://www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/the-right-to-be-forgotten,s.3>. (E.T.20.5.2014).

¹⁰ Peter Fleischer, "The Right To Be Forgotten, Or How To Edit Your History", <http://peterfleischer.blogspot.com.tr/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>(E.T.07.4.2014).

Nitekim kişisel verilerinin korunması konusunda Avrupa'da çığır açan en önemli bir kavram olan “*enformasyonel self-determinasyon hakkı*”, Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1983 yılında verdiği “Census-Nüfus Sayımı” kararında oluşturduğu, insan onuru ile kişiliğinin serbestçe geliştirilmesi hakkına dayandırdığı bir kavramdır¹¹. Mahkeme, Alman Anayasası'nın, insan onurunun korunması ile kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına ilişkin maddelerini yorumlayarak, bireyin kişilik hakkının temelini oluşturan bu iki kavramın, enformasyonel self-determinasyon hakkını da içerdiği¹², herkesin kendisine ait verilerin kullanımı ve devri konusunda esas olarak belirleme hakkına sahip olduğu sonucuna varmıştır¹³.

İnsanlığın başlangıcından itibaren aslında unutmama bir kural, hatırlama ise istisna olmuştur. Ancak, dijital teknoloji ve global ağlar sayesinde bu kural tersine dönmüştür. Bugün, oldukça yaygınlaşan teknoloji sayesinde, unutmama istisna, hatırlama ise olağan haline gelmiştir¹⁴.

Kişisel verilerin korunması hakkının tarihsel süreçteki gelişimi ile nihayetinde korunması arzulanan ve amaçlananın, bireyin kişisel verilerinin korunması olduğu hususları birlikte dikkate alındığında, “unutulma hakkı”na ayrı bir hak olarak neden ihtiyaç duyulduğu sorusu akla gelmektedir.

Kişisel verilerin korunması hakkının temel unsurları arasında yer alan bireyin kişisel verilerine yönelik sildirme hakkı, yaşamını özgürce sürdürmesi adına her zaman yetmeyebilmektedir. Her türlü kişisel verinin sınırsız biçimde kayıt altına alındığı bir kere kayıt altına alınmasından sonra hızlı ve geniş paylaşım nedeniyle ortadan kaldırılmasının oldukça zor olduğu günümüz teknolojisinde, bireyin üçüncü kişilerin gözetiminden kurtulma ve dolayısıyla yaşamını özgür biçimde sürdürebilme isteği unutulma hakkına olan ihtiyacı ortaya çıkarmaktadır.

¹¹ Julie Ringelheim, *Processing Data On Racial or Ethnic Origin For Antidiscrimination Policies: How to Reconcile the Promotion of Equality with the Right to Privacy*, NYU School of Law, New York 2006, s.25.

¹² Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010, s.71.

¹³ Şimşek, s.116-117.

¹⁴ Viktor Mayer-Schönberger, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, USA 2011, s.2.

Gerçekten de günümüzde kişilerin kendilerine ait ve herkesin bilmesini istemedikleri özel hayat alanları, elektronik haberleşme teknolojileri vasıtasıyla yok edilme tehlikesiyle karşı karşıya bulunmaktadır¹⁵. Bu açıdan çok acil bir soruna işaret ettiği belirtilen unutulma hakkının, bireyin başta internet olmak üzere dijital dünyadaki izlerinin yani geçmişinin kendi talebiyle silinip silinemeyeceği tartışmasının bir sonucu olduğu ifade edilmektedir¹⁶.

B. Tanım

Uluslararası akademik çevrelerde, unutulma hakkının karşılığı olarak, *"the right to oblivion"*¹⁷ veya *"the right to be forgotten"*¹⁸ kavramları kullanılmaktadır.

Öncelikle, bu konuda görüşler yelpazesi bulunduğunu belirtmek gerekir. Unutulma hakkını, özellikle kişinin kendisine ait veriye erişmesi, verinin düzeltilmesi, yasal dayanağı bulunmayan kişisel verilerin işlenmesi durumuna itiraz hakkı şeklindeki prensipler gibi uzun süredir yerleşmiş kişisel verilerin korunması prensiplerinin basitçe yeniden gruplandırılması, nitelendirilmesi olarak görenler de bulunmaktadır¹⁹.

Unutulma hakkı; bireyin, dijital hafızada yer alan fotoğrafı, kimlik bilgisi, adresi ve diğer kişisel içeriklerinin kendi talebi üzerine bir daha geri getirilemeyecek biçimde ortadan kaldırılması şeklinde tanımlanmaktadır²⁰.

"Kişilere, dijital geçmişte internet üzerindeki haklarında yer alan rahatsız edici içerikleri veya üzerinde hak sahibi oldukları kişisel verileri silme ve

¹⁵ Hayrunnisa Özdemir, "Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:2009, C:XIII, S:1-2, s.285.

¹⁶ Serdar Güleler, Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:2012, S:102, s.221.

¹⁷ Napoleon Xanthoulis, "The Right To Oblivion In The Information Age: A Human-Rights Based Approach", s.84-98, [http://www.davidpublishing.org/show.html?10594\(E.T.20.5.2014\)](http://www.davidpublishing.org/show.html?10594(E.T.20.5.2014)); Warner, s.75.

¹⁸ Rolf H. Weber, "The Right to Be Forgotten, More Than a Pandora's Box", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 120, 2(2011), s.120-130.

¹⁹ Fleischer, "The Right To Be Forgotten, Or How To Edit Your History".

²⁰ Güleler, s.226.

*daha fazla yayılmasını önleme hakkı*²¹ şeklinde de tanımlanan unutulma hakkı; genel olarak, bireyin kendisinde veya üçüncü kişilerin elinde bulunan kişisel verilerini kontrol etme ve mümkün olduğunda silme hakkı olarak ifade edilmektedir²².

Bu hak yoluyla birey, sahip olduğu ve özellikle silinmiş kişisel verilerinin üçüncü kişiler tarafından artık izlenememesini veya takip edilememesini amaçlamaktadır²³. Ayrıca unutulma hakkı sosyal medyada bireyin kendisi hakkındaki kişisel bir veriyi tamamıyla kontrol etme hakkı olarak tanımlanmakta olup, özellikle bireyin dijital dünyada kişisel verilerini sildirme hakkıyla ilişkilendirilmektedir²⁴.

Unutulma hakkını, bireyin internet ortamında yer alan ve üçüncü kişilerin bilmesini istemediği kişisel verilerinin silinmesini, dolayısıyla dijital dünyada unutulmayı, hatırlanmamayı isteme hakkı şeklinde tanımlayabiliriz. Bu bağlamda, unutulma hakkının, bireyin geçmiş ile geleceğini serbestçe şekillendirme dolayısıyla dijital dünyada kişisel verilerini özgürce kullanma veya kullandırmama isteğinin doğal bir sonucu olduğunu belirtebiliriz.

C. Özellikleri

Unutulma hakkı, ilk bakışta bir ütopya ve başarılabilir bir olgu olarak görülebilir. Bunun yanında, bu hakka karşı çıkanların ortak söylemi, *“şayet unutulmak istiyorsanız basitçe ilk başta hatırlanmayacaksınız”* şeklindedir²⁵. Ancak bu hak, bireye yaşamına *“yeni bir başlangıç”* yapma fırsatı sağlamakta olup; bireyin hayatının önceki aşamalarında yaptığı yanlışlar nedeniyle engellenen sosyal ve ekonomik yaşamını yeniden şekillendirmesini cesaretlendirme anlamında oldukça yararlıdır²⁶. Bu nedenle, unutulma hakkı, bireyin belirli bir zaman ölçeğinin

²¹ Şebnem Ahi, “Unutulma Hakkı (The right to be forgotten)” <http://www.bilisimhukuk.com/2014/02/unutulma-hakki-the-right-to-be-forgotten/> (E.T.20.5.2014).

²² Allyson Haynes Stuart, “Google Search Results: Buried If Not Forgotten”, North Carolina Journal Of Law & Technology, Volume 15, Issue 3: Spring 2014, s.463.

²³ Weber, s.121.

²⁴ Xanthoulis, s.85.

²⁵ Sanna Kulevska, “The Future of Your Past: A Right to be Forgotten Online?”, June 24, 2013 <http://www.chillingeffects.org/international/weather.cgi?WeatherID=769> (E.T.05.6.2014).

²⁶ Xanthoulis, s.85.

deki kişisel verileri üzerinde bağımsız olarak hak sahibi olmasına dayanmaktadır²⁷.

Esas olarak bireyin kişisel verilerinden özel bir bölümünün silinmesini isteme hakkını içeren unutulma hakkının²⁸; pozitif ve negatif olmak üzere iki hakkı içerdiği belirtilmektedir. Pozitif hakkı içermesi yönüyle, bireyin "*geçmişini kontrol etme*", "*belirli hususların geçmişinden silinmesini ve hatırlanmamayı isteme hakkı*" şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Negatif hak yönü ise kendisi hakkındaki bir kısım bilgilerin üçüncü kişilerin kullanmamasına veya hatırlanmamasına yönelik yükümlülüğü ve unutulmayı isteme hakkını içerdiği ifade edilmektedir²⁹.

Bu bağlamda unutulma hakkı; bir kişinin kendisi hakkındaki bilgileri kapsamlı ve geniş biçimde yeni bir silme hakkı olarak da görülmektedir. Söz konusu kişisel verilerin içeriği doğru olabileceği gibi yayınlamanın yasal dayanağı bulunabilir veya üçüncü kişi tarafından yayınlanmış olabilir. Bu hakkın; bireylerin fotoğraf, internet günlüğü gibi kendileri hakkındaki içerikleri silmek için üçüncü şahısları zorlamayı içermesinin yanında geçmişteki cezalarına ilişkin bilgilerin veya haklarında olumsuz yorumlara neden olabilecek bilgi ve fotoğraflarının kaldırılmasını isteme hakkını tanıdığı kabul edilmektedir³⁰.

Diğer taraftan bu hak, bireyin geçmişindeki belirli yönlerinin mümkün olmayacak biçimde hatırlanmaması için önlemler alınmasını gerektirmektedir³¹. Bireyin unutulma hakkı yönündeki talebi sonrasında verinin kontrolünden sorumlu kişinin veriyi silme veya yok etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu verilerin kullanımının ve işleme konulmasının ifade özgürlüğü kapsamında görülmesi, hukuki zorunluluk olması veya kamu yararının bulunması hallerinde veriyi kontrol edenin bu talebi reddetme hakkı vardır³².

²⁷ Weber, s.121.

²⁸ <http://www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/the-right-to-be-forgotten,s.3>. (E.T.05.6.2014).

²⁹ Xanthoulis, s.85.

³⁰ Fleischer, "The right to be forgotten, or how to edit your history".

³¹ Xanthoulis, s.87.

³² Ahi, "Unutulma Hakkı (The right to be forgotten)".

III. İNSAN HAKLARI YÖNÜYLE UNUTULMA HAKKI

A. Özel Hayatın Gizliliği

Bireyin kişiliğinin bir yansıması olarak kabul edilen yaşam alanı³³ içerisinde özel yaşamı da bulunmaktadır. İnsan bir yönüyle herkese açık olan topluma katılma duygusunu ve diğer yönden toplumdan uzaklaşma arzusuyla kendine özgü özel ve gizli alanında yaşama isteğini beraber taşımaktadır³⁴.

Son yıllarda teknolojinin hızla ilerlemesi ve internetin yaygınlaşması sayesinde kişilerle ilgili bilgilerin yaygınlaşması ve internet yoluyla bu bilgilere erişimin çok kolaylaşması, kişisel verilerin hukuka aykırı biçimde yetkisiz ve çoğu zaman kötü niyetli kişilerin eline geçmesine neden olmuş, böylece kişilerin özel hayatına ilişkin kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak alenileşmesi korkusu ortaya çıkmıştır³⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)'nin 8. maddesinde yer alan özel yaşama saygı hakkı altında korunan "*mahremiyet hakkı*"nın, bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilmesi şeklindeki hukuki çıkarlarını da içerdiği ifade edilmektedir. Zira bireyin kendisine ait herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması ve bu bilgilere başkalarının ulaşmaması kısacası kişisel verilerinin mahrem kalması konusunda hukuki menfaati bulunmaktadır³⁶.

Hemen belirtmek gerekir ki kişisel verilerin korunması hakkı ile özel hayatın gizliliği hakkının temel çıkış noktaları örtüşmektedir³⁷. Esasen birçok ülkede, özel hayatın gizliliğinin tanımlanması sırasında kişisel verilerin korunması hakkı ile bağlantı kurulmaktadır³⁸.

³³ Mustafa Dural, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul 1987, s.142.

³⁴ Yusuf Ziya Polater, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Adalet Yayınları, Ankara 2010, s.5.

³⁵ Volkan Sırabaşı, İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2007, s.193-194.

³⁶ Gülşay Arslan Öncü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.182.

³⁷ Chris Reed and John Angel, Computer Law, Oxford University Pres, New York 2003, s.418.

³⁸ Electronic Privacy Information Center, Privacy&Human Rights: An International Survey of Privacy Laws and Developments, Washington D.C. 2004, s.1.

Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hakkıyla iç içe geçen unutulma hakkının korunmasına yönelik yapılacak düzenlemeler, aslında bireyin özel hayatının gizliliğinin korunmasına hizmet edecektir.

Nitekim 2012 yılının başlarında Avrupa Komisyonu'nun adalet, temel haklar ve vatandaşlıktan sorumlu üyesi Viviane Reding tarafından yapılan açıklama ile yeniden gündeme gelen unutulma hakkı, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması alanlarında dikkat çeken yeni bir hak olarak tartışılmaya başlanmıştır³⁹.

B. İnsan Onuru

İnsan onuru, bireyin özgürlüğünün temeli ve eşitliğin ölçütü olarak kabul edilmektedir⁴⁰. İnsan onuruna saygı ile; tüm düzenin odak noktasında bulunan insanın bağımsızlığı, ilk ve en temel hakkı olarak anlaşılan kişilik hakkının korunması amaçlanmaktadır⁴¹.

İnsan onuruna yönelik olarak Anayasa Mahkemesi; kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının, insan onurunun korunmasını sağladığını; insan onuru kavramının, insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını anlattığını belirtmiştir⁴².

İnsan onuru açısından unutulma hakkına bakılacak olursa, bu hakkın ısrarla savunulmasının altında yatan en önemli faktörün, birey hakkında sosyal medyada yer alan zarar verici bir bilginin onun şeref ve onuru ile yaşamını tamamen yok etme potansiyelinin bulunması olduğu ifade edilmektedir. Nitekim bireylerin, "Google araması"ndaki bilgilerinin kaldırılması isteklerine yanıt olarak, Google tarafından ilk başta internet sitelerini kontrol edemedikleri cevabı verilmiştir⁴³.

Özel hayatın gizliliği hakkının ihlali ve insan onuru yönünden unutulma hakkını değerlendirenlere göre; Google gibi arama motor-

³⁹ Gülener, s.220.

⁴⁰ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2011, s.25.

⁴¹ Zafer Gören, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y:6, S:12, 2007, s.24.

⁴² Anayasa Mahkemesi, 5.7.2012, E:2012/7, K:2012/102, 6 Ekim 2012 T. ve 28433 sayılı R.G.

⁴³ Stuart, s.463.

larının acımasızca geçmişe ait kişisel verileri indekslemesi ve bunları sınıflandırması, bu alandaki sorunun temel kaynağını oluşturmaktadır. Önceleri bir rafta kaybolan resmi gazeteyi kimsenin okumaya gitmediği, bugün ise resmi gazete ve diğer gazetelerin elektronik ortamda yer aldığı, dahası bir kişinin Google'da basit bir şekilde adını yazdığına geçmişte kaybolan bir kişisel verinin yeniden gün yüzüne çıkabildiği belirtilerek bu durumun insan onuruna bir saldırı ve özel hayatın gizliliğinin ihlali olduğu savunulmaktadır⁴⁴.

Unutulma hakkı ile bireyin onurlu yaşama hakkı arasında ilişkiyi açıklamaya çalıştığımız bu noktada Danıştay'ın, bireyin kişisel verilerinin basında yer almasını, *"bireyin onurlu ve saygın yaşama hakkı"* çerçevesinde değerlendirerek verdiği kararı belirtmek gerekir.

Yüksek Mahkemeye göre; *"davacı, herhangi bir şekilde dayanak gösterilemeyen suçlamalarla karşı karşıya bırakılmıştır. Bu suçlamalardan dolayı kamuoyunda hakkında şüphe ve tereddütler doğan davacının, toplumdaki her birey gibi onurlu ve saygın yaşama hakkı ağır bir şekilde zedelenmiştir."* Belirtilen gerekçeyle, olayda davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu tespiti yapılarak *"kişilik hakları ağır biçimde saldırıya uğrayan"* davacının uğradığı manevi zararının tazmin edilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁴⁵.

Bu itibarla unutulma hakkına aykırı olarak bireyin başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerinin rızasına aykırı olarak internet ortamında uzunca bir süre ve gereksiz biçimde yer almasının ve silinmemesinin, kamuoyunda hakkında şüphe ve tereddütlerin doğmasına yol açabileceğini dolayısıyla onurlu bir şekilde yaşamını sürdürmesine engel olabileceğini belirtebiliriz.

C. Haberleşme ve İfade Özgürlüğü

Unutulma hakkı ile haberleşme hakkı arasındaki ilişkiye değinecek oluşumuzun nedeni, unutulma hakkının tanınması halinde haberleşme özgürlüğünün ihlal edileceğine yönelik endişelerin bu-

⁴⁴ Victor Salgado, "Can I delete my data from Google?", <http://www.privacy-europe.com/blog/can-i-delete-my-data-from-google/> (E.T.15.06.2014).

⁴⁵ Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, s.88.

lunmasıdır. Ancak buradaki endişe, haberleşme özgürlüğünden çok bununla yakından bağlantılı bir kavram olan iletişim özgürlüğünden kaynaklanmaktadır.

Haberleşme; günlük hayatta insanların, grupların ve toplumların birbirleriyle olan ilişkilerinde bilginin oluşturulması, paylaşılması, anlaşılandırılması ve geliştirilmesi sürecinde kullandıkları bir araçtır⁴⁶.

Özel yaşamın gizliliği kapsamında korunan "*haberleşme özgürlüğü*"nün ötesinde, toplumsal ve kamusal alanda yer alan iletişim özgürlüğü, insan haklarına saygının ve demokrasinin olmazlarından kabul edilmektedir⁴⁷. Bununla birlikte haberleşme araçlarının akıl almaz boyutlarda geliştiği, cep telefonları ile bütün bilgilere ulaşılabilirdiği günümüz teknolojisindeki gelişmeler, insanların özel yaşamlarının gizliliğini bozucu endişeler oluşturmuş, kişisel verilerin korunması konusunda ulusal ve uluslararası kuruluşların önemle durmaya başlamasına neden olmuştur⁴⁸.

AİHM'in "Google" sitesine erişimle ilgili verdiği Ahmet Yıldırım/Türkiye kararında da belirttiği üzere internet; kişilerin ifade ve bilgi edinme özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik olarak günümüzdeki başlıca araçlardan birisi olup ifade özgürlüğü, haber veya bilgi alma ve verme özgürlüğünün tamamlayıcı bir unsurudur⁴⁹.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, haberleşme ve ifade özgürlüğü ile bireyin temel hakları arasında adil bir dengenin kurulmasıdır. Esasen AİHM, söz konusu kararında; AİHS'nin 10. maddesinin yalnızca haber verme hakkını değil aynı zamanda toplum için haber alma hakkını da güvence altına aldığını ancak ihtilaf konusu engellenmenin, keyfi sonuçlar doğurduğunu ve bu bağlamda sadece uyumsuzluk konusu siteye erişimin engellenmesinin hedeflendiğinden söz edilemeyeceğini zira bu tedbir kararının "Google Sites" kapsamında açılan tüm sitelere erişimin genel olarak engellenmesinden ibaret olduğunu belirterek Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁴⁶ Ömer Gedik, Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Kitle İletişim Özgürlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.39.

⁴⁷ Kaboğlu, s.310.

⁴⁸ Nuri Tortop, "Çağımızın Önemli Sorunu: Kişisel Bilgilerin Güvenliği Sorunu", *Amme İdaresi Dergisi*, Y:2000, C:33, S:3, s.2.

⁴⁹ [\(E.T.20.6.2014\)](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{).

Anayasa Mahkemesi de “Twitter” kararında, milyonlarca kullanıcı bulunan bir sosyal medya ağı olan “twitter.com” sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir⁵⁰.

Bu açıklamalardan sonra belirtmek gerekir ki, haberleşme özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ile unutulma hakkı arasında adil bir denge kurulması gerektiği kuşkusuzdur. Diğer bir ifadeyle, kamu için hayati önem taşıyan bir bilgi dışında, bireyin rızasına aykırı olarak kişisel verilerinin hem de uzun süre internet ortamında yer alması haberleşme özgürlüğü ve ifade özgürlüğü çerçevesinde kabul edilemez. Aksi durumun bireyin üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemediği bir bilgi ile internet ortamında sürekli biçimde tehdit altında yaşamasına bunun da hayatını özgür ve serbest biçimde sürdürememesine neden olacağı açıktır.

IV. UNUTULMA HAKKINA YÖNELİK YASAL DÜZENLEME ÇALIŞMALARI

A. Yasal Düzenleme İhtiyacı

Bilgi ve iletişim teknolojisindeki hızlı gelişme kişisel verileri oldukça kolay bir biçimde dünya genelinde paylaşılır hale getirmiştir. Bu yeni teknolojiler büyük faydalar sunmakla birlikte kişisel verilerin kötü amaçlı kullanılması hususunda yeni sorunlar oluşturmuş; bu sorunlar ülkeler tarafından kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenleme yapılmasını zorunlu kılmıştır⁵¹.

Unutulma hakkına yönelik yasal düzenleme çalışmalarının, Avrupa’da 2010’lu yıllarda başladığı⁵² görülmekle birlikte kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenleme hareketlerinin 1960’lı yıllara kadar uzandığını belirtmek gerekir.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi 02.4.2014 Başvuru No: 2014/3986, 3.4.2014 T. ve 28961 sayılı R.G.

⁵¹ Aydın Akgül, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, *Danıştay Dergisi*, Y:2013, S:133, s.25.

⁵² Weber, s.120.

Bilginin küresel boyutta paylaşımının kolaylaşması, yalnızca ulusal düzeyde değil uluslararası düzeyde de kişisel verilerin korunması zorunluluğu sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Konseyi, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü/Organization for Economic Cooperation and Development(OECD) gibi uluslararası kuruluşların kişisel verilerin korunmasına yönelik uluslararası düzeyde kurallar belirlediği görülmektedir⁵³.

AİHS, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, BM ve OECD Rehber İlkeleri gibi düzenlemeleri yapan söz konusu kuruluşların, bireyin özel hayatının gizliliği hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı ile yakından ilişkili olan unutulma hakkına yönelik de gerekli düzenlemeleri yakın zamanda yapacaklarında kuşku bulunmamaktadır.

B. Yasal Düzenleme Çalışmaları

Dijital hafıza ve/veya kişisel verilerin tutulması bağlamında unutulma hakkı, sadece son zamanlarda temel bir hak olarak önerilmektedir. Ancak onun arka planındaki düşüncenin, Kıta Avrupası ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yıllardır yapılagelen bir tartışma konusu olduğu ifade edilmektedir⁵⁴.

Unutulma hakkına yönelik kanun çalışmalarından ilkinin, Fransa'da 2010 yılında, internette unutulma hakkının oluşturulmasına yönelik yapıldığı görülmektedir. Kanun çalışması hakkında çok fazla somut bir bilgi bulunmamakla birlikte kanun teklifinin, ilgilinin isteği veya makul bir süreden sonra e-mail ve telefon mesajlarının tamamıyla yok edilmesi konusunda internet ve telefon firmalarına yükümlülük getirilmesine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır⁵⁵.

Unutulma hakkı üzerindeki hukuki tartışmaların ise, Avrupa Birliği (AB) Komisyonu'nun, 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi'nin yeniden gözden geçirilmesi yönündeki önerisinin ardından arttığı görülmektedir⁵⁶. Komisyon, 2010 yılının Kasım ayında, anı-

⁵³ Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, s.346.

⁵⁴ Weber, s.120.

⁵⁵ Weber, s.120.

⁵⁶ Xanthoulis, s.84.

lan Direktifin devam eden revizyonu kapsamında sunduğu teklifle⁵⁷, bireyin, internette yer alan ve artık işletilmesi veya tutulması gereksiz olan kişisel verilerini sildirebilmesi yönünde unutulma hakkının kabul edilmesine öncülük etmiştir⁵⁸.

Unutulma hakkının, AB'nin kendi dijital dünyasını meydana getirme çabasının tamamlayıcı bir unsuru biçiminde değerlendirilmesi gerektiği görüşünde olanlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre; bu hakkı ortaya çıkaran düzenlemenin arka planında AB'nin dijital hizmetleri sunan şirketlerle kullanıcılar arasındaki ilişkisine yeni biçim verme amacı güdülmekte, şirketlerle bireyler arasındaki ilişkinin basit, şeffaf ve hesap verilebilir bir boyuta sahip olmasının sağlanmasına çalışılmaktadır⁵⁹.

Unutulma hakkı, halen yürürlükte olan 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi'nin yerini alması amacıyla Avrupa Komisyonu tarafından Ocak 2012'de teklif edilen Direktifin 17. maddesinde tanımlanmıştır⁶⁰. "Unutulma ve silinme hakkı" başlıklı 17. maddede, unutulma hakkının koşulları yer almakta olup veri öznesinin kişisel verileriyle ilgili her türlü bağlantının, kopyanın ve örneğinin silinmesini talep etme konusunda kişisel verileri üçüncü kişilere açıklayan veri sorumlusuna yükümlülük öngörülmektedir.

Düzenlemenin birinci fıkrasında kullanıcıya ait verilerin hangi durumlarda silinmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır. Buna göre eğer veriler çok uzun süredir toplanış amaçları çerçevesinde kullanılmıyorsa ve kullanıcı da söz konusu verilerin saklanmasına rıza göstermiyorsa "veri denetçisi" (controller) kullanıcıya ait verileri gecikmeksizin silmekten ve daha fazla yayılmalarının engellenmesinden sorumludur. Ancak ifade özgürlüğünün korunması, genel sağlığı ilgilendiren bir konuda kamu yararının olması gibi şartların varlığının yanı sıra tarihsel, istatistiksel ve bilimsel amaçlar ile Birliğin veya üye devletlerin hukuk sistemlerinin gerekli kıldığı durumlarda veri denetçisi veriyi tutma ve saklama hakkına sahiptir⁶¹.

⁵⁷ Weber, s.120.

⁵⁸ Stuart, s.465.

⁵⁹ Gülenler, s.232.

⁶⁰ <http://www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/the-right-to-be-forgotten,s.3>. (E.T.25.6.2014).

⁶¹ Gülenler, s.234.

Kıta Avrupası'nda bu yönde adımlar atılırken, AB Komisyonu'nun söz konusu teklifi, ABD'de negatif yönde karşılanmıştır. Unutulma hakkı, potansiyel olarak sosyal medyada ifade özgürlüğünü kısıtlayacağı ve internete sansür getireceği düşüncesiyle ABD'de oldukça eleştirilmiştir⁶². Esasen Amerika'da, Avrupa Birliği'nin, ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğünü temel bir değer olarak görmediği düşünülmektedir⁶³. Bu düşüncenin nedeni, Amerika'dan farklı olarak Kıta Avrupası'nda, unutulma hakkının; şeref, onur ve özel yaşam gibi çeşitli unsurları kapsayan kişilik hakkı içinde kabul edilmesi olduğu belirtilmektedir⁶⁴.

V. UNUTULMA HAKKINA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ'NİN "GOOGLE KARARI" ve YARGITAY KARARI

A. İnternet

Çok fazla miktarda kişisel verinin paylaşıldığı bilgi otobanı olarak da nitelendirilen internet⁶⁵; iki veya daha çok sayıda bilgisayarın birbirleriyle bağlantısı anlamına gelen bilgisayar ağlarının aralarında yeniden bağlantı kurmaları sonucunda oluşan ve bu şekilde giderek büyüyüp gelişen, dünya çapında yaygın bilgisayar ağlarına dayalı bir iletişim sistemidir⁶⁶. Tartışmasız biçimde yaşamlarımızı değiştiren internet, düşüncelerin değişimini, kişiler arası iletişimi, eğlenmeyi sağlayan dünya çapında sürekli bir dinamik forum oluşturmuştur⁶⁷.

Bilgiye olan ihtiyacı karşılamada en büyük kaynak görevi gören internet⁶⁸, günümüz teknolojisinde, kişilerin birbirleriyle yazılı, sesli ve görüntülü şekilde iletişim kurabildiği en son kişisel ve kitle iletişim yöntemidir⁶⁹. Timesnewspaper Ltd/Birleşik Krallık kararında bu hu-

⁶² Stuart, s.465.

⁶³ Steven C. Bennett, "The "Right to Be Forgotten": Reconciling EU and US Perspectives", *Berkeley Journal of International Law*, Volume 30, Issue 1, Article 4, s.173.

⁶⁴ Weber, s.121.

⁶⁵ Habip Oğuz, *İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.26.

⁶⁶ Kayıhan İçel, Yener Ünver, *Kitle İletişim Hukuku: Basın, Radyo-Televizyon, Sinema-Video, İnternet*, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2012, s.429.

⁶⁷ Stuart, s.463.

⁶⁸ Sırabaşı, s.133.

⁶⁹ Gürsel Öngören, *İnternet Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları*, İstanbul 2006, s.8.

susa işaret eden AİHM; internet sitelerinin, büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde, toplumun gündemdeki olaylara erişimini sağlamaya ve genel biçimde bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağladığını belirtmiştir⁷⁰.

Bununla birlikte bir kitle iletişim aracı olarak internet, birtakım sorunları da beraberinde getirmiştir⁷¹. İnternette yer alan kişisel verilerin çoğu bireyin yaşamını doğrudan etkilemektedir. Yaşamın değişik anlarında gerek kamu organları gerekse özel sektör tarafından bireylere ait kişisel veriler toplanmakta ve tutulmaktadır. Bireylerin yaşamında önemli bir rol oynayan bu veriler, örneğin, bir iş veya sertifika başvurusunda, bankadan kredi çekilmesinde incelenmektedir. Dolayısıyla birey hakkında birçok önemli karar bu verilere dayanılarak verildiğinden bu verilerin doğruluğunun, güvenilirliğinin ve yanlış biçimde değiştirilmemesinin sağlanması oldukça önemlidir⁷². Ayrıca kişisel verilerin bireylerin özel hayatlarını yaşanılmaz hale getirecek şekilde gereksiz ve uzun süre internette tutulması, bireyin başta kişisel verilerinin korunması hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkı olmak üzere unutulma hakkını da ihlal etmektedir.

B. Arama Motorları ve Google

Büyük bir cadde köşesine benzetilen internette, herkesin bir sanal sandığının bulunduğu ve istediği zamanda bu sandığa bilgilerini koyarak eriştiği ancak arama motorlarının her bir bireysel sandığı sonuçta da caddeleri kontrol ettiği belirtilmektedir⁷³.

Yıllardır etrafımızı çevreleyen arama motorları, büyük ölçekli metinlerden bilginin elde edilmesi veya açığa vurulması için pratik bir uygulamadır. Google ve Yahoo gibi arama motorları, dünyanın dört bir yanından gönderilen milyonlarca sorgulamaya terabaytlarca veri arasından tarama yapmak suretiyle hızlı biçimde yanıtlar vermekte-

⁷⁰ [\(E.T.01.7.2014\)](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{).

⁷¹ İçel ve Ünver, s.433.

⁷² Chander Anupam, Gelman Lauren, Radin Margaret Jane, Securing Privacy in the Internet Age, Stanford University Press, California 2008, s.111.

⁷³ Stuart, s.467.

dir⁷⁴. Facebook ve Google gibi büyük sosyal paylaşım ağlarının bireylere özgürlük sunduklarına inanılmakla birlikte bu hizmetler için ödenen bedelin, gerçekten oldukça yüksek olduğu, yıllardır, özel hayatın gizliliğinin ihlali ve asla silinmemiş şekilde bir bedelin ödendiği de ifade edilmektedir⁷⁵.

1998 yılında hayata geçirilen Google, arama hizmetinden hareketle kullanıcıların bilgilerine erişim sağlayarak internet üzerinden neye, ne kadar tıkladığı vs. gibi bilgileri, kullanıcıların tüketim alışkanlıklarının bir profilini çıkarmaya çalışarak ve bunu da kullanıcılarla IP adreslerini ilişkilendirerek toplamaktadır⁷⁶.

Aslında Google, her birimizin internette ne zaman ve neyi aradığını, onları tıklayınca ne tür sonuçlara ulaştığımızı bilmektedir. Yine Google, yaşamımızdaki büyük değişiklikleri, örneğin düğünden sonra ev için ne eşyası aldığımızı, sağlıkla ilgili ne tür araştırmalar yaptığımızı, hatta yeni bebeğimizi çok iyi bilmektedir. Bu detaylar bizim hafızamızdan gereksiz olmaları nedeniyle silinip gitmesine karşın, Google'ın böyle bir şansı bulunmamaktadır⁷⁷.

Tüm bu nedenlerden dolayı Google, kişisel verilerin korunması konusunda en çok eleştiriyi alan şirketlerden biri konumuna gelmiş, Uluslararası Gizlilik Örgütü'nün "Gizlilik Muhalifi" olarak nitelendiği ve gizlilik güvenilirliği en düşük kurumlar arasında yer almıştır⁷⁸.

AB ülkelerinde kişisel verilerin korunması konusunda otorite kuruluşların, unutulma hakkına ilişkin yaklaşımlarına bakıldığında, Google'ın kişisel verileri uzun süre tutmasına yönelik olarak bireylerin lehine karar verdikleri gözlemlenmektedir.

Google'ın kişisel verileri toplama ve işleme amacının, daha uygun arama sonuçları ve reklamlar göstermek, daha iyi hizmet vermek

⁷⁴ W. Bruce Croft, Donald Metzler, Donald Strohman, Search Engines And Information Retrieval In Practice, Pearson Education, Inc., Boston USA, 2010, s.6.

⁷⁵ Kulevska, "The Future of Your Past: A Right to be Forgotten Online?"

⁷⁶ Ünsal Çağrı Zeybek, "Google'ın Yeni Gizlilik Politikası Google Inc. Tarafından 1 Mart 2012 Tarihinde Yayımlanan Politikasının Kişisel Verilerin Korunması İlkeleeri İle Uyumluluğu Ve Avrupa Birliği'nin 95/46/EC Sayılı Veri Koruma Direktifi Açısından Değerlendirilmesi", *Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi*, 3(1) 2013, s.99.

⁷⁷ Mayer-Schönberger, s.7.

⁷⁸ Zeybek Ünsal, s.99.

olduğu ve kendi servisleri arasında veri paylaşımının yeni gizlilik politikasının bir parçası olduğu şeklindeki açıklamalar, Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından 95/46/EC sayılı Direktif'e uygunluk açısından yeterli görülmemiştir⁷⁹. Benzer şekilde İspanya Kişisel Verilerin Korunması Otoritesi, kişisel verilerin yalnızca orijinal kaynaklarında değil Google aramasından da silinmesi istemiyle yapılan başvuruları, Google'dan bu tür referansların silinmesi şeklinde talepte bulunma yönünde çözerek sonuçlandırmıştır⁸⁰.

Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Direktifinin 29. maddesince oluşturulan Çalışma Grubunun 2009 yılında Brüksel'de yaptığı 69. Genel Kurul toplantısında, prensipte arama motorlarının verileri 6 aylık süreyle saklayabileceği, bu sürenin uzatılmasını gerektiren bir durum olduğunda mutlaka haklı nedenlerin bulunması gerektiği kabul edilmiştir⁸¹. Google ise aşağıda belirteceğimiz Divan kararından önce arama motorunda yapılan aramalardan sonra kayıtları sonsuz olarak değil artık 9 aylık dönemlerle tutacağını açıklamış, böylece bireysel kayıtların daha geniş kitlelere ulaşmasının önüne geçmek istemiştir⁸².

Düzeltilme veya silme hakkı içinde kişilere herhangi bir hak tanınmasının, Google'ın veri tabanını oluşturma şekline bakıldığında mümkün olmadığı; önüne geçilemeyen bir depolama, aktarım, yedekleme yaklaşımının hakim olduğu bir altyapıya sahip olan Google'ın böyle bir hakkı tanınmasının ancak verilerin toplanması ve işlenmesi amaçlarının sınırlarını daraltmasıyla gerçekleşebileceği⁸³ belirtilmekle birlikte söz konusu Divan kararı sonucunda Google'ın harekete geçerek talep toplaması sonrasında binlerce başvurunun yapıldığı görülmektedir. Google'ın açıkladığı son rapora göre 2014 Mayıs ayında başlayan uygulamada 145 bin talep alınmış, bu taleplerle ilgili 498.737 URL adresinin silinmesi istenmiştir⁸⁴.

⁷⁹ Zeybek Ünsal, s.111-112.

⁸⁰ Bennett, s.163.

⁸¹ Zeybek Ünsal, s.114.

⁸² Mayer-Schönberger, s.7.

⁸³ Zeybek Ünsal, s.115.

⁸⁴ [http://www.radikal.com.tr/teknoloji/on_binlerce_avrupali_unutulmak_istiyor-1218322\(E.T.12.10.2014\).](http://www.radikal.com.tr/teknoloji/on_binlerce_avrupali_unutulmak_istiyor-1218322(E.T.12.10.2014).)

C. Avrupa Birliği Adalet Divanı

Avrupa bütünleşmesinin sağlanmasında "*lokomotif*" görevi üstlenen bir kurum olarak tanınan Avrupa Birliği Adalet Divanı⁸⁵, verdiği kararlar ile AB Hukukunun gelişimine o denli katkı yapmıştır ki Birliğin kurucu antlaşmalarında yapılan birçok değişiklik, Divanın kararları dikkate alınarak gerçekleştirilmiştir⁸⁶.

Mahkeme, AB kurumlarının işlem ve tasarruflarının Birlik hukukuna uygun olup olmadığının denetlenmesi yanında üye devletlerin Birlik hukukunu ihlal edip etmediğini tespit ederek karara bağlamakta⁸⁷ böylece AB Hukukunun Birliğe üye devletlerde aynı ölçüde, aynı anda ve aynı anlamı ifade edecek bir şekilde uygulanmasını denetleme ve gözetleme görevini yapmaktadır⁸⁸. Lüksemburg'da yer alan Mahkeme, kişisel verilerin korunması hukuku da dahil Avrupa Birliği Hukukunun uygulanmasında son sözü söyleyen en büyük yargı organıdır⁸⁹.

D. ABAD'ın "Google Kararı"

Unutulma hakkına ilişkin olarak ABAD'ın kararına esas oluşturan davanın temeli, bir internet kullanıcısının arama motoru Google'da "Mr Costeja González" adlı avukatın adını girdiğinde, "La Vanguardia" isimli günlük bir gazetenin iki farklı tarihli sayfasına link vermesine ve bu link verilen sayfalarda söz konusu kişinin sosyal güvenlik borçlarının iyileştirilmesi için mülkünü satmak zorunda kalmasına ilişkin bilgiler içermesine dayanmaktadır⁹⁰.

Şikayeti inceleyen İspanyol makamları, 2010'da, Google'ın ilgili linkleri kaldırmasını istediye de gazeteye yönelik herhangi bir karar alınmaması üzerine Google temyize gitmiş, İspanya Yüksek Ulusal

⁸⁵ S. Rıdvan Karluk, Küreselleşen Dünyada Uluslararası Kuruluşlar, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2007, s.197.

⁸⁶ Aydın Akgül, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Baktığı Davalar", *Adalet Dergisi* 2007, Y:98, S:28, s.153.

⁸⁷ Tuğrul Arat, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, AÜ Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi, Yayın No:3, Ankara 1989, s.31.

⁸⁸ Akgül, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Baktığı Davalar", s.153.

⁸⁹ Christopher Kuner, *European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation* Oxford University Press, Büyük Britanya 2007, s.7.

⁹⁰ [http://curia.europa.eu\(E.T.01.7.2014\)](http://curia.europa.eu(E.T.01.7.2014)).

Mahkemesi de konu hakkında görüş bildirmesi için davayı ABAD'a taşımıştır⁹¹.

ABAD, 13 Mayıs 2014 tarihinde verdiği unutulma hakkına ilişkin kararını, 95/46 sayılı Bireylerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Serbestçe Dolaşımı Karşısında Korunmasına İlişkin Direktif'in ilgili hükümlerine dayanarak almıştır.

Söz konusu Direktifin "Veri Kalitesine İlişkin Prensipler" başlıklı 6. maddesine göre; Üye Devletler, kişisel verilerin adil ve yasal olarak işlenmesini, belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanmasını ve bu amaçlarla uyumsuz biçimde başkaca işlenmemesini, toplandığı ve/veya ayrıca işlendiği amaçlar ölçüsünde ilgili ve yeterli olmasını, doğru ve gerektiği yerde güncel tutulmasını, verilerin toplandığı sırada veya sonrasında işlendiği amaçlar için gerekenden daha uzun olmayan süre boyunca veri öznelerinin tespitine izin veren biçimde tutulmasını, toplanma ve sonrasındaki işleme, silinme veya düzeltilme amaçlarını göz önünde tutarak verilerin yanlış veya eksik olmamasını sağlayacak tüm makul önlemleri almakla yükümlüdür⁹².

Google, bazı kişisel verilerin silinmesi yönünde zorlama yapılmasının, kamunun bilgi edinme hakkını engelleyeceğini savunmuş ise de Mahkeme; ilke olarak, kişinin özel hayatının gizliliği hakkının, arama motorunun ekonomik çıkarı ile söz konusu kişi adıyla yapılan arama üzerine kamunun bilgiye erişim hakkının diğer bir ifadeyle bilgi edinme hakkının üzerinde olduğunu, bu kuralın yalnızca kamunun bilgiyi öğrenmede üstün bir yararı bulunmakta ise uygulanmayacağını belirterek Google'ın savunmasını yerinde görmemiştir.

Kararda; kişinin ismine dayalı olarak üçüncü kişiler tarafından internet ortamında yasal olarak işlenmiş ve yayınlanmış kişisel veriler, "geçersiz, eksik, tamamen ilgisiz veya sonradan ilgisiz hale gelmiş" ise işlenmesi amacını aşan ve arama motorları tarafından internet ortamına yüklenen söz konusu kişisel verilerin ve buna ilişkin sonuç listesinde yer alan bilgilerin silinmesi gerektiği belirtilmektedir⁹³.

⁹¹ <http://www.aa.com.tr/tr/haberler/327313--avrupa-birligi-adalet-divanindan-google-karari> (E.T.01.7.2014).

⁹² http://www.ihop.org.tr/dosya/coe/Ec_Directive_95_46_Kisisel_Veriler.pdf(E.T.01.07.2014).

⁹³ <http://curia.europa.eu> (E.T.01.7.2014).

Kişileri birbirinden ayırmaya yarayan işaret olarak tanımlanan ad⁹⁴, toplumsal ilişkilerde kişiyi belirleyen bir sözcük⁹⁵ olarak da ifade edilmektedir. Bireyin ailesi ve toplum içerisinde tanınmalarını sağlayan bir araç olan ad, AİHM içtihatlarıyla özel ve aile yaşamına saygı hakkının kapsamı içine alınmıştır⁹⁶.

Bu bağlamda Divan, “Google kararı”nda; kişinin adı yazılarak, on altı yıl önce gerçekleşmiş bir olaya ilişkin bilginin çıkacağı bir link verilmesinin kabul edilemeyeceğini, kişinin bu şekilde bir link verilmemesi şeklinde bir talep hakkının doğduğunu belirtmiştir. Mahkeme, unutulma hakkı konusundaki istisnaları ise, “*ilgili verinin kamu hayatında oynadığı önemli rol*” ve “*halkın ilgili veriye yönelik yoğun ilgisi*” şeklinde ortaya koyarak, “*üstün bir kamu yararı*”nı ortaya koyan özel sebepler yoksa arama sonuçlarına ilişkin listeden kişisel verilerin çıkarılması gerektiği sonucuna varmıştır⁹⁷.

Öte yandan bu karar, Google gibi şirketlerin belli bir süre geçtikten sonra mevcut linkleri silerek kullanıcıların “unutulmalarına” olanak tanınması gerektiğine işaret etmektedir. ABAD kararının dikkat çeken bir başka yönü ise ilgili verilerin orijinal halinin internet sayfalarında yayınlanması yasal olsa bile Google gibi şirketlerin bu sayfalara ulaşmak amacıyla verdikleri linkleri kaldırmak zorunda bırakılabileceğine hükmedilmesidir⁹⁸.

ABAD’ın yukarıda yer verilen kararından sonra Google’ın, unutulma hakkını kullanmak isteyen Avrupa Birliği vatandaşlarının başvurularını kabul etmeye başladığı görülmektedir. Söz konusu karar çerçevesinde şirkete başvuranlar, internetteki ilgisiz ve geçersiz kişisel verilere yönelik linklerin kaldırılmasını isteyebilmektedir. İnternette doldurulan formda kullanıcıların hangi ülkede doğdukları, hangi linkin kaldırılmasını istedikleri ve taleplerinin nedenleri sorulurken, kullanıcılarından ayrıca geçerli bir fotoğraflarını göndermeleri istenilmektedir⁹⁹.

⁹⁴ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2011, s.28.

⁹⁵ A. Şeref Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 33. Bası, Ankara 2011, s.99.

⁹⁶ Öncü, s. 225.

⁹⁷ [http://curia.europa.eu\(E.T.01.7.2014\)](http://curia.europa.eu(E.T.01.7.2014)).

⁹⁸ [http://www.aa.com.tr/tr/haberler/327313--avrupa-birligi-adalet-divanindan-google-karari\(E.T.01.7.2014\)](http://www.aa.com.tr/tr/haberler/327313--avrupa-birligi-adalet-divanindan-google-karari(E.T.01.7.2014)).

⁹⁹ [http://tr.euronews.com/2014/05/31/google-dan-ab-vatandaslari-icin-unutulma-hakki/\(E.T.01.7.2014\)](http://tr.euronews.com/2014/05/31/google-dan-ab-vatandaslari-icin-unutulma-hakki/(E.T.01.7.2014)).

E. Yargıtay Kararı

ABAD'ın "Google Kararı"na benzer şekilde unutulma hakkının tanınması yönünde henüz Türk Yargısı tarafından verilmiş bir karar bulunmamakla birlikte Yargıtay'ın unutulma hakkını tartıştığı ancak uyuşmazlık konusu olayda kabul etmediği bir kararının bulunduğu, Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin vermiş olduğu kararındaki ayrışık oydan anlaşılmaktadır.

Dava, cinsel taciz mağduru-şikayetçisi olan davacıya ilişkin olup Yargıtay incelemesine konu olan kararın, davalılar tarafından isminin kodlanmaksızın bir kitapta yayınlanması dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla açılmış; Asliye Hukuk Mahkemesi, isim kodlanmaksızın kararın yayınlanmasından dolayı davacının bizzat mağdur olması nedeniyle içinde bulunduğu hassasiyeti temel alıp kitapta davacının isminin kodlanmamasının kişilik hakkını zedelediğini kabul ederek manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Temyiz üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ise davacının isminin kodlanmaksızın yayınlandığı kitabın bilimsel eser olduğu, bu anlamda bilim özgürlüğü alanında kaldığı, kararın aleniyet kazanarak kamu malı haline geldiği bu nedenle kişilik haklarına saldırı teşkil etmeyeceği gerekçesiyle davanın reddedilmesi gerektiği yönünde Asliye Hukuk Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir¹⁰⁰.

Davacının, temyiz kararının düzeltilmesi istemi ise oyçokluğuyla reddedilmiştir. Unutulma hakkı çerçevesinde kullanıldığı anlaşılan ve kanaatimce de yerinde olan ayrışık oyda; *"Her ne kadar yargılamalar açık-aleni olsa da mağdurun şikayetçi olduğu suç kişi psikolojisini ömür boyu sarsmaya devam edebilecek bir suçtur. Davacının uğradığı bu saldırı kesinlikle davacının giz alanında kalmalıdır."* şeklindeki gerekçeyle davacının isminin kodlanmaksızın yayınlanmasının giz alanını açıkça ihlal ettiğine işaret edilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki davacının ismi kişisel verisini oluşturduğundan rızası dışında isminin bir kitapta şikayetçi olduğu bir suçla birlikte yer alması kişisel verilerinin korunması hakkının ihlali anlamına gelmektedir.

¹⁰⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 03.7.2013 E:2013/6256, K:2013/12821(Danıştay UYAP Bilişim Sistemi).

Söz konusu ayrışık oyun devamında ise, *"İlerleyen insan hakları trendinde kişilerin arşiv silme talebi ve unutulma hakları gibi modern haklarla donatıldığı da düşünüldüğünde davacının kişilik haklarının ihlal edildiği yine sabittir."* açıklamasına yer verilmiştir.

Diğer taraftan kişinin şikayetçi olarak bir suçla ilişkilendirilecek şekilde üçüncü kişilerin kolayca ulaşabileceği bir kitapta adının yer alması, ABAD'ın yukarıda yer verilen Google kararındaki unutulma hakkına yönelik ortaya koyduğu *"kişisel verilerin sonradan tamamen ilgisiz hale gelmesi"* ilkesine de aykırıdır.

Her ne kadar unutulma hakkına yönelik verdiğimiz tanımlarda, söz konusu hakkın, kişilere dijital geçmişte internet üzerinde haklarında yer alan kişisel verileri silme hakkını verdiği belirtilmiş ise de; unutulma hakkının özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla yakından ilişkili olması birlikte değerlendirildiğinde, unutulma hakkının salt dijital dünyada uygulanmaması, yukarıda belirtilen karar örneğinde olduğu üzere birey hakkında kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan bilgilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim.

SONUÇ

Belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgi şeklinde tanımlanan kişisel veriler, teknolojik gelişmeler sayesinde kolayca elde edilmekte ve işlenmektedir. Hatta internette deyim yerindeyse *"tıklanıldığı anda"* kişisel verilerimiz kayıt altına alınmaktadır.

Teknolojik gelişmelerin meydana getirdiği söz konusu olumsuz durumlara karşın bireyin yaşamını özgür biçimde sürdürme isteği, "unutulma hakkı" adıyla yeni bir hakkın ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bu hak, kişisel verilerin korunması hakkıyla oldukça iç içe geçmekle birlikte son yıllarda giderek kişisel verilerin korunması hakkından bağımsız olarak tartışılmaya başlanmıştır. Aslında, her iki hakkın temelinde bireyin onurlu yaşaması, kişiliğini serbestçe geliştirmesi ve kişisel verileri üzerinde özgürce tasarruf etmesi düşüncesi yatmaktadır.

Unutulma hakkı yoluyla birey, internet ortamında yer alan ve üçüncü kişilerin bilmesini istemediği ismi, fotoğrafı gibi her türlü kişisel verilerinin bir daha geri getirilemeyecek biçimde silinmesini sağlayabilmektedir. Bu bağlamda kısaca bireyin internet ortamındaki

geçmişine ait her türlü izin silinmesini isteme hakkı şeklinde tanımlayabileceğimiz unutulma hakkının, bireyin geçmişi ile geleceğini serbestçe şekillendirme isteğinin doğal bir sonucu olduğunu da belirtebiliriz.

Bireye hayatında, “*yeni bir sayfa açma*” olanağı veren unutulma hakkının insan haklarıyla olan ilişkisi değerlendirilecek olursa, kişisel verilerin korunması hakkıyla iç içe geçen bu hakkın korunmasına yönelik yapılacak düzenlemeler, aslında bireyin özel hayatının gizliliğinin korunmasına da hizmet edecektir. Zira unutulma hakkı ile amaçlanan, bireyin özel hayatına ilişkin kişisel verilerinin de üçüncü kişiler tarafından bilinmemesidir.

Diğer taraftan, bireyin unutulma hakkının kabul edilmemesi, yeniden gün ışığına çıkan kişisel verileri nedeniyle kamuoyunda hakkında şüphe ve tereddütlerin doğmasına, bu nedenle onurlu bir şekilde yaşamını sürdürmesine ve bağımsızlığına müdahale oluşturmaktadır. Unutulma hakkının tanınması halinde haberleşme ve ifade özgürlüğünün ihlal edileceğine yönelik endişeler bulunmakla birlikte unutulma hakkı ile haberleşme ve ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurulması bu endişeleri giderecektir.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenleme çalışmalarının 1960’lı yıllara kadar uzanmasına karşın unutulma hakkına yönelik yasal düzenleme çalışmaları Avrupa’da 2010’lu yıllarda başlamıştır. Unutulma hakkı üzerindeki hukuki tartışmalar ise Avrupa Birliği Komisyonu’nun, 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi’nin yeniden gözden geçirilmesi yönündeki önerisinin ardından artmış; söz konusu Teklif unutulma hakkının kabul edilmesine öncülük etmiştir.

Birçok teknolojik olanaklar sağlayan internette, kişisel verilerin gereksiz ve uzun süre tutulması, başta kişisel verilerinin korunması hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkı olmak üzere unutulma hakkının da ihlaline yol açmaktadır. 1998 yılında hayata geçirilen Google gibi arama motorları, dünyanın dört bir yanından gönderilen milyonlarca sorgulamaya, hızlı biçimde tarama yapmak suretiyle yanıtlar vermektedir. Ancak bu tür arama motorları, bireylerin internette ne zaman ve neyi aradığını, ne tür sonuçlar elde ettiğini çok iyi bilmekte, bireylere ait kişisel verileri bir tıklamayla gün yüzüne çıkarmaktadır.

AB Adalet Divanı, "Google Kararı"nda; kişinin ismine dayalı olarak internet ortamında yer alan kişisel verilerin, "geçersiz, eksik, tamamen ilgisiz veya sonradan ilgisiz hale gelmesi" durumunda söz konusu kişisel verilerin ve buna ilişkin sonuç listesinde yer alan bilgilerin silinmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme, unutulma hakkının istisnalarını ise "ilgili verinin kamu hayatında oynadığı önemli rol" ve "hal-kın ilgili veriye yönelik yoğun ilgisi" şeklinde açıklamıştır.

Unutulma hakkının tanınması yönünde henüz Türk Yargısı tarafından verilmiş bir karar olmamakla birlikte Yargıtay'ın unutulma hakkını tartıştığı, ancak incelenen olayda bu hakkı kabul etmediği bir kararı bulunmaktadır. Yerel Mahkemenin, tazminat isteminin kabulü yönündeki kararına karşın Yargıtay'ın davanın reddi yolunda, davacının isminin kodlanmaksızın yayınlandığı kitabın bilimsel eser olduğu, bu anlamda bilim özgürlüğü alanında kaldığı, kararın aleniyet kazanarak kamu malı haline geldiği, bu nedenle kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği yönündeki gerekçesine katılmamaktayım.

Davacının, temyiz kararının düzeltilmesi istemi oyçokluğuyla reddedilmekle birlikte, unutulma hakkı çerçevesinde kullanıldığı anlaşılan ayrışık oy kanaatimce yerindedir. Ayrıca davacının, şikayetçi olarak bir suçla ilişkilendirilecek şekilde üçüncü kişilerin kolayca ulaşabileceği bir kitapta adının yer alması, Divan'ın Google kararında belirttiği, "kişisel verinin sonradan tamamen ilgisiz hale gelmesi" ilkesine de aykırıdır.

Unutulma hakkının özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; bu hakkın, yalnızca internet ortamındaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Kaynakça

- Ahi Şebnem, "Unutulma Hakkı (The right to be forgotten)" <http://www.bilisimhukuk.com/2014/02/unutulma-hakki-the-right-to-be-forgotten>.
- Akgül Aydın, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Baktığı Davalar", *Adalet Dergisi* 2007, Y:98, S:28, s.153-186.
- Akgül Aydın, "Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması", *Danıştay Dergisi*, Y:2013, S:133, s.21-45.

- Akgül Aydın, Daniştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- Aksoy Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.
- Arat Tuğrul, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, AÜ Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi Araştırma Dizisi, Yayın No:3, Ankara 1989.
- Bennett Steven C., "The "Right to Be Forgotten": Reconciling EU and US Perspectives", *Berkeley Journal of International Law*, Volume 30, Issue 1, Article 4, s.161-195.
- Chander Anupam, Gelman Lauren, Radin Margaret Jane, Securing Privacy in the Internet Age, Stanford University Press, California 2008.
- Claes Eric, Duff Antony, Gutwirth Serge, Privacy and Criminal Law, Antwerpen-Oxford, Intersentia 2006.
- Croft W. Bruce, Metzler Donald, Strohman Donald, Search Engines And Information Retrieval In Practice, Pearson Education, Inc., Boston USA, 2010.
- Dural Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul 1987.
- Electronic Privacy Information Center, Privacy&Human Rights: An International Survey of Privacy Laws and Developments, Washington D.C. 2004.
- Farina R. Cynthia, Shapiro Sidney A. and Susman Thomas M., Administrative Law of the European Union: Transparency and Data Protection, ABA Publishing, Chicago 2008.
- Fleischer Peter, "The Right To Be Forgotten, Or How To Edit Your History", <http://peterfleischer.blogspot.com.tr/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>
- Gedik Ömer, Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Kitle İletişim Özgürlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
- Gören Zafer, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y:6, S:12, 2007.
- Gözübüyük A.Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 33. Bası, Ankara 2011.
- Gülener Serdar, Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:2012, S:102, s.219-240.
- <http://www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/the-right-to-be-forgotten>
- İçel Kayıhan, Ünver Yener, Kitle İletişim Hukuku: Basın, Radyo-Televizyon, Sinema-Video, İnternet, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2012.
- Kaboğlu İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2011.
- Karlık S. Rıdvan, Küreselleşen Dünyada Uluslararası Kuruluşlar, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2007.
- Kulevska Sanna, "The Future of Your Past: A Right to be Forgotten Online?", June 24, 2013 <http://www.chillingeffects.org/international/weather.cgi?WeatherID=769>

- Kuner Christopher, *European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation* Oxford University Press, Büyük Britanya 2007.
- Mayer-Schönberger Viktor, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, USA 2011.
- Oğuz Habip, *İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Öncü Gülay Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- Öngören Gürsel, *İnternet Hukuku*, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul 2006.
- Özdemir Hayrunnisa, "Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:2009, C:XIII, S:1-2, s.285-303.
- Polater Yusuf Ziya, *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Adalet Yayınları, Ankara 2010.
- Reed Chris and Angel John, *Computer Law*, Oxford University Press, New York 2003.
- Ringelheim Julie, *Processing Data On Racial or Ethnic Origin For Antidiscrimination Policies: How to Reconcile the Promotion of Equality with the Right to Privacy*, NYU School of Law, New York 2006
- Salgado Victor, "Can I delete my data from Google?" <http://www.privacy-europe.com/blog/can-i-delete-my-data-from-google/>
- Sırabaşı Volkan, *İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Teca-vüz*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Stuart Allyson Haynes, "Google Search Results: Buried If Not Forgotten", *North Carolina Journal Of Law & Technology*, Volume 15, Issue 3: Spring 2014, s.463-518.
- Şimşek Oğuz, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Yayınevi, Ankara 2008.
- Tortop Nuri, "Çağımızın Önemli Sorunu: Kişisel Bilgilerin Güvenliği Sorunu", *Amme İdaresi Dergisi*, Y:2000, C:33, S:3, s.1-14.
- Warner Jeremy, "The Right to Oblivion: Data Retention from Canada to Europe in Three Backward Steps", *University of Ottawa Law&Technology Journal*, (2005) 2 UOLTJ 75, s.75-104.
- Weber Rolf H., "The Right to Be Forgotten, More Than a Pandora's Box", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 120, 2(2011), s.120-130.
- Xanthoulis Napoleon, "The Right To Oblivion In The Information Age: A Human-Rights Based Approach", s.84-98, <http://www.davidpublishing.org/show.html?10594>
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2011.
- Zeybek Ünsal Çağrı, "Google'ın Yeni Gizlilik Politikası Google Inc. Tarafından 1 Mart 2012 Tarihinde Yayımlanan Politikasının Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri İle Uyumluluğu Ve Avrupa Birliği'nin 95/46/EC Sayılı Veri Koruma Direktifi Açısından Değerlendirilmesi", *Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi*, 3(1) 2013, s.99-123.

CEZA HUKUKUNDA TERÖR ÖRGÜTÜ KAVRAMI

THE CONCEPT OF TERRORIST ORGANIZATION IN CRIMINAL LAW

Faruk TURİNAY*

Özet: Terör örgütü kavramı örgütlü suçluluk alanında özgün bir konuma sahiptir. Kavramın bu özgünlüğü terörizmin siyasi niteliğinden kaynaklanmaktadır. Nitekim terör örgütü, diğer suç örgütlerinden siyasi amaçlarıyla ayrılmaktadır. Bu makalenin amacı, hem kavramsal hem pozitivist bir yaklaşımla ceza hukukunda terör örgütü kavramına ışık tutmaktır.

Anahtar Kelimeler: terör örgütü, örgütlü suç, terör, terörizm

Abstract: The concept of terrorist organization has a peculiar position in the field of organized crimes. The peculiarity of this concept results from political character of terrorism. Indeed, terrorist organizations differ from other criminal organizations with regard to political goals. The aim of this article is to enlighten, conceptually as well from a positivist law perspective, the concept of terrorist organization in criminal law.

Keywords: terrorist organization, organized crime, terror, terrorism

GİRİŞ

Tanımı üzerinde ittifak olmayan terör ve terörizm kavramları, hukuki olduğu kadar siyasi ve sosyolojik boyutlara sahiptir¹. Siyasi niteliğinden ötürü bu kavramlar ideolojiden ideolojiye, rejimden rejime, dönemden döneme farklılık arz eden göreceli bir mahiyettedir. Bir ülkenin terörist ilan ettiği bir teşkilat, bir başka ülkede “özgürlük savaşçısı”² ya da “zayıfların silahı”³ olarak tanınabilmektedir. Terö-

* Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı.

1 Alberto Cadoppi - Stefano Canestrari - Michele Papa - Manna Adelmo, *Trattato di Diritto Penale: Parte Speciale*, Vol. I: I Delitti Contro la Personalità dello Stato, UTET, Milano, 2008, s.249.

2 Gérard Chaliand, *Les Stratégies du Terrorisme*, Desclée de Brouwer, Paris, 2002, s.82.

3 Antonio Gambino, *Esiste Davvero Il Terrorismo?*, Fazi Editore, Roma, 2005, s.14.

rizm toplumsal aktörler arasındaki mücadelenin bir sonucu veya marginal bir ideolojik faaliyet olarak da ele alınmaktadır⁴. Bununla beraber terörizm faaliyeti aynı zamanda suç olarak görüldüğü için kaçınılmaz şekilde ceza hukukunun ilgi alanına girmektedir.

“Terör örgütü” kavramının ceza hukukundaki yerinin belirlenebilmesi, bir taraftan terör ve suç örgütü tanımlarına bağlıyken diğer taraftan diğer suç örgütleriyle olan ilişkilerinin ortaya çıkarılmasıyla mümkün olacaktır. Bu yüzden çalışmanın ilk bölümünde sorun kavramsal boyutuyla, ikinci bölümde ise Türk Ceza Hukuku bağlamında ele alınmaktadır.

I. KAVRAM

Örgütlü suçluluğun bir konusunu oluşturan terör örgütü kavramının anlaşılması, terör ve terörizm terimlerinin yanı sıra suç örgütü ve örgütlü suçluluğun incelenmesiyle mümkün olacaktır. Bu bölümde, terör örgütünün kavramsal boyutunun açıklığa kavuşturulmasında rol oynayan terimler incelenecektir.

A. TERÖR VE TERÖRİZM

Latince “büyük korku, dehşet, panik, korku kaynağı” anlamındaki *terrorem* ismi ile “korkmak, irkilmek” anlamına gelen *terrere* fiilinden kaynağını alan terör (tedhiş, terror, terreur) kelimesi, XIV. yüzyıl Fransızcasında *terreur* şeklinde kullanılırken İngilizceye *terror* olarak geçmiştir⁵. “Ürpermek, titremek” manasındaki *tremble* ile *terrible* (korkunç) kelimeleri de aynı kökendir⁶. Kelimenin 1520’lerde “dehşete yol açma niteliği” anlamında kullanıldığı doğrulanırken, 1831’de *terror-stricken* (terör mağduru) ifadesine rastlanmaktadır⁷. Fransız İhtilali sonrası dönemde Haziran 1793 ile Temmuz 1794 arasında yaşanan, binlerce kişinin idam edildiği siyasi belirsizlik ve korku süreci la

⁴ Agata Serranò, *L’Armi Razionali Contro Il Terrorismo Contemporaneo: La Sfida delle Democrazie di Fronte alla Violenza Terroristica*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, s.1.

⁵ Walter W. Skeat, *A Concise Etymological Dictionary of the English Language*, Cosimo, New York, 2005, s.548.

⁶ Ibid.

⁷ Online Etymology Dictionary, http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=terror&searchmode=none, erişim tarihi: 23.04.14.

terreur ya da régime de terreur (terör rejimi) dönemi olarak anılmaktadır⁸. II. Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın Rotterdam şehrine karşı gerçekleştirdiği hava saldırısı ise terror bombing (terör bombardımanı) şeklinde ilk kez 1941'de kayıtlara geçmiştir⁹. Türkiye'de incelemeye konu olan terimleri ifade etmek için daha önce "anarşi", "tedhiş", "tedhişçilik" ve "yıldırımcılık" kelimeleri kullanılmışsa da¹⁰ terör ve terörizm ifadelerinin artık yerleştiği söylenebilir.

1. Uluslararası Belgelerde

Milletler Cemiyeti'nin 1934 yılında terörizmin önlenmesiyle ilgili bir antlaşma hazırlama girişiminden bu yana terör ve terörizm uluslararası hukukun gündeminde yer almaktadır. Birleşmiş Milletler ile Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'nın öncülüğünde hazırlanan ve hâlihazırda yürürlükte olan on üç adet terörizm karşıtı uluslararası antlaşma bulunduğu gibi Avrupa Konseyi ve diğer uluslararası örgütlerin öncülüğünde imzalanan pek çok terörizm karşıtı düzenleme mevcuttur¹¹. Bu belgelerde, uçuş güvenliğinden terörizmin finansmanının önlenmesine kadar pek çok konu düzenlenmesine rağmen hiçbir terör tanımı yer almamıştır. 1977 tarihli Tedhişçiliğin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde yer verilen terör suçu olarak kabul edilen ve siyasi suç sayılmayacak fiiller, 1970 La Haye, 1971 Montreal, 1973 New York Sözleşmeleri'nin öngördüğü fiillerle örtüşmektedir¹². Terörizmle mücadele alanında kabul edilen son uluslararası antlaşma olan, 2005

⁸ Nathalie Cettina, *Terrorisme: L'Histoire de Sa Mondialisation*, L'Harmattan, Paris, 2001, s.11.

⁹ Online Etymology Dictionary, op.cit.

¹⁰ Şükrü Alparslan, *Hukuk ve Kriminoloji Açısından Tedhişçilik*, Teknik Yayınları, İstanbul, 1983, s.4.

¹¹ Türkiye'nin taraf olduğu terörizm karşıtı antlaşmalar arasında, Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (13.12.2000), Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Tadil Protokolü (15.05.2003), Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamları ile Mühimmatının Yasadışı Üretimine ve Kaçakçılığına Dair Protokol (28.06.2002), Terörist Bombalamalarının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (20.05.1999), Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme (27.09.2001), Tedhişçiliğin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (27.01.1977) ile Uçaklara Karşı İşlenen Suçlara ve Diğer Fiillere İlişkin Sözleşme (14.09.1963) örnek gösterilebilir.

¹² Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt III, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s.2283.

tarifli Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin¹³ "terminoloji" başlıklı 1. maddesinde terör suçu teriminin sözleşmenin ekinde sıralanan antlaşmalarda birinin kapsamına giren ve bu antlaşmalarda tanımlanan suçları ifade ettiği düzenlenmektedir. Böylelikle terör kapsamına alınan suçlar bilinmekteyse de ortak noktaları olan terör kavramı belirsizlikten kurtarılamamıştır.

Türkiye, Hindistan ve Pakistan'ın aralarında bulunduğu bazı ülkelerin ısrarlarına rağmen, uluslararası suçları düzenleme ve uluslararası bir ceza mahkemesi önünde yargılama iddiasındaki 1998 Roma Statüsü'nde terörizm, uluslararası suçlar arasına dâhil edilememiştir. Bu eksikliğin siyaseten güçlü devletlerin diğer rejimlerin iç işlerine karışma konusunda engelle karşılaşmama isteğinden kaynaklandığı düşünülmektedir.

2010 yılında, uluslararası suç örgütleriyle ve terörizmle mücadele amacıyla kabul edilen Avrupa Birliği İç Güvenlik Stratejisi¹⁴ne göre, tehditler, artık, sadece örgütlü teröristlerden değil, "yalnız kurt" olarak tabir edilen, bireysel eylemlerde bulunabilecek kişilerden de kaynaklanmaktadır¹⁵. Bu olgu, terör kavramının bireysel terör eylemlerini kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiğine bir dayanak olarak gösterilebilir. Nitekim bireysel terör eylemlerine örnek gösterilebilecek olaylara rastlanmıştır. En çok örnek gösterilen vakialardan ilki, 8 Kasım 1939 tarihinde, eski bir komünist olan Alman marangoz Johann Georg Elser'in Adolf Hitler ile Nazi Partisi'nin diğer idarecilerine karşı giriştiği bombalı suikast teşebbüsü olup Elser'in bu eylemi herhangi bir örgüt bağlantısı olmaksızın kişisel bir tutumla gerçekleştirdiği bilinmektedir¹⁶. Daha yakın tarihli ikinci örnek, 22 Temmuz 2011'de, aşırı sağcı görüşe sahip ve örgüt bağlantısı olmayan Norveç vatandaşı Anders Behring Breivik'in 77 kişinin ölümüne, 242 kişinin yaralanmasına yol açan bombalı saldırı ve silahlı baskın eylemleridir. Düzenle-

¹³ Özgün adı "Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism" olan bu antlaşma, 16 Mayıs 2005 tarihinde Varşova'da akdedilmiştir.

¹⁴ Council Document, 5842/2/2010, "Internal Security Strategy for the European Union: Towards a European Security Model".

¹⁵ Burak Tangör - Sevinç Şayın, "Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı mı?", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 1, 2012, s.104.

¹⁶ Franklin Lewis Ford, *Political Murder: From Tyrannicide to Terrorism*, Harvard University Press, Cambridge - MA, 1985, s.281.

melerdeki eksiklikten ötürü, Breivik olayı hukuken terör suçu olarak nitelendirilememiş, tekrarlamasına fırsat verilmemesi amacıyla tutuklanmış¹⁷ ve Norveç hukukuna göre mahkûmiyet sonrası uzatılabilecek türden bir ceza olan “containment / life imprisonment” (Norveççe “forvaring”) ile cezalandırılmıştır.

2. Mukayeseli Hukukta

Terörizm bazı ülkelerde özel bir kanunla hüküm altına alınırken bazı ülkelerde ise genel ceza kanununda (codice penale, code pénal) düzenlenmektedir. Örneğin, İngiltere, Avustralya ve Kanada’da ayrı bir terörizmle mücadele kanunu varken; Fransa’da terörizm, diğer suçlarla beraber, Ceza Kanunu’nun “du Terrorisme” başlıklı bölümünde m. 421-1 ile 422-7 arasında, İtalya’da Ceza Kanunu’nun m. 270 bis ve devamındaki hükümlerde düzenlenmektedir. Almanya’da ise yine Ceza Kanunu’nun (Strafgesetzbuch) m. 129a ve diğer birkaç maddesi terörist faaliyetleri yaptırım altına almaktadır. Dünya geneline bakıldığında, terör faaliyetlerinin eski İngiliz sömürgesi olan common law ülkelerinde özel kanunlarla, Kıta Avrupası’nda ise genel ceza kanunlarıyla düzenleme eğiliminin ağır bastığı söylenebilir.

Fransız Ceza Kanunu’ndaki terörizm tanımı, yöntem unsurunu ön plana çıkarması bir kenara bırakılırsa, terör örgütünün kavramsal boyutu bakımından ilgi çekicidir. Kanun’un “Milleto, Devlete ve Kamu Barışına Karşı Suçlar”a tahsis edilmiş 4. Kitap’ının, “Terörizm” başlıklı 2. Bölüm’ünde, m. 421-1’e göre¹⁸, “Bireysel veya toplu bir teşebbüsle bağlantılı olarak, tehdit ya da terör yöntemleriyle, kasten, kamu düzenine ciddi derecede zarar verme amacıyla girişilen aşağıdaki suçlar terörizm fiillerini oluşturur.” (Constituent des actes de terrorisme, lorsqu’elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l’ordre public par l’intimidation ou la terreur, les infractions suivantes)¹⁹. Fransız düzen-

¹⁷ Mariona Llobet Angli, “What Does ‘Terrorism’ Mean?”, in ed. Aniceto Masferrer – Clive Walker, Counter Terrorism, Human Rights and the Rule of Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, s.29.

¹⁸ Bu hüküm, 6 Mart 2012 tarihli ve 2012-304 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle değiştirilmiştir.

¹⁹ Code Pénal Français, http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=47F3D2B29366172766F46C1A350A261B.tpdjo04v_1?idSectionTA=LEGISCTA0000

lemesindeki tanımda en çok dikkat çeken husus, bireysel faaliyetlerin de terörizm kapsamına alınmasıdır. Bu örnek, terör suçlarının örgüt olmaksızın işlenebilir olmasına imkân vermekte; dolayısıyla örgütü, terörün zorunlu bir unsuru olmaktan çıkarmaktadır. Fransız Ceza Kanunu'ndaki bireysel terörün varlığını öngören tanım, terör örgütü kavramını terör faaliyetlerinin tek merkezi olmaktan çıkarmaktadır.

Saik ağırlıklı bir terör tanımına yer veren Belçika Ceza Kanunu, "Devletin İç Güvenliğine Karşı Suçlar" ayrılan 3. bölümünün "Des infractions terroristes" başlığını taşıyan kısmında terörizmi düzenlemiştir. Kanun'un 137. maddesine²⁰ göre, "terör suçları, bu maddenin 2. ve 3. fıkrasındaki suçları ifade etmekte olup doğası ve bağlamı içerisinde, bir ülkeyi ya da uluslararası örgütü ciddi derecede etkileyen, bir toplumu korkutmak ya da kamu erklerini ya da uluslararası örgütü haksız yere bir fiili işlemeye ya da işlememeye ciddi derecede zorlamak veya bir ülkenin veya uluslararası örgütün temel siyasi, anayasal, ekonomik ya da toplumsal yapısını istikrarsız hale getirmek ya da yıkmak maksadıyla kasten işlenen suçlardır. (Constitue une infraction terroriste, l'infraction prévue aux §§ 2 et 3 qui, de par sa nature ou son contexte, peut porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale et est commise intentionnellement dans le but d'intimider gravement une population ou de contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte, ou de gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale.)²¹ Belçika kanun koyucusunun tanımında terör, yöntemden ziyade amaç unsuruyla tarif edilmektedir. Terör suçlarının bireysel veya örgütlü şekilde işlenmesi bakımından bir hüküm içermeyen düzenlemede, terör örgütünün terörün olmazsa olmaz bir unsuru olarak görülmediği anlaşılmaktadır. Düzenleme bu özelliğiyle, bireysel terör faaliyetini mümkün görmesi açısından Fransız düzenlemesine benzemektedir.

06149845&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20140424, erişim tarihi: 21.04.14.

²⁰ Bu hüküm, ilk kez 2003-12-19/34 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle kabul edilmiş ve 8 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²¹ Code Pénal Belge, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1867060801, erişim tarihi: 21.04.14.

3. Türk Hukukunda

Common Law ülkelerine benzer şekilde terör konusunu özel bir kanunla düzenleme yoluna giden Türk kanun koyucu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde terörü tanımlamıştır. Bu tanıma göre terör, "cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

Yapılan tanım çerçevesinde bir suçun terör suçu olarak kabul edilmesi için üç zorunlu unsur kategorisi bulunmaktadır: yöntem (suçun işleniş biçimi), amaç (suçun ideolojik saiki²²) ve örgüt (suç failinin kriminal bağlantısı). Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2007 tarihli bir kararına göre, Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesindeki terör tanımı yeterince ayrıntılıdır²³. Ancak, Yargıtay'ın bu görüşüne katılmamaktayız.

Fransız hukukunun aksine Türk Hukuku'nda terör fiillerinin ancak ve ancak bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenebileceği açıktır. Bireysel terör eylemlerinin gerçekleşmesinin mümkün olduğu göz önünde bulundurulursa, Türk Hukuku'ndaki terör tanımının örgütün varlığını şart koşması ve bireysel terör eylemlerini dışlaması itibariyle eksik olduğu söylenebilecektir.

Türk Ceza Hukuku'nda terör tanımıyla ilgili bir başka eksiklik, tanımın sadece Türkiye Cumhuriyeti'ni hedef alan fiilleri düzenleyip özellikle Türk devletinin güvenliğini ilgilendiren diğer devletlere veya uluslararası örgütlere karşı girişilen terörizm eylemlerini tanım dışında bırakmasıdır²⁴. Yabancı ülkelerde, devletler veya uluslararası örgüt-

²² Vahit Baltacı, *Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.320.

²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.01.2007, E. 2006/8-245, K. 2007/13.

²⁴ İzzet Özgenç, *Terörle Mücadele Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.23.

ler aleyhine faaliyet gösteren suç örgütlerinin Türk Hukuku'na göre terör örgütü olarak tanınmasına ihtiyaç vardır²⁵. Kanaatimizce, terör tanımında uluslararası örgütlere karşı girişilen fiillere de yer veren Belçika Ceza Kanunu'ndaki düzenleme, bu açıdan Türk Hukuku'ndaki düzenlemeye kıyasla daha isabetlidir.

4. Doktrinde

Terör ve terörizmin tanımlanması hususunda mevzuatta olduğu gibi doktrinde de bir görüş birliği olduğunu söylemek güçtür. Terör teriminin literatürde, "şiddet", "siyasal şiddet" ve "anarşi" ile aynı anlamda kullanıldığı görülmektedir²⁶. Terörizmi ifade etmek için ise daha önceden "tedhişçilik" teriminin tercih edildiği bilinmektedir.

Belirtmek gerekir ki, terör, adi şiddet hareketlerinden siyasi niteliğiyle ayrılmakta; bu yüzden, "siyasal şiddet" olarak tanınmaktadır²⁷. Yapılan tanımlar incelendiğinde terör ve terörizmin amaç veya yöntem merkezli ya da her iki kriteri birden esas alacak şekilde bir yol izlendiği anlaşılmaktadır. Sulhi Dönmezer'in yöntem odaklı yaklaşımına göre "Tedhişçilik bir doktrin değildir; fakat bir eylem tarzıdır. Bir nevi strateji, amaca götürmek üzere kullanılan bir tür araçtır"²⁸. Köksal Bayraktar'ın amaç ve yöntem eksenli tanımıyla, terör (tedhiş), "toplumda belirli bir iktidara ya da siyasal amaca baskı, korku, yılgınlık yaratarak erişmek için sürekli şiddet hareketlerinin kullanılmasıdır"²⁹. Terör kavramı bir başka tanımda, kavram, belli bir düşünce veya ideolojiyle, karşıtı olduğu düzen karşısında kendisini meşru hale getirmeye ve böylece siyasal iktidarı ele geçirmeye çalışan bir şiddet hareketi

²⁵ *Ibid.* Özgenç, Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde değişiklik yapılarak yabancı ülkede kurulmuş ve faaliyet gösteren silahlı suç örgütlerinin terör örgütü olarak tanınması hususunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesini önermektedir. Özgenç, *op.cit.*, s.23-24.

²⁶ Atilla Yayla, "Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve", *Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt XLV, Sayı: 1-4, 1990, s.335.

²⁷ *Ibid.*, s.340. Nitekim terörizmi bir şiddet türü olarak değerlendiren Sulhi Dönmezer, "şiddetin, sosyal, ulusal, ırki, dinsel fesat çıkarıcı ve diğer maksatlarla ve sosyal sınıflar arasında çatışma, savaş tahrik etmek üzere plânlı ve hukuk dışı olarak kullanılmasıdır". Sulhi Dönmezer, "Her Yönüyle Tedhiş", *Son Havadis*, 10 Kasım 1977.

²⁸ Sulhi Dönmezer, "Tedhişçilik Üzerine", *Devir Dergisi*, Sayı: 6, 11 Aralık 1972, s.20.

²⁹ Köksal Bayraktar, *Siyasal Suç*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.159.

olarak tarif edilmektedir³⁰. Diğer taraftan, terörizmin “konvansiyonel savaş”, “adi suç” gibi unsurları içeren özellikleri dışlanarak, en önemli ayırt edici niteliğinin kendine özgü stratejisi olduğu ileri sürülmektedir³¹. Yaptığı kapsamlı terörizm tanımında olgunun mağdurlarına da yer veren Şükrü Alparıslan, terörizmin kullandığı siyasi şiddetin canlı ve cansız her şeye yönelebileceğini vurgulamaktadır³².

Diana Fotia, siyasi ve sosyolojik bir yaklaşımla, terörizmin üç temel unsuru olduğunu ileri sürmektedir: şiddet, siyasi hedef ve geniş izleyici kitle³³. Bu bağlamda terör faaliyetlerinin, XX. yüzyılda aşırı derecede yaygınlaşmış ve güç kazanması tesadüf sayılmaz. Terörün “siyasi hedef” ve “geniş izleyici kitle” unsurları dikkate alınırca, bu gelişmenin temel sebebinin iletişim ve basın alanında kat edilen olağanüstü gelişmeler olduğu söylenebilecektir.

Terörizmin hukuki boyutunda, terör faaliyetlerinin siyasi suç³⁴ niteliğiyle ele alındığı, teröristin ise savaş suçlusunu olarak nitelendirildiği görülmektedir³⁵. Terör, cebir ve şiddet unsurunu bünyesinde barındıran suçların belirli siyasi hedeflere ulaşmak maksadıyla işlenmesini ifade etmektedir³⁶. Terör örgütlerinin Ortaçağ Kanonik Hukuku’na benimsenen “meşru amaca giden her yol mübahtır” düşüncesiyle hareket ettiği söylenebilir³⁷.

Terör suçları, halkı yıldınlığa sürüklemek amacıyla belli kişilere karşı yönelen şiddet unsurunu içeren fiilleri ifade etmektedir³⁸. Teri-

³⁰ Zeki Hafizoğulları – Günel Kurşun, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 71, 2007, s.47.

³¹ İsmet Karacan, “Terörizm ve Yapısı”, *Uluslararası Terörizm ve Uyuşturucu Kaçakçılığı/ Le Terreurisme International et Le Trafic de Stupéfiants*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984, s.196.

³² Alparıslan, op.cit., s.21.

³³ Diana Fotia, *Terrorismo... Per Non Addetti ai Lavori*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2012, s.113.

³⁴ Terörizm faaliyetleri ile siyasi suç kavramı arasındaki ilişki için bkz: Devrim Aydın, “Terör Eylemlerinin Siyasal Suç Açısından Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, 1-7, ss. 1-20.

³⁵ Paul P. Gilbert, *Il Dilemma del Terrorismo: Studio di Filosofia Politica Applicata*, traduzione dall’inglese di Loretta Napoleoni, Giangiacoıno Feltrinelli Editore, Milano, 1997, s.74.

³⁶ Özgenç, op.cit., s.21.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ali Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.165.

min hukuk sistematigi içerisindeki konumuna bakılırsa, terörün ceza kanunlarınınca düzenlenen bağımsız bir suç olmayıp birtakım suçların belli amaçlar ve yöntemlerle işlenmesi halinde oluşturduğu bir suç kategorisi niteliği taşıdığı söylenebilecektir. O nedenle terörizmin konusunu oluşturan her fiilin “adi suç” ve “terör suçu” olmak üzere iki şapka taşıdığından bahsedilebilir.

Diğer taraftan terör ile terörizmin bazı yazarlarca birbirinden ayrı tanımlandığı görülmektedir. Buna göre terör, “aşırı korku, aşırı korkuya yol açan durum, yok etmeye yönelik şiddetli bir kızgınlık”, terörizm ise “terörün sistematik ve hesaplı olarak siyasi hedeflere ulaşmak için kullanılması sonucu oluşan uzun süreli korku ve dehşet hali” olarak tarif edilmektedir³⁹. Ancak, terörizm bir ideoloji değil, tıpkı terör gibi bir yöntem veya strateji olduğuna göre terörden bariz bir farkının olduğunu söylemek zordur.

B. ÖRGÜTLÜ SUÇLULUK

Örgüt, belli ölçüde ast-üst ilişkisinin ve devamlılığın olduğu, somut bir birleşme olarak tanımlanmaktadır⁴⁰. Örgütlü bir şekilde işlenen suçların işleniş biçimi, sebepleri ve amaçları, suça tesir eden siyasi ve çevresel etmenler ise örgütlü suçluluğun ilgi alanına girmektedir⁴¹. Bir tanıma göre, örgütlü suçluluk (criminalità organizzata), suç ekonomisi ile yasal ekonomi arasında bağlantıyı sağlayan kritik kavşağı ifade eder⁴². Genel olarak bakıldığında ise, birden fazla kişinin sürekli, kamu düzenini bozan ortak amaca yönelik fiilleri işlemek için oluşturduğu örgüt faaliyeti çerçevesindeki suçları ifade eden⁴³ ve daha geniş bir anlama sahip olan organize suç kavramının aksine, örgütlü

³⁹ Tulga Uyar, *Terörle Mali ve Hukuki Mücadele*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.6; Mehmet Taştan, *Açıklamalı-İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.8.

⁴⁰ Ayhan Bozlak, “Çıkar Amaçlı Organize Suçlarla Mücadeleye İlişkin Temel Hukuki Düzenlemeler ve Başlıca İlkeler”, *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt XI, Sayı: 3, 2009, s.63-64.

⁴¹ Ümit Kocasakal, “Organize Suçluluğun Tanımı, Özellikleri ve Kapsamı”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2002, s.130.

⁴² Ada Becchi, *Criminalità Organizzata: Paradigma e Scenari delle Organizzazioni Mafiose in Italia*, Donzelli Editore, Roma, 2000, s.29.

⁴³ Çetin Özek, “Organize Suç”, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1998, s.195.

suçluluk, belli birtakım suçların ortak bir bilinç ve işbirliği içinde gerçekleştirilmesidir⁴⁴. Bazı yazarlara göre örgütlü suçluluk, suç işlemek amacıyla örgütlenmeyi de kapsamaktadır⁴⁵.

Terör amaçlı örgütlenmenin örgütlü suçluluk kapsamında değerlendirilmesi, kavramın tanımı gereği doğal görünse de son yıllarda örgütlü suçluluğun sadece çıkar amaçlı suç örgütlenmelerini ifade ettiği düşüncesi ağırlık kazanmıştır⁴⁶. Yine de bu konuda bir görüş birliği bulunmadığını hatırlatarak geniş anlamda örgütlü suçluluğun terör amaçlı örgütlenmeyi kapsadığı görüşüne katılıyoruz.

Özellikle ilk örnekler bakımından örgütlü suçluluk ile terörizmin geçmişi büyük oranda örtüşmektedir. Bu nedenle terör örgütlerinin tarihteki örnekleri aşağıda incelenecektir. Örgütlü suçluluğun terörizm ile kesişmeyen örnekleri ise zaten bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

1. Uluslararası Belgelerde

Örgütlü suçlarla mücadele amacıyla gerçekleştirilen uluslararası antlaşmalar, esasen mali veya maddi çıkar amaçlı örgütlenmeleri düzenlemektedir. Ancak, terör örgütlerinin siyasi maksatlarına yönelik faaliyetlerini finanse etmek için maddi çıkar elde etmeyi hedefleyen etkinliklerde bulunduğu dikkate alındığında, maddi çıkar amaçlı suç örgütleri ile terör örgütlerinin bazı faaliyet alanlarının kesiştiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Yine de teslim etmek gerekir ki, “örgütlü suçlar” ile ilgili uluslararası antlaşmaların asıl hedefi, mali ya da maddi çıkar amaçlı suç örgütleridir. Bu antlaşmalar, taraf devletlere bu tip örgütlerle mücadele için yeterli cezai yaptırımlar öngörme başta olmak üzere çeşitli önlemler alma mükellefiyeti yüklemektedir.

2000 tarihli Sınırtaşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin m.2/a düzenlemesine göre, “örgütlü suç grubu, doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir

⁴⁴ Vesile Sonay Evik, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s.6.

⁴⁵ Hafızoğulları – Kurşun, op.cit., s.28.

⁴⁶ Evik, op.cit., s.8.

veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup” anlamına gelmektedir. Sözleşme’nin m.2/c hükmü ise “yapılanmış grup” adı altında ayrı bir örgüt tipini düzenlemekte olup “belirli bir suçu derhal işlemek için tesadüfi olarak oluşturulmamış ve üyelerinin rollerinin şeklen belirlenmesi şartı olmayan, üyeliğinin devamlılığı veya gelişmiş bir yapısı olması gerekmeyen bir grup” tanımını ortaya koymaktadır. Avrupa Birliği, 24 Ekim 2008 tarihli Çerçeve Kararı’nda, 1998 tarihli Eylem Planı’yla büyük oranda örtüşecek şekilde bir örgüt tanımı ortaya koymuştur. Buna göre, suç örgütü, en az üç kişiden oluşan, sürekliliği olan, en az dört yıl hapis cezasını gerektiren suçları işlemek amacıyla, doğrudan ya da dolaylı maddi veya mali çıkar hedefi güden oluşumları ifade etmektedir.

Terör örgütlerinin dolaylı olarak, maddi veya mali menfaat temin etmek amacıyla faaliyet gösterdikleri göz önünde bulundurulursa, bu tip örgütlerin örgütlü suçlarla ilgili uluslararası antlaşmaların kapsamına dâhil edilmesi ilk bakışta mümkün görünebilir. Ne ki, bu antlaşmaların terör örgütleriyle mücadele hususunda doğrudan hukuki bir kaynak olarak değerlendirilmesi isabetli olmayacaktır.

2. Türk Hukukunda

Yapısı gereği çok faili suçlar kategorisinde, birden fazla failin suçla korunan aynı hukuksal yarara yöneldiği birleşme suçları kapsamında⁴⁷, Türk Ceza Hukuku’nda dört farklı suç örgütü tipinin varlığından söz edilebilir:

a. Genel Suç Örgütü

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 220. maddesinde düzenlenen “suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu” ya da daha doğru bir adlandırılmayla “suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu”⁴⁸, herhangi bir saikle işlenmesi öngörülmediği için örgüt tasnifinde genel suç örgütüne

⁴⁷ Bahri Öztürk – Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.316-317.

⁴⁸ Vesile Sonay Evik, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı:2, İstanbul, 2013, s.667.

karşılık gelmektedir. Kamu güvenliği ve kamu barışını hedef alan⁴⁹ bu örgüt tipinin genel olması, m. 220'yi diğer suç örgütü tipleri için nisbî bir genel hüküm haline getirmektedir. Dolayısıyla, diğer örgütlerin kanuni unsurlarıyla ilgili bir belirsizlik olduğunda suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuyla ilgili düzenlemelerden yararlanmak mümkün olacaktır. Nitekim diğer örgüt tiplerini düzenleyen hükümlerde, m. 220'ye doğrudan ya da dolaylı gönderme bulunmaktadır.

b. Çıkar Amaçlı Suç Örgütü

Asıl amacı maddi çıkar elde etmek olan örgütler, “çıkar amaçlı suç örgütü” olarak nitelendirilmektedir. Bu örgütlerin bazen siyasi menfaat sağlamak için faaliyet göstermeleri mümkün olsa da bu tarz faaliyetler asıl amaçları olan maddi çıkar elde etmek için bir araç niteliğindedir⁵⁰.

Türk hukukunda çıkar amaçlı suç örgütleriyle ilgili düzenleme çalışmaları 1995'te başlamış⁵¹, 1999 yılında 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun⁵² kabulüyle tamamlanmıştır. Ne var ki, bu kanun 23 Mart 2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un⁵³ 18. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, hâlihazırda Türk Ceza Hukukunda çıkar amaçlı suç örgütlerini özel olarak düzenleyen bir norm bulunmamaktadır.

c. Belli Suçları İşlemek Amacıyla Örgütlenme: Silahlı Örgüt

Özel bir örgütlenme türü olan silahlı örgüt suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde düzenlenmekte olup spesifik olarak Kanun'un ikinci kitabının dördüncü kısmındaki “devletin güvenliğine karşı suçlar” ile “anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar”ı düzenleyen dördüncü ve beşinci bölümündeki suçları işlemek amacıyla örgütlenen kişileri yaptırım altına almaktadır. 314. madde-

⁴⁹ İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.13.

⁵⁰ Evik, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, op.cit., s.7-8.

⁵¹ Evik, op.cit., s.101.

⁵² Sayı: 4422, Tarih: 30.07.1999, Resmi Gazete: 01.08.1999 – 23773.

⁵³ Sayı: 5320, Tarih: 23.03.2005, Resmi Gazete: 31.03.2005 – 25772-1 numaralı mükerrer sayı.

nin son fıkrası, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümlerin, bu suç açısından aynen uygulanacağını emretmektedir.

d. Siyasi Amaçlı Örgütlenme: Terör Örgütü

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "terör örgütleri" başlıklı 7. maddesinde düzenlenen terör amaçlı örgütlenme suçu, diğer suç örgütü tiplerinden siyasi saik taşımasıyla ayrılmaktadır. Söz konusu madde, ilk fıkrasında, terör örgütü kuranların, yönetenlerin ve bu örgüte üye olanların Türk Ceza Kanunu'nun yukarıda değindiğimiz silahlı örgüt suçunu düzenleyen 314. maddesine göre cezalandırılacağını hükme bağlamaktadır.

7. maddenin içerdiği atıf dikkate alındığında, ilk bakışta "terör örgütü"nü "silahlı örgüt"e kıyasla daha özel bir düzenleme olduğu söylenebilir de, aşağıda ayrıntılarıyla görüleceği üzere silahlı örgüt bazı açılardan terör örgütüne göre daha özel bir düzenleme olarak görünmektedir. 7. maddenin gerekçesinde Türk Ceza Kanunu'nun suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu düzenleyen m. 220 ile silahlı örgüt suçunu düzenleyen m. 314 hükümleri dikkate alınarak terör amaçlı örgütlenme suçunun düzenlendiği, m. 314'e yapılan yollamanın sadece ceza yaptırımları ile sınırlı olmadığı, söz konusu suçun unsurlarının da terör örgütü bakımından dikkate alınacağı açıkça vurgulanmaktadır⁵⁴.

C. TERÖR ÖRGÜTÜ

Asıl amacı siyasi olan terör amaçlı örgütlenme suçu bu niteliğiyle diğer örgüt türlerinden ayrılır. Her ne kadar terör örgütlerinin ekonomik çıkar amacıyla yürüttüğü faaliyetler olsa da bunlar siyasi amacın gerçekleştirilmesinde maddi kaynak sağlanması arayışında bir araç olarak görüldüğünden siyasi amaca kıyasla ikincil niteliktedir⁵⁵. Diğer suç örgütlerinden farklı olarak terör örgütleri, finansmanını yasal kaynaklardan, hatta devletler vasıtasıyla sağlayabilmektedir⁵⁶. Genel itibariyle örgütlü suçluluk olgusu, terör örgütlerine, silah ticareti ya da maddi

⁵⁴ Baltacı, op.cit., s.330-331.

⁵⁵ Evik, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, op.cit., s.8.

⁵⁶ Fotia, Terrorismo... Per Non Addetti ai Lavori, op.cit., s.79.

çıkar amaçlı diğer faaliyetler yoluyla temel oluşturmaktadır⁵⁷. Terör örgütleri, küresel düzeyde kaynak aktarımını sağlayacak güçlü bir finans ağına ihtiyaç duyduğu için terör örgütlerinin uluslararası örgütlü suç etkinliklerinden ayrı değerlendirilmesi isabetli olmayacaktır⁵⁸.

Siyasi örgütlenme niteliği taşıyan terör örgütünün tabiatı gereği taşıdığı siyasi ve tarihi önem göz önünde bulundurulursa, örgütlü suçluluk ile terörizmin geçmişinin özellikle eski dönemlerdeki örnekler açısından örtüşmesi şaşırtıcı değildir. Gerçekten tarihte örgütlü suçluluğa getirilen ilk yaptırımlar, terör tanımı kapsamına giren fiilleri cezalandırmak amacıyla getirilmiştir. Roma Hukukunun krallık ve erken cumhuriyet dönemlerinde “perduellio” adı altında siyasi düzen aleyhine suçlar kabul edilirken, cumhuriyetin son dönemlerinde devlet ve hükümdar aleyhine suçlar yaptırıma bağlanmıştır⁵⁹.

1. Tarihteki Örnekler

Milattan sonra 66 yılında Roma İmparatorluğu'nun Yahudiye Eyaleti'nde ortaya çıkan ve imparatorluğa karşı Yahudi milliyetçisi bir hareketi temsil eden Zelotlar (Zélotes, Zealotry) tarihin ilk terör örgütü olarak gösterilmektedir⁶⁰. Aynı zamanda Batı Şeria'daki dört felsefi mezhepten biri olan Zelotlar'ın genç nesiller arasında ilgi görmüş olduğuna ilişkin bilgiler⁶¹, terör örgütlerinin beşeri kaynaklarına ilişkin tarihi bir devamlılığın varlığını ortaya koymaktadır. Büyük Yahudi İsyanı sırasında etkinliği artan örgüt, yedi yıl içinde çökertilmiştir.

Dağılan Zelotlar'ın yerini, çok geçmeden radikal bir hizip olan Sicariler (Sicaires, Sicarii) almıştır. Bazı kaynaklarda Zelotlar'la birlikte anılan örgüt, adını, ceketlerinin cebinde taşıdıkları sicae isimli hançerden almakta olup, selevi gibi Romalıları Yahudi vatanından kovmayı hedef edinmiştir⁶². Kalabalık ortamlarda, hançerlerini çekip Romalı-

⁵⁷ Paola Balbo, *Il Terrorismo: La Fattispecie di Un Reato in Evoluzione nelle Disposizioni Italiane ed Internazionali*, Halley Editrice, Matelica, 2007, s.87.

⁵⁸ Mariateresa Fiocca - Stefania Cosci, *La Dimensione Finanziaria del Terrorismo e del Contro-Terrorismo*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2004, s.84.

⁵⁹ Evik, *Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu*, op.cit., s.7.

⁶⁰ Gérard Chaliand - Arnaud Blin, “Zelots and Assassins”, translated by Edward Schneider, eds. Gérard Chaliand - Arnaud Blin, *The History of Terrorism: From Antiquity to Al Qaeda*, University of California Press, Berkeley, 2007, s.55.

⁶¹ Ibid., s.56.

⁶² Cettina, *Terrorisme: L'Histoire de Sa Mondialisation*, op.cit., s.239.

lara ve Roma yandaşlarına saldıran, sarayları, manastırları, su kanallarını, arşivleri tahrip eden Sicariler⁶³, kullandıkları yöntemle modern terör örgütlerinin öncüsü sayılabilir.

İki yüzyıla yakın bir zaman dilimi boyunca ve uluslararası düzeyde faaliyet göstermesiyle⁶⁴, Haşhaşiler'in (Haşhâşîn, Assassins) tarihte en uzun süre varlığını sürdüren ve en etkili terör örgütü olduğu söylenebilir. XI. yüzyılda İsmailiyye tarikatına mensup bir din adamı olan Hassan Sabbah tarafından kurulan örgüt, ismini, sonradan Batı dillerine assassin (katil, suikastçı) şeklinde geçen, mensuplarının kullandığı uyuşturucu etkisi olan haşhaş bitkisinden almaktadır⁶⁵. Din eksenli terör örgütlerinin öncüsü olan Haşhaşiler, Moğollar tarafından yok edilinceye kadar, Abbasiler'den Büyük Selçuklu Devleti'ne, Haçlılar'dan Moğol İmparatorluğu'nu hedef alan pek çok siyasi suikast düzenlemişlerdir⁶⁶.

Modern anlamda terörizm ise adını da borçlu olduğu, Fransız İhtilali sonrasında yaşanan La Terreur Dönemi'yle başlatılmaktadır. 1793-1794 yıllarında Fransa'ya hâkim olan Robespierre ve Mirabeau'nun da aralarında bulunduğu devrimci jakobenler, binlerce kişiyi giyotinle idama mahkûm etmiş; ülke, on ay boyunca korku, dehşet ve siyasi belirsizlik içinde kalmıştır⁶⁷.

Terörün anarşizm ideolojisiyle beraber anılmaya başladığı 1800'lü yıllarda, anarşist gruplar, "sistemik terör" denilen yöntemle Rus Çarı'na ve Amerikan Başkanı'na karşı suikast girişimlerine varacak faaliyetlerde bulundular⁶⁸. İrlanda'da İngiliz İmparatorluğu'na karşı bağımsızlık talepleriyle başlayan ve gelecekte İrlanda Cumhuriyet Ordusu'nu (IRA⁶⁹) doğuracak oluşumlar, Amerika'da ırkçı örgüt Ku Klux Klan, Osmanlı İmparatorluğu'nda Ermeni ve Makedon çeteleri bu dönemde ortaya çıkmıştır⁷⁰.

⁶³ Philip P. Purpura, *Terrorism and Homeland Security: An Introduction with Applications*, Butterworth-Heinemann, Massachusetts, 2007, s.6.

⁶⁴ Cettina, *Terrorisme: L'Histoire de Sa Mondialisation*, op.cit., s.16.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Walter Laqueur, *A History of Terrorism*, 7th Printing, Transaction Publishers, New Jersey, 2012, s.8.

⁶⁷ Cettina, *Terrorisme: L'Histoire de Sa Mondialisation*, op.cit., s.11.

⁶⁸ Laqueur, *A History of Terrorism*, op.cit., s.11 vd.

⁶⁹ Örgütün özgün adı Irish Republican Army'dir.

⁷⁰ Laqueur, *A History of Terrorism*, op.cit., s.9 vd.

XX. yüzyıl, terörizmin yaygınlaştığı bir zaman dilimi olmuştur⁷¹. Son imparatorlukların dağıldığı bu dönemde sömürgeci düzenleri hedef alan bağımsız hareketleri yöntem olarak kendilerine terörü seçmiştir⁷². Filistin Kurtuluş Örgütü, İrlanda'da IRA, Mısır'da Müslüman Kardeşler, Fransız hâkimiyeti altındaki Cezayir'de Milli Özgürlük Cephesi bu tip örgütlere örnek gösterilebilir. Diğer taraftan çeşitli siyasi amaçlar taşıyan, İngilizlerin denetimindeki Kıbrıs'ta EOKA⁷³, İspanya'da ETA⁷⁴, İtalya'da Kızıl Tugaylar⁷⁵, Türkiye'de ASALA ve PKK yüzyılın son çeyreğinin ürünüdür. XI. yüzyılda ise bölgesel örgütlerin yanı sıra El Kaide gibi uluslararası terör örgütleri varlığını sürdürmektedir.

Tarihteki ilk örneklerden bugüne kadar terör örgütlerinin bağımsızlık talepleriyle olan yakın ilişkisi oldukça dikkat çekicidir.

2. Terör Örgütü Türleri

Siyasi amaç unsuruyla diğer örgüt türlerinden ayrılan terör örgütleri, zaman zaman kavramın dışına taşacak kadar çok çeşitli biçimde sınıflandırılmaktadır. Birleşik Devletler'de kurulan The Task Force ulusal güvenlik danışma heyetine göre, terörizm altı gruba ayrılabilir: sivil itaatsizlik, siyasi terör, (bireysel ya da kolektif çıkar amaçlı) siyasi olmayan terör, terör benzeri etkinlikler, sınırlı siyasi terör ve devlet terörü⁷⁶. Polisiye niteliği ağır basan bir başka tasnifte, solcu marjinalizm, sağcı marjinalizm, tek hedefli terörizm, dini terörizm, ulusal ya da etnik terörizm, ırk temelli nefret terörizmi, narko-terörizm ve siber terörizm kategorilerine rastlanmaktadır⁷⁷.

Türkiye'de faaliyet gösteren terör örgütleri genellikle dört gruba ayrılarak incelenmektedir. Bunlar Marksist-Leninist ideoloji çerçe-

⁷¹ Luigi Bonanate, *Terrorismo Internazionale*, Giunti Editore, Firenze, 2011, s.9.

⁷² *Ibid.*, s.17.

⁷³ Tam ismi Ethniki Organosis Kypriou Agoniston (Kıbrıslılar Milli Mücadele Örgütü) olan EOKA, Yunanistan'la bağlantılı bir örgüttür.

⁷⁴ İspanya'nın yanı sıra Fransa'da faaliyet gösteren örgütün özgün adı Euskadi Ta Askatasuna (Bask Vatanı ya da Özgürlük) şeklindedir.

⁷⁵ Marksist ideolojiyi benimseyen örgüt, Brigade Rosse adını taşımaktadır.

⁷⁶ N. C. Asthana - Anjali Nirmal, *Urban Terrorism: Myths and Realities*, Pointer Publishers, Jaipur, 2009, s. 7.

⁷⁷ Geoffrey R. Skoll, "Toward a Theory of Terrorism: A Multidimensional Analysis", in ed. Rene A. Larche, *Global Terrorism: Issues and Developments*, Nova Science Publishers, New York, 2008, s.30.

vesinde hareket eden terör örgütleri, bölücü - bölgeci terör örgütleri, dini temel alan terör örgütleri ve yurt dışı kaynaklı terör örgütleridir⁷⁸. Bu örgütlere sırasıyla, Devrimci Halk Kurtuluş Partisi / Cephesi (DHKP/C), Kürdistan İşçi Partisi (PKK) ve Hizbullah ve Ermeni Gizli Ordusu (ASALA⁷⁹) örnek verilebilecektir.

3. Mukayeseli Hukuktan Kazuistik Bir Örnek

Belçika Ceza Kanunu'nda terör tanımının yanı sıra terör örgütü kavramının tanımına da rastlanmaktadır. Kanunun 139. maddesinin⁸⁰ ilk fıkrasına göre, terörist grup, ikiden fazla kişiden oluşan, devamlı nitelikte, tasarlayarak m. 137'deki suçları işlemeyi amaçlayan bir örgüttür. (Constitue un groupe terroriste l'association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, et qui agit de façon concertée en vue de commettre des infractions terroristes visées à l'article 137.⁸¹) Terör örgütünün diğer örgüt türlerinden ayrı olarak tarif edilmesi, düzenlemenin tutarlılığını güçlendirmektedir.

Belçika düzenlemesinin terör örgütü bakımından bir başka olumlu özelliği, terör örgütünün pozitif tanımının yapılmasına ilave olarak mefhum-u muhalefet (argumentum a contrario) yoluyla hangi grupların terör örgütü kapsamına dâhil edilemeyeceğini göstermesidir. Kanun'un 139. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, "asıl amacı münhasıran siyasi, sendikal, insani, dini ya da bu şekilde münhasıran başka bir meşru nitelik taşıyan örgütler birinci fıkra anlamında terörist grup olarak görülemez. (Une organisation dont l'objet réel est exclusivement d'ordre politique, syndical, philanthropique, philosophique ou religieux ou qui poursuit exclusivement tout autre but légitime ne peut, en tant que telle, être considérée comme un groupe terroriste au sens de l'alinéa 1er.⁸²) Terör örgütü kavramının olumsuz tanımının da yapılmasıyla belirliliği artırılmış, ayrıca özellikle örgütlenme hürriyeti

⁷⁸ İbrahim Çiçek, 5532 sayılı Kanun'la Değişik Açıklamalı Terörle Mücadele Kanunu, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2006, s.11.

⁷⁹ Örgütün özgün adı Armenian Secret Army for Liberation of Armenia'dır.

⁸⁰ Bu hüküm, ilk kez 2003-12-19/34 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle kabul edilmiş ve 8 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁸¹ Code Pénal Belge, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1867060801, erişim tarihi: 21.04.14.

⁸² Code Pénal Belge, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1867060801, erişim tarihi: 21.04.14.

bakımından koruma sağlanmıştır. Terörün muğlak bir içeriğe sahip olduğu gerçeği karşısında Belçika kanun koyucusunun bu hükümlerle örgütlenme hakkının teminat altına almasını, oldukça isabetli ve örnek bir tutum olarak değerlendirmek mümkündür.

II. TÜRK CEZA HUKUKUNDA TERÖR ÖRGÜTÜ

Terör örgütü kavramının Türk Ceza Hukukundaki konumu, kronolojik ve normatif olarak iki kısımda incelenebilir: Terörle Mücadele Kanunu'nun kabul edildiği 1991 yılından önceki ve sonraki dönem. Terörle Mücadele Kanunu'ndan önce Türk hukukunda terör örgütü konusunda 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu esas alınırken 1991 sonrasında özel bir ceza kanunu niteliğindeki Terörle Mücadele Kanunu kavrama asıl şeklini veren norm konumuna gelmiştir.

A. TERÖRLE MÜCADELE KANUNU ÖNCESİ DÖNEM

Terör kavramını ve terör suçlarını düzenleyen herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı 1991 öncesi dönemde, terörle ilişkilendirilebilecek suçlar 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, yürürlükte kaldığı dönem boyunca tartışmalara konu olan 141, 142 ve 163. maddelerinde düzenlenmekteydi⁸³. Nitekim 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 23. maddesiyle sözkonusu üç hüküm ilga edilmiştir. Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 141, 142 ve 163. maddelerinin yürürlükten kaldırılmasıyla oluşan hukuki boşluk, Terörle Mücadele Kanunu'nun "terör örgütleri" başlıklı 7. maddesi ile sonradan ilga edilen 8. madde ile doldurulmuştur⁸⁴. Bu üç madde dışında terör örgütü benzeri örgütleri özel olarak yaptırıma bağlayan hüküm ise 168. maddede düzenlenen "silahlı cemiyet ve çete" suçudur ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde düzenlenen "silahlı örgüt" suçu, 765 sayılı Kanun'un 168. maddesine tekabül etmektedir.

Genel olarak bakıldığında 141. maddenin laikliğe aykırı davranışlar dışında kalan "yıkıcı birleşmeler"i 142. maddenin propaganda suçunu yaptırım altına aldığı, nihayet 163. maddenin de laikliğe aykırı yıkıcı faaliyetleri düzenlediği görülmektedir.

⁸³ Engin Akın, Anayasa Mahkemesi - Yargıtay Kararları ve Uluslararası Hukuk Metinleri Çerçevesinde Terör ve Terörün Finansmanı Suçu, Adalet Kitabevi, Ankara, 2009, s.43.

⁸⁴ Ibid.

141. maddenin günümüzdeki anlamıyla terör örgütü kurma, yönetme ve bu örgütlere üye olma suçlarına doğrudan ilişkin olan ilk beş fıkrası ile son fıkrası şu şekildeydi:

“1. Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeye veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmaya veya memleket içinde müesses iktisadî veya sosyal temel nizamlardan her hangi birini devirmeye matuf cemiyetleri her ne suret ve nam altında olursa olsun kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare edenler veya bu hususlarda yol gösterenler sekiz yıldan on beş yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Bu kabîl cemiyetlerin bir kaçını veya hepsini sevk ve idare edenler hakkında Ölüm cezası hükmolunur,

2. Devlet siyasi ve hukuki nizamlarını topyekûn yoketmek gayesini güden cemiyetleri her ne suret ve nam altında olursa olsun kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare edenler veya bu hususlarda yol gösterenler sekiz yıldan on beş yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.
3. Amacı Cumhuriyetçiliğe aykırı olan veya demokrasi prensiplerine aykırı olarak devletin tek bir fert veya bir zümre taâfımcı idare edilmesini hedef tutan cemiyetleri kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare edenler veya bu hususlarda yol gösterenler sekiz yıldan on beş yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.
4. Anayasanın tanıdığı kamu haklarını ırk mülâhazası ile kısmen veya tamamen kaldırmayı hedef tutan veya millî duyguları yoketmeye veya zayıflatmaya matuf bulunan cemiyetleri kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare edenler veyahut bu hususlarda yol gösterenler bir yıldan üç yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.
5. 1, 2 ve 3 ncü fıkralarda yazılı cemiyetlere girenlere beş yıldan on iki yıla kadar ağır hapis ve dördüncü fıkrada yazılı cemiyetlere girenlere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

8. Bu maddede yazılı olan cemiyet iki veya daha ziyade kimselerin aynı amaç etrafında birleşmeleriyle vücut bulur.⁸⁵

Görüldüğü gibi her ne kadar terör terimi kullanılmamış olsa da m. 141'deki düzenlemeler içerdiği suçların maddi unsuru dikkate alındığında terör örgütlerini hüküm altına almaktadır.

Kendi dönemine göre özgürlükçü bir ceza hukuku anlayışının ürünü olan 1889 İtalyan Zanardelli Kanunu'ndan 1926 yılında iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesi, ilk halinde, "vatana ihanet suçlarını öğrenip de haber vermeme" cürmünü düzenlemekteydi⁸⁶. Ancak, 11 Haziran 1936 tarih ve 3038 sayılı Kanun'la faşist rejimin ceza hukuku anlayışını yansıtan 1930 İtalyan Rocco Kanunu'nda⁸⁷ yer alan düzenleme iktibas edilerek 141. madde, "Memleket dahilinde içtimai bir zümrenin diğerleri üzerinde tahakkümünü, şiddet kullanmak suretile tesis etmeğe veya içtimai bir zümreyi şiddet kullanarak ortadan kaldırmağa veya memleket dahilinde teşekkül etmiş iktisadi veya içtimai nizamları şiddet kullanarak devirmeğe matuf cemiyetleri tesis, teşkil, tanzim veya sevk ve idare etme ve bu cemiyetlere iştirak etme" suçunu düzenleyen bir hüküm haline getirilmiştir. 141. madde, daha sonra 3531, 4934, 5345 ve 5844 sayılı Kanunlarla değiştirilmiş ve yukarıdaki son halini almıştır⁸⁸.

Görüldüğü üzere, çağdaş anlamıyla terör örgütü düzenlemeleri, Türk Hukuku'na ilk kez 1936'da girmiştir. Rocco Kanunu'ndan alınan hükümde şiddet olgusunun suçun unsuru olarak düzenlenmesiyle terör örgütü kavramının çağdaş yorumuna yakın bir örgüt tanımı yapıldığı söylenebilecektir⁸⁹. Nitekim mehzaz Kanunun bu tür örgüt yapılanmasını düzenleyen 270. maddesi, associazioni sovversive (yıkıcı birleşmeler) başlığını taşımakta olup siyasi örgütlerin ideolojik boyutunu hüküm altına almaktadır⁹⁰.

⁸⁵ Değişik madde: 03/12/1951 - 5844 S.K./1 md., Mülga madde: 12/04/1991 - 3713 S.K./23 md.

⁸⁶ Akın, op.cit., s.44.

⁸⁷ Antonio Pagliaro, *Il Diritto Penale Fra Norma e Società: Scritti 1956-2008*, Volume II, Giuffrè Editore, Milano, 2009, s.3.

⁸⁸ Akın, op.cit., s.44.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Salvatore Aleo, *Sistema Penale e Criminalità: Le Figure Delittuose associative*, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2009, s.139. Rosario Minna, *Crimini As-*

Terör niteliği taşıyan fiillerin propagandasının yapılmasını düzenleyen 142. madde, faaliyetlerin içeriği bakımından m. 141'deki ifadeleri tekrar etmektedir. Diğer taraftan 142. maddede bireysel olarak işlenebilecek bir suç tanımı yapılmış olup örgütle alakalı düzenleme bulunmamaktadır.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddenin ilk iki fıkrası, tıpkı 141. maddenin yukarıda yer verilen hükümleri gibi terör örgütü kavramıyla doğrudan ilişkilidir:

"Laikliğe aykırı olarak, devletin sosyal veya iktisadi veya siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla cemiyet tesis, teşkil, tanzim veya sevk ve idare eden kimse sekiz yıldan on beş yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

Böyle cemiyetlere girenler veya girmek için başkalarına yol gösterenlere beş yıldan, on iki yıla kadar ağır hapis cezası verilir."⁹¹

Diğer taraftan, silahlı cemiyet ve çete suçuna ilişkin 168. maddede, yukarıdaki üç maddenin aksine 1991 yılında Terörle Mücadele Kanunu'yla ilga edilmiş, hukuki varlığını 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kabulüne kadar korumuştur. Düzenleme şu şekildedir:

"Her kim, 125, 131, 146, 147, 149 ve 156 ncı maddelerde yazılı cürümleri işlemek için silahlı cemiyet ve çete teşkil eder yahut böyle bir cemiyet ve çetede amirliği ve kumandayı ve hususi bir vazifeyi haiz olursa onbeş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur.

Cemiyet ve çetenin sair efradı on yıldan onbeş yıla kadar ağır hapisle cezalandırılır.

64 ve 65 inci maddelerde beyan olunan hal haricinde her kim, böyle bir cemiyete ve çeteye hal ve sıfatlarını bilerek barınacak yer gösterir

sociati, Norme Penali e Politica del Diritto: Aspetti Storici, Culturali, Evoluzione Normativa, Giuffrè Editore, Milano, 2007, s.47; Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale: Parte Speciale, Volume II, 15. Edizione, 2008, s.668; Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi: Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Kanunlarıyla Mukayeseli, Cilt II, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990, s.69 vd.

⁹¹ Değişik madde: 21/01/1983 - 2787 S.K./10 md., Mülga madde: 12/04/1991 - 3713 S.K./23 md.

veya yardım eder yahut erzak veya esliha ve cephane veya elbise tedarik ederse üç seneden beş seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır.”

Düzenlemede “amaç suç” olarak atıfta bulunulan suçların sayısı altı olup yukarıdaki 141. ve 163. maddeleri dışında bırakılmaktadır. Böylece, somut olayda 141. ve 163. madde kapsamına giren bir özellik varsa bu hükümler, 168. maddedeki amaç suçları işlemeye yönelik teşekküller ise m. 168 uyarınca cezalandırılmaktadır. 168. maddedeki cezaların ve dolayısıyla örgütlü suçun ağırlığının m. 141 ve m. 163’teki örgüt suçlarına kıyasla daha ağır olduğu görülmektedir. Mesela, m. 168’de örgütü kurmak ve yönetmek suçunun cezasının alt sınırı on beş yıl iken, m. 141’de üst sınır on beş yıldır. Bu çerçevede, 2006 öncesi dönemde m. 141 ve 163’ün Terörle Mücadele Kanunu’yla yaratılan “terör örgütü”yle, m. 168’in ise yeni Türk Ceza Kanunu’nun “silahlı örgüt” suçunu düzenleyen 314. maddesiyle örtüştüğü söylenebilecektir. Buna karşılık, aşağıda açıklanacağı üzere 2006 sonrasında “terör örgütü” ile “silahlı örgüt” suçlarının büyük ölçüde aynı hukuki yapıya sahip hale getirilmesiyle terör örgütü kavramı açısından 765 sayılı Kanun’un 168. maddesinin bir referans haline geldiği söylenebilecektir. Böylece, 2006 öncesinde daha tehlikeli görülen PKK gibi örgütlerin m. 168’deki “silahlı cemiyet ve çete” kapsamında, daha az tehlikeli olduğu varsayılan örgütlerin ise Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinde düzenlenen “terör örgütü” bağlamında değerlendirilmesinin sebebi açığa kavuşmaktadır.

B. TERÖRLE MÜCADELE KANUNU

12 Nisan 1991 tarihinde kabul edilen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu⁹², çıkarıldığı günden bu yana tam yirmi dokuz ayrı değişikliğe uğramış, bazı maddeleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş, dolayısıyla içeriği her dönemde tartışılan bir kanun olarak görünmektedir. Kanunda, 2006 yılında çıkarılan bir uyum kanunuyla geniş kapsamlı değişiklikler yapıldığı gibi 2014 yılı da dâhil olmak üzere yeni düzenlemeler yapılmıştır.

Terörle Mücadele Kanunu’nda terör örgütü kavramını şekillendiren hükümlere bakıldığında, terör ve örgüt tanımının yapıldığı 1.

⁹² Resmi Gazete: 12/04/1991, Sayı: 20843-Mükerrer.

madde, “terör suçlusu”nun tarif edildiği 2. madde, mutlak ve nisbî terör suçlarının düzenlendiği 3. ve 4. maddelerin yanı sıra “terör örgütleri” başlığını taşıyan 7. madde ön plana çıkmaktadır. Bu maddeler arasında 1. ve 7. maddenin terör örgütü kavramının açıklığa kavuşturulmasında daha önemli bir rol oynadığı söylenebilir.

1. Terör ve Örgüt Tanımı

Terörle Mücadele Kanunu’nda yapılan değişikliklerin bazıları “terör örgütü” kavramını doğrudan ilgilendirmektedir. Bu değişikliklerin en önemlisi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun kabul edilmesinin ardından ceza hukuku sisteminde yapılması gereken zorunlu düzenlemelerin bir parçası olarak, Terörle Mücadele Kanunu’nda 2006 yılında gerçekleştirilen düzenlemeler kapsamında yer almaktadır. 29 Haziran 2006 tarihli ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesiyle, sözkonusu Kanun’un ilk halindeki 1. maddenin “terör ve örgüt tanımı” başlığı, “terör tanımı” şeklinde değiştirildiği gibi aynı maddenin terör örgütünü tanımlayan ikinci ve üçüncü fıkraları ilga edilmiştir. Böylece “terör örgütü” kavramına pozitif hukuki bir temel sağlamakta olan hükümler yürürlükten kalkmıştır. Yapılan değişikliğe gerekçe olarak, örgüt kavramının tanımının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 220’nci maddesinde yapılmış olması gösterilmiştir⁹³. Tek başına bu gerekçe bile, terör örgütüne ilişkin Terörle Mücadele Kanunu’ndaki düzenlemeler ile Türk Ceza Kanunu’ndaki suç örgütlerine ilişkin hükümler arasında *lex generalis-lex specialis* (genel kural-özel kural) ilişkisi olduğunu ortaya koymaktadır.

Yine 2006 düzenlemesinde “terör örgütleri” başlığını taşıyan 7. maddede de değişiklik yapılmıştır. Sözü edilen değişikliğe uğrayan ya da ilga edilen hükümler, incelediğimiz terör örgütü kavramı bakımından doğrudan bir kaynak teşkil ettiği için ayrıca incelenmelidir.

Ayrıntılı olarak incelemeden önce peşinen belirtmek gerekir ki, gerek 2006 öncesi gerekse 2006 sonrası 1. maddenin düzenleniş biçiminde örgütlü yapılanma terör için kaçınılmaz bir şarttır.

⁹³ Baltacı, op.cit., s.320.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. Maddesine Göre Terörün Unsurları		
Araç Fiiller (<i>Modus Operandi</i>)	Amaçlar	Örgüt

a) 2006 Öncesi: Terör Örgütünün Açıkça Tanımlandığı Dönem

29 Haziran 2006 tarihli ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un kabulüyle yürürlükten kaldırılmadan önce, ikinci ve üçüncü fıkraları sırasıyla şu şekildeydi:

"İki veya daha fazla kimsenin birinci fıkrada yazılı terör suçunu işlemek amacıyla birleşmesi halinde bu Kanunda yazılı olan örgüt meydana gelmiş sayılır⁹⁴.

Örgüt terimi, Türk Ceza Kanunu ile ceza hükümlerini içeren özel kanunlarda geçen teşekkül, cemiyet, silahlı cemiyet, çete veya silahlı çeteyi de kapsar."

Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda yer alan ikinci fıkra, Terörle Mücadele Kanunu'nun 1991'de kabul edilen özgün halinden farklı olup 15 Temmuz 2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanun'la değişikliğe uğramıştır. Sözü edilen 4928 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle, Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde terör örgütü tanımı içeren ikinci fıkranın yanı sıra terörü tanımlayan birinci fıkrasında da değişiklik yapılmıştır. Sonuç olarak, terör örgütü bakımından Terörle Mücadele Kanunu'nun kabul edildiği 1991 yılından bu yana iki kez değişiklik yapıldığı, dolayısıyla üç ayrı metin ve dönem olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu metinler 1991-2003 arasında, 2003-2006 yılları arasında ve nihayet 2006 sonrası dönemde olmak üzere üç ayrı dönemde yürürlükte kalmışlardır.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 1991'de kabul edildiği ilk halinde⁹⁵, sözü edilen 1. maddenin ikinci fıkrasının aşağıdaki şekilde düzenlendiği görülmektedir:

"Bu kanunda yazılı olan örgüt, iki ya da daha fazla kimsenin aynı amaç etrafında birleşmesiyle meydana gelmiş sayılır."

⁹⁴ Değişik fıkra: 15/07/2003 - 4928 S.K./20. md.

⁹⁵ Resmi Gazete: 12/04/1991, Sayı: 20843-Mükerrer.

2006 öncesi dönemde terör örgütünün teknik olarak en az iki kişiden meydana gelmesinin mümkün olduğu görülmektedir.

b) 2006 Sonrası: Terör Tanımından Terör Örgütü Tanımına

Değişiklik sonrasında Kanun'un 1. maddesi tek fıkradan oluşmakta olup terörü tanımlamakla yetinmekte, örgüt tanımına yer vermemektedir. Değişikliğin gerekçesinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde, Türkiye'nin de taraf olduğu Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2/a hükmüne uygun olarak örgüt düzenlemesi yapıldığı, o yüzden Terörle Mücadele Kanunu'nda ayrı bir örgüt tanımı yapılmasına ihtiyaç kalmadığı belirtilmektedir⁹⁶. Düzenleme şu şekildedir:

“Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”⁹⁷

Düzenlemede her ne kadar tanımlanan kavram terör olsa da, terör örgütü kanunda ayrıca tanımlanmadığı için terör örgütü terimini en çok aydınlatacak olan düzenleme yine 1. maddedir. Nitekim Kanun'un 4. maddesinde belli bazı suçların “1. maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır”acağı düzenlenmiştir.

Kanun'un 1. maddesinden hareketle terör örgütünü tanımlayacak olursak, “cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak,

⁹⁶ Gerekeçe metni için bkz: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 1222.

⁹⁷ (Değişik birinci fıkra: 15/07/2003-4928 S.K./20 md.)

Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla her türlü suç teşkil eden eylemleri işleyecek kişi veya kişilerin mensup olduğu örgüt, terör örgütüdür.” diyebiliriz.

Bu tanımda terör örgütünü diğer suç örgütlerinden ayıran en önemli unsurlar açıklığa kavuşmuş olmaktadır: Yöntem (modus operandi) ve amaç. Bu itibarla, bir örgütün terör örgütü olabilmesi için iki temel şart vardır:

Örgüte mensup kişi ya da kişilerin suç fiillerini işlerken cebir ve şiddet kullanarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden birini uygulaması gerekmektedir⁹⁸.

Örgüte mensup kişi ya da kişilerin Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak saiklerinden biriyle suç işlemesi gerekmektedir.

2. Terör Suçlusunun Örgütü: Totoloji veya Amaç Odaklı Yaklaşım

Terörle Mücadele Kanunu'nun 2. maddesinde ayrı bir terör suçlusu tanımı yapılmayı gerekli gören kanun koyucu, şu şekilde bir tanım yapma yoluna gitmiştir:

“Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

⁹⁸ Söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından incelenmiş ve terör tanımı kanunilik ilkesine uygun bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, 31.03.1992, E. 1991/18, K. 1992/20 sayılı Karar, Resmi Gazete 27.01.1993-21478 Mükerrer, s. 1 vd.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusuydu sayılır.”⁹⁹

2012 tarihli değişiklik bir kenara bırakılırsa, Kanun’un “terör suçlusuydu” başlığını taşıyan 2. maddesinde esaslı bir değişim olmamıştır. Düzenleme, Kanun’un diğer maddeleri gibi, “terör örgütü”nü ifade etmek için tanım hükmü olan 1. maddeye atıf yapmaktadır. “Terör suçlusuydu” teriminin “terör örgütü” kavramıyla kesişimi kaçınılmaz şekilde terör tanımında gizlidir. 2. maddenin terör örgütü terimini “birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütler” olarak tarif ettiği görülmektedir. Maddenin atıf biçimi incelendiğinde, kanun koyucunun 1. maddenin terör tanımındaki amaç unsuruyla yetindiği görülmektedir.

Diğer taraftan terör örgütü kavramı açısından vurgulamak gerekir ki, 5532 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde belirtildiği üzere, belli suçları terör suçu haline getiren ve dolayısıyla bu suçların faillerini “terör suçlusuydu” vasfını kazandıran zorunlu unsurlardan biri de sözkonusu suçların “bir örgüt faaliyeti çerçevesinde sistemli olarak işlenmesidir”¹⁰⁰. Anayasa Mahkemesi’ne göre de, “Bir eylemin terör olarak nitelendirilebilmesi için aranması gereken (diğer bir) koşul, eylemin bir örgüte mensup kişi ya da kişilerce işlenmiş olmasıdır. Aynı nitelikteki eylemlerin bir terör örgütüne bağlı olmaksızın işlenmesi durumunda eylem, terör tanımı dışında kalacaktır”¹⁰¹. Ortaya çıkan tablo ilginç görünmektedir; çünkü “terör” ve “terör örgütü” kavramları totolojik biçimde ancak birbirleriyle tanımlanabilmektedir. Terör niteliği taşımayan suçları işlemeyen örgüt terör örgütü niteliği taşıyamayacağı gibi, “terör örgütü” sıfatını haiz bir örgütle bağlantı olmaksızın işlenen terörle ilgili suçlar terör suçu, failleri de terör suçlusuydu sayılamayacaktır. Terör suçlusuydu terimini tanımlayan 2. madde ile terör örgütü kavramı arasındaki bağlantı bu şekilde kurulabilecektir.

⁹⁹ 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunun 74 üncü maddesi ile bu fıkrada yer alan “ve örgüt mensupları gibi cezalandırılırlar” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

¹⁰⁰ Özgenç, op.cit., s.27.

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi, 31.03.1992 tarihli, E. 1991/18, K. 1992/20 sayılı karar. Resmi Gazete: 27.01.1993/21478 Mükerrer, s.31. Bununla beraber Mahkeme’nin aynı karardaki, terör suçunun, örgütün bilgisi ve istemi içinde işlenmesi gerektiğine dair yorumu isabetsizdir. (İlgili yorum için bkz: Resmi Gazete, 27.01.1993/21478 Mükerrer, s.35.)

3. Mutlak ve Nisbî Terör Suçlarında Örgüt

Terörle Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde bazı suçların doğrudan terör suçu olarak nitelendirilmesine karşılık, 4. maddede belli bazı suçların ancak 1 inci maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, 4. maddede sayılan suçların terör suçu sayılması, sadece ve sadece terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmesine bağlanmıştır. Bu şartlar altında 3. ve 4. maddeler karşılaştırıldığında ilk bakışta, 3. maddedeki suçların terör örgütü faaliyeti içerisinde işlenmesi de terör suçu sayıldığı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Ancak, 1. maddedeki terör tanımında "örgüt" zorunlu bir unsur sayıldığına göre terör örgütünün söz konusu olmadığı bir terör suçundan bahsedilemeyeceği söylenebilir. Görünürdeki bu çelişki, kanun koyucunun 3. maddedeki mutlak terör suçları için terör örgütünün varlığını kesin bir kanuni karine olarak varsaydığı düşüncesiyle açıklanabilecektir. Ancak böyle bir düşünceyle 1. madde ile Kanun'un diğer maddeleri arasındaki tutarlılık sağlanabilecektir.

Neticede "terör amacı ile işlenen suçlar" başlıklı 4. maddede, "terör örgütü" teriminin birtakım suçların terör suçu sıfatı kazanması için zorunlu bir unsur olarak vurgulandığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun yaptığı bu açık gönderme, terörün tarifinde terör örgütü kavramının önemini teyit etmektedir.

Ayrıca hatırlatmak gerekir ki, 4. maddede yer verilen "terör örgütü faaliyeti çerçevesinde" ibaresi, "terör örgütünün yararına" ya da "terörle ilgili" her fiili bünyesinde barındırmaz. Terör örgütü yararına, terörle bağlantılı her suç, terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olabilir¹⁰².

4. Terör Amaçlı Örgütlenme Suçunun Mahiyeti ve Cezalandırma

Kanun'un kabul edildiği 1991'den bu yana "terör örgütleri" başlığını koruyan 7. maddenin içeriğine bakıldığında, 2006 düzenlemesinden önceki ile sonraki dönem arasında belirgin bir farkın olduğu görülmektedir.

¹⁰² Baltacı, op.cit., s.325.

a) 2006 Öncesi

Terörle Mücadele Kanunu'nun 1991'de kabul edildiği ilk haline göre 7. maddenin birinci fıkrası şöyledir:

“3 ve 4 üncü maddelerle Türk Ceza Kanununun 168, 169, 171, 313, 314 ve 315 inci maddeleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu Kanunun 1 inci maddesinin kapsamına giren örgütleri her ne nam altında olursa olsun kuranlar ve bunların faaliyetlerini düzenleyenler veya yönetenler beş yıldan on yıla kadar ağır hapis ve ikiyüzmilyon liradan beşyüzmilyon liraya kadar adli para cezası, bu örgütlere girenler üç yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve yüz milyon liradan üçyüzmilyon liraya kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.”

Terörle Mücadele Kanunu'nun kabul edildiği dönemin Adalet Bakanı Oltan Sungurlu'nun bir açıklamasında ileri sürdüğü görüşler, 7. madde ile yaratılan terör örgütü kavramına ışık tutacak niteliktedir. Sungurlu, 7. maddenin yukarıda yer verilen ilk halinde Türk Ceza Kanunu'nun saklı tutulan hükümlerine dikkat çekerek “terör örgütü”nün o maddelerin kapsamı dışında yeni bir örgüt tipi olarak yaratıldığını vurgulamıştır¹⁰³. Dolayısıyla, 7. maddenin ilk halinde saklı tutulan Türk Ceza Kanunu'nun 168, 169, 171, 313, 314 ve 315 inci maddelerindeki suçları işlemek amacıyla teşekkül eden bir örgüt hukuken terör örgütü niteliği taşımayacaktır. Böylece 1991'deki haliyle terör örgütü, sözkonusu mahfuz hükümlerin dışında, kanunda sayılan unsurları bünyesinde barındıran bir örgüt tipi olarak görünmektedir.

Aynı maddenin ikinci fıkrası ise 2006 öncesi dönemde, tıpkı Kanun'un 1. maddesi gibi 2003 yılında kabul edilen 4928 sayılı Kanun'dan 15 gün sonra 30 Temmuz 2003'te kabul edilen 4963 sayılı Kanun'la değişikliğe maruz kalmıştır. Dolayısıyla bu düzenleme bakımından 1. maddeyle ilgili vurguladığımız üzere 1991-2003, 2003-2006 ve 2006 sonrası olmak üzere üç ayrı dönemin varlığından bahsedilebilir. Aşağıda daha kapsamlı değerlendirilecek olmakla beraber ant-rparantez belirtmek gerekir ki, aynı Kanun üzerinde, iki ayrı kanunla, aynı yıl içerisinde, üstelik on beş gün arayla değişiklik yapılması, Terörle Mücadele Kanunu'nun düzenlenişinde özensiz bir tutum sergi-lendiğinin somut bir göstergesidir.

¹⁰³ *Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Dönem: 38, Cilt 59, 106. Birleşim, 1. Oturum, 11 Nisan 1991, s.267-268.

İkinci fıkranın 2003-2006 yılları arasında yürürlükte olan hali şu şekildeydi:

“Yukarıdaki fıkra uyarınca oluşturulan örgüt mensuplarına yardım edenlere veya şiddet ve ya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapanlara fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşyüzmilyon liradan birmilyar liraya kadar adli para cezası verilir.”¹⁰⁴

Söz konusu düzenleme, terör örgütünün sanki doğrudan 7. maddenin ilk fıkrası uyarınca tanımlandığı izlenimi vermektedir. Oysa göndermede bulunulan ilk fıkra da Kanun’un tanım düzenlemesi olan 1. maddesine atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, ikinci fıkrada belirtilenin aksine, “terör örgütü” terimi, esasen m. 7 / f. 1 ile değil, m. 1 uyarınca oluşturulmaktadır.

7. maddenin ilk üç fıkrası, Kanun’un 1. maddesiyle birlikte anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüştür. Mahkeme yaptığı incelemede, 7. maddenin atıfta bulunduğu 1. maddeyle birlikte yeni bir suç yarattığını, (765 sayılı) Türk Ceza Kanunu’nun 141. ve 163. maddelerinin yürürlükten kaldırılmasından sonra teröre yönelik örgütlenmeler konusundaki hukuki boşluğu doldurulmasının amaçlandığını belirtmiştir. Kanun koyucunun terörle mücadele amacıyla yeni bir suç tipi yaratmak hususunda yetkili olduğunu vurgulayan Mahkeme, oyçokluğuyla iptal talebini reddetmiştir¹⁰⁵.

b) 2006 Sonrası: Karşılaştırma ve Atıflar Zinciri

Yürürlükteki mevzuat çerçevesinde terör amaçlı örgütlenme suçuyla ilgili iki temel düzenlemenin varlığından bahsedilebilir¹⁰⁶: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 314. maddesinde düzenlenen “silahlı örgüt” ve Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesiyle yaratılan “terör örgütü”. Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu 7. maddenin ilk halinde düzenlenen “terör örgütü”, “silahlı örgüt” kapsamında olmayan bir örgüt niteliği taşımaktaydı; öyle ki, terör örgütünün cezası, silahlı

¹⁰⁴ Değişik fıkra: 15/07/2003 - 4963 S.K./30. md.

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1991/18, K. 1992/20, 31.03.1992, Resmi Gazete: 27.01.1993 - 21478, Mükerrer Sayı.

¹⁰⁶ Akın, op.cit., s.71.

örgütün cezasından düşük tutulmuştu. Dolayısıyla, 2006 öncesi dönemde “terör örgütü”nün “silahlı örgüt”ten daha az tehlikeli bir örgüt şeklinde tasarlandığı söylenebilecektir¹⁰⁷. O yüzden, PKK, Hizbullah, TKP/ML-TİKKO gibi örgütler, mahkeme kararlarında, hukuken, “terör örgütü” olarak değil, “silahlı örgüt” sıfatıyla yer almıştır¹⁰⁸. Hatta bu tip örgütlerin “silahlı örgüt” olarak nitelendirilmesi eğiliminin 2006 sonrasında da devam ettiği görülmektedir¹⁰⁹. Neticede, iki örgüt tipinin ayırt edilmesi hususunda kanun koyucu ve yazarlar nezdinde belirsizliğin hâkim olduğu söylenebilir¹¹⁰.

Değişikliğin gerçekleştirilme sürecinde İçişleri Komisyonu’nda 29 Haziran 2006 tarihli ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nın Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesini değiştiren hükmü eleştiriye uğramıştır. Komisyon’da ileri sürülen bir görüş, tasarıdaki “amaçlara” ibaresinin “yöntem ve amaçlara” şeklinde değiştirilmesini, böylece terör örgütü kavramının daha belirgin hale getirilmesi yönündedir¹¹¹. Nitekim görüşmeler sırasında bu görüş kabul görmüş, maddedeki terör örgütü tanımında, terör yöntemleri açıkça sayılmıştır.

“Terör örgütleri” başlığını taşıyan 7. maddenin, terör örgütü kurma, yönetme, örgüte üye olma suçlarını ve cezalarını düzenleyen ilk fıkrası 2006 yılında belirgin biçimde değiştirilmiştir. Düzenlemenin yeni hali şöyledir:

“Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu ör-

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2003/9-32, K. 2003/52, T. 25.03.2003, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 1999/1296, K. 1999/3623, T. 22.11.1999, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1994/9-376, K. 1995/35, T. 20.02.1995.

¹⁰⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/9-1234, K. 2012/1825, 31.10.2012, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007/9-270, K. 2008/164, 10.06.2008, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007/9-282, K. 2008/44, T. 04.03.2008.

¹¹⁰ Ahmet Gündel, “TMY Tasarısı Skandal”, Radikal Gazetesi, 29 Nisan 2006, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=185813>, erişim tarihi: 04.05.14. Ayrıca bkz: Hafızoğulları – Kurşun, op.cit., s.71, 72.

¹¹¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve İçişleri ile Adalet Komisyonları Raporları (1/1194), Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, S. Sayısı: 1222, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1222m.htm>, erişim tarihi: 04.05.14.

güte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır.”¹¹²

Düzenleme, terörün yöntemlerine açıkça, amaçlarına ise 1. maddeye atıfta bulunarak yer vermektedir. Terör örgütü kurma, yönetme ve örgüte üye olma suçlarının ise doğrudan değil, Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesine atıf yaparak cezalandırılmasını öngörmektedir.

aa) Karşılaştırma

Genel bir kıyaslama yapılırsa, ilk olarak, 2006 öncesi düzenlemede daha ağır cezalar öngörülen silahlı örgütlenmelerle ilgili hükümlerin saklı tutulmasına karşılık, 2006 sonrası düzenlemede herhangi bir saklı alan öngörülmediği söylenebilir. Söz konusu değişimle ilgili kanun gerekçesinde herhangi bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Kanun koyucunun bu tutumundan, “silahlı örgüt” kavramını, “terör örgütü” kavramının kapsamı dışına çıkarmak istemediği sonucuna ulaşmak mümkündür. Hatta bir adım ileriye gidilerek kanun koyucunun “silahlı örgüt” ile “terör örgütü” ayrımını ortadan kaldırmayı amaçladığı söylenebilir¹¹³. Böylece silahlı örgüt ile terör örgütü kavramlarının artık ayırt edilemeyeceği söylenmekte¹¹⁴, diğer taraftan, terör örgütlerinin ancak ve ancak silahlı şekilde faaliyet gösterebileceği de savunulmaktadır¹¹⁵. Kanaatimizce, söz konusu kavramlar arasındaki ayrım ortadan kalkmamıştır¹¹⁶. Bununla beraber aşağıda, m. 314'e yapılan atfın incelendiği kısımda açıklanacağı üzere silahlı örgüt ile terör örgütünün faaliyet alanı hususunda bir kesişme mevcuttur. Netice itibarıyla, iki kavramın iç içe geçen ve o yüzden belirsizlikle malul yapısı, 2006 sonrasında da varlığını sürdürmektedir.

2006 öncesinde “Kanunun 1 inci maddesinin kapsamına giren örgütleri her ne nam altında olursa olsun kuranlar ve bunların faaliyetlerini düzenleyenler veya yönetenler” cezalandırılırken, 2006 sonrası

¹¹² Değişik fıkra: 29/06/2006 - 5532 S.K./6 md.

¹¹³ Akın, op.cit., s.76.

¹¹⁴ Baltacı, op.cit., s.333.

¹¹⁵ Özgenç, op.cit., s.63. Özgenç'in aksine, Baltacı, söz konusu ayrımın ortadan kalktığını kabul etmekle birlikte değişiklik sonucunda terör örgütlerinin mutlaka silahlı olmasının gerekmediğini iddia etmektedir. Baltacı, op.cit., s.333.

¹¹⁶ Akın, op.cit., s.76-77.

da ise "1'inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar" hüküm altına alınmaktadır. Bu tabloya göre, düzenlemenin ilk halindeki "her ne nam altında olursa olsun" ve "bunların faaliyetlerini düzenleyenler" ibareleri muhtemelen gereksiz bulunduğu için metinden çıkarılmıştır. Örgütü yönetmenin örgütün faaliyetlerini düzenlemekten farklı bir fiil olduğunu savunmak gerçekten güçtür.

Ayrıca, 2006 öncesinde "örgüte girenler"i cezalandırırken, 2006 sonrasında bu ifade yerine daha yerinde bir şekilde "üye olanlar" hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan, düzenlemelerin tek bir ortak noktası olduğu görülmektedir: Her iki düzenleme de açıkça 1. maddeye atıf yapmaktadır. 2006 düzenlemesiyle örgüt tanımının çıkarılmasına rağmen, 1. maddenin hâlâ terör örgütü kavramı konusunda en açıklayıcı hüküm olması gerçeği karşısında, kanun koyucunun 1. maddeye yapılan göndermeyi muhafaza etmesi makul görünmektedir.

Terör amaçlı örgütlenme suçu olarak özetlenebilecek olan terör örgütünü kurma, yönetme ve bu örgüte üye olma suçları için öngörülen cezalar kıyaslandığında, rahatlıkla söylenebilir ki, 2006 düzenlemesiyle cezalar artırılmıştır. Örgütü kurma ve yönetme fiilleri, 2006 öncesinde beş yıldan on yıla kadar ağır hapis ve ikiyüzmilyon liradan beşyüzmilyon liraya kadar adli para cezası ile cezalandırılırken, 2006 sonrasında Türk Ceza Kanunu m. 314/1 gereğince on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Üye olma suçu bakımından ise 2006 öncesi düzenlemede üç yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve yüzmilyon liradan üçyüzmilyon liraya kadar adli para cezası öngörülmüşken 2006 sonrasında m. 314/2 gereğince beş yıldan on yıla kadar hapis cezası belirlenmiştir.

Bu genel kıyaslamadan sonra, fıkranın 2006 öncesi ve sonrasında terör örgütüyle alakalı düzenleme biçimi karşılaştırıldığında, ilk durumda terör örgütünün "1. maddenin kapsamına giren örgüt" şeklinde tanımlandığı, buna karşılık 2006 sonrasında ise "cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere kurulan örgüt" olarak tarif edildiği görülmektedir. Bu farklılığın temel sebebi, kanaatimizce 2006 öncesinde 1. maddede, eleştiriye

açık olmakla beraber, bir terör örgütü tanımının bulunuyor olması ve 2006'da bu tanımlayıcı hükümlerin çıkarılmış olmasıdır.

Kanun koyucu, 2006 öncesinde "1. maddenin kapsamına giren örgüt" şeklinde bir ifade kullanmakla haklı olarak yetinmiştir; çünkü 1. madde zaten terör örgütü tanımını bünyesinde barındırmaktadır. Buna mukabil, 2006 sonrasında 1. Maddedeki tanımlayıcı düzenlemeler olan 2. ve 3. Fıkralar ilga edilmiştir. O yüzden kanun koyucu, ilk olarak terör yöntemlerini açıkça belirtme ihtiyacı hissetmiş, "cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle" ifadesine yer vermiştir.

Kanun koyucu, ikinci olarak, tekrar etmemekle beraber "1. maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak" ibaresiyle terör örgütünün bir başka unsurunu 7. maddeye yerleştirmiş görünmektedir. Böylece, terör yöntemlerinin tekrar edilmesiyle 7. maddenin 1. maddeye karşı hukuki bağımlılığı azalmış olsa da tamamen ortadan kalkmamıştır. Zira terör örgütünün amaçsal tanımı bakımından 7. madde hâlâ 1. maddeye atıf yapmaktadır.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, Kanun'un 168. ve 313. maddelerindeki örgütler dışında Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesiyle oluşturulan bir terör örgütü tanımı bulunmaktaydı. Dolayısıyla, üçlü bir suç örgütü yapısı söz konusuydu¹¹⁷. Bu karmaşık yapının keyfi uygulamalara yol açabileceği düşüncesiyle 7. madde değiştirilmiş, ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 220. ve 314. maddelerine de böylece işlerlik kazandırılmıştır¹¹⁸. Kanaatimizce bu değişikliğin olumlu yanlarından biri de Türk Ceza Hukuku düzeni içinde suç örgütü yapılanmasına bir bütünlük ve tutarlılık kazandırılmış olmasıdır.

İki dönem arasında terör örgütün niteliği bakımından önemli bir fark sözkonusudur. 2006 öncesinde Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesine göre iki tür örgütten bahsedilebilirdi: silahlı terör örgütü ("silahlı örgüt") ve silahsız terör örgütü¹¹⁹. Bu dönemde terör örgütü silahsızsa ve vahim eylemlerde bulunmamışsa mensubu veya yöneticisi

¹¹⁷ Özgenç, op.cit., s.62.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Baltacı, op.cit., s.332.

m.7/1 hükmünün 2. fıkrası uyarınca cezalandırılıyor; buna mukabil, eğer terör örgütü hukuken “silahlı örgüt” niteliği taşıyorsa, silahlıysa ve vahim eylemlerde bulunmuşsa, örgütün mensubu veya yöneticisine 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 168. maddesi gereğince yaptırım uygulanıyordu¹²⁰. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinde 2006 yılında yapılan değişiklikle silahlı-silahsız terör örgütü ayırımı tamamen ortadan kaldırılmıştır.

Bu noktada terör örgütünün niteliğiyle ilgili olarak bir görüş ayrılığının varlığı olduğunu söylemek gerekir. İzzet Özgenç’e göre, 2006 sonrası düzenleme çerçevesinde terör örgütünün silahlı olması zorunludur¹²¹. Yazar, silahlı olmayan suç örgütleriyle ilgili olarak Terörle Mücadele Kanunu’nun değil, Türk Ceza Kanunu ve diğer mevzuatın uygulanması gerektiği düşüncesindedir¹²². Türkiye Büyük Millet Meclisi İçişleri Komisyonu’nun 7. maddede yapılan değişikliğe ilişkin raporu da aynı doğrultudadır. Rapora göre “terör örgütünün ancak silahlı bir örgüt olabileceği hususuna açıklık getirmek gerekir. Aksi takdirde cebir ve şiddet içermeyen pek çok suç, salt bir örgütle ilişki kurulduğu için terör suçu olarak kabul edilecektir”¹²³. Buna karşılık, Vahit Baltacı ise bir örgütün terör örgütü olabilmesi için silahlı olmasının gerekmediğini, Kanun’u 1. maddesindeki şartlar sağlanmış olmasının bir terör örgütünün varlığından bahsetmek için yeterli olduğunu ileri sürmektedir¹²⁴. Kanaatimizce, her ne kadar yalnızca mevzuat esas alınırsa terör örgütünün silahlı olmasının şart olmadığı söylenebilirse de, 1. maddedeki terör tanımında yer alan “cebir ve şiddet” unsurları-

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Özgenç, op.cit., s.63.

¹²² Ibid.

¹²³ Türkiye Büyük Millet Meclisi İçişleri Komisyonu, 27.04.2006, E. 1/1194, K. 40 sayılı Rapor. “3713 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde yapılan değişiklikle terör örgütü ile ilişkisi kurulabilen kimi suçların terör suçu sayılacağı kabul edilmiştir. Bu suçlara bakıldığında, kimilerinin, cebir ve şiddet içermedikleri halde terör örgütüyle ilişkili oldukları için kapsama alındıkları görülmektedir. Bu hüküm terör suçlarının alanını olağanüstü boyutta genişletmektedir. Terör örgütü kavramının da belirsizleşmesi halinde, Kanunun uygulanması toplumun son derece önemli bir kesimini kapsar hale gelir. Dolayısıyla 7 nci maddede yapılacak değişiklikle terör örgütünün ancak silahlı bir örgüt olabileceği hususuna açıklık kazandırmak gerekir. Aksi takdirde (*sic.*) cebir ve şiddet içermeyen pek çok suç, salt bir örgütle ilişki kurulduğu için terör suçu olarak kabul edilecektir.”

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 1222. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1222m.htm>, erişim tarihi: 28.04.2014.

¹²⁴ Baltacı, op.cit., s.333.

nın gerçekleştirilmesi, eşyanın tabiatı gereği, örgütün silahlı olmasıyla mümkün olacaktır. Dolayısıyla, terör örgütünün silahlı olması gerektiği hususunda, farklı bir gerekçeyle olduğunu belirterek, Özgenç'in görüşüne katılıyoruz. Ancak belirtmemiz gerekir ki, yeni haliyle bile, Terörle Mücadele Kanunu'nun yarattığı "terör örgütü" kavramı, Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde düzenlenen "silahlı örgüt" suçuyla birlikte varlığını sürdürürken, içerdikleri ortak unsurlardan ötürü karışıklığa neden olmayı sürdürmektedir.

Düzenlemede bir başka farkın da suç ve cezanın aynı veya ayrı kanunlarda düzenlenmesine ilişkin olduğu görülmektedir. Şöyle ki, terör örgütü kurma, yönetme ve bu örgüte üye olma suçu 2006 öncesinde doğrudan ve diğer örgüt suçlarından bağımsız olarak Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. Maddesi uyarınca cezalandırılmaktayken; yeni düzenleme, terör örgütü suçlarına bizzat ceza vermemekte, genel kanun (code) niteliği taşıyan Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesindeki cezanın uygulanmasını emretmekle yetinmektedir.

Bu yeni durumda, kesin olarak söylenebilir ki, terör örgütü kurma, yönetme ve bu örgüte üye olma fiilleri açısından suç ve ceza ayrı kanunlarda düzenlenmiştir. Suç ve cezanın ayrı kanunlarda düzenlenmesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı düştüğü söylenebilir. Nitekim Fransız Anayasa Konseyi (Conseil Constitutionnel), 28 Şubat 2012 tarihinde vermiş olduğu kararında, Fransız kanunlarının tanıdığı soykırımları inkâr etme ya da küçümseme fiillerini cezalandıran kanun hükmünü iptal ederken bir suçun, kanunla sadece tanınmış olmasının normatif çerçeveyi sağlamadığını (une disposition législative ayant pour objet de " reconnaître " un crime ... ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi) gerekçe göstermiştir¹²⁵.

bb) İlk Atıf: Silahlı Örgüt Suçu

Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesine göre "...terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun

¹²⁵ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2012-647, DC du 28 Février 2012, Par. 6., *Journal Officiel* du 2 Mars 2012, p. 3988, Recueil, p.139. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-647-dc/decision-n-2012-647-dc-du-28-fevrier-2012.104949.html>, erişim tarihi: 17.04.14.

314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır". Düzenleme bu haliyle ilk bakışta, sadece cezalandırma bakımından m. 314'ün uygulanacağı izlenimi vermektedir. Nitekim böyle bir izlenimin oluştuğu düşüncesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçişleri Komisyonu tarafından da paylaşılmaktadır¹²⁶. Ayrıca, bazı yazarlar sözkonusu göndermenin yaptırımla sınırlı olduğu görüşünü savunmaktadır¹²⁷. Oysa hem düzenlemenin gerekçesinden hem de örgüt suçunun genel hukuk sistematığı içindeki düzenleniş biçiminden anlaşıldığı üzere yapılan atıf gerçekte sadece cezalandırmayı değil, suçun unsurlarını da kapsamaktadır. Yine de, yapılan yollamanın suçun unsurlarını ve cezalandırma biçimini tereddüde mahal bırakmayacak şekilde kapsamı için 7. maddenin ilgili kısmının "...terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar hakkında Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi uygulanır" şeklinde değiştirilmesini öneriyoruz.

Kendisine atıf yapılan Türk Ceza Kanunu'nun "silahlı örgüt" başlıklı 314. maddesine bakıldığında, örgüt suçunun özel bir türüyle karşılaşılmaktadır:

"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan on-beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır."

Maddenin ilk fıkrasında belirtilen dördüncü ve beşinci bölümler sırasıyla devletin güvenliğine karşı suçlar ile anayasal düzene ve bu

¹²⁶ Türkiye Büyük Millet Meclisi İçişleri Komisyonu, 27.04.2006, E. 1/1194, K. 40 sayılı Rapor'a göre, "Tasarının 6 ncı maddesi 3713 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde değişiklik öngörmektedir. Değişikliğe bakıldığında, TCK'nın 314 üncü maddesine atıfta bulunulduğu görülmektedir. Ancak bu atfın sadece ceza miktarlarının artırılmasını sağlamak bakımından yapıldığı izlenimi doğmaktadır. Oysa terör eylemlerini diğer eylemlerden ayırmak bakımından 314 üncü maddedeki tanımın esas alındığı konusuna açıklık getirilmelidir. Aksi taktirde 4 üncü maddeye ilişkin olarak açıklanan kapsam genişlemesine ilişkin endişeler sürecektir."

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 1222. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1222m.htm>, erişim tarihi: 28.04.2014.

¹²⁷ Hafızoğulları - Kurşun, op.cit., s.71.

düzenin işleyişine karşı suçları düzenlemektedir. Bu suçların bir kısmının, Terörle Mücadele Kanunu'nun 3. ve 4. maddesi uyarınca mutlak ya da nisbî terör suçu olarak düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla, sözü edilen suçlar, hem Türk Ceza Kanunu'nun 314. Maddesi uyarınca başlı başına bir "silahlı örgüt" çerçevesinde, hem de Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. Maddesi uyarınca bir "terör örgütü" çerçevesinde işlenebilmektedir. Terörle Mücadele Kanunu'nun 3., 4. ve 7. maddeleri ile Türk Ceza Kanunu'nun sözkonusu dördüncü ve beşinci bölümü birlikte ele alındığında, 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316. maddeler ile 310'uncu maddenin birinci ve ikinci fıkrasında yazılı suçların iki örgüt tipinin kesişim kümesinde yer aldığı görülmektedir. Hukuk tekniği bakımından sakıncalı olan bu karışık düzenleme, suç ile cezanın ayrı normlarla yaratılması suretiyle ortaya çıkmıştır. Bu düzenleme biçiminin suç ve cezaların belirliliği ve doğal olarak kanunilik ilkesine aykırı olduğunu söyleyebiliriz.

Yukarıda 7. maddenin incelendiği kısımda ortaya koyduğumuz gerekçelerin yanı sıra, özel kanun niteliğindeki Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin Ceza Kanunu'nun 314. Maddesine yaptığı atıftan, terör örgütünün "silahlı" olması gerektiği sonucunu çıkarmak yanlış olmayacaktır.

Silahlı örgüt ile terör örgütü ayrımı, 2006 sonrasında dahi varlığını sürdürmektedir. İki örgüt, iki temel farkla birbirinden ayrılmaktadır: Yukarıda açıklandığı üzere, silahlı örgüt, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen belli suçları işlemek amacıyla teşekkül eden bir örgüt olup terör örgütüne kıyasla, daha dar bir faaliyet alanına sahiptir¹²⁸. Mesele, genel sağlığı bozmak amacıyla kurulan bir suç örgütü -üstelik silahlı bile olsa- m. 314 anlamında "silahlı örgüt" sıfatı taşımazken, terör örgütü kapsamına girebilecektir¹²⁹. Buna mukabil, terör örgütü, Terörle Mücadele Kanunu'nun 3. ve 4. maddelerinde sayılan pek çok suç işlemek amacıyla faaliyet gösterebilecektir. İkinci olarak, kanunun yalnız lafzı esas alındığında silahlı örgüt için "silahlı" olmak zorunlu bir unsur görünümündeyken terör örgütü için kanunda açıkça "silahlı" olma şartı aranmamıştır. Her ne kadar gâi yorum metoduyla 2006 değişikliğindeki yasama süreci incelendiğinde kanun koyucunun iki

¹²⁸ Akın, op.cit., s.77.

¹²⁹ Ibid.

örgütlenme tipi arasındaki ayrımı ortadan kaldırma amacı güttüğü söylenebilirse de, hukuken “silahlı örgüt” ve “terör örgütü” kavramlarının ayrı statüde olduğunu kabul etmek gerekir. Sonuç olarak, 2006 sonrasında, yukarıda yer verilen iki örgüt tipinin faaliyeti kapsamına giren suçlar göz önüne alındığında, her terör örgütünün “silahlı örgüt” olmadığı, ancak her silahlı örgütün aynı zamanda terör örgütü niteliği taşıdığı söylenebilecektir¹³⁰. Öte yandan, Terörle Mücadele Kanunu’nun 3. maddesinde yer verilen mutlak terör suçları arasında Türk Ceza Kanunu’nun 314. maddesinde düzenlenen “silahlı örgüt” suçu da bulunmaktadır. Dolayısıyla, silahlı örgüt suçunun, hukuken terör suçları kategorisine dâhil olduğu açıktır. Bu açıdan da, m. 314 anlamında “silahlı örgüt”ün her zaman terör örgütü niteliği taşıdığı yönündeki görüş bizce makul görünmektedir.

cc) İkinci Atıf: Genel Örgütlenme Suçu

Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. Maddesinin ilk fıkrasındaki atıf hükmünün yol açtığı hukuki karmaşa, yukarıda açıkladığımız tabloyla sınırlı değildir. Nitekim kendisine atıf yapılan Türk Ceza Kanunu’nun 314. maddesinin 3. fıkrası, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümlerin, silahlı örgüt suçu açısından aynen uygulanacağını emretmektedir. Böylelikle, “terör örgütü” terimini doğrudan etkileyen yeni bir madde daha değerlendirilmeye dâhil edilmek zorundadır. Bu hüküm, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu’nun 220’nci maddesidir. Kendi içerisinde farklı bazı sorunları bünyesinde barındıran bu düzenlemeye göre,

- (1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.
- (2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹³⁰ İki örgüt tipi arasındaki ayrımın ortadan kalktığını ileri süren Baltacı’ya karşılık (Baltacı, op.cit., s.333), Akın terör örgütünün silahlı örgütü kapsadığı yönündeki görüşe katılmaktadır. Akın, op.cit., s.80.

- (3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.
- (4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.
- (5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.
- (6) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir¹³¹. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır¹³².
- (7) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir¹³³.
- (8) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Genel kural-özel kural ilişkisi bakımından, özelden genele bir sıralama yapılırsa TCK m. 314 > TMK m. 7 > TCK 220 şeklinde bir dizi ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, her ne kadar Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesindeki atıf, görünüşte sadece cezalandırma şekli açısından yapılmış olsa da, hukuk sistematigi bakımından Ceza Kanunu m. 314'te yalnızca hapis cezalarının dikkate alınıp diğer hükümlerin göz ardı edilmesi isabetli olmayacaktır. Suçun maddi unsuruyla verilecek ceza arasında ilişkinin kaçınılmaz oluşu dikkate alınır, bir suçun cezasının suçtan bağımsız değerlendirilmesi tutarsız olacağı için, söz konusu atıf örgütün unsurlarını da kapsayacak biçimde geniş yorumlanmalıdır.

¹³¹ Değişik: 2/7/2012 - 6352/85 md.

¹³² Ek cümle: 11/4/2013-6459/11 md.

¹³³ Değişik: 2/7/2012 - 6352/85 md.

Terör örgütü, 2006 öncesi dönemde iki veya daha fazla kişiden oluşabiliyorken, 2006 sonrasında Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin Türk Ceza Kanunu m. 314'e ve m. 314'ün m. 220'ye atıf yapması nedeniyle, en az üç kişiden oluşabileceği kabul edilmelidir.

SONUÇ

Tüm bu incelemelerin sonucunda Türk ceza hukukunda terör örgütünü diğer suç örgütlerinden ayıran unsurlar ve kanuni dayanakları şu şekilde tespit edilebilir:

i) Yöntem / Modus Operandi: Terör örgütü, cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle hareket eden bir örgüt tipidir. (TMK m. 1, m. 7)

ii) Amaç-Saik: Terör örgütü, siyasi maksatla faaliyet gösteren örgütleri ifade eder. Sadece maddi çıkar amaçlı bir teşekkül, terör örgütü olamaz. Türk Ceza Hukukunda terör örgütleri, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla faaliyet gösterir. (TMK m. 1)

iii) Araç-Gereç: Terör örgütü silahlı bir örgüt türüdür. (TMK m. 7 > TCK 314)

iv) Elverişlilik: Bir örgütün terör örgütü olabilmesi için yapısının, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekir. (TMK m. 7 > TCK m. 314 > TCK m. 220) Terör örgütün amaçları, genel suç örgütüne kıyasla daha büyük ve zor olduğu için sözkonusu elverişlilik kriteri gereğince terör örgütünden söz edebilmek için güçlü bir yapılanmanın varlığını aramak isabetli olacaktır.

v) Üye sayısı: Terör örgütü en az üç kişiden oluşur. (TMK m. 7 > TCK m. 314 > TCK m. 220)

Terörle Mücadele Kanunu yürürlüğe girdiği günden bu yana pek çok kez değişikliğe maruz kalmıştır. “Terör örgütü” kavramı açısından en önemli değişikliklerin ilki, 2006 yılında kabul edilen 5532 sayılı Kanun’un 17. ve 1. maddeleriyle, Terörle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesinin örgüt kavramını düzenleyen ikinci ve üçüncü fıkralarının ilga edilmesi ve maddenin başlığının, “terör ve örgüt tanımı” iken “terör tanımı” haline getirilmesiyle “örgüt tanımı”nın Terörle Mücadele Kanunu’ndan çıkarılmasıdır. İkinci önemli değişiklik ise 5532 sayılı Kanun’un 6. maddesiyle Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinin Türk Ceza Kanunu’nun 314. maddesindeki “silahlı örgüt” suçuna atıfta bulunacak şekilde değiştirilmesidir. İlk bakışta, her ne kadar “terör örgütü” kavramının açık hukuki dayanağını yitirdiği ve kavramın belirsizliğinin arttığı iddia edilebilir görünse de, ceza hukukunun sistematik bütünlüğü bakımından tüm örgütlü suçların birbiriyle ilişkilendirilmesi olumlu bir gelişme olarak nitelendirilebilir.

İkinci olarak, yaptığımız incelemeler göstermektedir ki, mevcut haliyle, “terör örgütü” kavramı ile “terör” kavramı arasında belli ölçüde totolojik bir ilişki vardır. Sözkonusu kavramların birbirleri olmaksızın tanımlanmaları mümkün görünmemektedir. Bu açmazın temel sebebi, kanaatimizce, (terör örgütü, “terör” olmaksızın düşünülemediğine göre) terör tanımının örgüt unsurunu içermesidir. Diğer taraftan, terör eylemlerinin örgüt olmaksızın, bireysel şekilde gerçekleştirilmesi mümkün görünmektedir. Bu yüzden, terör kavramının hukuki tanımına bireysel terör faaliyetleri dâhil edilmeli; “terör” kavramının örgüt unsuruna bağımlılığı ortadan kaldırılmalıdır.

Öte yandan, Terörle Mücadele Kanunu’nda 2006 yılında gerçekleştirilen değişikliklere rağmen, “terör örgütü” ve “silahlı örgüt” kavramlarının taşıdıkları ortak unsurlardan ötürü hukuki belirsizlikten kurtarılamadığı söylenebilir. Yürürlükteki hukuka göre, her terör örgütü, teknik anlamda “silahlı örgüt” sayılamazken, her silahlı örgüt, “terör örgütü” niteliği taşımakta; dolayısıyla terör örgütü kavramı, silahlı örgüt kavramını içermektedir. Terör amaçlı örgütlenmenin tek bir düzenlemeyle hüküm altına alınması, suç ve cezada kanunilik ilkesinin belirlilik unsuru bakımından daha uygun olacaktır.

Kaynakça

- Akın Engin, Anayasa Mahkemesi - Yargıtay Kararları ve Uluslararası Hukuk Metinleri Çerçevesinde Terör ve Terörün Finansmanı Suçu, Adalet Kitabevi, Ankara, 2009.
- Aleo Salvatore, Sistema Penale e Criminalità: Le Figure Delittuose Associative, Terza Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2009.
- Alparslan Şükrü, Hukuk ve Kriminoloji Açısından Tedhişçilik, Teknik Yayınları, İstanbul, 1983.
- Angli Mariona Llobet, "What Does 'Terrorism' Mean?", in ed. Aniceto Masferrer - Clive Walker, Counter Terrorism, Human Rights and the Rule of Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, ss. 17-36.
- Antolisei Francesco, Manuale di Diritto Penale: Parte Speciale, Volume II, 15. Edizione, 2008.
- Asthana N. C. - Nirmal Anjali, Urban Terrorism: Myths and Realities, Pointer Publishers, Jaipur, 2009.
- Balbo Paola, Il Terrorismo: La Fattispecie di Un Reato in Evoluzione nelle Disposizioni Italiane ed Internazionali, Halley Editrice, Matelica, 2007.
- Baltacı Vahit, Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Bayraktar Köksal, Siyasal Suç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Becchi Ada, Criminalità Organizzata: Paradigmi e Scenari delle Organizzazioni Mafiose in Italia, Donzelli Editore, Roma, 2000.
- Bonamate Luigi, Terrorismo Internazionale, Giunti Editore, Firenze, 2011.
- Bozlak Ayhan, "Çıkar Amaçlı Organize Suçlarla Mücadeleye İlişkin Temel Hukuki Düzenlemeler ve Başlıca İlkeler", *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt XI, Sayı: 3, 2009, ss. 61-93.
- Cadoppi Alberto - Canestrari Stefano - Papa Michele - Adelmo Manna, Trattato di Diritto Penale: Parte Speciale, Vol. I: I Delitti Contro la Personalità dello Stato, UTET, Milano, 2008.
- Code Pénal Belge, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1867060801.
- Code Pénal Français, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>.
- Conseil Constitutionnel, Décision n° 2012-647, DC du 28 Février 2012, Par. 6., Journal Officiel du 2 Mars 2012, p. 3988, Recueil, p.139. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-647-dc/decision-n-2012-647-dc-du-28-fevrier-2012.104949.html>
- Cettina Nathalie, Terrorisme: L'Histoire de Sa Mondialisation, L'Harmattan, Paris, 2001.
- Chaliand Gérard, Les Stratégies du Terrorisme, Desclée de Brouwer, Paris, 2002.

- Chaliand Gérard – Blin Arnaud, “Zelots and Assassins”, translated by Edward Schneider, eds. Gérard Chaliand – Arnaud Blin, *The History of Terrorism: From Antiquity to Al Qaeda*, University of California Press, Berkeley, 2007, ss. 55-78.
- Çiçek İbrahim, 5532 sayılı Kanun’la Değişik Açıklamalı Terörle Mücadele Kanunu, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2006.
- Demirbaş Ali Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Dönmezer Sulhi, “Tedhişçilik Üzerine”, *Devir*, Sayı: 6, 11 Aralık 1972.
- Dönmezer Sulhi – Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt III, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.
- Etymology Dictionary, <http://www.etymonline.com/>.
- Evik Vesile Sonay, *Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
- Evik Vesile Sonay, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı:2, İstanbul, 2013, ss. 667-697.
- Fiocca Mariateresa – Cosci Stefania, *La Dimensione Finanziaria del Terrorismo e del Contro-Terrorismo*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2004.
- Ford Franklin Lewis, *Political Murder: From Tyrannicide to Terrorism*, Harvard University Press, Cambridge - MA, 1985.
- Fotia Diana, *Terrorismo... Per Non Addetti ai Lavori*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2012.
- Gambino Antonio, *Esiste Davvero Il Terrorismo?*, Fazi Editore, Roma, 2005.
- Gilbert Paul P., *Il Dilemma del Terrorismo: Studio di Filosofia Politica Applicata*, traduzione dall’inglese di Loretta Napoleoni, Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano, 1997.
- Gözübüyük Abdullah Pulat, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi: Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Kanunlarıyla Mukayeseli*, Cilt II, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990.
- Gündel Ahmet, “TMY Tasarısı Skandal”, *Radikal Gazetesi*, 29 Nisan 2006, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=185813>.
- Hafizoğulları Zeki – Kurşun Günel, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 71, 2007, ss. 25-80.
- Karacan İsmet, “Terörizm ve Yapısı”, *Uluslararası Terörizm ve Uyuşturucu Kaçaklığı / Le Terreurisme International et Le Trafic de Stupéfiants*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984.
- Kocasakal Ümit, “Organize Suçluluğun Tanımı, Özellikleri ve Kapsamı”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2002.
- Laqueur Walter, *A History of Terrorism*, 7th Printing, Transaction Publishers, New Jersey, 2012.
- Minna Rosario, *Crimini Associati, Norme Penali e Politica del Diritto: Aspetti Storici, Culturali, Evoluzione Normativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.

- Özek Çetin, "Organize Suç", Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 195-298.
- Özgenç İzzet, Terörle Mücadele Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Özgenç İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Öztürk Bahri – Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Pagliari Antonio, Il Diritto Penale Fra Norma e Società: Scritti 1956-2008, Volume II, Giuffrè Editore, Milano, 2009.
- Purpura Philip P., Terrorism and Homeland Security: An Introduction with Applications, Butterworth-Heinemann, Massachusetts, 2007.
- Serrano Agata, L'Armi Razionali Contro Il Terrorismo Contemporaneo: La Sfida delle Democrazie di Fronte alla Violenza Terroristica, Giuffrè Editore, Milano, 2009.
- Skeat Walter W., A Concise Etymological Dictionary of the English Language, Cosimo, New York, 2005.
- Skoll Geoffrey R., "Toward a Theory of Terrorism: A Multidimensional Analysis", in ed. Rene A. Larche, Global Terrorism: Issues and Developments, Nova Science Publishers, New York, 2008, ss. 19-60.
- Tangör Burak – Sayın Sevinç, "Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı mı?", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 1, 2012, ss. 85-118.
- Taştan Mehmet, Açıklamalı-İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, İçişleri ile Adalet Komisyonları Raporları, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1222m.htm>
- Uyar Tulga, Terörle Mali ve Hukuki Mücadele, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Yayla Atilla, "Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve", *Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt XLV, Sayı: 1-4, 1990, ss. 335-385.

İNGİLTERE HUKUKUNDA NEFRET SUÇLARI*

HATE CRIMES IN ENGLISH LAW

Mehmet Zülfü ÖNER**

Özet: Nefret suçları dünya genelinde güncel bir sosyal ve hukuki sorun olarak karşımıza çıkmakta olup ülkelerin kendi hukuk sistemlerine bağlı olarak nefret suçları için ayrı bir yasa çıkarmak veya ceza kanunlarını değiştirmek suretiyle bu suçlarla mücadele etmeye çalıştıkları görülmektedir. Bu konudaki genel yaklaşımın; ırk, din, cinsel yönelim gibi çeşitli nefret saiklerini ağırlaştırıcı neden olarak kabul etme yönünde olduğu anlaşılmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuka ilişkin bu çalışma, Birleşik Krallık'taki nefret suçlarını incelemeyi amaçlamaktadır. Çalışmada, İngiliz hukukunda nefret suçlarına yaklaşım, bu suçların tarihsel gelişimi ve bu alandaki yasal düzenlemeler açıklanmakta olup ayrıca bu kapsamda bazı önemli tartışmalara yer verilmektedir. Nefret suçlarına ilişkin olarak İngiliz hukukunda yer alan düzenlemelerin inceleme konusu yapılmasının nedeni, konunun bu ülke için güncel bir sorun oluşturmasıdır. Her ülkenin tarihsel, sosyal, ekonomik şartları ve hukuk sistemleri farklılık göstermekle birlikte, İngiliz hukukunda yer alan nefret suçlarına ilişkin tarihsel gelişim, yasal çerçeve ve tartışmaların aktarılmasının, ülkemizde bu suçlar ile ilgili yapılmakta olan reform faaliyetlerine katkı sunabileceği düşünülmektedir.

Anahtar sözcükler: nefret, önyargı, düşmanlık, nefret suçları, nefret saiki, Birleşik Krallık, İngiltere, İngiliz hukuku.

Abstract: Hate crimes emerge as a contemporary social and legal problem around the world. Countries either have passed separate laws or amended the existing ones in order to combat these crimes. It is seen that the general tendency on legislating hate crimes is to make hate motives such as race, religion, and sexual orientation the aggravating circumstances.

* Bu makale Türkiye Bilimsel Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) tarafından sağlanan burs kapsamında İngiltere'de Sussex Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yapılan çalışma sırasında yazılmıştır. Makalede ifade edilen hususlar yazarın kendi görüşünü yansıtmaktadır. (This article has been written in the Law School University of Sussex (The United Kingdom) with the support of the Scientific and Technological Research Council of Turkey. The views expressed in this article reflect the views of the scholar.)

** Dr.

This article aims to explain, from a comparative law perspective, hate crimes in the United Kingdom. In this work, approaches to hate crimes together with the historical evolution as well as the law enforcement concerning the hate crimes in the UK are explained. The reason for choosing the English law and practice stems from the fact that hate crimes are also current legal problem in the UK. It is believed that the explanation of historical evolution, legal framework and debates around the issue ongoing in the UK can contribute to making reforms in the Turkish legal system, even though the historical, economic and social conditions as well as the legal system of each country are different.

Keywords: hate, prejudice, hostility, hate crimes, bias motive, the United Kingdom, England, English Law.

Giriş

Tarihsel kökeni ve nedenleri çok eskiye dayanmakla birlikte nefret suçunun kavram olarak yaklaşık yarım yüzyıl önce ortaya çıktığı, bugün dünyanın birçok gelişmiş hukuk sisteminde tartışılmaya devam edildiği ve yasalaştırma faaliyetine konu olduğu görülmektedir. Özellikle batı ülkelerinde toplumsal yaşamdaki gelişim ve değişen ihtiyaçlara göre bu suç ya da suçlara ilişkin reform çalışmalarının ise devam ettiği anlaşılmaktadır¹.

Nefret suçlarının tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesinin oldukça karmaşık bir konu olduğunu belirtmek gerekir. Akademik olarak bu suçun tanımı konusunda birçok görüş ve öneri ileri sürülmüş ise de, sosyal bilimciler ve hukukçular tarafından bu suçun ortak bir

¹ Nicholas Bamforth, Maleiha Malik and Colm O’Cinneide, *Discrimination Law: Theory and Context, Text and Materials*, Sweet & Maxwell, 2008, s.482 vd.; Rebecca Thomas, *Legislative Provisions for Hate Crime across EU Member States*, June 2004.; Nefret suçları ile ilgili yasalaştırmanın genellikle iki şekilde gerçekleştirildiği görülmektedir. İlk yöntem bu suçları ceza yasalarının içerisinde düzenleyip normal suçlara göre cezasını ağırlaştırma yönetimidir. Bu konuda ikinci yöntem ise, bu suçları genellikle ayrı bir yasa da bağımsız suçlar şeklinde düzenlemektedir. Birinci yöntem A.B.D. ve Avrupa’da bir çok ülkede, ikinci yöntemin ise A.B.D.’deki bazı eyaletlerde ve çok az sayıda Avrupa ülkesinde (Çek Cumhuriyeti gibi) uygulandığı görülmektedir. Bkz. Hasan Sınar, “Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s.1273.

tanımı yapılmamıştır². Uzun bir geçmişe sahip olmakla birlikte, nefret suçlarının yasalastırma anlamında yeni bir suç tipi olması, çok değişik saik veya nedenlerle işlenmesi kavramsal olarak suçun tanımlanmasını zorlaştırmaktadır³.

Nefret suçlarına ilişkin çağdaş yasalastırma faaliyetlerinin tarihsel olarak ırk, etnisite, din ve inanç ile bağlantılı olarak ortaya çıktığı, daha sonra cinsel yönelim (lezbiyen, eşcinsel, biseksüel ve transeksüel), engellilik, yaş, cinsiyet gibi saiklerle işlenen suçların yasalarda yer almaya başladığı görülmektedir⁴. Irk, din, etnisite, cinsel tercih, cinsiyet ve benzeri nedenlerle işlenen suçların tarihi çok eskilere dayanmakla birlikte, özellikle 1960 ve 1970'li yıllardan itibaren siyah ırk mensuplarına, kadınlara ve cinsel yönelimleri farklı olanlara (lezbiyen, eşcinsel, biseksüel ve transeksüel) karşı önyargı, düşmanlık ve nefret nedeniyle işlenen suçlardaki artış ile birlikte 'nefret suçu' kavra-

² Bkz. Nathan Hall, *Hate Crime*, New York, Routledge, 2013, s.1 vd.; Valerie Jenness and Ryken Grattet, *Making Hate a Crime, From Social Movement to Law Enforcement*, American Sociological Association's Rose Series in Sociology, 2004, s.17.; Mark Austin Walters, "A General Theories of Hate Crime? Strain, Doing Difference and Self Control", *Critical Criminology*, Vol. 19, Issue 4, November 2011, s.313-330.

³ Kriminolojik anlamda bu suçlar ve failleri için geliştirilen teoriler ve değerlendirme için bkz. Walters, 2011, s.313 vd. Walters bu suçların tanımı, doğası ve içeriği konusunda iki kriminolojik teorinin ön plana çıktığını söylemektedir. Walters'e göre teorilerden birincisi Merton'un ezilmişlik teorisi (strain theory) diğeri ise Perry'nin (structured action theory of 'doing difference') farklılık teorisidir. İlk teori kapitalist toplumda gelir, eğitim ve bireysel yetenekler arasında eşitsizlik ve yetersizlik olduğunu, bu eşitsizlik ve yetersizliğin toplumun belli kesimlerinde bir baskı ve ezilmişliğe neden olduğunu ileri sürmektedir. Walters bu teorinin daha sonra Robert Agnew tarafından yeniden ele alınarak geliştirildiğini belirtmektedir. Walters'e göre farklılık terosi, ilk teorinin yetersiz olduğu üzerine kuruludur ve bu suçların kaynağının tek nedeninin toplumdaki sosyal ve ekonomik ilişkiler olmadığını, bu suçların faillerin toplumun ekonomik ve sosyal her katmanına dâhil olabildiğini açıklamaktadır. Bu teoriye göre, nefret suçları herhangi bir şekilde 'farklı' olan kişilerin aşırı bir marjinalleştirilmeye, ayrımcılığa ve ötekileştirmeye maruz bırakılması şeklinde işlenmektedir ve sosyal hiyerarşi içerisindeki bu farklılıklar ise cinsiyet, ırk, cinsellik, din, sınıf gibi birçok nedenden kaynaklanmaktadır. Bkz. Walters, 2011, s.313 vd.; Barbara Perry, *In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes*, New York, Routledge, 2001.; Robert King Merton, *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press 1968.; Robert Agnew, "Foundation for a General Strain Theory of Crime and Delinquency", *Criminology*, Vol. 30, Issue 1, February 1992, s.47-87.

⁴ Bkz. Barbara Perry, "The More Things Change...", *Post-9/11 Trends in Hate Crime Scholarship*, In *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.17 vd.

mının geliştiğini; politik ve hukuki açılardan tartışıldığı ve başta batılı ülkeler olmak üzere dünyanın birçok ülkesinde nefret suçları karşısı bir akımın başladığı görülmektedir⁵.

İrk ve etnisite saiki ile işlenen nefret suçlarının modern zamanlarda kölelik sorunundan sonra ortaya çıkmaya başladığı ve daha çok siyah ırka mensup insanlara karşı tarihsel olarak gelişen sömürü, önyargı ve düşmanlıktan kaynaklandığı⁶ ve başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere batılı ülkelerde yoğunlaştığı anlaşılmaktadır. Din ve dini inanç saiki ile işlenen nefret suçlarının ise birçok örneği bulunmakla birlikte önceleri anti-semitizm yani Yahudi karşıtlığı ile özdeşleştiği⁷ ve son zamanlarda islamofobi olarak adlandırılan İslam karşıtlığı⁸ ile anılmaya başlandığı, yine kökleri eskiye dayanmakla birlikte cinsel yönelim(lezbiyenlik, eşcinsellik, biseksüellik ve transeksüellik), engellilik, yaş, cinsiyet saiki ile işlenen nefret suçlarının da son zamanlarda sık sık kamuoyu gündemine geldiği görülmektedir⁹.

Belirtmek gerekir ki; nefret suçları, mağdura ilişkin bir aidiyet olgusundan kaynaklanan olumsuz bir düşünce, önyargı, düşmanlık veya özetle 'nefret' saikine sahip olan fail tarafından bu kasıtlı işlenmesi yönüyle diğer suçlardan farklı bir niteliğe sahiptir. Bu suçlarda fail, mağduru belirli bir aidiyete, gruba, düşünceye veya inanca sahip bulunduğu için hedef seçmekle birlikte, esasında aynı aidiyeti taşıyan diğer kişilerin haklarına da zarar verebilecek bir sonuca yönelmektedir¹⁰. Mağdur ve fail arasındaki bu ilişki, bu suçların tanımlanmasında,

⁵ Bkz. Jenness and Grattet, 2004, s.20 vd.

⁶ Phyllis Behrens Gerstenfeld, *Hate Crimes: Causes, Controls, and Controversies*, Sage Publications, 2013, s.181 vd.

⁷ Bkz. Paul Iganski, "Too Few Jews to Count? Police Monitoring of Hate Crime Against Jews in the United Kingdom", *American Behavioral Scientist*, Vol. 51, No. 2, October 2007, s.232-245.; Gerstenfeld, 2013, s.187 vd.

⁸ Bkz. Fernne Brennan, "Punishing Islamophobic Hostility: Are Any Lessons to be Learned from Racially Hostile Crimes?", *Journal of Civil Liberties*, Vol. 8, Issue 1, 2003, s.28-50.; Scott Poynting and Victoria Mason, "The Resistible Rise of Islamophobia Anti-Muslim Racism in the UK and Australia before 11 September 2001", *Journal of Sociology*, Vol. 43, No.1, March 2007 s.61-86.; <http://www.irr.org.uk/news/islamophobia-and-anti-muslim-hate-crime-in-london/>, e.t.23.07.2014.

⁹ Bkz. Gerstenfeld, 2013, s.193 vd.; Lewis Turner, Stephen Whittle and Ryan Combs, *Transphobic Hate Crime in the European Union, A Research Project Sponsored by ILGA-Europe and Press for Change*, May 2009, s.4 vd.

¹⁰ Bkz. Jon Garland, "Victimization of Goths and the Boundaries of Hate Crime",

anlaşılmasında ve sınırlarının belirlenmesinde oldukça önemli bir unsur olarak değerlendirilmekte olup¹¹, nefret suçlarında ön plan çıkan 'nefret', 'düşmanlık' ve 'önyargı' kavramlarının ceza hukuku sınırları içerisinde nasıl alınacağı konusunda çok çeşitli görüşlerin ve tartışmaların olduğunu belirtmek gerekir¹².

Yukarıda ifade edildiği üzere, nefret suçları; mağdurun uğradığı doğrudan zarar yanında, mağdurunun ait olduğu topluluk ve toplum üzerinde oluşturduğu dolaylı zarar nedeniyle diğer suçlardan farklılık göstermektedir. Bu nedenle, mağdurun, toplumsal barışın ve kamu düzeninin korunabilmesi için, hukuk düzeninin nefret saiki ile işlenen bu suçlara, bu suçların yol açtığı ihlal ve zarar ile orantılı bir yaptırım uygulaması gerektiği dile getirilmektedir. Ayrıca, nefret suçları niteliği gereği, insan hakları ile daha yakın bir ilişki içerisinde. Bu suçlar mağdurun yaşam hakkı ile özgürlük ve güvenlik hakkı üzerinde doğrudan etkiye neden olduğundan insan hakları ihlalleri de gündeme gelmektedir.

1. İngiliz Hukukunda Nefret Suçu Kavramı

İngiliz hukukunda akademik olarak nefret suçlarının kapsamı ve tanımı konusunda birçok düşünce ve görüş ileri sürülmüş ise de¹³, bu suçlar konusunda bir kavram birliğine ulaşılamadığını belirtmek gerekir. Özellikle ırk ayrımcılığı kapsamında işlenen suçlarla ilgili olarak büyük ölçüde bir tanım birliği olduğu söylenebilir ise de; din, inanç, yaş, cinsel yönelim nedeniyle işlenen suçlara ilişkin ortak bir tanımın oluşturulabildiğini söylemek zordur. Bu durum bu suçların tarihsel olarak yasalarda yeni düzenleniyor olmasının yanı sıra, suça neden olan kavramların her birinin geniş bir içeriğe sahip olmasından kay-

In Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.40-57.

¹¹ Bkz. Gail Mason, "A Picture of Hate Crime: Racial and Homophobic Harassment in the United Kingdom", Current Issues in Criminal Justice, Vol. 17, No.1, 2005, s.79.

¹² Bu görüş ve tartışmalar için bkz. Hall, 2013, s.9 ve 80 vd.; Walters, 2011, s.315 vd.; Donald Green, Laurence McFalls and Jennifer Smith, "Hate Crime: An Emergent Research Agenda", Annual Review of Sociology, Vol. 27, August 2001, s.479-504.; James Jacobs, and Kimberly Potter, Hate Crimes, New York, Oxford University Press, 1998.; Gordon Allport, The Nature of Prejudice, Cambridge, 1954.

¹³ Bkz. Hall, 2013, s.9.

naklanmaktadır. İngiliz hukukunda son zamanlarda bu suçlarla ilgili kavram birliğinin sağlanması, bu alandaki yasal çerçevenin sadeleştirilmesi ve açık hale getirilmesine yönelik çalışmaların devam ettiği görülmektedir¹⁴.

Nefret suçu için modern ilk yasal tanımın, Amerika Birleşik Devletlerinde 1990 yılında yürürlüğe giren Nefret Suçları İstatistikleri Yasasında (Hate Crimes Statistics Act) yapıldığını görmekteyiz¹⁵. Yasa bu suçları, 'etnik, cinsel yönelim, din, ırk temeline dayanan önyargı ve saik ile işlenen suç' olarak tanımlamaktadır¹⁶. Yasadaki bu tanımın kapsamı daha sonra 2004 yılında engellilik, 2009 yılında ise cinsiyeti ve cinsel kimliği içine alacak şekilde genişletilmiştir. İngiliz hukukunun nefret suçlarına yaklaşımı Amerikan hukuku ile benzerlik göstermekte olup, Birleşik Krallık'ta resmi anlamda nefret suçuna ilişkin tanımlamanın ilk olarak ırk nedeniyle işlenen bazı suçları ifade etmek için 1985 yılında polis kayıtlarında kullanıldığı anlaşılmaktadır¹⁷. İngiliz hukukunda ise 1993 yılında işlenen ve kamuoyunda büyük yankı uyandıran Stephen Lawrence cinayeti sonrasında (mağdurun mensup olduğu ırk nedeniyle işlendiği anlaşılan) bu suçun bir nefret suçu olarak tanımlandığı ve bu suçlar için yasal bir çalışmanın başladığı görülmektedir.

Nefret suçları ile ilgili kavram, kapsam ve yasalaştırma faaliyeti ile ilgili olarak İngiliz hukuku ile Amerikan hukuku arasında bazı farkların bulunduğu ileri sürülmektedir¹⁸. İlk olarak İngiliz hukukunda nefret yasalarının Amerikan hukukunun aksine federal ve ülke düzeyinde olduğu, ikinci olarak İngiliz hukukunda nefret suçları ile ilgili yaklaşımın oldukça geniş kapsamlı olduğu ve mağdurun suç nedeniyle verdiği ifadeye göre bir suçun nefret suçu olarak tanımlandığı ve kayıt altına alındığı ifade edilmektedir. Amerikan hukukunda ise

¹⁴ Bkz. Challenge it, Report it, Stop it: The Government's Plan to Tackle Hate Crime, March 2012, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/97849/action-plan.pdf, 25.07.2014.

¹⁵ Hall, 2013, s.4.

¹⁶ Michael Lieberman and Steven Freeman, "Confronting Violent Bigotr: Hate Crime Laws and Legislation" In Hate Crimes: Responding to Hate Crime, Volume 5, Ed. Barbara Perry and Frederick Lawrence, Greenwood Publishing Group, 2009, s.8.

¹⁷ Bkz. Garland, 2010, s.45-46.; Hall, 2013, s.5 vd.

¹⁸ Bkz. Gerstenfeld, 2013, s.268 vd.

bu konuda daha çok soruşturma yapan görevlilerin olayı tanımlamalarına öncelik verildiği dile getirilmektedir. Bu nedenle raporlarda ve istatistiklerde İngiltere’de daha fazla nefret suçu işlendiği izlenimi doğmakta ise de, bu durumun bu suçların tanımlanması ve kayıt altına alınması usulünden kaynaklandığı ileri sürülmektedir¹⁹. Son olarak İngiliz hukuk sisteminin yasa yapımında ve uygulamasında daha geniş bir yaklaşımı benimsediği, bu suça neden olan önyargıların azaltılması için sivil toplum ve azınlık grupları ile polis arasında işbirliğine önem verildiği, Amerikan sisteminde ise yasa yapımında sivil oluşumlarla işbirliğinin zayıf kaldığı kabul edilmektedir²⁰.

İngiliz hukuk uygulamasında yeni ve önemli sayılabilecek bir gelişme olarak 2007 yılında İngiltere’deki Polis Servisi, Kraliyet Soruşturma Servisi ve İnfaz Servisi ile diğer birimler tarafından ceza adalet sisteminde nefret suçlarının tanımı konusunda ortak bir çerçeve oluşturmak için bir çalışma yapıldığını belirtmek gerekir. Bu çalışma sonunda nefret suçu, ‘bir mağdurun kişisel özellikleri temelinde oluşan düşmanlık veya ön yargı saiki ile işlenen herhangi bir suç olarak’ tanımlanmıştır²¹. Ayrıca çalışmada, ırk, din/inanç, cinsel yönelim, engelli olma ve cinsel kimlik saiki ile işlenen suçlar nefret suçu (‘hate crime’) olarak belirlenmiş; ancak yaş, cinsiyet ve görünüş saikiyle işlenen suçlar bu kategoriye dâhil edilmemiştir.

2. İngiliz Hukukunda Nefret Suçlarının Tarihsel Gelişimi

Birleşik Krallık ülke olarak İngiltere, Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda’dan oluşmaktadır. Büyük Britanya ise coğrafi ve siyasi olarak İngiltere, Galler ve İskoçya’yı kapsamaktadır. İngilizler, Gallerliler, İskoçlar ve İrlandalılar etnik anlamda Birleşik Krallığın dört büyük etnik grubunu oluşturmakta, bunun dışında Avrupalı birçok etnik grupla birlikte Çinli, Hintli, Pakistanlı ve Bengalliler ülkenin birçok yerinde dağınık olarak yaşamaktadır²².

¹⁹ Bu konuda değerlendirme için bkz. Sinar, 2013, s.1273.

²⁰ Gerstenfeld, 2013, s.268.

²¹ Bkz. An Overview of Hate Crime in England and Wales, Home Office, Office for National Statistics and Ministry of Justice, 2013, s.11., https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/266358/hate-crime-2013.pdf, e.t.23.07.2014.

²² Bkz. <http://www.ethnicity.ac.uk/>, e.t.23.07.2014.

2013 yılı itibarıyla Birleşik Krallık nüfusunun 1,5 milyon kadarı müslüman, 1 milyonu Hindu ve Sih, büyük çoğunluğu ise Hristiyanlardan oluşmaktadır. Yapılan bazı araştırmalar ülke nüfusunun %15 kadarının herhangi bir dine bağlı olmadığını göstermektedir²³. Birleşik Krallık'ta yaşayan Hristiyanlar genellikle Katolik, Protestan(Anglikan) Metodist ve Baptist mezheplerine mensuptur. Ayrıca ülkeninin değişik yerlerinde nüfusun yaklaşık %1'i oranında Yahudi ve Budist yaşamaktadır²⁴.

Tarihsel kaynaklar İngilterenin ve özellikle başkent Londra'nın tarih boyunca savaş ve göçlerin etkisi altında kaldığını göstermektedir²⁵. Bu göçlerin Avrupa başta olmak üzere dünyanın değişik yerlerinden kaynaklandığı görülmektedir. Milattan önce Avrupalı ve Afrikalılar ile Yahudi topluluklarının o dönemde Avrupa için ekonomik bir merkez olan Londra'da yaşadıkları, Romalıların bu şehir üzerindeki hâkimiyetlerini kaybettikten sonra Anglo, Briton, Belçikalı, Fransız ve Alman toplulukların nüfuslarının arttığı, 14. yüzyıldan sonra daha çok Flemenk ve Almanların Londra'da yoğun olarak yaşamaya başladığı, 17. yüzyıla doğru siyah ırk mensuplarının Londra'ya yerleşmeye başladıkları anlaşılmaktadır²⁶. Birleşik Krallık'ın özellikle 1940'lı yıllardan sonra da yoğun göç alan bir ülke olmaya devam ettiği görülmektedir. İngiltere ve Galler için 2012 yılı istatistikleri, bu ülkede doğmadan yaşayanların sayısının 7,5 milyon olduğunu, Londra'da yaşayan beyaz ırka mensup İngilizlerin azınlık duruma düştüğünü göstermektedir²⁷.

Coğrafi ve tarihsel konum nedeniyle karmaşık bir demografik yapıya sahip olan Birleşik Krallık'ta genellikle farklı grup ve topluluklara karşı hoşgörülü bir ortam olduğu ancak, azınlık gruplara karşı zamanla bazı önyargıların oluştuğu ve nefret suçlarının kaynağının da bu önyargılar olduğu görüşü ileri sürülmüştür²⁸. Ortaçağ boyunca Hristiyanlık eksenli birçok gelişme ve olayların yaşandığı İngiltere'de,

²³ Bkz. <http://www.brin.ac.uk/>, e.t.23.07.2014.

²⁴ Gerstenfeld, 2013, s.264 vd.

²⁵ Bkz. <http://www.oldbaileyonline.org/static/Population-history-of-london.jsp>, e.t.23.07.2014.

²⁶ Bkz. http://www2.warwick.ac.uk/fac/cross_fac/healthatwarwick/publications/occasional/ethnicprofile.pdf, e.t.19.07.2014.; Hall, 2013, s.29.

²⁷ Bkz. Hall, 2013, s.32.

²⁸ Bkz. Malcolm Sargeant, *Discrimination and the Law*, 2004, s.1 vd.

Yahudi topluluklarına ve Yahudiliğe karşı önyargı, düşmanlık ve bazı işkence olaylarının 12. yüzyıla kadar uzandığı görülmektedir²⁹. 16. yüzyıldan sonra kolonizm ile birlikte siyah ırk mensuplarının İngiltere'ye geldikleri ve bu nüfus hareketlerinin ülkede sosyal katmanlar arasında sorunlara neden olduğu anlaşılmaktadır. Bazı tarihsel kaynaklarda 18. yüzyılda İngiltere'ye gelen Yahudilerin İngiltere'de ekonomik olarak iş imkânlarını ele geçirmelerinin bazı huzursuzluklar doğurduğu, İrlanda bölgesinde yaşayan ve gelir düzeyi düşük olan nüfusun şehir merkezlerine gelerek dilencilik yaptıkları aktarılmaktadır³⁰.

Yukarıda kısaca açıklanan demografik yapının ve göçmenliğin, özellikle ırk temeline dayanan nefret suçlarının nedeni olduğu ileri sürülmektedir³¹. İngiltere'de ırk saiki ile işlenen suçlar tarihsel olarak uzun bir geçmişe sahip olsa da; bu suçların resmi anlamda problem olarak tanınması ve nefret suçları kapsamında ele alınması 1980'li yılların başına rastlamaktadır. İkinci dünya savaşı sonrası ile 1970'li yılların sonuna doğru özellikle siyah ırk mensupları ile Asya kıtasından gelen göçmenlere karşı İngiltere'de ırkçı yaklaşım ve önyargıların yüksek düzeye ulaştığı, bu grupların topluma entegrasyonunda çeşitli sorunlar yaşandığı anlaşılmaktadır³². Gerçekten yapılan bazı araştırmalar, 1939 ile 1964 yılları arasında ülkedeki siyah ırk mensuplarının sayısının 1 milyonu aştığını ortaya koymaktadır³³. 2000 yılından sonra da artışın devam ettiği, sadece İngiltere'de siyah ırk mensuplarının nüfusunun 1,3 milyonun üzerinde olduğu görülmektedir³⁴.

İngiltere'de nefret suçlarının sosyal ve politik gündeme gelmesine ve bu suçlar için yasal düzenleme yapılmasına neden olan olay, Londra'da 1993 yılında işlenen ve toplumda büyük infial oluşturan siyah ırka mensup genç bir kız olan Stephen Lawrence'ın öldürülmesidir. Bu suç soruşturmasının uzun sürmesi ve faillerin uzun süre ce-

²⁹ Bkz. Hall, 2013, s.29-30.; Peter Ackyord, London, The Biography, 2001.

³⁰ Bkz. Hall, 2013, s.32.

³¹ Bkz. Rae Sibbitt, The Perpetrators of Racial Violence and Racial Harassmen Home Office Research Study, 1997, s.101 vd.

³² Bkz. Hall, 2013, s.32.; Bowling Benjamin and Phillips Coretta, Racism, Crime and Justice, London Longman, 2002.

³³ Bkz. http://www2.warwick.ac.uk/fac/cross_fac/healththatwarwick/publications/occasional/ethnicprofile.pdf, e.t.19.07.2014.

³⁴ Bkz. <http://www.rense.com/general41/inc.htm>, e.t.19.07.2014.

zasız kalması ırkçılık ve ırk temeline dayanan nefret suçlarının uzun süre ülke gündeminde kalmasına neden olmuştur. Özellikle polis soruşturmasının yetersizliği halen tartışılmaya devam edilmektedir. Bu olay sadece ırk temeline dayanan suçların yanısıra diğer neden veya saiklerle işlenen nefret suçlarına ilişkin çalışmalar yapılmasına zemin hazırlamıştır³⁵.

İngiltere’de ırk nedeniyle Stephen Lawrence’in öldürülmesi sonrasında, bir çok suç nefret suçu olarak gündeme gelmiştir. 2003 yılında Cheshire’de Johnny Delaney’nin ve 2007 yılında Sophie Lancaster’in Lancashire’da öldürülmesi, 2005 yılında homoseksüel Jody Dubrowski’nin Londra’da öldürülmesi ve engellilere karşı işlenen daha bir çok suç nefret saiki işlenen ve kamuoyunda tepki ile karşılanan bu suçlara örnek olarak verilebilir³⁶.

3. İngiliz Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Düzenlemeler

3.a. Ayrımcılık Yasağı

İngiliz hukukunda nefret suçlarının yasal çerçevesini açıklamak için genel olarak ayrımcılık yasağına ilişkin gelişmelere kısaca değinmekte yarar vardır. Belirtmek gerekir ki; İngiliz hukukunda ‘nefret’ saiki ile işlenen suçlar konusundaki yasal çalışmalar son dönemlerde gerçekleşmiş ise de, ayrımcılık ile ilgili düzenlemeler oldukça eskiye dayanmaktadır³⁷.

Birleşik Krallık’ta toplumsal alanda yaşanan ayrımcılığı önlemek için birçok yasa hazırlanmış ve uluslararası sözleşmelere imza atılmıştır³⁸. 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı (özellikle 1. maddesi), 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (özellikle 14. madde) ve 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (özellikle 7. madde) bu uluslararası sözleşmelerden en önemlileridir. Birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Birleşik Krallık’ta uluslararası sözleşmeler doğrudan uygulanabilirlik niteliği taşımamaktadır ve bir yasa ile iç hukuka aktarıl-

³⁵ Bkz. Hall, 2013, s.35.

³⁶ Bkz. Hall, 2013, s.35.

³⁷ Sargeant, 2004, s. 2 vd.

³⁸ Bkz. Bamforth, Malik and O’Cinneide, 2008, s.413 vd.

maları gerekmektedir. Ülkede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuka aktarılmasını sağlayan 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act), ayrımcılık alanında koruma sağlayan en önemli metinlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır³⁹. Avrupa Birliği üyesi olan İngiltere'de uluslararası sözleşmeler uygulamada her zaman yasaların yorumlanmasında önemli bir kaynaktır.

İngiliz hukukunda ayrımcılığı önlemek için uluslararası sözleşmeler dışında da birçok yasal düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Birleşik Krallık'ta yazılı bir anayasa mevcut olmadığı için ayrımcılık alanındaki hukuki düzenlemeler çoğunlukla yasalarla ve mahkeme içtihatları ile geliştirilmiş, ayrımcılık yasağına ilişkin ilk düzenlemeler ırkçılık konusunda ortaya çıkmıştır⁴⁰. Özellikle 1960'lı yıllardan itibaren ırkçılık ve dini ayrımcılığa yönelik düzenlemeler yasalarda yer almaya başlamış, ırkçılığa ve dini nefrete tahrik suç olarak düzenlenmiş, ırk ve din ayrımcılığından kaynaklanan şiddet eylemleri için ağır cezalar öngörülmüştür. İngiliz hukukunda ceza hukuku yaptırımları yanında özel hukuk alanında da ayrımcılığın önlemesi için birçok düzenleme yapılmıştır⁴¹. Burada yeri gelmişken belirtelim ki, politik nedenlerden dolayı ayrımcılık yasağı ile ilgili bir kısım düzenlemeler Kuzey İrlanda'yı kapsamamıştır⁴².

Ayrımcılığın önlenmesi için 1965, 1968 ve 1976 tarihli Irkçılık Yasaları (Race Relations Act) etnisite, renk, ırk, köken ve vatandaşlık temelinde istihdam, mal ve hizmetlere erişim, eğitim, barınma ve kamusal işlevlerin yerine getirilmesinde doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklamaktadır⁴³. Bu alandaki bir başka düzenleme 1991 tarihli Ceza Adalet Yasasının (Criminal Justice Act) 95. bölümünde yer almaktadır. Bu bölümde ırk ve cinsiyet ile diğer nedenlerden kaynaklanan ayrımcılığın önlenmesi için kurumlara bazı görevler verilmektedir. Yine 1995 tarihli Engelliler Ayrımcılık Yasası (Disability Discrimination Act) engellilik temelinde istihdam, mal ve hizmetlere erişim, eğitim, barınma ve

³⁹ Bkz. Hoffman David and Rowe John, *Human Rights in the UK: an Introduction to the Human Rights Act 1998*, Pearson, 2013.; Lisa Firth, *Protecting Human Rights*, Cambridge, Independence Educational Publishers, 2012.

⁴⁰ Bamforth, Malik and O'Conneide, 2008, s.415.

⁴¹ Sargeant, 2004, s.108 ile 141 vd.

⁴² Kuzey İrlanda için bkz. Bamforth, Malik and O'Conneide, 2008, s.427.

⁴³ Sargeant, 2004, s.73 vd.

kamu hizmetlerinin verilmesinde ayrımcılığı yasaklamaktadır⁴⁴. Son olarak 2006 tarihli Eşitlik Yasası (Equality Act) ile dini inanç nedeniyle eğitim, barınma ve kamusal hizmetlerin verilmesinde ayrımcılığa karşı koruma sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.

3.b. Yasal Düzenlemeler

İngiliz hukukunda birçok yasa ve uluslararası sözleşmede ayrımcılık ve nefret suçlarına ilişkin hükümler bulunmasına rağmen bu metinlerde özel bir 'nefret suçu' veya 'nefret suçları' kategorisi bulunmamaktadır. İngiliz hukukunda nefret suçları, zamana ve ihtiyaçlara göre çeşitli ceza yasalarında düzenlenmiş, yöntem olarak belirtilen saiklerin ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmesi şeklinde bir sistem tercih edilmiştir⁴⁵. Yani bu suçlar genellikle bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiş, normal suçların nefret saikleri ile işlenmesi halinde verilecek cezaların artırılması benimsenmiştir. İngiliz hukukunda nefret suçları ile ilgili düzenlemeler zamanla oluşturulduğundan oldukça karmaşık bir yapıya sahiptir⁴⁶.

Yukarıda belirtildiği üzere, nefret suçuna ilişkin ilk özel düzenleme ihtiyacının, İngiltere'de 1993 yılında işlenen ve kamuoyunda infiale neden olan Stephen Lawrence'in öldürülmesi olayı ile gündeme geldiği anlaşılmaktadır⁴⁷. Bu suç nedeniyle kamuoyunda oluşan infial ve sonrasında meydana gelen tartışmalar sonucunda İngiliz hükümeti bir yandan bu suçla ilgili soruşturmayı yürütürken diğer yandan ırkçılıkla mücadelede yasal düzenleme yapılması için çalışma başlatmıştır. Yapılan çalışmaların tamamlanmasının ardından 1998 yılında Suç ve Düzensizlik Yasasının (Crime and Disorder Act) ırk ve dini inanç nedeniyle işlenen suçlar ve bunlara ilişkin cezaları düzenleyen 'Ceza hukuku' başlıklı 2.bölümünde yer alan 28-32. paragrafları yürürlüğe girmiştir⁴⁸. Bu düzenlemelerin temel amacı; ırk nedeniyle işlenen suç-

⁴⁴ Sargeant, 2004, s.130 vd.

⁴⁵ Bkz. Hall, 2013, s.36.

⁴⁶ Bkz. Hate Crime: The Case for Extending the Existing Offences, Law Commission, History of Hate Crime Legislation, Paper No. 213, 2013, p.2 vd., file:///C:/Users/sony/Desktop/cp213_hate_crime_appendix-b%20(1).pdf, e.t.21.07.2014.

⁴⁷ Bkz. Bamforth, Malik and O' Cinneide, 2008, s.487.

⁴⁸ Yasa metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/contents>, e.t.21.07.2014.

ları önlemek, sosyal barışı korumak ve ceza adalet sisteminde nefret suçlarına karşı etkili bir hukuksal mekanizma oluşturmaktır⁴⁹.1998 tarihli Yasa, 'nefret saiki suçları' ifadesinin yasalastığı ilk yasal metin olmasına karşın, 1965 ve 1976 tarihlerinde değiştirilen Irkçılık Yasası (Race Relations Act), 1986 tarihli Kamu Düzeni Yasası (Public Order Act) ve 1999 tarihinde değiştirilen 1991 tarihli Futbol Yasasının⁵⁰ (Football Act) da 'ırka dayalı nefret' eylemlerini yasaklayan hükümlerinin olduğunu belirtmek gerekir.

1998 tarihli Suç ve Düzensizlik Yasasının 28 ilâ 32. paragraflarında, kasten yaralama, taciz, tehdit ve mala zarar verme gibi suçların mağdurun sahip olduğu ırka dayanan nefret saiki veya önyargı nedeniyle işlenmiş olması halinde, suçun failine uygulanacak olan cezanın her bir suçun niteliği ile orantılı olarak belirli miktarlarda ağırlaştırılacağı hükme bağlanmıştır. Yasa, 1986 tarihli Kamu Düzeni Yasasının (Public Order Act) 4, 4A ve 5. bölümlerinde düzenlenen korkutma ve şiddete tahrik, huzur ve sukunu bozma gibi bazı eylemleri, 1861 tarihli Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Yasasının (Offences Against the Person Act) 20. ve 47. bölümlerinde düzenlenen ağır ve nitelikli yaralama eylemlerini, 1971 tarihli Mala Zarar Verme Yasasının (Criminal Damage Act) 1. bölümünde düzenlenen mala zarar verme eylemlerini, 1997 tarihli Tacizden Koruma Yasasının (Protection from Harassment Act) 2. ve 4. bölümlerinde düzenlenen kişilerde korku ve şiddete neden olma ve taciz suçlarını kapsamına almaktadır⁵¹.

1998 tarihli Suç ve Düzensizlik Yasası, 2001 yılında yürürlüğe giren Anti-terörizm, Suç ve Güvenlik Yasası (Anti-terrorism, Crime and Security Act of 2001) ile değiştirilmiş, nefret suçlarının kapsamı din ve dini inanç saiki ile işlenen suçları içine alacak şekilde genişletilmiştir⁵². Böylece ırkçılık yanında, suçun, mağdurun tabi olduğu dini inanç nedeniyle işlenmesi de belirtilen suçlar için cezayı ağırlaştıran bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir⁵³.

⁴⁹ Bkz. Gerstenfeld, 2013, s.268.; Bamforth, Malik and O'Conneide, 2008, s.491.

⁵⁰ 1991 tarihli Futbol Yasası holiganizmi yasaklamayı amaçlamakta ve ırkçı davranışları suç saymaktadır. Bkz. Gerstenfeld, 2013, s.267.

⁵¹ Bkz. Bamforth, Malik and O'Conneide, 2008, s.493 vd.; Law Commission, History of Hate Crime Legislation, 2013, p.1 vd.

⁵² Bkz. Law Commission, History of Hate Crime Legislation, 2013, p.10.

⁵³ Bkz. Hannah Mason-Bish, "Future Challenges for Hate Crime Policy", In

Burada kısaca daha sonra değişikliğe uğramış olan 1998 tarihli Suç ve Düzensizlik Yasasının 82. bölümüne ayrıca değinmek gerekir. Bu bölüme göre; yasada yazılı olmasa bile herhangi bir suç eğer mağdurun sahip olduğu ırk nedeniyle işlenirse, mahkeme bu suç için temel cezayı belirlerken cezada ağırlaştırma yapabilecektir. Bu hüküm 2000 yılında yürürlükten kaldırılmış ise de, 2000 tarihli Ceza Mahkemelerinin Yetkileri Yasası (Powers of Criminal Courts of Act) ile tekrar yürürlüğe konulmuştur. Böylece İngiliz hukukunda ırk veya din saikiyle işlenen bütün suçlar için temel cezanın ağırlaştırılarak belirlenmesi konusunda mahkemelere yetki verilmiştir⁵⁴. İngiltere’de yapılan bazı araştırmalar 1998 tarihli Suç ve Düzensizlik Yasasının uygulanması ile birlikte ırk saikiyle işlenen suç oranında ciddi bir azalma yaşandığını göstermiştir⁵⁵.

İngiliz Hukukunda nefret suçlarının kapsamını genişleten diğer bir yasal düzenleme, 2003 tarihli Ceza Adaleti Yasasıdır⁵⁶(Criminal Justice Act). Bu yasa, İngiliz hukukunda suç ve suçluluğu azaltmak amacıyla kabul edilmiş, ceza adalet sisteminde usul kuralları, infaz, gençlik suçları ve cezalandırmaya yönelik önemli değişiklikler getirmiştir⁵⁷.

2003 tarihli Ceza Adaleti Yasasının ‘Cezalandırma’ başlıklı 12. bölümünde yer alan 145. madde ırk ve dini inanç saiki ile işlenen suçlarda cezaların ağırlaştırılmasını düzenlemektedir. Bu hüküm, 1998 tarihli Suç ve Düzensizlik Yasasının 29 ila 32. bölümlerinde düzenlenen yaralama, mala zarar verme, taciz ve kamu düzenini bozan suçlarla sınırlı olmamak üzere genel olarak ırk ve dini inanç saiki işlenen suçlara ilişkin cezaların ağırlaştırılması konusunda mahkemelere yetki vermektedir⁵⁸. Yasa, cezaların ağırlaştırılması konusunda bazı suçları spesifik olarak saymaktan vazgeçmekle, nefret suçları ile mücadelede

Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, Ed. Neil Chakrabarti, Willan Publishing, 2010, s.59.

⁵⁴ Bkz. Hall, 2013, s.37.

⁵⁵ Bkz. David Gadd, “Racial Aggravation or Aggravating Racism: Overcoming the Disjunction between Legal and Subjective Realities”, In Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, Ed. Neil Chakrabarti, Willan Publishing, 2010, s.211.

⁵⁶ Yasa metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>.

⁵⁷ Bkz. Julen Aguado Carreno, Crime and Punishment in the UK, 2007, http://www.indret.com/pdf/401_en.pdf, e.t.21.07.2014.

⁵⁸ Law Commission, History of Hate Crime Legislation, 2013, p.2.

önemli bir gelişme sağlamıştır. Bu yasanın aynı bölümdeki 146. maddesi ise, işlenen suçların cinsel yönelim ve engellilikten kaynaklanan düşmanca bir his ile işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılacağını hükme bağlamaktadır. Yasa, engelliliğin tam veya kısmi olması arasında fark gözetmediği gibi, mağdurun cinsel yöneliminin farklı olduğu veya engelli olduğunu farzederek bu kasıt altında suç işlemiş olan failin de daha ağır ceza ile cezalandırılmasını hükme bağlamaktadır.

İngiliz Hukukunda nefret suçları ile ilgili bir diğer yasa 2008 tarihli Irksal ve Dinsel Nefret Yasasıdır(Racial and Religious Hatred Act)⁵⁹. Bu yasa 1986 tarihli Kamu Düzeni Yasasını değiştirmiş, dini inanç temeline dayanan eylemler için yeni bir düzenlemeye gitmiştir. Özellikle Müslüman ve Hristiyanların dini grup, Yahudi ve Sihlerin ise ırk olduğu şeklindeki tespitler içeren mahkeme kararlarının göz önün alındığı bu yasayla inanmama özgürlüğünü de kapsayacak şekilde yeni bir düzenleme getirilmiştir. 2008 tarihli Ceza Adaleti ve Göç Yasası (Criminal Justice and İmmigration Act) ile de, 1986 tarihli Kamu Düzeni Yasasında değişikliğe gidilerek, cinsel yönelim ve tercihleri nedeniyle belirli bir gruba yönelik tehdit amacıyla kullanılan söz ve davranışlar suç olarak düzenlenmiştir. Bunlara ek olarak 2012 tarihli Hukuki Yardım, Suçluların Cezalandırılması Yasası (Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act) 2003 tarihli Ceza Adaleti Yasasını değiştirmiş, cinsiyet değişikliği ve engellilik nedeniyle işlenen cinayet suçlarındaki temel cezanın alt sınırı 30 yıla çıkarılmıştır.

İskoçya hukukunda nefret suçları ile ilgili düzenlemelere bakıldığında; belirtilen suçların ilk olarak ırk, dini inanç ve mezhep saiki⁶⁰ ile işlenmesi halinde, bu durumun bir ağırlaştırıcı neden olarak belirlendiği görülmektedir⁶¹. İrk nedeniyle işlenen nefret suçları, 1995 tarihli İskoçya Ceza Yasasının (Criminal Law Act 1995) 50A ve 1998 tarihli Kamu Düzeni Yasasının (Crime and Disorder Act) 18, 19 ve 23(1) a bölümünde düzenlenmiştir. Din saiki ile işlenen suçların 2003 tarihli Ceza Adalet Yasasının (Criminal Justice Act) 74. bölümünde, engellilik

⁵⁹ Yasa metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/1/contents>, e.t.23.07.2014.

⁶⁰ Bkz. Mason-Bish, 2010, s.59.

⁶¹ Bkz. http://www.legislation.gov.uk/asp/2009/8/pdfs/asp_20090008_en.pdf, e.t.23.07.2014.

nedeniyle işlenen suçların 2009 tarihli Suçlar Yasasının (Offences Act) 1. bölümünde, cinsel yönelim saiki ile işlenen suçların ise bu yasanın 2. bölümünde yaptırım altına alındığı anlaşılmaktadır⁶². Benzer şekilde Kuzey İrlanda da, 2004 yılında kabul edilen Kuzey İrlanda Ceza Adalet Yasası (Criminal Justice Northern Ireland Order) ile yeni bir nefret suçu yada suçları kategorisi oluşturulmak yerine; ırk, dini inanç, cinsel yönelim veya engellilik gibi nedenlerin cezanın belirlenmesinde ve ağırlaştırılmasında bir unsur olarak göz önüne alınmasına karar verilmiştir⁶³.

Yukarıda açıklanmaya çalışılan yasal hükümler İngiliz hukukunda nefret suçları ile mücadele konusundaki temel düzenlemelerdir. Bu hükümler zaman zaman eleştirilmekte ve nefret suçları ile daha etkin mücadele için bazı reformlar yapılması gerektiği İngiliz kamuoyunda sıklıkla dile getirilmektedir. Son olarak 2012 yılı Aralık ayında, İngiliz hükümeti Hukuk Komisyonuna (Law Commission) ırk ve dini inanç nedeniyle işlenen nefret suçlarının engellilik, cinsel yönelim ve cinsel kimlik suçlarını da içine alacak şekilde genişletilmesi için bir çalışma başlatılması girişiminde bulunmuştur. Bu çalışma nefret suçlarına ilişkin yukarıda belirtilen içeren beş temel nedenin yasalarda hangi şartlarda ve nasıl değiştirilmesi gerektiğine ilişkin reformu da kapsamına almakta olup, çalışma 2014 yılı itibarıyla devam etmekte ve raporlama aşaması beklenilmektedir⁶⁴.

4. İngiliz Hukukunda Nefret Suçlarının Takibi

Bütün diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İngiliz hukukunda nefret suçları, yasalılaştırma anlamında yeni bir hukuki ve sosyal problem olarak ortaya çıkmış olsa da kökleri oldukça eskiye dayanmaktadır. Ülkede ırk, etnisite, din, dini inanç, cinsel yönelim ve tercihler, engellilik, cinsiyet, yaş gibi birçok nedenle işlendiği anlaşılan bu suçların önlenmesi ve mağdurların korunmasına yönelik çalışmaların devam ettiği anlaşılmaktadır⁶⁵.

⁶² Bkz. http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/research/research38_so_hatecrime.pdf, e.t.23.07.2014.

⁶³ Bkz. Hall, 2013, s.38.;

⁶⁴ Bkz. Hall, 2013, s.38.

⁶⁵ Bkz. Derek McGhee , "From Hate to Prevent: Community Safety and Counter-

İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda için yayınlanan istatistiklere göre; 2011-2012 yıllarında polis kayıtlarına toplam 43.748 adet nefret suçunun yansıdığı anlaşılmaktadır⁶⁶. Bu sayı, ülkede işlenen suçların toplamının %1 lik kısmını oluşturmaktadır. Bu suçların % 82'lik oranının ırk, %11'nin cinsel yönelim ve cinsel kimlik (lezbiyen, eşcinsel, biseksüel ve transeksüel), %4'ünün din ve dini inanç, yaklaşık %4'lük bir oranın ise engellilik nedeniyle işlendiği kayıt altına alınmıştır⁶⁷. Benzer şekilde, İngiltere'de 2012-2013 yıllarında işlenen nefret suçlarının toplamının 41.204 adet olduğu ve bu suçların büyük bir kısmının (% 83,1) ırk nedeniyle işlendiği görülmektedir⁶⁸. Bu konuda düzenlenen bir raporda; İskoçya'da 2012 ve 2013 yıllarında işlenen nefret suçlarından en yüksek oranın % 68,4'lik oranının ırk(4012 adet), %12,4'nün (729 adet) cinsel yönelim ve cinsel kimlik (lezbiyen, eşcinsel, biseksüel ve transeksüel), %11,7'sinin (687 adet) din ve dini inanç, yaklaşık %2,4'lük bir oranın (138 adet) ise engellilik nedeniyle işlendiği anlaşılmaktadır⁶⁹. Bir başka rapor⁷⁰, 2012 ve 2013 yıllarında bu suçlar nedeniyle mahkûm olan faillerin %83,3'ünün erkek, %71,6'sının beyaz ırka mensup İngiliz, %57,7'lik oranın 25-59 yaşında, %27'sinin 18-24 yaşında olduğunu göstermektedir⁷¹.

İngiliz hukukunda genel olarak, işlenen nefret suçlarına ilişkin istatistiklerle ilgili iki resmi temel kaynak bulunmaktadır. Bunlardan birincisi polis kayıtları, ikincisi ise bazı kurumlar (British Crime Survey ve Crime Survey for England and Wales) tarafından yayınlanan raporlardır. Bu raporlar genellikle yıllık olarak yayınlanmakta ve raporlara internet aracılığı ile ulaşılabilmektedir⁷². Raporlama çalışmaları

Terrorism", In Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.169-193.

⁶⁶ Bkz. Hate Crime: The Case for Extending the Existing Offences, Law Commission, Consultation Paper No. 213, 2013, p.6, http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp213_hate_crime_amended.pdf, e.t.24.07.2014.

⁶⁷ Law Commission, Consultation Paper, 2013, p.6.

⁶⁸ Bkz. http://report-it.org.uk/files/acpo_recorded_hate_crimes_2012-13_as_posted.pdf, e.t.24.07.2014.

⁶⁹ Bkz. http://www.copfs.gov.uk/images/Documents/Equality_Diversity/Hate%20Crime%20in%20Scotland%202012-13.pdf, e.t.24.07.2014.

⁷⁰ Bkz. http://www.cps.gov.uk/publications/docs/cps_hate_crime_report_2013.pdf, e.t.24.07.2014.

⁷¹ Bkz. Hate Crime and Crimes against Older People Report, 2012-2013, http://www.cps.gov.uk/publications/docs/cps_hate_crime_report_2013.pdf, e.t.24.07.2014.

⁷² Bkz. <https://www.gov.uk/government/collections/crime-statistics>, e.t.22.07.2014.

rında polis kayıtları yanında mağdurlar ile yüzyüze yapılan anketler aracılığı ile veri toplanmakta ve değerlendirme yapılmaktadır. Nefret suçlarının takibi, etkin soruşturma yapılması, kamuoyunun bilgilendirilmesi ve desteğinin alınması ve bu suçların işlenmesinin önlemesi için raporlama, istatistiki değerlendirme ve bunlardan sonuç çıkarmanın çok önemli bir araç olduğu bu alanda uzmanlaşan hukukçular tarafından sıklıkla getirilmektedir⁷³.

İngiliz hukukunda nefret suçlarının takibi ve önlenmesinde önemli olan bir diğer husus, eğitim sisteminde, medyada ve özellikle internet ortamında yapılan çalışmalar ve yayınlardır. Bu suçlar konusunda kamuoyunda duyarlılığı artırmak, özellikle çocukları genç yaşta bu suçlara karşı bilgilendirmek, genel olarak halk kitlelerinin ve özel olarak hukuk uygulayıcılarının bu suçlara karşı duyarlı olmalarını sağlamak bu yayın ve faaliyetlerin genel amaçları arasındadır. Ancak İngiltere’de yazılı ve görsel basında zaman zaman özellikle dini inanç grupları, göçmenler ve sığınmacılar ile engelliler hakkında olumsuz yayınların yapıldığı, yapılan bu yayın ve yorumların bu suçlarla mücadelede olumsuz bir etkiye sahip olduğu dile getirilmiştir⁷⁴. Bu kapsamda tartışılan konulardan birisi ‘cyberhate’ olarak adlandırılan ve internet ortamında işlenen nefret suçlarıdır⁷⁵. Son yirmi yıldır birçok ülkede olduğu gibi İngiltere’de de internet aracılığı ile nefret ve önyargı içeren mesajların hızla yayıldığı görülmektedir. Bu olumsuz mesajlar doğrudan veya dolaylı olarak hem nefret suçluları üzerinde hem de mağdurlar üzerinde etkili olabilmektedir. Bu olumsuz tablonun önlenmesi kapsamında, İngiltere’de bulunan İngiliz İnsan Hakları Ensti-

⁷³ Bkz. Hall, 2013, s.144 vd.; Kris Christmann and Kevin Wong, “Hate Crime Victims and Hate Crime Reporting: Some Impertinent Questions”, In Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.194-208.; Bamforth, Malik and O’Cinneide, 2008, s.489.

⁷⁴ Hall bu konuda önemli gördüğü bazı yayınları örnek olarak göstermektedir. Bkz. Hall, 2013, s.158 vd.

⁷⁵ Bkz. Hall, 2013, s.205 vd.; Kim Stevenson, Candida Harris, and Judith Rowbotham, “Truth, Law and Hate in the Virtual Marketplace of Ideas: Perspectives on the Regulation of Internet Content”, Information & Communications Technology Law, Vol. 2, Issue 18, s.155-184.; Christopher Wolf, “Hate on the Internet Leads to Hate Crime: What Is Society’s Best Response” In Hate Crimes: Responding to Hate Crime, Volume 5, Ed. Barbara Perry and Frederick Lawrence, Greenwood Publishing Group, 2009, s.213-224.

tüsü (British Institute of Human Right) özellikle internet ortamındaki nefret söylemleri ile ilgili çeşitli çalışmalar yapmakta, eğitim programları ve konferanslar düzenlemektedir⁷⁶.

Birleşik Krallık'ta ayrımcılığı ve nefret suçlarını önlemek amacı ile değişik tarihlerde çeşitli komisyonlar kurulduğu görülmektedir. Bunlar 1977 yılında kurulan Irk Eşitliği Komisyonu (Commission for Racial Equality), 1999 yılında kurulan Engelli Hakları Komisyonu (The Disability Rights Commission) ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığı üzerine çalışan 1975 yılında kurulan Eşit Fırsatlar Komisyonudur (The Equal Opportunities Commission). Komisyonların yargısal konularda mağdurlara destek sunma, eğitim faaliyetlerinde bulunma ve ayrımcılık konusunda araştırmalar yapmak yetkileri bulunmaktadır. Bu komisyonlar 2006 yılında Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu (The Commission for Equality and Human Rights) adı altında birleştirilmiş, yeni kurulan bu komisyon 2007 yılında faaliyetlerine başlamıştır⁷⁷. Kuzey İrlanda'da da Kuzey İrlanda Eşitlik Komisyonunun (Equality Commission for Northern Ireland) benzer şekilde çalışmalarda bulunduğu görülmektedir⁷⁸.

Son olarak 2012 yılında İngiliz hükümeti nefret suçları ile ilgili bir hareket planı hazırlamıştır⁷⁹. Bu plan ceza adalet sisteminde; nefret suçlarının önlenmesi, bu suçlarla ilgili raporlamanın artırılması, mağdurların desteklenmesi ve bu suçlarla etkin mücadele şeklinde özetlenebilecek üç temel üzerine kurulmuştur. Suçların önlenmesi alanında; eğitim çalışmaları yapılması, dini inanç grupları ile iletişime geçilmesi, internet ile ilgili çalışmalar yapılması gibi çeşitli hususlar bulunmaktadır. Raporlama ve mağdurların desteklenmesi konusunda daha çok veri toplama, riskli grupların belirlenmesi, belirli organizasyonlara para yardımı yapılması ve benzer konularda stratejiler geliştirilmesi amaçlanmaktadır. Son olarak bu suçlarla etkin mücadele başlıklı alanda; nefret suçlarına ilişkin rehberler hazırlanması, polis eğitimlerinin ve rollerinin gözden geçirilmesi, yasal değişikliklerin

⁷⁶ Bkz. <http://www.bih.org.uk/>, e.t.23.07.2014.

⁷⁷ Bkz. <http://www.equalityhumanrights.com/>, e.t.23.07.2014.

⁷⁸ Bkz. <http://www.equalityni.org/Home>, e.t.23.07.2014.

⁷⁹ Bkz. Hall, 2013, s.144.

yeniden ele alınması, hapisanelerde ve uzlaştırma bürolarında suçluların rehabilitasyonu gibi on dört temel konuda çalışmalar yapılması planlanmaktadır.

5. Uzlaştırma ve Onarıcı Adalet Uygulamaları ile Rehabilitasyon Tedbirleri

Nefret suçları ile ilgili bir diğer önemli konu, bu suçların faillerine verilen cezaların infazı, hükümlülerin rehabilitasyonu ve bu suçlarla ilgili uzlaştırma ve onarıcı adalet uygulamalarıdır. Bu hususlar faillerin ıslahını ve mağdurların tatminini sağlamak, bozulan toplumsal barışı onarmak ve sonuç olarak nefret suçlarının işlenmesinin önlenmesi noktasında önem taşımaktadır.

İngiliz hukukunda genel olarak nefret saiki ile işlenen suçlara ağır cezalar uygulanması ilkesi bu suçların önlenmesi ve cezalandırmanın caydırıcı etkisini göstermesi açısından önemli görülmektedir. Ancak birçok ülkede olduğu gibi, mağdurların zararlarının telafi edilmesi ve suçluların ıslahı konusundaki genel düşünceler ile hapisanelerdeki suçlu sayısının yoğunluğundan ve buralarda nefret suçluları arasında din, ırk ve etnisite temelinde tekrar bir dayanışma ve gruplaşmanın oluşmasından kaynaklanan sorunların azaltılması yönündeki öneriler, bu suçlarla etkin mücadelede rehabilitasyon ve onarıcı adalet uygulamalarını gündeme getirmiştir⁸⁰.

Birleşik Krallık'ta son zamanlarda nefret suçunu işleyen failer ile mağdurların uzlaştırılması ve onarıcı adalet uygulamalarında artış gözlenmektedir. Bu yöntem ile fail ve mağdur biraraya getirilmekte, mağdur suç nedeniyle yaşadığı mağduriyeti ve suçun yaşamında oluşturduğu etkiyi faile aktarabilmekte ve faile sorular sorabilmektedir. Benzer şekilde fail mağdura suç teşkil eden davranışını ve nedenlerini anlatabilmekte ve en önemlisi mağdurdan özür dileme imkânına sahip olmaktadır. Bazı hukukçular bu olumlu yanları nedeniyle nefret suçlarıyla mücadelede uygulanacak en iyi yöntemin mağdur-fail uzlaşması

⁸⁰ İngiltere'de nefret suçlarına uygulanacak rehabilitasyon hakkında bkz. Paul Iganski and David Smith, *Rehabilitation of Hate Crime Offenders*, Research Report, Spring 2011.; Gerstenfeld, 2013, s.214 vd.

olduğunu ileri sürmektedirler⁸¹. Bu görüş; failin mağdur ile yüzleşerek suç nedeniyle oluşan zararı ve eyleminin sonuçlarını anlayabileceğini, zihnindeki önyargı ve kalıpları yıkarak zihinsel altyapısını yeniden oluşturabileceğini, mağdur ile uzlaşma ortamının duygusal olarak hem fail hem de mağdur üzerinde olumlu bir etki oluşturacağını, ayrıca uzlaşma sürecinin nefret suçlarının raporlanmasına ve anlaşılmasına katkı sunacağını ileri sürmektedir⁸². Ayrıca onarıcı adalet uygulamalarının faildeki korku, şiddet ve nefreti azaltarak, bu suçlarla mücadelede yararlı olabileceği değerlendirilmektedir⁸³.

İleri sürülen bu olumlu görüşlere karşın, uzlaşma ve onarıcı adalet uygulamalarının bu suçlar için uygulanmalarının ciddi zorluklar oluşturabileceği de ifade edilmektedir⁸⁴. Öncelikle bazı faillerin ve özellikle mağdurların bu uygulamalara katılmada istekli olmayabilecekleri, faildeki nefret, önyargı veya düşmanlık his veya saiklerinin ortadan kaldırılmasının her zaman iddia edildiği gibi kolay olmayabileceği belirtilmektedir. Ayrıca kasten adam öldürme gibi ağır eylem biçimlerinde, bu uygulamaların kapsamının nasıl olacağı, kimlerin uzlaştırma sürecine katılacağı ve hangi ölçüde uzlaşma yapılabileceği, mağdur yakınlarının fail ile bir araya getirilmesinin yararlı olmayabileceği yönünde çeşitli endişeler dile getirilmektedir⁸⁵.

İngiliz hukukunda uzlaştırma ve onarıcı adalet uygulamaları dışında nefret suçlarının rehabilitasyonu konusunda da önemli çalışmalar yapılmaktadır. Ancak uzlaştırma ve onarıcı adalet uygulamalarında olduğu gibi bu alanda da bazı zorlukların yaşandığı görülmektedir. Öncelikle bu suçların neden ve saikine bağlı olarak faildeki

⁸¹ Bkz. Alyssa Shenk , "Victim-Offender Mediation: The Rod to Repairing Hate", Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 17, 2001, s.185-217.; Gerstenfeld, 2013, s.235 vd.

⁸² Shenk, 2001, s.185 vd.; Gerstenfeld, 2013, s.235 vd.

⁸³ Bkz. Mark Austin Walters and Carolyn Hoyle, "Healing Harms and Engendering Tolerance: the Promise of Restorative Justice for Hate Crime", In Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.228-245.; Mark Austin Walters and Carolyn Hoyle, "Exploring the Everyday World of Hate Victimization through Community Mediation", International Review of Victimology, Vol. 18, No. 1, 2012, s.7-24.

⁸⁴ Bkz. Ellen Lemley, "Designing Restorative Justice Policy: An Analytical Perspective", Criminal Justice Policy Review, Vol. 12, No. 1, March 2001, s.43-65.; Hall, 2013, s.154.

⁸⁵ Gerstenfeld, 2013, s.236.

psikolojik durum her olayda kendine özgü bir değişkenlik göstermekte⁸⁶ ve belirtilen suçların nedeni veya saiki olan nefret, önyargı veya düşmanlık hislerinin derecesi her fail için farklı olabilmektedir. Bu durum failin cezai sorumluluğunun yanısıra, uygulanacak rehabilitasyon tedbirlerinin belirlenmesinde de önemli bir yere sahiptir⁸⁷. Bu nedenle bu suçların faillerine diğer suçlular için uygulanan rehabilitasyon tedbirlerinden farklı tedbirlerin uygulanması gerektiği ve faillere suça neden olan ön yargılarını azaltmaya yönelik tedbirler uygulanması gerektiği dile getirilmektedir⁸⁸. Bu kapsamda, belirtilen faillere öfke kontrolü programları ve önyargıların azaltılması için eğitim programları uygulanması gibi bazı tedbirlerin yararlı olacağı ifade edilmektedir⁸⁹. Diğer bazı ülkelerde de nefret suçlarına farklı rehabilitasyon tedbirleri uygulanmakta, örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde bir çok danışmanlık tedbiri yargıçların bu konudaki inisiyatifine bırakılmakta ve daha çok çocuk suçlular için kullanılmaktadır. İngiltere’de ise yetişkinler de dâhil olmak üzere çocuk suçluları için birçok danışmanlık, eğitim ve tedavi programları uygulandığı görülmektedir. İngiliz hukukunda yapılan bazı araştırmalar başta çocuk ve genç suçlular olmak üzere bu tür tedbirlerin failin önyargılarının azaltılmasında faydalı olduğunu göstermektedir⁹⁰.

Sonuç

Nefret suçları bir kişiye veya gruba karşı ait olduğu ırk, etnisite, din, cinsiyet ve cinsel yönelim gibi çeşitli saik ve nedenlerden ötürü işlenen ve genellikle şiddet içeren suçlar olarak tanımlanmaktadır. Uzun bir geçmişe sahip olmakla birlikte, nefret suçu kavramının yaklaşık yarım yüzyıl önce ortaya çıktığı ve birçok ülkede bu suçlarla mücadele

⁸⁶ Bkz. Jack McDevitt, Jack Levin, Jim Nolan and Susan Bennett, “Hate Crime Offenders”, In *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.124-145.

⁸⁷ Bkz. Jack McDevitt, Jack Levin and Susan Bennett, “Hate Crime Offenders: An Expanded Typology”, *Journal of Social Issues*, Vol. 58, Issue 2, Summer 2002, s. 303-317.

⁸⁸ Bkz. Hall, 2013, s.149.

⁸⁹ Hall, 2013, s.152.; . Iganski and Smith, 2011, s.49.

⁹⁰ Bkz. Julia Palmer and David Smith, “Promoting Human Dignity: an Evaluation of a Programme for Racially Motivated Offenders”, *Probation Journal*, Vol. 57, No. 4, December 2010, s.368-382.; Gerstenfeld, 2013, s.236.

için yasalaştırma faaliyetlerinin devam ettiği görülmektedir. Bu suçlara ilişkin ilk düzenlemelerin ırk, etnisite ve din temelinde 1980'lerde A.B.D.'de kabul edildiği, zamanla Avrupa ülkeleri başta olmak üzere birçok ülkeye yayıldığı anlaşılmaktadır. Zaman içinde nefret suçlarının kapsamının cinsel yönelim, engellilik, cinsiyet ve yaş gibi nedenleri kapsayacak şekilde genişlediği görülmektedir.

İngiliz hukukunda da tarihsel gelişime bağlı olarak nefret suçlarının zaman zaman kamuoyunun gündemine geldiği ve bu suçlara ilişkin çeşitli düzenlemeler yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu alandaki ilk özel düzenleme ihtiyacının, İngiltere'de 1993 yılında gerçekleşen ve kamuoyunda infiale neden olan Stephen Lawrence cinayeti ile gündeme geldiği, yapılan çalışmaların ardından ilk olarak 1998 tarihli Suç ve Düzensizlik Yasası (Crime and Disorder Act) ile ırk nedeniyle işlenen suçların cezalarının ağırlaştırıldığı, bu yasanın daha sonra değiştirilerek nefret suçlarının kapsamının din ve dini inanç saiki ile işlenen suçları içine alacak şekilde genişletildiği ve 2003 tarihli Ceza Adaleti Yasası (Criminal Justice Act) ile cinsel yönelim ve engelliliğin de bu kapsama alındığı görülmektedir. Son olarak, 2008 tarihli Irksal ve Dinsel Nefret Yasası (Racial and Religious Hatred Act) ile inanma özgürlüğünü de kapsayacak şekilde ırk ve dini inanç nedeniyle işlenen suçlar ve cezalarının yeniden düzenlendiği anlaşılmaktadır. Yapılan araştırmalar Birleşik Krallık'ta nefret suçlarının en fazla ırk saikiyle işlendiğini ortaya koymakla birlikte; cinsel yönelim, dini inanç ve engelliliğin de bu suçların işlenmesinde önemli nedenler arasında yer aldığı görülmektedir. Bu gelişmelere rağmen İngiliz hukukunda nefret suçlarına ilişkin düzenlemelerin zaman zaman eleştirildiği, bu suçlar ile daha etkin mücadele için bazı reform çalışmaları yapılması gerektiğinin kamuoyunda sıklıkla dile getirildiği ve bu kapsamda son olarak 2012 yılında başlatılan reform çalışmalarının devam etmekte olduğu anlaşılmaktadır.

Nefret suçlarının ülkemizde de zaman zaman kamuoyunun gündemine geldiği ve bu suçlara ilişkin mevzuat ile özellikle uygulamadaki sorunların tartışma konusu olduğu görülmektedir. Bu sorunlar üyesi olmak istediğimiz Avrupa Birliği tarafından hazırlanan raporlarda da eleştiri konusu yapılmakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararlarına konu olmaktadır. Yapılan

eleştiriler genellikle mevzuatın yetersizliği ve Anayasada yer alan ayrımcılık yasağı ilkesine ilişkin hükmün uygulamada dar yorumlandığı yönündedir. Son olarak ülkemizde 02 Mart 2014 tarihinde kabul edilerek Resmi Gazetede yayımlanan 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yasa ile Türk Ceza Kanunu'na giren daha önce ceza yasamızda "ayırıcılık" olarak tanımlanan suç tipinin, "nefret ve ayrımcılık" olarak yeniden düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu düzenleme ile nefret suçlarının kapsamı kısmen genişletilmiş ise de, mevzuat ve uygulamaya ilişkin eleştirilerin devam ettiği görülmektedir. Güncel bir sorun ve bu bağlamda dünya genelinde çeşitli reform çalışmalarına konu olduğu anlaşılan nefret suçlarının İngiliz hukukunda düzenlenme şeklini incelediğimiz bu çalışmanın, belirtilen tartışmalara ve ülkemizde devam etmekte olan reform çalışmalarına katkıda bulunacağı değerlendirilmektedir.

Kaynakça

- Ackyord Peter, London, The Biography, 2001.
- Agnew Robert, "Foundation for a General Strain Theory of Crime and Delinquency", *Criminology*, Vol. 30, Issue 1, February 1992, s.47-87.
- Aguado Carreno Julen, *Crime and Punishment in the UK*, 2007.
- Allport Gordon., *The Nature of Prejudice*, Cambridge, 1954.
- An Overview of Hate Crime in England and Wales, Home Office, Office for National Statistics and Ministry of Justice, 2013.
- Bamforth Nicholas, Malik Maleiha and O'Conneide Colm, *Discrimination Law: Theory and Context*, Text and Materials, Sweet & Maxwell, 2008.
- Bowling Benjamin and Phillips Coretta, *Racism, Crime and Justice*, London Longman, 2002.
- Brennan Fernne, "Punishing Islamophobic Hostility: Are Any Lessons to be Learned from Racially Hostile Crimes?", *Journal of Civil Liberties*, Vol. 8, Issue 1, 2003, s.28-50.
- Christmann Kris and Wong Kevin, "Hate Crime Victims and Hate Crime Reporting: Some Impertinent Questions", In *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.194-208.
- Firth Lisa, *Protecting Human Rights*, Cambridge, Independence Educational Publishers, 2012.

- Gadd David, "Racial Aggravation or Aggravating Racism: Overcoming the Disjunction between Legal and Subjective Realities", In *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.209-227.
- Garland Jon, "Victimization of Goths and the Boundaries of Hate Crime", In *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.40-57.
- Gerstenfeld Phyllis Behrens, *Hate Crimes: Causes, Controls, and Controversies*, Sage Publications, 2013.
- Green Donald, McFalls Laurence and Smith Jennifer, "Hate Crime: An Emergent Research Agenda", *Annual Review of Sociology*, Vol. 27, August 2001, s.479-504.
- Hall Nathan, *Hate Crime*, New York, Routledge, 2013.
- Hate Crime and Crimes against Older People Report, 2012-2013.
- Hate Crime: The Case for Extending the Existing Offences, Law Commission, Consultation Paper No. 213, 2013.
- Hate Crime: The Case for Extending the Existing Offences, Law Commission, History of Hate Crime Legislation, Paper No. 213, 2013.
- Hoffman David and Rowe John, *Human Rights in the UK: an Introduction to the Human Rights Act 1998*, Pearson, 2013.
- Iganski Paul, "Too Few Jews to Count? Police Monitoring of Hate Crime Against Jews in the United Kingdom", *American Behavioral Scientist*, Vol. 51, No. 2, October 2007, s.232-245.
- Iganski Paul and Smith David, *Rehabilitation of Hate Crime Offenders*, Research Report, Spring 2011.
- Jacobs James and Potter Kimberly, *Hate Crimes*, New York, Oxford University Press, 1998.
- Jeness Valerie and Grattet Ryken, *Making Hate a Crime, From Social Movement to Law Enforcement*, American Sociological Association's Rose Series in Sociology, 2004.
- Lemley Ellen, "Designing Restorative Justice Policy: An Analytical Perspective", *Criminal Justice Policy Review*, Vol. 12, No. 1, March 2001, s.43-65.
- Lieberman Michael and Freeman Steven, "Confronting Violent Bigot: Hate Crime Laws and Legislation" In *Hate Crimes: Responding to Hate Crime*, Volume 5, Ed. Barbara Perry and Frederick Lawrence, Greenwood Publishing Group, 2009, s.1-30.
- Mason Gail, "A Picture of Hate Crime: Racial and Homophobic Harassment in the United Kingdom", *Current Issues in Criminal Justice*, Vol. 17, No.1, 2005, s.79-95.
- Mason-Bish Hannah, "Future Challenges for Hate Crime Policy", In *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.58-77.

- McDevitt Jack, Levin Jack, Nolan Jim and Bennett Susan, "Hate Crime Offenders", In *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.124-145.
- McDevitt Jack, Levin Jack and Bennett Susan, "Hate Crime Offenders: An Expanded Typology", *Journal of Social Issues*, Vol. 58, Issue 2, Summer 2002, s.303-317.
- McGhee Derek, "From Hate to Prevent: Community Safety and Counter-Terrorism", In *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.169-193.
- Merton Robert King, *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press 1968.
- Palmer Julia and Smith David, "Promoting Human Dignity: an Evaluation of a Programme for Racially Motivated Offenders", *Probation Journal*, Vol. 57, No. 4, December 2010, s.368-382.
- Perry Barbara, "The More Things Change...Post-9/11 Trends in Hate Crime Scholarship", In *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.17-39.
- Perry Barbara, *In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes*, New York, Routledge, 2001.
- Poynting Scott and Mason Victoria, "The Resistible Rise of Islamophobia Anti-Muslim Racism in the UK and Australia before 11 September 2001", *Journal of Sociology*, Vol. 43, No.1, March 2007 s.61-86.
- Sargeant Malcolm, *Discrimination and the Law*, 2004.
- Shenk Alyssa, "Victim-Offender Mediation: The Rod to Repairing Hate", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 17, 2001, s.185-217.
- Sinar Hasan, "Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s.1271-1300.
- Sibbitt Rae, *The Perpetrators of Racial Violence and Racial Harassment Home Office Research Study*, 1997.
- Stevenson Kim, Harris Candida and Rowbotham Judith, "Truth, Law and Hate in the Virtual Marketplace of Ideas: Perspectives on the Regulation of Internet Content", *Information & Communications Technology Law*, Vol. 2, Issue 18, s.155-184.
- Thomas Rebecca, *Legislative Provisions for Hate Crime across EU Member States*, June 2004.
- Turner Lewis, Whittle Stephen, Combs Ryan, *Transphobic Hate Crime in the European Union, A Research Project Sponsored by ILGA-Europe and Press for Change*, May 2009.
- Walters Mark Austin and Hoyle Carolyn, "Exploring the Everyday World of Hate Victimization through Community Mediation", *International Review of Victimology*, Vol. 18, No. 1, 2012, s.7-24.

Walters Mark Austin and Hoyle Carolyn, "Healing Harms and Engendering Tolerance: the Promise of Restorative Justice for Hate Crime", In *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*, Ed. Neil Chakraborti, Willan Publishing, 2010, s.228-245.

Walters Mark Austin, "A General Theories of Hate Crime? Strain, Doing Difference and Self Control", *Critical Criminology*, Vol. 19, Issue 4, November 2011, s.313-330.

Wolf Christopher, "Hate on the Internet Leads to Hate Crime: What Is Society's Best Response" In *Hate Crimes: Responding to Hate Crime*, Volume 5, Ed. Barbara Perry and Frederick Lawrence, Greenwood Publishing Group, 2009, s.213-224.

İnternet Kaynakları

http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp213_hate_crime_amended.pdf, e.t.24.07.2014.

http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp213_hate_crime_appendix-b.pdf, e.t.24.07.2014.

http://report-it.org.uk/files/acpo_recorded_hate_crimes_2012-13_as_posted.pdf, e.t.24.07.2014.

<http://www.bihhr.org.uk/>, e.t.23.07.2014.

<http://www.brin.ac.uk/>, e.t.23.07.2014.

http://www.copfs.gov.uk/images/Documents/Equality_Diversity/Hate%20Crime%20in%20Scotland%202012-13.pdf, e.t.24.07.2014.

http://www.cps.gov.uk/publications/docs/cps_hate_crime_report_2013.pdf, e.t.24.07.2014.

http://www.cps.gov.uk/publications/docs/cps_hate_crime_report_2013.pdf, e.t.24.07.2014

<http://www.equalityhumanrights.com/>, e.t.23.07.2014.

http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/research/research38_so_hatecrime.pdf, e.t.23.07.2014.

<http://www.equalityni.org/Home>, e.t.23.07.2014.

<http://www.ethnicity.ac.uk/>, e.t.23.07.2014.

http://www.indret.com/pdf/401_en.pdf, e.t.21.07.2014.

<http://www.irr.org.uk/news/islamophobia-and-anti-muslim-hate-crime-in-london/>, e.t.23.07.2014.

http://www.legislation.gov.uk/asp/2009/8/pdfs/asp_20090008_en.pdf, e.t.23.07.2014.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/contents>, e.t.21.07.2014.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/1/contents>, e.t.23.07.2014.

<http://www.oldbaileyonline.org/static/Population-history-of-london.jsp>,
e.t.23.07.2014.

<http://www.rense.com/general41/inc.htm>, e.t.19.07.2014.

http://www2.warwick.ac.uk/fac/cross_fac/healthatwarwick/publications/occasional/ethnicprofile.pdf, e.t.19.07.2014.

<https://www.gov.uk/government/collections/crime-statistics>, e.t.22.07.2014.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/266358/hate-crime-2013.pdf, e.t.23.07.2014.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/97849/action-plan.pdf, 25.07.2014.

ZORUNLU ASKERLİK HİZMETİNE KARŞI VİCDANİ RET ve SİVİL İTAATSİZLİK*

CONSCIENTIOUS OBJECTION TO COMPULSORY MILITARY SERVICE AND CIVIL DISOBEDIENCE

Dilan MIZRAK**

Özet: Demokratik kabul edilen bir sistemde ortaya çıkan ciddi haksızlıklara karşı yasal imkânların tükendiği noktada son bir çare olarak başvurulmuş sivil itaatsizlik ile kişinin, vicdanının talimatlarına uygun hareket etmesi neticesinde zorunlu bir uygulamaya karşı çıkması olarak ifade edilebilecek vicdani ret; saik, kapsam, amaç bakımından farklılık arz etse de kesiştikleri alanlar mevcuttur. Bu alanlar bakımından zorunlu askerlik hizmeti önem arz etmektedir; zira askerliğin reddi bazı durumlarda salt bireyin iç dünyası ile ilgili iken kimi durumlarda politik bir sorgulamadır.

Anahtar Sözcükler: Vicdani ret, sivil itaatsizlik, zorunlu askerlik hizmeti, vicdani retçi

Abstract: Civil disobedience, which take place more or less in a democratic system, is a nonviolent but illegal act resorted to for political reasons as an ultimate remedy to resist against serious injustices, whereas conscientious objection is an act done for objecting to a compulsory practice to safeguard one's conscience. Although these two acts differ in their motives, extents and aims, there are certain points they intersect. In terms of these common points, compulsory military service has a distinct importance, because objection to compulsory military service is concerned, in some cases, only with an individual's own moral deliberation, while in others it is concerned with political questioning and deliberation.

Keywords: Conscientious objection, civil disobedience, compulsory military service, conscientious objector

* Bu makale, 14.01.2008 tarihinde savunulmuş "Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret" adlı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Giriş

Kendine karşı gelinmesi halinde dahi yürütülebilen güç¹ olarak tanımlanan iktidarın çeşitli biçimleri arasında siyasi iktidarı² farklı kılan özelliklerin başında kuvvet kullanma tekelinin sayılması gerekmektedir. Ancak bu tekelin yanında yönetilenlerin rızası söz konusu değilse siyasi iktidarın gerçekleşmesinden bahsetmek zordur. Dolayısıyla, siyasi iktidarın oluşumunda rıza ve itaat unsurunu saymak gerekmektedir. Yönetilenler çeşitli nedenlerle itaat ederler. Karar ve emirlere bilinçli biçimde itaat edilebileceği gibi; “dışlanmamak için, çoğunluğa ait olabilmek için, sözbirliğinin huzurunu yaşayabilmek için, cezalandırılmamak için, ödüllendirilmek için, güvensizlikle başa çıkabilmek için”³ itaat edilebilir. Alternatifsizlik, gelenek görenekler, eğitim ve benzeri nedenler de itaatin nedenleri arasında sayılabilir⁴. İşte yönetilenlerin iradelerini üstün bir güce devretmeleri neticesinde oluşan bu görkemli mekanizmanın oluşma şartlarını ve sürecini inceleyen Foucault⁵, disiplinin okul, ordu, cezaevi gibi kurumlarda itaati nasıl yarattığını anlatırken, iktidar ilişkisinin diğer yanının da itaatsizlik olduğunu belirtmektedir⁶.

Mevcut bir siyasi iktidara karşı çeşitli itaatsizlik biçimleri mevcuttur. Her birinin özü reddetmek, direnmek olan bu itaatsizlik biçimleri arasında akla ilk gelen “siyasi iktidar ilişkisinde, zorbalığa sapan ya da ortak yararı gözetmekten vazgeçen yöneticinin yasallığını yitirmesi, bu anlamda siyasi iktidarın kötüye kullanılması”⁷ na bağlı olarak ortaya çıkan direnme hakkıdır. Baskıya karşı direnme aktif direnme ve pasif direnme olarak ayrılabilir. Aktif direnme, baskı uygulayan iktidarı kuvvet kullanarak devirmek şeklinde gelişir ve isyan ya da ihtilal

¹ Weber’in çok bilinen tanımı için bkz. Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, 12. baskı, Ankara, 2000, s.46.

² Siyasi iktidarın kapsamlı bir açıklaması için bkz. Kapani, s.46 vd.

³ Melek Göregenli, “Militarizmin İnşasının Aracı Olarak Eşitsizliğin Meşrulaştırılması ve Vatansızlık”, Coşkun Üsterci- Özgür Heval Çınar (derl.), *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s.50

⁴ Bkz. Kapani, s. 50.

⁵ Bkz. Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 5. baskı, Ankara, 2001 s.202 vd.

⁶ Foucault, s.178.

⁷ Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı*, Dost Kitabevi Yay. 4. baskı, Ankara, 2000, s.209.

olarak adlandırılır. Hak ve hürriyetlerin kazanılmasında ya da korunmasında zaman zaman oldukça etkili olmuş pasif direnme ise zora ve şiddete başvurmadan baskıya karşı koyma şeklindedir. Bu makalenin konusu olan sivil itaatsizlik ve vicdani ret kavramları her ne kadar bazı yazarlarca birer pasif direnme biçimi olarak kabul ediliyorsa da⁸ direnme hakkında genel olarak haksız bir yönetim mevcuttur, siyasi iktidar yönetilenlerin gözünde meşruiyetini yitirmiştir. Oysa sivil itaatsizlik ve vicdani ret kavramları her tür haksızlığa karşı gerçekleştirilmesi mümkün olmayan, bilâkis az ya da çok demokratik bir sistemde tekil uygulamalara karşı gerçekleştirilen itaatsizlik eylemleridir; eklemek gerekir ki, her iki eylemin de başarısı bu sınırlı yapısıyla mümkün olabilmektedir. Bu makalede devlet-vatandaş ilişkisinde başat konumda olan bir uygulamaya, devletçe tesis edilen zorunlu askerlik hizmetine karşı itaatsizlik incelenecektir. Devletin öteki kurum ve uygulamaları ile kayıtsız şartsız itaat öngören ordu ve dolayısıyla zorunlu askerlik hizmeti arasında farklılıklar olsa da, her iktidar biçiminde olduğu gibi burada da, disipline etme direnişi harekete geçirmekte, itaat beraberrinde itaatsizliği getirmektedir⁹. Tartışılması gereken; hâlihazırda sivil itaatsizlik kavramı varken vicdani ret kavramına ihtiyaç olup olmadığı, böyle bir ihtiyaç var ise, bu iki kavram arasında ne gibi farklılıklar olduğu, iki kavramın çakışma noktalarının ve muhtemel sonuçlarının neler olduğudur. Bu tartışma yapılırken öncelikle her iki kavram incelenecek, daha sonra karşılaştırma safhasına geçilecektir.

1. Sivil İtaatsizlik

İlk kez 1848 yılında Henry David Thoreau tarafından kullanılan sivil itaatsizlik kavramı Thoreau için adil olmayan yasaya karşı bireysel bir karşı gelmeyi ifade etmiştir. Thoreau, iyi bir Hristiyan ve iyi bir yurttaş olarak kölelik kurumunun dini, siyasi ve ahlâki hiçbir gerekçe ile meşrulaştırılamayacağını düşünmüş ve köleliği destekleyen düzeni

⁸ Sivil itaatsizlik eylemi, bu tür bir direnme hakkına örnek olarak gösterilebilir. Ökçesiz'e göre de, "sivil itaatsizlik, her şeyi: hukuk ve devlet düzenini, toplum gerçekliğini sorgulayan direnme hakkının - bir bakıma bu süreç içerisinde hukuk devleti idealini de yaratarak - bu yeni hukuk ve devlet düzeni tipinde büründüğü çağdaş bir biçimdir", Hayrettin Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, Legal Kitapevi, 4 baskı, İstanbul, 2011, s.12.

⁹ Ulrich Bröckling, Disiplin: Askeri İtaat Üretmenin Sosyolojisi ve Tarihi, Çeviren: Veysel Atayman, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 25.

protesto etme biçimi olarak gelir vergisi ödemeyi reddetmiştir¹⁰. Aynı yola ikinci kez, Amerika Birleşik Devletlerinin (ABD) Meksika'yı işgal etmesi üzerine başvurmuştur.

“Bir kimse ancak toplumun yasalarına titizlikle itaat ettikten sonradır ki bazı kuralların iyi ve adil mi yoksa adaletsiz ve fazlasıyla haksız mı olduğuna karar verebilecek duruma gelir. Ancak bu durumda, gayet tanımlı şartlar içinde bazı yasalara yurttaş olarak itaatsizlik etme hakkına sahip olunabilir”¹¹ fikrini savunan ve bu anlayışla eylemlerini başlatan Mohandas Gandhi, sivil itaatsizliğin en büyük öncülerinden kabul edilmektedir. Başarıya ulaşabilecek bir eylem başlatmak için öncelikle yönetilenlerin bilinçlendirilmesi ve sivil itaatsizlik düşüncesinin toplumda benimsenmesi gerektiğini savunan Gandhi'nin, sivil itaatsizlik fikrinin yeteri kadar olgunlaştığına ikna olmasının ardından ilk hedefi tuz vergisi olmuştur. 15 Şubat 1930'da Gandhi hükümetten tuz yasasını kaldırmasını talep etmiştir, zira “bir yönetimin halkının tuzunu çalması ve çalınan malı ona çok daha pahalıya ödetmesi yasa dışıdır. Halk kendi gücünün bilincine vardığında kendisine ait olan şeyin mülkiyet hakkını talep edecektir”¹². Gandhi kral naibine bir yazı göndererek halkın talepleri karşılanmazsa sivil itaatsizlik kampanyası başlatılacağını duyurur. Talebin reddi üzerine Gandhi öncülüğünde “tuz kaçakçılığı” başlar, eyleme neredeyse tüm yerli halk katılınca Hükümetin anlaşma imzalamaktan başka çaresi kalmaz¹³.

Yine, ABD'de uygulanan ayrımcılık yasasına karşı yürütülen büyük çaptaki sivil itaatsizlik kampanyasından bahsetmek gerekmektedir. Siyahlar ile beyazların otobüslerde farklı bölümlerde oturmasına ilişkin hükümler de içeren yasayı Rosa Parks adlı siyah bir kadının ihlâl etmesi haberinin yayılmasından sonra Martin Luther King ve siyah papazlar öncülüğünde otobüs boykotu başlatılır. Tamamen şiddetten uzak bu itaatsizlik hareketinin ardından, bir yıllık mücadeleden sonra Yüksek Mahkeme ulaşım araçlarında ayrımcılık yaratan

¹⁰ Bkz. Henry David Thoreau, “Devlete Karşı İtaatsizlik Görevi Üzerine”, Kamu Vicdanına Çağrı: Sivil İtaatsizlik, Çeviren: Yakup Coşar, Ayrıntı Yayınları, 2.baskı, İstanbul, 1997, s.29-50..

¹¹ Mohandas Karamchand Gandhi, Tous Les Hommes Sont Freres Gallimard, Paris, 2000'den aktaran Bove Jose- Luneau Gilles, Sivil İtaatsizliğe Çağrı, İletişim Yay., İstanbul, 2006, s.76.

¹² Bove, s.79.

¹³ Bove, s.80-81.

yasanın Anayasaya aykırı olduğuna karar verir ve 21 Aralık 1956 tarihinden itibaren siyahlar otobüslere beyazlarla aynı haklara sahip olarak binme imkânına kavuşur¹⁴.

70'li yıllarda Fransa'da kürtaj yasağına karşı kadınların başlattığı sivil itaatsizlik hareketi, ülkemizde Bergamalı köylülerin, Cumartesi Annelerinin gerçekleştirdiği itaatsizlik eylemleri de sivil itaatsizlik örnekleri arasında sayılabilir¹⁵.

Yukarıda verilen örneklerden sonra sivil itaatsizliğin en bilinen tanımını şu şekilde vermek mümkündür: Sivil itaatsizlik, "şu ya da bu ölçüde adil ilişkilerin hüküm sürdüğü demokratik bir sistemde ortaya çıkan ciddi haksızlıklara karşı yasal imkânların tükendiği noktada son bir çare olarak başvurulmuş, kendisine anayasayı ya da toplumsal sözleşmede ifadesini bulan ortak adalet anlayışını temel alan, şiddeti reddeden, yasa dışı politik eylemdir¹⁶. Yasa dışı bir eylem olmakla birlikte, haksız bir uygulamaya karşı ancak bütün yollar denendikten sonra sivil itaatsizliğe başvurulabilir. Anayasal düzenin temel ilkelere karşı bir itiraz söz konusu değildir, bilâkis bu temel ilkelerin çiğnenmesinden duyulan rahatsızlık dile getirilmek istenmektedir. Kısacası sivil itaatsizlik yasaya karşı olmakla beraber meşru olmalıdır¹⁷. Meşru olmasından kasıt toplumun geneli tarafından haklı bulunması demektir ki, bu da eylemin açık ve kamuoyunca algılanabilir olmasını gerektirir. Ancak belirtmek gerekir ki, neredeyse mutlak kabul gören bazı özellikleri dışında sivil itaatsizlik pek çok farklı düşünür, yazar, akademisyen tarafından farklı tanımlanmıştır. En yaygın kabul gören tanımı yapan Rawls'a göre, "sivil itaatsizlik yasaların ya da hükümet politikalarının değiştirilmesini amaçlayan ve kamuya açık bir tarzda gerçekleştirilen şiddetsiz, vicdani ve siyasi nitelikli, yasaya aykırı bir eylemdir"¹⁸. Yasaya aykırılık, şiddetten arınmış olma ve kamuya açıklık, hatta açıklıktan öte kamunun vicdanına seslenme, bu konuda çalışan neredeyse tüm düşünürlerin tanım oluştururken başvurdukları

¹⁴ Bove, s.93-96.

¹⁵ Farklı ülkelerde gerçekleştirilen pek çok sivil itaatsizlik eylemi örneği için bkz. Ökçesiz, s.21-100.

¹⁶ Coşar, s.10.

¹⁷ Coşar, s.10-12.

¹⁸ Rawls bu tanımı Bedaus'un yaptığını belirtmektedir. Coşar, s.56.

ölçütlerdir¹⁹. Sayılan özellikler sivil itaatsizliğin; devrim, ihtilâl, isyan, direniş, yasal protesto eylemleri, kriminal fiiller gibi pek çok hareketten ayrılması sonucunu doğurmaktadır²⁰.

Bir eylemin sivil itaatsizlik eylemi olarak değerlendirilebilmesi için başka bazı şartları içermesi gerektiğini savunan düşünürler, ekledikleri bu özellikler çerçevesinde, sivil itaatsizlik eylemlerini çok sınırlı tutabildikleri gibi, tersi bir biçimde, farklı eylem gruplarını da bu kavram içine yerleştirebilmektedirler²¹. Örneğin, Habermas'a göre sivil itaatsizlik, "hukuk düzenine karşı, genel bir itaatsizlik amacı gütmeyen, kurallardan birinin ya da birkaçının iradi, planlı bir şekilde ihlâlini içerirken"²², Arendt'in sivil itaatsizlik düşüncesinde, sistemin geneli ile az ya da çok bir anlaşmazlığın mevcut olduğu görülmektedir²³.

2. Vicdani Ret

Vicdani ret kavramı kısaca, kişinin kendi vicdanının talimatlarına uygun hareket etmesi neticesinde zorunlu bir uygulamaya karşı çıkması olarak tanımlanabilir²⁴. Kavram olarak "vicdani ret" ilk kez 1890'lı yıllarda, zorunlu aşı uygulamasına karşı kullanılmıştır²⁵. Yine, ahlâki değerler veya dini inançlar nedeniyle kürtaja karşı çıkmak da vicdani ret terimi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ancak bu kavram Birinci Dünya Savaşı ile birlikte, hızlı ve geri alınamaz bir biçimde, silah tutmayı veya hangi koşul altında olursa olsun orduya katılmayı reddeden askerlerle anılır hale gelmiştir²⁶.

¹⁹ Bu konudaki tanım yelpazesi için bkz. Ökçesiz, s.108-114.

²⁰ Bkz. Coşar, s.10-15. Ayrıca bkz. Ökçesiz, s.110.

²¹ Sivil itaatsizlik eyleminin taşıması gereken özellikler konusunda farklı bakışaçıları için bkz. Coşar, s. 10-15., ayrıca bkz. Cohen Carl, *Civil Disobedience: Conscience, Tactics and The Law*, Columbia University Press, New York and London, 1971, s. 4-50.

²² Jürgen Habermas, "Sivil İtaatsizlik: Demokratik Hukuk Devletinin Denektaş, Almanya'da Otoriter Legalizm Karşıtlığı", Coşar, s. 124.

²³ Bkz. Hannah Arendt, "Sivil İtaatsizlik", Coşar, s. 81-86.

²⁴ Marie France Major, "Conscientious Objection and International Law: A Human Right?", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1992, vol. 24, s.350.

²⁵ Bkz., Charles C. Moskos-John Chambers Whiteclay II. (Ed.), *The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance*, Oxford University Press, New York - Oxford, 1993, s.11

²⁶ Major, s.350

“Muhtemelen, vicdani retçi sayısı kadar vicdani ret tanımı”²⁷ olsa da, her konuda olduğu gibi bu konuda da genel bir tanım mevcuttur. İşte bu en bilinen tanımı ile askerlik hizmetine karşı vicdani ret, kişinin; dini, siyasi, ahlaki ve benzeri nedenlerle askerlik hizmetini - silah tutmayı veya ordu içinde hizmet vermeyi, hizmet vermeye devam etmeyi - reddetmesidir.

Zorunlu askerlik hizmetine karşı vicdani ret kavramı, modernleşmenin ürünü olan Batı kaynaklı kavramlardandır. Modern devlet kendini koruyabilmek, güvenliğini sağlayabilmek amacıyla zorunlu askerlik sistemini tesis etmek gerekliliğini duymuştur. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, bünyesinde itaati taşıyan iktidar ilişkisi beraberinde itaatsizliği getirdiği içindir ki, zorunlu askerlik hizmetinin tesisi vicdani ret kavramını da ortaya çıkarmıştır.

Güvenlik/özgürlük algılamasında devletleri en fazla meşgul eden konular arasında bulunan vicdani reddin, gelişim sürecini bu algılama ekseninde gerçekleştirdiği söylenilebilir. Bu doğrultuda, vicdani reddin tanınması uzunca bir süre sadece, sahip oldukları dini inanış nedeniyle askerlik yapmalarının mümkün olmadığını bildiren kişiler ile sınırlı tutulmuştur. Böyle bir tanıma devletleri nispeten az korkutmaktadır, çünkü bu kişiler devletin otoritesine açık bir karşı çıkış sergilemezler, onları bu şekilde davranmaya iten dini inanışlarıdır. Tarihi Barış Kilisesi, Yehova Şahitleri gibi bir dini öğretiye inanan kişiler, inandıkları öğretinin şiddetsizliği emrettiğini, devletlerin de buna saygı göstermesi gerektiğini düşünürler. Oysa, politik fikirler nedeniyle askerlik hizmetini reddetmek doğrudan siyasi iktidarın faaliyetlerini, kimi zaman kendisini sorgulamaktır. İşte bu nedenle, vicdani reddin ilk defa ciddi bir politik mesele haline geldiği dönem olan 1. Dünya Savaşı dönüm noktasıdır. Bu dönem savaşmayı reddeden çok sayıda insan olmuştur; fakat genel olarak, vicdani reddin tekil bir eylem olmaktan çıkıp geniş halk yığınlarını etkilemeye başlaması ve vicdani redde ilişkin yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesi için 2. Dünya Savaşı sonrasını, hatta 60'lı yılları beklemek gerekmiştir. Devletleri, vatandaşlarının haklarını düzenleyen yegâne güç kabul etme-

²⁷ Andreas Speck, “Dünyada Çağdaş Red ve Red Hareketlerinin Anahatları: Savaş Karşısı Uluslararası Hareket İçinde Red”, *Birikim Dergisi*, 2006, sayı 207, Temmuz, s. 42.

nin yarattığı tehlikeler özellikle 2. Dünya Savaşı sırasında anlaşıldıktan sonradır ki, pek çok konu gibi vicdani ret de uluslararası hukukun kaynakları çerçevesinde tartışılmaya başlamıştır.

Vicdani retçileri çeşitli özellikleri bakımından alt gruplara ayırmak mümkündür²⁸. En genel biçimiyle vicdani retçilerin üç gruba ayrıldığı söylenilebilir: dini, ahlâki ve politik nedenlere dayanarak reddedenler. Din temelli redde retçi, görüşlerinin altyapısı olarak kutsal kitaptaki metinleri görmektedir ya da pasifizmi dini bir emir olarak vazeden bir kiliseye mensuptur. Ahlâki esas alan retçiler, askerlik hizmetine karşı retlerini etik bir kaideye dayandırırken, bu hizmeti politik görüşlerinden dolayı reddedenler ise uluslararası hukuk veya iç hukuk ile politika çerçevesinde belirli bir savaşa katılmayı reddederler. Retçilerin, bu görüşleri doğrultusunda, askerlik hizmeti ile ilgili tutumları da farklılık göstermektedir. Örneğin bir grup, askerlik hizmetinin her türüne karşı olup sivil bir hizmette bulunmayı isterken, kimileri ordu içinde, fakat silah tutulmayacak bir hizmet talebinde bulunurlar. Üçüncü bir grup ise her tür laik otoriteye ya da belirli bir siyaset izleyen rejime hizmeti reddedebilir. Devletlerin de bu farklı kategorilerdeki retçilere karşı izlediği tutum değişmektedir²⁹.

Dini inançları nedeniyle şiddetten uzak durmaları gerektiğini savunan retçiler silah kullanmak dışında ordu içinde herhangi bir görev alabilirler. Nitekim bu kişiler arasında “kahramanlık nişanı” almış olanlar dahi mevcuttur³⁰. Ayrıca bu ret biçiminde alternatif hizmete³¹ karşı çıkılmadığı için de devlete karşı olan görev reddedilmez. Birçok

²⁸ Bu ayrımın ayrıntılı bir anlatımı için bkz. Moskos-Whiteclay, s.4-6.

²⁹ Bkz Matthew Lippman, “The Recognition of Conscientious Objection to Military Service As An International Human Right”, *California Western International Law Journal*, 1990-1991, vol.21, Number 31,s.31.

³⁰ Moskos-Whiteclay, s.6.

³¹ Vicdani kanaatleri doğrultusunda, savaşmalarının mümkün olmadığını savunan insanlara inandıkları, vicdanlarının talimatları doğrultusunda hareket edebilecekleri alanlarda çalışma olanağı tanınabilmektedir. Alternatif hizmeti kabul eden ülkelerde vicdani retçiler silahlı kuvvetler içinde silahsız hizmet verebileceği gibi, bazı ülkelerde, güç kullanımının ahlaki olmadığını düşünen vicdani retçiler ordu dışında alternatif hizmet yerine getirebilirler. Bu kişilere örneğin; hastanelerde hastalara bakmak, yaşlı ve çocuk bakım evlerinde bakıma muhtaç insanlarla ilgilenmek, barışa da hizmet edebilecekleri sivil toplum kuruluşlarında çalışmak şeklinde imkânlar sağlanabilmektedir. Patrick H. Sweeney, “Selective Conscientious Objection: The Practical Moral Alternative to Killing”, *Loyola University Law Review*, 1968, vol.1, s.89-93.

ülkede, alternatif bir hizmet yerine getirme isteği vicdani retçilerin "samimiyet"ini ortaya koyan de facto (fiili) ölçüt kabul edilmiştir³². Yine bu tür ret biçimi evrensel niteliklidir, şiddetin her türüne karşı olmak esastır. Devletler için sıkıntı yaratan ret biçimleri laik karakterde olanlardır. Çünkü bu ret biçimlerinde doğrudan devletin otoritesini sorgulama, alternatif hizmeti reddetme ve şiddetin belli bir türüne karşı olma durumu söz konusudur. Örneğin antimilitarist retçiler yine dini reddeki gibi evrensel bir ret ileri sürerler, şiddetin her türüne karşıdırlar, ancak devleti de militarist bir yapılanma olarak görmekte ve silah kullanmaya alternatif olarak öngörülecek herhangi bir hizmeti de bu görüş doğrultusunda reddetmektedirler, bu yüzden ki antimilitarist retçiler aynı zamanda total retçi olarak anılır. Bazı ret hareketleri ise şiddetin her türüne karşı değildir. Bu tür redde selektif/seçime dayalı/seçici ret adı verilir. Bu vicdani retçiler; belli bir savaşa; örneğin, Fransa'da Cezayir Savaşı'na, ABD'de Vietnam Savaşı'na karşı çıkıldığı gibi³³ belli bir askeri operasyona örneğin, İsrail'in Lübnan'ı işgalinde olduğu gibi ya da belli tür bir silahın kullanımına, nükleer silahlar gibi³⁴, karşı olabilirler. Bazı retçiler genel olarak şiddete karşı değildir; örneğin Amerika'da bir grup siyah asker Körfez Savaşı sırasında, Amerikan ordusunda kendilerine karşı ırkçı tutumlar olduğundan bahisle ordu içinde yer almayı reddetmişlerdir³⁵, bu kişiler Amerika Birleşik Devletlerinin yürüttüğü uluslararası şiddeti sorgulamamışlardır. Aslında günümüzde devletler için en tehlikeli görülen ret biçiminin bu olduğu söylenilebilir; çünkü bu ret biçimi devletin yürütmekte olduğu bir politikayı eleştirebilmekte, değiştirmesine sebep olabilmektedir³⁶. Kabul etmek gerekir ki, bir devletin vatandaşlarının, devletlerince yürütülmekte olan bir savaşa katılmalarının mümkün olmadığını, kendi devletlerinin müdahalesinin haklı olmadığını savunmaları ve hatta karşı tarafın mücadelesini meşru ya da takdire şayan bulmaları veya etnik, ırksal nedenlerle ordu içinde yer almayı reddetmeleri devletin otoritesini sorgulamaktadır ve bu nedenle devletleri korkutmaktadır.

³² Moskos-Whiteclay, s.5.

³³ Eileen P Flynn, *My Country Right or Wrong? : Selective Conscientious Objection In The Nuclear Age*, Loyola University Press, Chicago, 1985, s.35.

³⁴ Michael, F. Noone, "Legal Aspects of Conscientious Objection: A Comparative Analysis", Moskos-Whiteclay, s.178.

³⁵ Russel Wolff, "Conscientious Objection: Time For Recognition As A Fundamental Human Right", *ASILS International Law Journal*, 1982, vol.6:65, s.69.

³⁶ Wolff, s.69-70.

Vicdani ret kategorileri belirlenirken kadın-erkek retçiler şeklinde bir ayrıma gidilmemektedir ancak askerlik uygulamasının sadece erkekler için var olduğu düşünülerek kadın vicdani retçi olmadığı yanılığısına karşı kadınların da bu mücadele içinde doğrudan veya dolaylı bir biçimde bulunduğunu belirtmekte yarar vardır. Önceleri, erkek vicdani retçiler askerliğe karşı mücadele yürütürken bazı retçilerin eşleri de kendi mücadelelerini vermişlerdir³⁷. Zamanla, kocalarını destekleyen kadınların yanında, kadın vicdani retçiler de söz konusu olmaya başlamıştır. Kadınlar için zorunlu askerlik uygulamasının olduğu İsrail'de³⁸, bu hizmetin doğrudan muhatabı olup savaşmayı reddeden ve vicdani ret hakkının kabulü için hukuki mücadele yürüten kadınlar söz konusu iken³⁹ diğer bazı ülkelerde, zorunlu askerlik hizmetine tabi olmayıp, militarizme karşı mücadele yürüten kadın vicdani retçiler de mevcuttur⁴⁰. Bu tür bir ret için denilebilir ki, kadınların vicdani ret iddiası ataerkil iktidar ilişkilerini, devlet, yurttaş, askerlik ve benzeri eril yapıları, şiddetin her türünü sorgulayan bir yapıdadır ve kadın vicdani retçileri de bu anlatılanlar ışığında anlamak yerinde olacaktır.

Ret ve savaş karşıtlığının vicdani reddin ötesine uzandığını, vicdani ret savaşa ve askerlik hizmetine açık bir karşı çıkış iken; asker kaçaklığı, firar, sağlık ve benzeri nedenlerle elde edilen muafiyet ve ertelemelerin de savaş karşıtlığının, reddin içine girebileceğini ve bu tür bir reddin de "gri ret" ya da "gönüllü sürgün" olarak adlandırılabilceğini savunan Speck⁴¹ 'in bu fikrine bir yere kadar katılmak gerekir, zira özellikle belli bir zaman diliminde bir ülkede, firarilerin ya da örneğin sağlık nedenleriyle askerlik hizmetinden muaf tutulanların sayısı çok ciddi boyutlarda ise böyle bir durumda üstü kapalı bir

³⁷ Bu durum özellikle 1. Dünya Savaşı sırasında söz konusu olmuştur. Felicity Goodall, *A Question Of Conscience: Conscientious Objection In The Two World Wars*, London: Sutton Publishing, 1997, s.54.

³⁸ İkinci Dünya Savaşı sırasında kadınların da askere alınması yaygın bir uygulama iken - özellikle İngiltere ve Sovyet Rusya'da askere alınan kadınların sayısı oldukça fazladır - bugün için tipik örnek olarak İsrail kalmıştır. Bkz. Lerner Tali, "İsrail'de Vicdani Red", Üsterci-Çınar, s. 203.

³⁹ Lerner, s.203-205.

⁴⁰ Kadın vicdani reddinin ayrıntılı bir anlatımı için bkz. "Erkek Egemenlik, Cinsiyetçilik ve Heteroseksizm Eleştirisi Olarak Vicdani Red", Üsterci-Çınar. s. 103-143. Ayrıca bkz. Ayşe Gül Altınay, "Militarizm", Kavram Sözlüğü I: Söylem ve Gerçek, Ed. Fikret Başkaya, Özgür Üniversite Kitaplığı, Maki Basın Yayın, Ankara, 2007, s. 356-357.

⁴¹ Speck, s.43

redden bahsetmek yanlış olmayacaktır. Bu iddiaya II. Dünya Savaşı sırasında, Nazi Almanyasındaki durum örnek gösterilebilir⁴². Vicdani reddin daha önce verilen; ‘inançlar ya da bir takım ahlâki, politik değerler nedeniyle askerlik hizmetine karşı çıkmak’ şeklindeki tanımı da; Speck’in gri ret olarak tabir ettiği durumu içeriyor görünmektedir. Kişi, vicdanının talimatları gereği askerlik yapamayacak olmakla beraber, açık bir karşı çıkışı göze alamıyor olabilir. Vicdani ret şeklinde bir hakkın tanınmadığı ve hatta böyle bir talebin ciddi yaptırımlara maruz bıraktığı bir ülkede, sayılan biçimler de itaatsizlik olarak adlandırılabilir. Ancak, vicdani reddi bu biçimlerden ayırmamak da yanlış olacaktır, çünkü vicdani ret eyleminde retçi, eyleminin hukuki ve politik sonuçlarına katlanmakta, devlet otoritesine açık bir karşı çıkışı sergilemektedir.

3. *Sivil İtaatsizlik ve Vicdani Ret*

Vicdan, kişinin kendi davranışları üzerindeki sorumluluğu ile ilgilidir ve bir değer yargısı içermektedir⁴³. Bir kişi, vicdani kanaati doğrultusunda gerçekleştirdiği herhangi bir eyleminde, konu ile ilgili bilgisine, olayı kavrayış biçimine göre kusursuz sayılabilecek bir doğruya, toplumsal kabul edilebilirliği olan bir doğruya ya da tamamen öznel bir doğruya uygun davranabilmektedir. Ancak mesele şudur ki, sayılan her bir doğruya ulaşma biçimi de esasen subjektif nitelik taşımasına rağmen, varılan sonuç toplumsal bir doğru ya da pozitif hukukun öngördüğü bir düzenleme ile çelişmediği takdirde kabul görmekte, aksi halde reddedilmektedir. Kişinin, vicdani sorumluluğu ile bu tür kabuller arasında yapacağı tercihte yalnız kalması, ciddi yaptırımlar ile karşılaşması veya yaşadığı süre boyunca kişisel bir ıstırap çekmesi söz konusu olabilmektedir.

Sivil itaatsizlik edimlerinin vicdani kararlardan kaynaklandığını belirten Ökçesiz’e göre, “Bu güdülenme, bütün bilinçli insan edimlerinde olduğu gibi, tinsel-ruhsal bir çerçevede vicdan ile sıkı ilişki içerisinde oluşacaktır. Sivil itaatsiz, normalde kendini yasayla bağlı olarak

⁴² Bröckling, s. 342-343.

⁴³ Vicdan konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Bernard Wand, “The Content and Function of Conscience”, *The Journal of Philosophy*, 1961, vol: 58, no.24, November 23,, s.765-772. Ayrıca bkz. Flynn, s. 3-24.

duyumsarken bir toplumsal-siyasal durum karşısında yasaya aykırı davranışını zorunlu kılacak bir düşünce-duygu sürecine girmektedir. Sivil itaatsizlik, bu vicdani süreç sonunda sivil itaatsizin edindiği vicdani karardır. Bu kararıyla eylemci diğer suçsal örneklemeden ayrılmakta, kendi kategorisine yerleşmektedir⁴⁴.

İşte, itaatsizliğin bu şekilde, vicdan ile ilişkisi kurulduğu vakit, vicdani ret bir sivil itaatsizlik örneği midir sorusu tartışılmaya başlanır. Bir vicdani süreç sonucu ulaşılan vicdani karar olarak nitelediği sivil itaatsizlik ile vicdani ret arasında bir fark olup olmadığı yönünde herhangi bir değerlendirmeye gitmeyen Ökçesiz, dünyadaki sivil itaatsizlik olaylarına örnekler verirken; birçok ülkedeki askerlik hizmetinden ve onun yerine sivil hizmetten kaçınma, askerlik hizmetinden kaçınma propagandası, askerlik cüzdanlarının yakılması, firar, askere alma dosyalarının temsili napalm ile tahribi, askerlik hizmetinden kaçınmak için kiliseye sığınma, askerlikte itaatsizlik ve isyan, askerlik yoklama cüzdanlarının geri gönderilmesi gibi eylemleri de saymaktadır⁴⁵. Ancak iki kavramı birbirinden ayıran düşünürler de vardır.

Sivil itaatsizlik ile vicdani ret arasında bir ayırım yapan Van Den Haag'a göre, "ahlâki veya dini bir karşıtlık nedeniyle yasal bir emre uygun hareket etmeyi reddetmek vicdani rettir. Sivil itaatsizlik ile vicdani ret birbirinden ayrılır, çünkü bir retçinin, vicdanının takip ettiği yolu izlemek konusunda başkalarını zorlamak gibi bir girişimi yoktur. Asla, diğerlerine bu konuda baskı yapmak ya da hükümeti kendi isteğine uygun hareket etmeye zorlamak şeklinde bir teşebbüs yoktur. Retçinin vicdanı, bu kişinin doğru olmadığını düşündüğü herhangi bir şeye katılmasını engeller ve yine ret evrensel bir geçerlilik iddiasında değildir. Sivil itaatsizliğin tersine, vicdani ret tek bir amaca yöneliktir; örneğin, sadece karşı çıkılan yasa veya ondan ayrılamayan mevzuata karşı direnme söz konusudur⁴⁶.

Vicdani reddedişin " az ya da çok doğrudan yasal bir yükümlülük ya da idari bir emir ile uyumsuzluk"⁴⁷ şeklinde açıklanabileceğini

⁴⁴ Ökçesiz, s.124.

⁴⁵ Bkz. Ökçesiz, s. 50-80.

⁴⁶ Ernest Van Den Haag, "Civil Disobedience", Rutgers Law Review, 1966, vol. 21, no.1, s.35.

⁴⁷ John Rawls, A Theory Of Justice, Oxford University Press, London-Oxford-New York 1972, s. 368.

belirten Rawls da, sivil itaatsizliği vicdani reddeden ayırır ve iki kavram arasındaki temel bazı farklılıkları şu şekilde ortaya koyar: “Her şeyden önce vicdani ret, ortak adalet duygusuna seslenen bir yapı teşkil etmez. Yasal bir emre vicdani nedenler ile itaat etmeyecek kişi toplumun bu konudaki kanaatine müracaat etmemektedir, dolayısıyla vicdani ret için kamusal bir eylem denilemez”⁴⁸.

Yine, vicdani retçiler, sivil itaatsizlik eylemini gerçekleştiren kişilere göre daha iyimserdirler; çünkü yasaları, hükümet politikasını değiştirmek gibi bir beklentileri yoktur. Ayrıca, vicdani ret eylemi mutlak politik bir yapıya dayanmamaktadır. Dini bakış açısı ya da farklı ilkeler vicdani retçiye yol gösterebilmektedir. Sivil itaatsizlik ise, kamu vicdanına çağrı niteliğinde olduğu için politik bir yapıdadır⁴⁹.

Rawls’a göre, vicdani ret eylemi kişisel sebepler neticesinde hayata geçmektedir ve evrensel gerekçeler ile haklılığı savunulamaz. “Bir retçi; dini, ahlaki veya şahsi değerlerine aykırı emirlere uygun hareket etmeyi reddeder. Reddin amacı, sistemi veya yasayı değiştirmek değil, kişinin kendi masumiyetini ve ahlâksal bütünlüğünü korumaktır”⁵⁰.

Bu düşüncenin tersine denilebilecek bir görüşü savunan Walzer’e göre ise vicdani retçi evrensel ahlaki ilkelere dayanmaktadır ve bu ilkeler bir devletin yasalarından daha büyük bir güce sahiptir. Evrensel bir zorunluluğa dayandığı düşüncesinde olan retçi haklı bulunması gerektiğini düşünmektedir. Yani, Walzer’de vicdani ilkeler genelleştirilebilecek ilkelere⁵¹.

Vicdani ret ve sivil itaatsizlik konusunda yukarıdaki görüşleri savunan Rawls, mesele askerlik hizmetine geldiğinde farklı bir yorum yapmaktadır. Rawls zorunlu askerlik hizmetinin yurttaşların sivil haklarına açık bir müdahale olduğunu kabul etmektedir, ancak ona göre vicdani ret her durumda başvurulabilecek bir eylem değildir. Amaç adile yakın bir toplumda yurttaşların güvenliği ve özgürlüklerinin korunması ise yurttaşlar ülkenin güvenliği ve sahip oldukları özgürlüklerin korunması için askere gitmekle yükümlüdür. Rawls’a

⁴⁸ Rawls s.369.

⁴⁹ Rawls, s.369-370.

⁵⁰ Avi Sagi - Ron Shapira, “Civil Disobedience and Conscientious Objection”, *Israel Law Review*, 2002, vol.36, no.3, s. 184-185.

⁵¹ Walzer’in görüşleri için bkz. Sagi-Shapira, s. 184.

göre, öte yandan adil olmadığı düşünülen bir savaşa katılmayı ve adalet ilkeleriyle çelişen bir emri yerine getirmeyi reddetmek sadece bir hak değil, aynı zamanda ödevdir⁵². Dolayısıyla Rawls'un düşüncesinde de haklı haksız savaş, adil adil olmayan emir ayrımı yapılarak zorunlu askerlik reddedildiğinde bu bir sivil itaatsizlik eylemi olup, hakkın ötesine geçmektedir.

Bu konuda Cohen de, her ne kadar sivil itaatsizlik vicdani bir kanaat ile gerçekleştiriliyorsa da vicdani reddin, spesifik karakterde, sivil itaatsizlikten ayrılan bir eylem olduğunu düşünmektedir⁵³.

Cohen, vicdani ret bir sivil itaatsizlik örneği midir sorusuna yanıt ararken, vicdani ret kategorilerine⁵⁴ dayanarak bir sonuca varmaktadır. Örneğin dini nedenler ile eline silah alamayacağını bildiren retçiler bir sivil itaatsizlik eylemi gerçekleştirmiş olmazlar, çünkü bu eylem kanuna aykırı olmayıp, hatta genel olarak kanunlarda düzenlenmiştir. Savaşmak istemeyen kişilerin sivil bir hizmeti yerine getirebilecek olması vicdani reddi sivil itaatsizlikten ayırmaktadır. Aynı durum, farklı saiklerle hareket etseler de sivil alternatif hizmeti kabul eden retçiler açısından da söz konusudur⁵⁵. Ancak Cohen'e göre, "ahlâki ilkelere samimi biçimde saygı duyan bazı insanlar, zorunlu askerlik kanunlarını kasten ihlal ederler. Bu kişilerin eylemi bir sivil itaatsizlik örneğidir. Vicdani kanaatleri doğrultusunda hareket etseler de, bu kişiler vicdani retçi değillerdir. Vicdani ret, olağan anlamıyla bir protesto biçimi olarak düşünülebilir, ama kesinlikle itaatsizlik değildir"⁵⁶.

Vicdani ret ile sivil itaatsizlik arasında ayrım yapan düşünürlerden biri olan Arendt'e göre ise, "sivil itaatsizlik ancak ortak bir çıkar grubu oluşturan bir dizi insan tarafından uygulanırsa anlamlı olur"⁵⁷. Sivil itaatsizlikte "ortak bir düşünce ve hükümetin politikasına karşı

⁵² Ünsal Doğan Başkır - Erdiñç Erdem, "Sivil İtaatsizlik Eylemi Olarak Türkiye'de Vicdani Ret: Bir Yurttaşlık Talebi", *Toplum ve Bilim Dergisi*, 2012, sayı 124, s.67-68.

⁵³ Bkz. Cohen, s.42.

⁵⁴ Vicdani ret - sivil itaatsizlik ilişkisi konusunda, vicdani ret kategorilerini de dik-kate olarak yapılan bir çalışma için bkz. Rabia Sağlam, "Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Vicdani Red", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, Haz: Hayrettin Ökçe-siz, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2007, sayı 16, s. 251-265.

⁵⁵ Bkz. Cohen, s.41-42.

⁵⁶ Cohen, s.42.

⁵⁷ Arendt, s.81.

çıkma ortak kararıyla bir araya gelen örgütlü bir azınlık”⁵⁸ söz konusudur. Arendt, vicdani gerekçelerle başlatılan bir eylem ile sivil itaatsizlik arasında mutlaka bir ayırım yapmak gerektiğini belirttikten sonra, vicdanın apolitik ve bir o kadar da subjektif olduğunu savunur. Vicdani reddi “iyi insan” ve “ahlâk”, sivil itaatsizliği ise “iyi yurttaş” ve “politika” kavramları ile aynı kategoride değerlendiren Arendt’e göre, vicdani ret eyleminde kişi, kendisine karşı bir sorumluluğu olduğu hissiyle, ahlaki kanaatleri çerçevesinde davranmakta, kendisi ile çelişkiye düşmemek amacını taşımaktadır. Vicdani ret, özü itibarıyla bireysel nitelik taşımaktadır, oysa sivil itaatsizlik eylemi, eylemin gerçekleştiği sistem, muhatabı olan hükümetin politikaları ile yakın bir ilişki içindedir⁵⁹.

Enoch’a göre ise, tam olarak bir ayırma gitmek mümkün değilse de, esas meselenin şu olduğu söylenilebilir: Vicdani retçilerin motivasyonu yapı itibarıyla egosantriktir. İnanışları bir değere karşı gelmelerine sebep olacak bir uygulamaya karşı olmak amaçtır. Sivil itaatsizlikte ise amaç politik anlamda bir fark yaratmaktır. Yasanın ihlâlini meşru kılacak nitelik ve derecede bir görüş birliğinin ardından hükümetin uygulamakta olduğu siyaseti değiştirmek hedeflenir⁶⁰. Bu nedendir ki, sivil itaatsizlerin amacı tipik olarak eylemlerini kamuya açık sergilemektir. Oysa vicdani retçiler genel olarak, karşılaşmaları muhtemel tepkilerden çekindikleri için eylemlerini gizli tutmaya çalışırlar⁶¹. Bu itibarla, genel kanı, devletlerin vicdani ret eylemlerini tolere etmesizira bu eylem kişinin en derin görüşleri ve yaşam şekli ile ilgilidir ancak sivil itaatsizlik eylemlerinde aynı ahlâki gerekçeye dayanılarak hoşgörü beklenmemesidir; çünkü bu eylemde itaatsizliğin nedeni içsel bir inanış değildir, çoğunluğu ilgilendiren bir adaletsizliktir ve genelleştirilebilir⁶². Sagi ve Shapira’ya göre de, vicdani retçilerin dayandığı felsefi ilkeler evrensel ahlâki karakterde olup devletin yasasının üstündedir, bu nedenle vicdani retçiye hak verilmesi daha kolaydır⁶³.

⁵⁸ Arendt, s. 82.

⁵⁹ Bkz. Arendt, s.81-86.

⁶⁰ Enoch, David. (2002). Some Arguments Against Conscientious Objection and Civil Disobedience Refuted. *Israel Law Review*, vol.36, no.3,, s.229.

⁶¹ Enoch, s.229.

⁶² Enoch, s.231-232.

⁶³ Sagi-Shapira, s.185.

Her tür karşı çıkışın ve reddedişin politik bir nitelik veya anlam taşıdığını iddia etmek mümkün görünmemektedir. Bir yandan toplumsal ve politik bir dönüşümü amaçlayan ve meşru olmayan bir yasa veya uygulamayı reddeden kişiler bulunabilirken, diğer yandan tamamen kişisel çıkarları doğrultusunda yasayı ihlal eden/tanımayan kişilere de rastlanılabilir⁶⁴. Bu konuda Enoch'un vermiş olduğu bir örnek açıklayıcı olacaktır: Buna göre, Guantanamo'da görevlendirilen bir Amerikan subayının iki tür itaatsizlik biçimini sergilemesi de mümkündür. İlkinde, ülkesinin uyguladığı cezalandırma sistemini insan haklarına aykırı bularak verilen emirlere uymama yönünde davranabilir. Bu itaatsizlik biçiminde asker ülkesinin politikasını eleştirmekte ve değişmesi yönünde politik bir eylem başlatmaktadır. İkinci tür itaatsizlik eyleminde ise El-Kaide üyelerine uygulanan işkencenin kendi ahlâki prensiplerine aykırı olduğunu belirterek Ada'da görevlendirilmemesini talep edebilir. Devletin uygulamasını değiştirmeye çalışmak gibi bir eylemi hatta düşüncesi yoktur, söz konusu olan kendi iç dünyasıdır⁶⁵. Örnekten de anlaşılabilceği üzere, iki kavram arasındaki farkı itaatsizsin saiki, onu güdüleyen sebepler ile açıklamak mümkündür⁶⁶.

Görüldüğü üzere, vicdani ret – sivil itaatsizlik ayrımı ya da birlikteliği pek çok düşünür tarafından farklı yorumlanmaktadır. “İtaatsizlik sözcüğünün geniş kapsamı ve kullanımında gelenekselliğinden doğan anlamsal kesinlik”⁶⁷ nedeniyle vicdani ret de dahil, konuya ilişkin kavramları içerecek biçimde düşünülmesi gerektiği savunulabilir. Ya da; “vicdani reddin daha belirgin, hedefi sınırlı, talebi açıkça öngörülebilir ve konusunun da genel olarak haksız olan yasa ya da hükümet politikası değil, sadece militarizm ile ilgili adil olmayan yasalar ve politikalar olduğu belirtilmek suretiyle, sivil itaatsizlik genel başlık, vicdani ret onun bir alt başlığı veya sivil itaatsizlik bir bütün, vicdani ret onun molekülü kabul edilebilir”⁶⁸. Vicdani ret ve sivil itaatsizlik arasında kimi durumlarda böyle bir ilişkinin söz konusu olduğu yadsınamaz, ancak en sağlıklı çözüme, iki kavram arasındaki ilişki değerlendirilirken vicdani reddin farklı boyut ve kategorileri olduğu hatırlanarak ulaşılabileceği düşünülmektedir.

⁶⁴ Başkır- Erdem, s.62.

⁶⁵ Enoch, s.236-237.

⁶⁶ Sagi-Shapira, s.188.

⁶⁷ Ökçesiz, s. 105.

⁶⁸ Sağlam, s. 262.

Kişinin vicdanen reddetmesine neden olan saikler, redde götüren kanaatlerin kapsamı, yetkili organlar ile işbirliğinin derecesi daha önce anlatıldığı üzere farklılık arz etmektedir. Örneğin, salt mensup olduğu mezhebin emirleri doğrultusunda askerlik hizmetini yerine getiremeyeceğini bildiren bir retçi itaatsiz ise de, askerliğe ilişkin yasaların adilliği ile ilgili bir sorunu yoktur. Bu kişinin tek düşüncesi iç dünyasına, inancına uygun hareket etmektir. Hâl böyle olunca da kamuoyunun vicdanına seslenme, eyleminin haklılığı konusunda başkalarını ikna etme düşüncesi yoktur. Gerçekleştirdiği eylemin yasaya uygun ya da yasa dışı olmasının bu kişi için bir önemi yoktur. Kaldı ki bugün için demokratik pek çok ülkede dini inanca dayanan vicdani ret biçimleri yasalarla tanınmıştır. Bu durumda dini gerekçeye dayanarak vicdani ret talebinde bulunma yasal bir eylem olacaktır. Başat unsurlarından biri yasa dışılık ve aleniyet olan sivil itaatsizlik eyleminin bu tür vicdani ret ile örtüşmesi söz konusu olamaz. Oysa politik altyapısı olan ret biçimlerini birer sivil itaatsizlik örneği olarak değerlendirmek yanlış olmaz. Belli bir savaşa, belli bir operasyona, kullanılmakta olan silahlara karşı çıkılarak askerlik hizmetini reddetme, ya da vatandaşı olunan devletin ordusunda; etnik, dini, ırksal ve benzeri nedenlerle görev yapmayı reddetme eğer bu reddetme eylemi kamuya açık bir biçimde ve şiddet içermeksizin gerçekleşiyorsa, hükümetin izlediği politikanın ya da askerlik mevzuatının adil olmadığı yönünde kamu vicdanına seslenebiliyorsa sivil itaatsizlik hareketine evrilebilmektedir. Aynı biçimde belli savaşların değil, savaşın karşılığı olan antimilitarizm anlayışını temel alan vicdani ret hareketinde de savaşa ya da barış halindeki bir ülkenin ordusuna katılmak reddedilmektedir. Dolayısıyla antimilitarist bakış açısıyla başlatılan vicdani ret hareketi de doğrudan politik bir nitelik taşımakta, bu doğrultuda eylemin dayandığı felsefi altyapıya ek olarak gerçekleştirilme biçimi, sonuçlarına katlanma, eylemin sürekliliği, topluma seslenme niteliği de sivil itaatsizlik şekline bürünmesine neden olmaktadır. Vicdani reddi sadece dini temele dayanıyorsa yasal kabul eden ülkeler ve diğer biçimlerini de kabul etmekle birlikte alternatif hizmet yükümlülüğü öngören devletlerde gerçekleştirilen antimilitarist vicdani ret hareketlerinin sivil itaatsizlik kabul edilmesinin nedeni, antimilitarist bir vicdani retçinin vicdani ret talebi kabul edilse dahi eylemine devam edecek olmasıdır. Antimilitarist ret hareketinin amacı şiddetin orta-

dan kaldırılmasıdır; bu sorun da vicdani ret talebinde bulunan kişinin askere gitmemesi ile çözülmeyecektir. Toplumun genelinin bu fikri desteklemesi ve bu şekilde gerçekleştirilecek büyük çaptaki hareket ile devletin şiddet temelli politikasını terk etmesi amaçlanmaktadır. Vicdani redde, reddeden kişi hizmet zorunluluğunun doğrudan muhatabıdır, sivil itaatsizlikte ise adil olmadığı düşünülen bir uygulama, ya da yasanın doğrudan muhatabı olmak gerekmemektedir. Vietnam Savaşının sona ermesini bu şekilde açıklamak mümkündür. Zorunlu askerlik hizmetine karşı yürütülen geniş çaplı direniş, Amerikan kuvvetlerinin Güneydoğu Asya'dan çekilmesinin ve 1973 yılında zorunlu askerlik hizmetinin kaldırılmasının nedenlerinden biridir. Bu savaş sırasında yürütülen ret hareketinin başarısı, özellikle Vietnam'da savaşan askerlerin annelerinin de desteğiyle kamuoyunca bilinmesi ve savaşın savunulabilir hiçbir yanı kalmadığı, haksız olduğu inancının toplum içinde ciddi boyutlara ulaşması⁶⁹ ile mümkün olmuştur. Bu örnek de göstermektedir ki, bazı vicdani ret biçimleri öznel yapıları itibarıyla çok tipik birer vicdani ret örneği olduğu halde, bazı ret biçimleri tamamen politik ve genelleştirilebilir nitelikte olup birer sivil itaatsizlik örneğidir.

Yukarıda yazılanlar ışığında Türkiye'deki vicdani ret eylemlerinin birer sivil itaatsizlik örneği olup olmadığı incelendiğinde Türkiye'de retçiliğin genel olarak antimilitarist bakış açısı çerçevesinde şekillendiği görülmektedir. "Her türlü otoriteye, tahakküm ilişkisine, emir alıp vermeye ve şiddete karşı", "milliyetsiz, ülkesiz, devletsiz, savaşız, adil ve özgür bir dünya için", "militarist aygıtın ve devletin işlediği hiçbir suça ortak olmamak adına" yapılan vicdani ret açıklamalarında⁷⁰ vurgulanan başlıca değer antimilitarizmdir. Türkiye'deki kadın vicdani retçilerin ret eylemlerini de bu çerçevede anlamlandırmak gerekir⁷¹. Bir Kürt olarak Türk ordusunda yer almayı reddeden, çözüm sürecinin askere gitmemek ile güçlenebileceğini savunan Kürt vicdani retçilerin⁷² ve yine İslam inancı nedeniyle, lâik niteliği olan bir ordu-

⁶⁹ Bkz. Rawls, s. 382.

⁷⁰ Yapılan vicdani ret açıklamalarının metinleri için bkz. "Vicdani Ret Açıklamaları", <http://www.savaskarsitlari.org/>, erişim tarihi: 30.04.2014.

⁷¹ Altınay, s.357.

⁷² Kürt Ret Hareketi Deklarasyonu için bkz. [www.savaskarsitlari.org.](http://www.savaskarsitlari.org/), erişim tarihi:30.04.2014.

da askerlik yapmak istemediğini, orduda İslam inancının dışlandığını belirtmek suretiyle askerlik yapmayacağını açıklayan retçilerin⁷³ muhalefeti politiktir. Sorgulanan bir hükümet politikası, devlet kurumu, faaliyeti mevcuttur. Amaç, askerlik hizmetini yerine getirmeyerek ve bu itirazı kamunun bilmesini sağlayarak bir hükümet politikasını değiştirmektir. Bu nedenle Türkiye'deki vicdani ret eylemlerini aynı zamanda birer sivil itaatsizlik eylemi kabul etmek yanlış olmayacaktır. Türkiye'de zorunlu askerliğin reddinin gelişim itibariyle politik olduğunu, o nedenle sivil itaatsizlik olarak tanımlanması gerektiğini savunan Toker⁷⁴ de, antimilitarist bir bakış açısıyla ortaya konulan itaatsizlik eylemlerinin, ahlâkîlik ve öznellik kavramları ile birlikte algılanan, kişinin kendi benlik duygusunda "kötü" olarak tanımlanan bir edimi gerçekleştiremeyeceği bilincine dayanan⁷⁵ vicdani ret olarak düşünülmemeyeceğini belirtmektedir.

Ancak ülkemizde farklı saiklerle hareket eden retçiler de vardır. Mukaddes Kitap'ın, 'artık cengi öğrenmeyecekler' şeklindeki İşaya 2:4 ayetine dayandıklarını belirten ve Yehova Şahitleri'ne bağlılıkları nedeniyle askerlik hizmetini reddetmek durumunda olduğunu açıklayan retçiler buna örnek verilebilir. Bu tür dini redde karşı ülkemizde görece bir yumuşama olduğu gözlemlenmektedir. Şimdiye kadar Anayasadaki laiklik ve eşitlik ilkeleri uyarınca böyle bir ret sebebinin kabulünün retçiler lehine ayrımcılık yaratacağı gerekçesiyle dini saike dayanan retçiler de diğer retçilerin gördüğü muameleyi görmüştür. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) vermiş olduğu Erçep kararı⁷⁶

⁷³ "İslam İnancı Nedeniyle Askeri Cezaevinde", 15.08.2007, www.bianet.org., erişim tarihi: 30.04.2014.

⁷⁴ Nilgün Toker, "Vicdani Red, Sivil İtaatsizlik ve Antimilitarizm: İtaat Etmeme ve Direnme", Üsterci-Çınar, s.93.

⁷⁵ Toker, s.82.

⁷⁶ 1969 doğumlu Yunus Erçep 1982 yılındaki vaftizinin ardından Yehova şahidi olmuştur. Askerliğini yapmadığı gerekçesiyle çeşitli hapis cezalarına mahkum edilen Erçep hakkında vermiş olduğu gerekçeli kararında AİHM, Türkiye'deki askeri hizmet sisteminin vicdani retçiler açısından ciddi sonuçlar doğurabilecek bir zorunluluk olduğuna ve bu sistemin toplum ile vicdani retçilerin çıkarları arasında adil bir denge oluşturmadığına vurguda bulunmuştur. Yunus Erçep'e verilen cezaları "demokratik bir toplumda gereksiz" olarak niteleyen AİHM, sonuç olarak Ankara'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin din ve vicdan özgürlüğüyle ilgili 9'uncu maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. AİHM, Erçep'in askeri mahkemeler önünde yargılanmış olmasının ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkıyla ilgili 6'ncı maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır (www.ntvmsnbc.com, 2011).

sonrası yerel bir mahkemenin⁷⁷ de dini vicdani reddin yolunu açması Türkiye’de bu tür reddin diğer ülkelerde olduğu gibi devletin başını pek de ağrıtmayacak nitelikte kabul edildiğine ve yapılacak düzenlemelerin de daha çok bu tür reddi kapsayacağına delalettir. Düzenleme yapılması gereği ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin, AİHM’in vermiş olduğu Osman Murat Ülke kararı sonrası Türkiye’den yasal ve siyasi adımlar beklemesi nedeniyledir⁷⁸. Ülkemizde de dini nedenlerle dayanarak askerlik hizmetini reddedenlerin amacı politik değildir. İnanışları din ya da mezhebin emirleri doğrultusunda hareket etmek zorunda olup, kamunun bu eylemleri bilmesi ya da kendilerine hak vermesi şeklinde bir beklentileri yoktur. Dolayısıyla, ciddi bir baskı ile karşılaşmaları halinde politik ve kamu vicdanına seslenen bir eyleme dönüşmedikçe dini gerekçelere dayanan zorunlu askerliği ret eylemleri birer sivil itaatsizlik eylemine evrilmeyecektir.

SONUÇ

Şiddeti reddeden, ancak var olan ciddi bir haksızlığın giderilmesi için yasayı ihlâl etmek suretiyle devleti zorlama amacı güden ve bunu da kamunun vicdanını harekete geçirerek sağlaması mümkün bir eylem olan sivil itaatsizlik ile esasen kişinin vicdanının talimatlarına uygun hareket etmesi neticesinde vicdanının emrettiği ile çelişen uygulamaları reddetmesini gerektiren vicdani ret eylemleri kimi durumlarda son derece farklı iki kavram olarak algılanabilirken bazen örtüşebilmektedir. Kişi vicdanının talimatlarını yerine getirirken aynı zamanda politik bir tutum sergileyebilir. Örneğin, ülkesinin ordusunda Siyahlara ayrımcılık yapıldığı gerekçesiyle yer almayı reddeden orta sınıf beyaz bir Amerikalının eylemi vicdani olduğu kadar politiktir. Bu

⁷⁷ Malatya Askeri Mahkemesi, vicdani retçi Muhammed Serdar Delice ile ilgili hazırladığı gerekçeli kararında, vicdani ret hakkını din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendiren AİHM kararının esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Her ne kadar Mahkeme bu kararında Delice’nin psikolojik rahatsızlıkları olduğu, ekonomik sıkıntıları nedeniyle firar ettiği gibi gerekçeler sıralayarak Delice’nin vicdani ret iradesinin gerçek iradesi olmadığını belirtmiş ve yine Delice’nin beş ay askerlik yaptıktan sonra vicdani retçi olmasını inandırıcı bulmamışsa da gerekçeli kararında AİHM kararlarından söz ederek, bunların 90. madde çerçevesinde iç hukukta kullanılabileceğini belirtmiş ve böylece yargılaması devam eden vicdani retçiler açısından son derece önemli bir karar vermiştir (www.bianet.org, 2012).

⁷⁸ Ülke v. Turkey, Application no. 39437/98, 24.1.2006., Bkz. www.echr.coe.int., erişim tarihi:30.04.2014.

kişi eyleminin gerekçesi ve ortaya sunuluş biçimi bakımından desteklendiği takdirde geniş halk yığınlarını etkileyebilecek, mevcut yasa ya da ordu içindeki haksız uygulamaya son verebilecektir. Bu şekilde bir vicdani ret eyleminin sivil itaatsizlik niteliğine bürünebilmesi mümkün olduğu gibi, askerliğin reddi doğuşundan itibaren sivil itaatsizlik biçiminde de gerçekleşebilir. Vicdani ret her durumda sivil itaatsizlik değildir. Bir devlet mevzuatında vicdani ret hakkını tanımışsa tanıdığı sınırlarda gerçekleştirilen bir vicdani ret eylemi sivil itaatsizlik olmaz, zira böyle bir eylem yasaldir, oysa sivil itaatsizlik yasa dışı bir eylemdir. Yine, dini inancı şiddetsizlik emreden kişi askerlik yapamıyorsa bu politik bir eylem olmaz, oysa sivil itaatsizlik hükümet politikasını, bir uygulamayı, yasayı hedef alan politik bir eylemdir. Kişinin vicdanının emirlerine uygun hareket ettiği durumlar her halde toplumca bilinmez. Kişi bazı hallerde vicdani ret talebinde bulunurken bunu gizli tutmaya çalışır, oysa sivil itaatsizlik ne kadar çok kişiye bilinir ve haklı bulunursa başarılı olma imkânı o derece artar.

Kısacası, vicdani ret bir sivil itaatsizlik örneği midir sorusuna cevap verebilmenin yolu, vicdani reddin farklı kategorileri olduğunun bilinmesi ile mümkündür. Vicdani ret; saik, kapsam ve yetkili organlarla işbirliğinin derecesine göre farklılaşmaktadır. Bu farklı kategoriler çerçevesinde de bir vicdani ret eylemi tamamen öznel, apolitik ve gizli olabileceği gibi tipik bir sivil itaatsizlik örneğine dönüşmesi mümkündür.

Kaynakça

- Altınay Ayşe Gül, "Militarizm", Kavram Sözlüğü I: Söylem ve Gerçek, Ed. Fikret Başkaya, Özgür Üniversite Kitaplığı, Maki Basın Yayın, Ankara, 2007.
- Başkır Ünsal Doğan - Erdem Erdinç, "Sivil İtaatsizlik Eylemi Olarak Türkiye'de Vicdani Ret: Bir Yurttaşlık Talebi", *Toplum ve Bilim Dergisi*, 2012, sayı 124, s.61-84.
- Bove Jose- Luneau Gilles, Sivil İtaatsizliğe Çağrı, İletişim Yay., İstanbul, 2006.
- Bröckling Ulrich, Disiplin: Askeri İtaat Üretmenin Sosyolojisi ve Tarihi, Çeviren: Veyssel Atayman, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.
- Cohen Carl, Civil Disobedience: Conscience, Tactics and The Law, Columbia University Press, New York and London, 1971.
- Enoch David, "Some Arguments Against Conscientious Objection and Civil Disobedience Refuted", *Israel Law Review*, 2002, vol.36, no.3, s.227-253.
- Flynn Eileen P, My Country Right or Wrong? : Selective Conscientious Objection In The Nuclear Age, Loyola University Press, Chicago, 1985.

- Foucault Michel, Hapishanenin Doğuşu, Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 5. baskı, Ankara, 2001.
- Goodall Felicity, A Question Of Conscience: Conscientious Objection In The Two World Wars, London: Sutton Publishing, 1997.
- Kamu Vicdanına Çağrı: Sivil İtaatsizlik, Çeviren: Yakup Coşar, Ayrıntı Yayınları, 2.baskı, İstanbul, 1997.
- Kapani Münci, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, 12. baskı, Ankara, 2000.
- Lippman Matthew, "The Recognition of Conscientious Objection to Military Service As An International Human Right", *California Western International Law Journal*, 1990-1991, vol.21, Number 31, s.31-66.
- Major Marie France, "Conscientious Objection and International Law: A Human Right?", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1992, vol. 24, s.1-38.
- Moskos C. Charles - Whiteclay John Chambers II. (Ed.), *The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance*, Oxford University Press, New York - Oxford, 1993.
- Ökçesiz Hayrettin, Sivil İtaatsizlik, Legal Kitapevi, 4 baskı, İstanbul, 2011.
- Rawls John, *A Theory Of Justice*, Oxford University Press, London-Oxford-New York 1972.
- Sagi Avi- Shapira Ron, "Civil Disobedience and Conscientious Objection", *Israel Law Review*, 2002, vol.36, no.3, s.182-217.
- Sağlam Rabia, "Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Vicdani Red", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, Haz: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2007, sayı 16, s.251-265.
- Speck Andreas, "Dünyada Çağdaş Red ve Red Hareketlerinin Anahatları: Savaş Karşısı Uluslararası Hareket İçinde Red", *Birikim Dergisi*, 2006, sayı 207, Temmuz, S.42-55.
- Sweeney H. Patrick, "Selective Conscientious Objection: The Practical Moral Alternative to Killing", *Loyola University Law Review*, 1968, vol.1, s.112-127.
- Üsterci Coşkun- Çınar Özgür Heval (derl.), *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008.
- Van Den Haag Ernest, "Civil Disobedience", *Rutgers Law Review*, 1966, vol. 21, no.1. s.30-45.
- Wand Bernard, "The Content and Function of Conscience", *The Journal of Philosophy*, 1961, vol: 58, no.24, November 23, s.765-772
- Wolff Russel, "Conscientious Objection: Time For Recognition As A Fundamental Human Right", *ASILS International Law Journal*, 1982, vol.6:65, s.65-95.
- www.bianet.org
- www.echr.coe.int
- www.savaskarsitlari.org

İDARENİN SOSYAL RİSK SORUMLULUĞUNDA İLLİYET BAĞI MESELESİ

LE PROBLEME DE LIEN DE CAUSALITE POUR LA RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATION EN FONCTION DE RISQUE SOCIAL

Hayrettin YILDIZ*

Özet: İdarenin sorumluluğunu belirleyen ilkeler başlıca hizmet kusuru, risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi iken bunların yanında üçüncü bir kusursuz sorumluluk uygulaması olan “sosyal risk” ilkesi de sayılmaktadır. Sosyal risk öğretisi ve yargı tarafından, birlikte yaşamın sonucu olan toplumsal kargaşa, savaş ve terör olayları sırasında zarara uğrayan üçüncü kişilerin zararlarını tazmin için öngörülen ilke olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu ilke diğer sorumluluk hallerinden farklı olarak, davranış ile zarar arasında bir bağ kurmamakta, illiyet bağı olmadan sorumluluğa yol açmaktadır. Danıştay kararlarında nedensellik bağının aranmaması doktrin tarafından sert bir şekilde eleştirilmiş olduğu gibi, söz konusu içtihadı özveriyle kabul etmiş hatta kapsamının genişletilmesini önermekte olanlar da vardır. İlliyet bağının hukukta sorumluluğun temeli olduğu göz önüne alındığında, tartışmaların ileride yoğun bir biçimde süreceği görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Hizmet Kusuru, Risk İlkesi, Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi, Sosyal Risk İlkesi

Resume: Malgré que les principes déterminants la responsabilité de l'administration sont la “faute de service”, le “principe de risque” et l’ “égalité devant les charges publiques”, une troisième application de la responsabilité sans faute dénommé le “risque social” se compte dans cette division. Le risque social est défini par la doctrine et par la justice administrative comme un principe trouvant son application pour les préjudices causés aux tiers à l'occasion d'attroupements et de rassemblements, de guerres et d'actes terroristes. Pourtant ce principe, à la différence des autres, ne construit pas un lien immédiat entre le fait et le préjudice, et implique une responsabilité sans avoir à chercher un lien de causalité. Bien que certains juristes critiquent sévèrement la jurisprudence du Conseil d'Etat de la Turquie, qui ne cherche pas un lien de causalité pour les faits porteurs de risque social, d'autres juristes

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi/ Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

l'ont acceptée avec enthousiasme et ont même suggéré d'en élargir le champ d'application. Considérant que le lien de causalité constitue la base de la responsabilité juridique, les discussions sur ce sujet continueront à l'avenir et ce de manière intense.

Les mots-clés: Responsabilité juridique de l'administration, Faute de service, Principe de risque, Égalité devant les charges publiques, Principe de risque social

GİRİŞ

Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında yer alan “idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” hükmü idarenin hukuki sorumluluğunun temel dayanağını oluşturmaktadır. Ancak bu maddeden bağımsız olarak hukuki yapısı içtihatlarla inşa edilen idare hukukunun, herhangi bir mevzuat hükmüne ihtiyaç duymaksızın kamu hukukuna özgü ilke ve kurallar çerçevesinde mahkeme içtihatlarıyla belirlenip saptanması da mümkündür. Nitekim, aşağıda bahsi geçen sorumluluk ilkeleri de idare hukuku ve hukuk devletinin gelişimine paralel olarak mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulmuştur. Bireylerin uğradığı zarar açısından, idarenin faaliyetlerinin meşruluğu için hukuki denetime ihtiyaç vardır. Çünkü denetim organı olarak bir mahkemenin varlığı, aynı zamanda yurttaşların tahakküm altında yaşamadıklarını göstermektedir¹. İdarenin sorumluluğunu belirleyen söz konusu Anayasal hükme ise öğreti tarafından farklı anlamlar yüklenmiş, idarenin sorumluluğunun tayininde temel ilkenin ne olduğu/olabileceği tartışmaya yol açmıştır.

1924 ve 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde, sorumluluk hukuku bakımından idare hukukunun kavramları ile özel hukukun kavramlarının henüz tam olarak ayrışmadığı görülmektedir. Çünkü bu dönemde idarenin sorumluluğunu sebepsiz iktisap (zenginleşme) kavramına dayandıranlar olduğu gibi, özel hukuk hakiminin daha efektif olarak kullandığı hakkaniyet, nısfet gibi kavramların yanında “eşitlik ilkesi”, “imkan ve fırsat eşitliği” gibi kavramlara da öncelik ve geçerlik tanıyanlar olmuştur. Örneğin, Sarıca idarenin

¹ Hasan Nuri Yaşar, “İdarenin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXVI, Sayı 1, 2008, s. 205.

hizmet kusuru dışındaki sorumluluğunu “hukuki müsavat prensibi”, “risk nazariyesi”, “hakkaniyet adalet ve nispet esası” ve “sebepsiz mal iktisabı” şeklinde dörde ayırmaktadır². Duran ise buna karşılık tek bir ilkenin, “imkan ve fırsat eşitliği”nin geçerliliğini savunmuştur. Ona göre, nasafet kavramı, sübjektif, belirsiz ve kaypak bir kavramdır ve 1961 Anayasasının başlangıç metninde geçen “*bütün fertlerin, kaderde, kıvançta ve tasada ortak*” olması ifadesi de “imkan ve fırsat eşitliği”nin dayanağını teşkil etmektedir³. Daha açık bir ifadeyle, bireyin zarara uğraması durumunda imkan ve fırsat eşitliği zedelenmekte ve zararın tazmini ile bu eşitlik yeniden sağlanmış olmaktadır. Ancak özel hukuk hükümlerinin idarenin özel hukuk işlemlerine uygulanmasındaki başarı, kendine has kuralları bulunan ve kamu gücüyle donatılmış idarenin diğer işlemlerinde sağlanamamıştır⁴.

Fransa’da “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi”nin Anayasa Konseyi tarafından Anayasal bir ilke (*principe constitutionnel*) olarak nitelendirilmesinden⁵ hareketle, Fransız hukukçular da idarenin sorumluluğunun temel dayanağının bu ilke olduğunu savunmuşlardır⁶. Söz konusu ilke Fransa’da anayasal bir mertebeye terfi etmiş olduğundan normlar hiyerarşisinde hem kanunun hem yargısal içtihadın üstünde yer alır. İlkenin bu kapsamlı mahiyeti, Türkiye’deki öğreti tarafından da taraftar bulmasını sağlamıştır. Örneğin Yaşar, idarenin sorumluluğunun temellerini kusur ya da risk teorisinde değil, her ikisini de ihata etmeye kabil kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinde bulmaktadır. Bu yönüyle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin “adalet” düşüncesini de daha iyi ifade ettiği belirtilmektedir⁷. Esin ise bu görüşe karşı çıkmakta ve kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet-adalet-na-

² Ragıp Sarıca, İdari Kaza, 1942, ss. 221-225 (Ragıp Sarıca, İdari Kaza, Cilt 1, İdari Davalar, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949 s. 233 ve Yüksel Esin, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973. 129).

³ Lütfi Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular, Türkiye ve Orta Doğu Amme Enstitüsü Yayınları No. 138, Ankara, 1974, s.16-19.

⁴ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, Hak Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 1966 s. 1687.

⁵ Michel Rousset, Droit administratif, Cilt II, Le contentieux administratif, Press Universitaire de Grenoble, 2^e Edition, 2004, s. 150; René Chapus, Droit administratif général, Tome (Cilt) 1, Montchrestien, 15^e Edition, Paris, 2001, s. 1364.

⁶ Rousset, Droit administratif, op.cit, ss. 130-150.

⁷ Yaşar, “İdarenin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, op.cit, s. 209.

safet ve hukuki müsavat ilkelerinin, idari hasar ile sosyal hasar (risk) ilkeleri içerisinde mündemiç olduğunu ileri sürmektedir⁸.

Doktrinde ve hatta yargı içtihatlarında sorumluluğun niteliği ve dayanağına dair farklı görüşler mevcut olsa da, tazmin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için illiyet bağının varlığı konusunda prensip olarak anlaşmazlık yoktur⁹. Ancak aşağıda göreceğimiz üzere bazı hukukçular, Danıştay'ın sonradan geliştirdiği ve sosyal riskte illiyet bağının aranmaması yönündeki görüşüne uyarak buna istisna getirilebileceğini kabul etmektedirler. Bu hususa geçmeden önce illiyet bağının nasıl tanımlandığına hukuki niteliği ve türlerinin neler olduğuna değinilmesinde yarar vardır.

I. İlliyet Bağı

Meydana gelen zarar neticesinde hukuki, ahlaki, siyasi, mantıki hatta vicdani açıdan sorumlu tutulabilmek için, söz konusu zarar ile zararı meydana getiren eylem arasında bir nedensellik (illiyet) bağının bulunması gerekir. Meydana gelen zararın müsebbibi (nedensel bağı) olan eylemde, *davranışı insana bağlayan ruhsal bir bağ vardır*¹⁰. Eren, illiyet bağını doğal hukukun bir ilkesi olarak *insan düşüncesinin kanunu* olarak nitelendirdikten sonra, illiyet bağını sorumluluğun asli şartı, tazminat hukukunun da temel ilkesi kabul etmektedir¹¹. 2011 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu'nun "Sorumluluk" başlıklı 49. maddesi de *"kusurlu ve hukuka aykırı bir fülle başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür"* diyerek fiille zarar arasında doğrudan bir nedensellik bağının varlığını aramaktadır. Sorumluluk hukuku bir ağaç olarak ele alırsa, illiyet bağı bu ağacın gövdesini meyveye bağlayan daldır. Bu dallar olmadan nasıl ağaç meyve veremiyorsa, illiyet bağı olmadan da sorumluluk söz konusu olmaz.

Bağın devamında illiyet bağı kavramına ve öğretisi tarafından

⁸ Esin, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, op.cit, s. 130.

⁹ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op.cit, s. 1723; Esin, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, op.cit, s. 245.

¹⁰ Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Beta Yayınları, 1995, İstanbul, s. 179.

¹¹ Fikret Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, 1975, Ankara, s. 1; Fikret Eren Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 12. Baskı, 2010, İstanbul, s. 487.

nasıl tanımlandığına (A) değinilecek, daha sonra illiyet bağının türleri ele alınacaktır (B).

A. Kavram ve Tanım

İlliyet kelimesinin etimolojik kökeni Arapçadan gelmektedir¹². İlli kökünün Türkçe karşılığı 'nedenseldir'¹³. Dolayısıyla burada sebebe ait olan sebep ile alakalı bir kavram söz konusudur. İlliyet bağı dendiğinde de, olay ile alakalı sebep kastedilmektedir.

Sorumluluk hukukunun *conditio sine qua non* unsurunu ifade eden nedensellik bağı (illiyet rabitası, *lien de causalité*, Kausalzusammenhang), aralarında neden sonuç ilişkisi olan iki olaydan birincisinin ikincisinin şartı olması şeklinde tanımlanabilir¹⁴. Bu bakımdan felsefi anlamda, nedensellik bağı determinist bir anlayışın tezahürü niteliğindedir¹⁵. Kısacası illiyet bağı, fiil ile zararı birbirine bağlayan rabitadır. Fiil ile zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisidir. Bu bağ koştugu zaman sorumluluk da ortadan kalkar. Gerçekten de dış evrende meydana gelen bir değişikliğin, bir kimsenin fiilinin sonucu olduğunun savunulabilmesi için değişikliğin, hareketin neticesinde oluştuğunun söylenebilmesi gerekir¹⁶. Hukukta da gerçekleşen zararlar sorumluluğun bağlandığı olay ve davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine genel olarak illiyet bağı adı verilmektedir¹⁷.

B. İlliyet Bağı Teorileri

Zarar verici davranış ile zarar arasında kurulan bağın mahiyeti açısından temel olarak iki teori ileri sürülmüştür, bunlar şart teorisi (1) ile uygun illiyet bağı teorisi (2).

¹² Ferit Develioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi Yayınları, 20. Baskı, Ankara, 2003, s. 428.

¹³ Ibid.

¹⁴ Turgut Candan, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, İdari Yargı Paneli, Şen Matbaası, 11-12 Nisan 2003 Mersin s.243 ('den Nakleden-Hamit Yumuk, İdari Yargıda Tazminat Davası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 158).

¹⁵ Eren, ...Uygun İlliyet Bağı Teorisi, op.cit, s. 6.

¹⁶ Karahasan, Sorumluluk Hukuku, op.cit, s. 179.

¹⁷ Eren, ...Uygun İlliyet Bağı Teorisi, op.cit, s. 10.

1. Şart Teorisi

Şart teorisine göre bir zarar, söz konusu zararı meydana getiren bütün fiillerle sebep sonuç bağı içerisinde¹⁸. Olayın meydana gelmesi de zorunlu bir biçimde bu olayı meydana getiren her şartın varlığına bağlıdır¹⁹. Başka bir ifadeyle şart teorisi, zararı meydana getiren bütün sebeplere eşit değer biçmekte zararın oluşmasına katkıda bulunan bütün parçaları olayın eşit müsebbibi saymaktadır. Oluşan zarar bakımından şartların eşit değere sahip olmasına binaen bu teori, koşulların eşitliği teorisi (*théorie de l'équivalence des conditions*) olarak da adlandırılmaktadır²⁰. Teoriye göre, zarar bu şartların herhangi birinin yokluğunda gerçekleşmeyecektir. Olayı meydana getiren şartlardan her biri de diğer şartları illi kılmakta ve ona illi bir nitelik kazandırmaktadır²¹.

Şart teorisi aynı zamanda mantıki illiyet olarak da adlandırılmaktadır²². Örneğin kişi yolda taksiyile giderken silah ile vurulmuş, hastaneye kaldırılmış ve yanlış iğne sonucu ölmüştür. Mantıki illiyete göre kişinin ölümüne kadar geçen sürede olaya katkıda bulunan bütün fiiller sonuçtan sorumludur. Çünkü gerçekten de mantıksal açıdan düşünülduğünde kişi vurulmasaydı hastaneye kaldırılmayacak ve kendisine hastanede iğne yapılmayacaktı, dolayısıyla da ölmeyecekti. Şart teorisi bir bakıma "illiyet bağının kesilmesi teorisi"ni kabul etmemektedir. Örneğin bir tren kazasında, tren şirketinin çalışanı demiryolunu aşırı yağlamış dolayısıyla raylar kaygan hale gelmiştir, bu arada lokomotif sürücüsü de yağlı alandan geçerken yanlış manevra yapmıştır, lokomotif sürücüsüne bu manevrayı yaptıran ise kafasına silah dayamış bir hayduttur. Söz konusu olayda hem tren yolu şirketinin hem lokomotif sürücüsünün hem de kafasına silah dayayan haydudun katkısı söz konusudur. Burada esasen tren yolu şirketi sorumludur ama lokomotif sürücüsünün hatası veya haydudun müdahalesi illiyet bağına kesmektedir. Olay itibariyle, şart teorisi temel alındığında sonuca katkıda bulunmuş bütün failer eşit derecede fiillerinden ve meydana

¹⁸ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 13. Baskı, Ankara, 2010, s. 248.

¹⁹ Eren, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 490.

²⁰ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s. 1320.

²¹ Ibid.

²² M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 8. Bası, İstanbul, 2010, s. 518.

gelen zarardan sorumlu tutulmaktadırlar. Yani sonucu meydana getiren şartlardan herhangi birini gerçekleştiren şahıs, yalnız bu şartı gerçekleştirmiş olması hasebiyle zararlı sonuçtan sorumlu olur²³.

Sonuç olarak, şart teorisi zarara neden olan bütün fiilleri neticeden sorumlu tutmakta ve adaletsiz bir sonuca vücut vermektedir. Bu yüzden de mantıki illiyet bağının veya şart teorisinin meydana getirdiği ölçüsüzlüğü ve adil olmayan sonuçları bertaraf etmek adına doktrinde ve yargı içtihatlarında hakim görüş “uygun illiyet bağı”nın aranması yolundadır²⁴.

2. Uygun İlliyet Bağı Teorisi

Sorumluluğu artırıcı etki yapan ve ölçsüz olarak nitelendirilebilecek şart teorisinin adaleti sağlamak konusunda ihtiyaca cevap vermemesinden dolayı uygun illiyet bağı teorisi benimsenmiştir. Olayların normal akışı ve hayat tecrübelerine göre niteliği itibariyle sonucu meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya olayın gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan “sebebe” ile söz konusu sonuç arasındaki bağı uygun illiyet bağı (*causalité adéquate*, adäquate Verursachung = der adäquate Kausalzusammenhang) denir²⁵. Teoriye göre, sonuca etki eden ve onun gerçekleşmesine neden olan şart, sonucu genel olarak meydana getirmeye elverişli ise sebebe ile sonuç arasında uygun illiyet bağının varlığından söz edilebilir²⁶. Yani sonucun oluşmasına dolaylı olarak katkıda bulunan bütün şartlar değil, yalnızca hayatın doğal akışı ve yaşam tecrübelerine uygun sonucu doğuran sebepler sorumluluğun tayininde rol oynamaktadır. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, önemli olan failin sonucu öngörebilmesi değil, fiilin olayların normal akışına göre objektif olarak zararlı sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmamasıdır²⁷.

²³ Eren, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 490.

²⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 248; Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 519; Eren, ...Uygun İlliyet Bağı Teorisi, op.cit, s. 49; İlgili Yargıtay Kararı: 4. HD. 16/02/1998, E. 1997/8707, K. 1998/444, YKD, Cilt 24, s. 5, Mayıs 1998, ss. 664-666 (Nakleden- Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 249); Ayrıca Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, 10. Baskı, 2011 Ankara, s. 384.

²⁵ Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 519; Eren, ...Uygun İlliyet Bağı Teorisi, op.cit, s. 51.

²⁶ Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 519.

²⁷ Ibid.

Uygun illiyet bağı kuramında koşulların çerçevesi daraltılmış²⁸ olduğundan, eylemi yapan kişi, hareketinin bütün sonuçları ile sorumlu tutulmamakta, onun tek başına yaptığı hareket hangi zarara yol açmışsa o sonuçtan sorumlu olmaktadır. Dolayısıyla uygun nedensellik kuramı ile fiili işleyen sorumluluğuna bir sınır konulmaktadır²⁹. Söz gelimi bir kişi bir başkasını ıssız bir ormanda yaralamış daha sonra da yaralanan kişiye yıldırım çarpmış ve ölmüş olsun³⁰. Söz konusu olaya şart teorisi uygulanırsa, yaralama fiilini gerçekleştiren şahıs ölümden de sorumlu tutulur. Ancak uygun illiyet bağının uygulanması durumunda, olayların genel akışı ve yaşam tecrübelerine göre bir kişiye yıldırım çarpmasının olağan değil olağandışı bir durum olmasından dolayı, fail yalnızca yaralama fiilinden dolayı sorumlu tutulacak ama ölümden sorumlu tutulmayacaktır. Buradaki yaralama fiilinin ölüm sonucunu meydana getirmeye elverişli olup olmadığı sorusuna olumlu cevap verilemez³¹. Çünkü yıldırım çarpması illiyet bağına kesmiştir. Uygun nedensellik bağında hangi sebebin olayın ya da zararlı sonucun “doğrudan nedeni” olduğunu tespit etmek kolay değildir. Bu yüzden her olayda davranışın uygun sonuçlarının ve doğrudan sebebin tespiti işlemi, gerektiğinde bilirkişiye başvurma olanağına sahip olan hakime düşmektedir³². Danıştay kararlarında da çoğunlukla doğrudan illiyet bağı olup olmadığı araştırılarak, uygun illiyet bağının varlığı durumunda sorumluluğa hükmedilmektedir³³.

Uygun illiyet bağının sorumluluğun sınırlandırılmasında yetersiz olduğunu ileri süren düşünürler, sorumluluk için fiil ile zarar arasında *hukuka aykırılık bağı* bulunması gerektiğini ileri sürmektedirler³⁴. Bu

²⁸ Karahasan, Sorumluluk Hukuku, op.cit, s. 181.

²⁹ Ibid., s. 182.

³⁰ Eren, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 496.

³¹ Ibid.

³² Eren, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 496; İlgili Yargıtay Kararları: HGK, 20/1/960 T/1 E. 3; 4. HD 19/9/1977 T. 7150 E. 8449 (Nakleden-Karahasan, Sorumluluk Hukuku, op.cit, s. 182).

³³ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E. 994/4934, K. 995/5487, T. 13.11.1995, *Danıştay Dergisi*, Sayı 91, s. 1174 (Nakleden, Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 772).

³⁴ Haluk Tandoğan, “Hukuka Aykırılık Bağı”, *Batider*, Haziran 1979, C. X, ss. 1-22

kavrama göre, zararlı sonuç ile fiil arasında uygun illiyet bağıının varlığı yeterli değildir. Buna ek olarak davranışın haksız ve keza hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılık bağıının aynı zamanda uygun illiyet bağıının tamamlayıcısı olduğu da ileri sürülmektedir³⁵. Ancak bu teori son zamanlarda Alman öğretisi tarafından ortaya atılıp Federal Mahkeme tarafından bazı kararlarda kullanılmış olsa da uygun illiyet bağı kadar hukukta genel bir geçerlilik düzeyine henüz ulaşabilmiş değildir³⁶.

Bu araştırmanın temasına uygun olmadığı için illiyet bağı ile ilgili diğer ayrımlara girmeden konunun idare hukukuna, özelde idarenin mali ve hukuki sorumluluğuna ilişkin kısmına geçiyoruz.

II. İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve İlliyet Bağı

Özel hukukta bireyin yararı ile başka bir bireyin yararı karşı karşıya gelmekte ve meydana gelen sonuç bakımından taraflar arasında bir denge sağlanmaya çalışılmaktadır. İdare hukukunda ise birey yararı, kamu yararı ile karşı karşıya gelmektedir. Özel yarar ile kamu yararının çatışması durumunda da çoğunlukla kamu yararı üstün tutulmaktadır. Örneğin idare bir taşınmaza ihtiyaç duyuyorsa, bireyin rızasını aramaksızın kamulaştırma yoluna gidebilir. Ancak, bireyin mağduriyetinin bütünüyle kamu yararı karşısında feda edilmemesi için, bireyin maddi ve manevi mamelekinde meydana gelen zararın idare tarafından tazmin edilmesi gerekir. Neticede, idarenin faaliyetlerinden kaynaklanan mali sorumluluğu idari yargıcın, genel yarar ile özel yarar arasında kuracağı dengede sağlanacaktır³⁷. Bu yüzden idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde idare hukukunun Medeni Kanun hükümlerinden farklı özel nitelikte kuralları bulunmaktadır³⁸. Buna “idari sorumluluğun özerkliği” de denmektedir³⁹. Bu

(Nakleden- Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 249 ve Nuri Erişgin, “Tehlike Bağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Cilt 49, Sayı 1-4, 2000 s. 142) .

³⁵ Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 562.

³⁶ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 249 vd.

³⁷ Yaşar, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, op.cit, s. 203.

³⁸ Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 361

³⁹ Daha fazla bilgi için bkz; Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1033 vd., Blanco kararı

husus ilk olarak Fransız Danıştay'ı tarafından *Blanco*⁴⁰ kararıyla ilan edilmiştir⁴¹.

Aşağıda öncelikle, idare hukukunun kendine özgü sorumluluk türlerine (A) daha sonra da bu alanda illiyet bağının önemine (B) değinilecektir.

A. İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Türleri

Anayasanın 125. maddesinde ifadesini bulan “idare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” ifadesi, idarenin de hukuki sorumluluğunun çerçevesini çizmektedir. Hüküm, söz konusu sorumluluğun tayin suretini belirlerken kusur şartı aramamakta, idarenin kusursuz olarak icra ettiği iş ve işlemlerinden de sorumlu olabileceğini varsaymaktadır. Hatta Esin'e göre, bu hüküm idare hukukunda kusursuz sorumluluğa önemli bir mevki kazandırmıştır⁴². Doktrin de bu düzenlemeye uygun olarak idarenin sorumluluğunu kusurlu ve kusursuz sorumluluk şeklinde ikiye ayırmaktadır⁴³.

Kusur sorumluluğundan kasıt, idarenin hizmet kusurudur. Chapus, Marcel Planiol'dan alıntıyla kusur kavramını “önceden mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksiklik” (*un maquement à une obligation préexistante*) olarak tanımlamaktadır⁴⁴. Hizmet kusuru da öğretinin tarafından genelde “hizmetin kuruluş ve işleyişinde ortaya çıkan

aynı zamanda idarenin meydana gelen zarardan kusurlu olarak (hizmet kusuru) sorumlu tutulduğu ilk karardır. Olayda Agnès isimli kız çocuğuna Devlet tütün işletmesine ait bir dekovil çarpmış, çocuk yaralanmış, idare de zarardan sorumlu tutulmuştur. (Serdar Özgüldür, “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, in İl Han Özay, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 801) .

⁴⁰ Marcel Long - Prosper Weil - Guy Braibant - Pierre Devolvé - Bruno Genevois, Les grands arrêts la jurisprudence administrative, Dalloz, 17^e Edition, Paris, 2009, s. 1 vd.

⁴¹ Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1034; Yaşar, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, op.cit, s. 203.

⁴² Esin, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, op.cit, s. 128.

⁴³ Gözler, İdare Hukuku, op.cit, ss. 1057-1275; Günday, İdare Hukuku, op.cit, ss. 369-383; Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, ss. 713-734; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku, op.cit, s. 744-770.

⁴⁴ Chapus, Droit administratif général, op.cit, s. 1294; Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1061.

kusur"⁴⁵, "idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulması düzenlemesi ve işleyişindeki bozukluk ve aksaklık"⁴⁶, "kamu hizmetinin görülmesinde, kamu görevlilerinin ihmali sonucu, ortaya çıkan bir eksiklik"⁴⁷ olarak birbirine benzer tanımlarla açıklanmaktadır. Hizmet kusuru ayrıca, Paul Duez'den gelen geleneksel ve yerleşmiş bir ayrıma göre, hizmetin geç işlemesinden, hizmetin kötü işlemesinden ve hizmetin hiç işlememesinden dolayı meydana gelen zarardan idarenin kusurlu olarak sorumlu tutulmasıdır⁴⁸. Söz gelimi, barajın tahliye kapaklarının uzun süre kapatılmayarak bahçeleri su basması hizmetin kötü işlemesine⁴⁹ ambulansın kaza yerine vaktinde ulaşmaması hizmetin geç işlemesine, yol aydınlatma lambalarının kurulmaması hizmetin hiç işlememesine⁵⁰ örnek olarak verilebilir.

Gözler, geleneksel doktrinin dayandığı bu ayrımı hem hizmet kusurunun tanımı bakımından, hem de hizmet kusurunun dayandığı üçlü ayırım (*kötü, geç, hiç*) bakımından yanlış bulmaktadır. Gerçekten, Chapus'nün de ifade ettiği üzere, "kamu hizmeti değil, sadece kamu görevlileri kusur işleyebilir"⁵¹, zira kaçınılmaz olarak, hizmet sırasında işlenen kusurun süjesini hizmet değil bir kamu görevlisi oluşturmaktadır. Burada kastedilen şey "kamu hizmetinin ifası sırasında işlenen kusur"⁵² olsa da yanlış bir kavramsallaştırma örneği gösterilerek hizmet kusuru ifadesi kullanılmaktadır. Keza Gözler'e göre, hizmet kusurunun üçlü bir ayrıma tabi tutulması da yanlış ve gereksizdir. Çünkü bu ayırımdan bağımsız olarak hizmet geç ya da kötü işlese ya da hiç işlemese de sonuçta idare ya da kamu görevlisinin görevini gereği gibi yerine getirmemesinden dolayı kusura dayalı sorumluluk söz konusu olacaktır⁵³.

⁴⁵ Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku, op.cit, s. 744.

⁴⁶ Günday, İdare Hukuku, op.cit, s. 369.

⁴⁷ Yaşar, İdarenin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, op.cit, s. 207.

⁴⁸ Paul Duez, La responsabilité de la puissance publique, Nouvelle Edition, Paris, 1938 s. 27 vd. ('den Nakleden-Lütfi Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, op.cit, s. 28).

⁴⁹ Yaşar, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", op.cit, s. 211.

⁵⁰ Günday, İdare Hukuku, op.cit, s. 371.

⁵¹ "Seuls les agents du service public peuvent commettre une faute; non pas un service public": Chapus, Droit administratif général, op.cit, s. 1293.

⁵² Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1059.

⁵³ Ibid., s. 1060.

İdarenin sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılan diğer ölçüt kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumluluk genel olarak risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir⁵⁴. Risk (hasar, *risque*) ilkesi, idarenin herhangi bir kusuru bulunmamasına rağmen yürüttüğü tehlikeli faaliyetler sırasında ve kullandığı tehlikeli araçlar dolayısıyla oluşan zararları tazmin etmek zorunda olmasıdır⁵⁵. Alman hukukundaki “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi”nin (*Aufopferungsanspruch*)⁵⁶ Fransız ve Türk hukukundaki yansıması olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi (*principe d'égalité devant les charges publiques*), idarenin yürüttüğü hukuka uygun ve kamuya yararlı faaliyetler sırasında bazı insanların özel ve anormal külfetlere maruz kalmaları durumunda, kusuru bulunmasa dahi idarenin meydana gelen zarardan sorumlu tutulmasını konu alır⁵⁷. İdarenin kusursuz sorumluluğu, ilk defa Fransız Danıştay'ının 21 Haziran 1895 tarihli *Cames* kararıyla hukuk alemine dahil olmuştur⁵⁸. Bay Cames bir cephan fabrikasında işçi olarak çalışırken demir dövme sırasında kopan parça sol eline isabet ederek yaralanmasına neden olmuştur. Olayda ne idarenin ne de Bay Cames'in kusuru söz konusu olduğundan, beklenmeyen hal sonucu oluşan kazadan kaynaklanan zarar, idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında tazmin edilmiştir⁵⁹. Risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini bünyesine alan kusursuz sorumluluk teorisi ile sorumluluk hukuku, objektif ve somut bir yapıya kavuşmuş ve denilebilir ki bu sayede “hata kavramı kusur kavramından boşanmıştır”⁶⁰.

⁵⁴ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, op.cit, ss. 752-770; Gözler, *İdare Hukuku*, 1164-1269; Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, op.cit, s. 724-726, Yayla, *İdare Hukuku*, op.cit, s. 365-369.

⁵⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, op.cit, s. 1169.

⁵⁶ Ali Ülkü Azrak, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980, s. 142.

⁵⁷ Frier ve Petit, *Précis de droit administratif*, op.cit, s. 492; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Hukuku*, Değişim Yayınları, İstanbul, 2003, s. 253.

⁵⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, op.cit, s. 1166-1167, Chapus, *Droit administratif général*, op.cit, s. 1347.

⁵⁹ Marcel Long et al., *Les grands arrêts*, op.cit, s. 39 vd.

⁶⁰ Ender Ethem Atay - Hasan Odabaşı - Hasan Tahsin Gökcan, *Teori ve Yargı Kararları Işığında, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 111 (224 no'lu dipnot) .

Kusursuz sorumluluk hallerinde, idareye gerekli tedbirlerin alınmamış olduğu şeklinde bir kusur atfedilebilirse de, kusurun ispatı için uğraşılmamakta doğrudan tehlike ya da risk halinin varlığına binaen idarenin kusurlu olduğunun aksini ispatlamasına imkan tanınmamaktadır⁶¹. Bu durum zararlı sonucun mağduru açısından da olumludur. Çünkü kusursuz sorumluluk hallerinde ilgililer, yalnızca zararın varlığını ve idare ile bağlantısını (*illiyet bağı*) ortaya koymakla yükümlü iken, bir idari kusurun mevcudiyetini ve derecesini ispat yükümlülüğünden kurtulmaktadırlar⁶². Kusursuz sorumluluk zararın tazmininde yoğun olarak başvuru olan bir uygulama olsa da, esasında kusurlu sorumluluğa göre tamamlayıcı (*complémentaire*) bir karaktere sahiptir⁶³. Şöyle ki, bir olayda kusurlu sorumluluğa başvurulabiliyorsa, risk sorumluluğuna, risk sorumluluğuna başvurulabiliyorsa, kamu külfetleri karşısında eşitliğin bozulmasından dolayı sorumluluğa başvurulamaz⁶⁴. Danıştay da 1996 yılında verdiği bir kararında önce kusur sorumluluğunun varlığının araştırılması gerektiğini, kusur sorumluluğunun yokluğu halinde kusursuz sorumluluk hallerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁶⁵.

Sosyal risk ilkesi ise kimi yazarlar tarafından üçüncü bir kusursuz sorumluluk hali⁶⁶ kimi yazarlar tarafından risk ilkesinin bir alt uygulaması⁶⁷, kimi yazarlar tarafından da – diğer hallerin aksine illiyet bağının aranmadığı bir sorumluluk türü olmasından dolayı – ayrı

⁶¹ Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1171; Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, op.cit, s. 47.

⁶² Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op.cit, s. 1710 ; Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, op.cit, s. 47.

⁶³ Rousset, Droit Administratif, op.cit, s. 148.

⁶⁴ Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1165.

⁶⁵ “Teröristlerce evi ve ahırları yakılan davacının zararı dolayısıyla davalı idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde, kusurlu ve kusursuz sorumluluk ilkelerine birlikte dayanılamayacağı; önce, kusurlu sorumluluğun varlığı araştırılarak, saptanamaması durumunda, kusursuz sorumluluk ilkesine gidileceği...”; Danıştay 10. Dairesi Kararı, E. 1995/2388, K. 1996/5893, T. 8.10.1996 (Nakleden-Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargı Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 182 (318 no’lu dipnot))

⁶⁶ Günday, İdare Hukuku, op.cit, s. 381.

⁶⁷ Mustafa Köksal, İdarenin Kusursuz sorumluluğu ve Terör Olayları Nedeniyle İdari Yargıda Açılan Davalar, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 79 (<https://tez.gov.tr/UlusalTezMerkezi/,01/05/2014>).

ve üçüncü bir sorumluluk hali olarak kategorilendirilmektedir⁶⁸. Bununla beraber, sosyal riskin uygulama alanını oluşturan toplumsal kargaşa, kitlesel hareketler, savaş hali, terörist aktiviteler, anarşi gibi kamu düzenini bozan olaylarda meydana gelen zararlarda idarenin bir kusurunun mevcut olmayacağı düşüncesinden hareketle daha çok kusursuz sorumluluk halleriyle benzerlik gösterdiği söylenebilir.

B. İdarenin Hukuki Sorumluluğunda İlliyet Bağının Yeri

Genel olarak idarenin hukuki sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, aynen özel hukukta olduğu gibi idarenin bir fiilinin söz konusu olması (eylem ya da işlem), bu fiil sonucu bir zararın meydana gelmiş olması ve nihayet sorumluluk hukukunun vazgeçilmez unsuru olarak fiil ile zarar arasında illiyet bağının varlığı gereklidir. Nedensellik bağı hem kusur sorumluluğunun hem de kusursuz sorumluluğun temel şartıdır. Burada aranan bağ, doğrudan illiyet bağı (*lien immediat/direct de causalité*) yani uygun illiyet bağıdır (*lien de causalité adéquate*)⁶⁹. Özellikle birden çok sebebin zararın oluşumunda etkili olması durumunda illiyet bağının önemi daha fazla ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda hakim, hangi sebebin tek başına zararlı sonucu doğurmaya elverişli olduğunu kendisi takdir edecektir⁷⁰.

İlliyet bağının varlığı özellikle kusursuz sorumluluk halleri bakımından önem arz etmektedir⁷¹. Zira bu durumda kusurdan bağımsız olarak sorumluluğun yegane tayin edici unsuru olarak söz konusu "bağ" kalmaktadır. Kusursuz sorumlulukta yönetimin davranışı ile uğranılan zarar arasında nedensellik bağının kanıtlanması yeterlidir. İdarenin davranışının kusurlu olduğunun kanıtlanmasına gerek yoktur. Hatta, kusursuz sorumlulukta, idarenin sorumlu tutulabilmesi için, tutumunun hukuka aykırı olması da gerekli değildir⁷². Sonuç itibarıyla, idare hukukunda da illiyet bağı hukuki sorumluluğun *sine qua non* şartıdır, illiyet bağı yoksa sorumluluk da yoktur⁷³.

⁶⁸ Oğuz Özkarslı, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Risk İlkesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 78.

⁶⁹ Gözler, İdare Hukuku, s. 1320; Chapus, Droit administratif général, op.cit, s. 1245; Rousset, Droit Administratif, op.cit, s. 151.

⁷⁰ Rousset, Droit Administratif, op.cit, s. 151.

⁷¹ Erişgin, Tehlike Bağı, op.cit, s. 138.

⁷² Şeref Gözübüyük, "Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 3, 1995, s. 195.

⁷³ Ramazan Çağlayan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz So-

Doktrinde, idarenin sorumluluğunun tayini için illiyet bağına alternatif sebeplerin varlığı ileri sürülmektedir. Örneğin Özyörük⁷⁴ ve Düren'e⁷⁵ göre, sorumluluğun söz konusu olabilmesi için illiyet bağındaki sebep sonuç ilişkisi yerine, zararın bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında meydana gelmiş olması yeterlidir. Dolayısıyla doğrudan fiil ile zarar arasında değil, kamu hizmeti ile zarar arasında bağ bulunmalıdır. Yazarlara göre zararın özel hukuktaki gibi davranışın uygun ve normal sonucu olmasına da lüzum yoktur. İdari davranış, zarar ve zararın kamu hizmeti ile bağlantısı koşulları somut olayda bir arada mevcutsa kusur söz konusu olmaksızın idarenin sorumluluğu mekanizması işletilmelidir. Keza Anayasada ifadesini bulan sosyal hukuk devleti ilkesi de bunu gerektirir, denmektedir⁷⁶.

Fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının kesilmesi durumunda sorumluluk da bu kesilme oranında ya azalır ya da ortadan kalkar. Örneğin mücbir sebep hallerinin varlığı durumunda, hem zarara uğrayanın hem de idarenin öngörmesi mümkün olmayan bir olay (örn. doğal afet, savaş) meydana geldiğinden sorumluluk bütünüyle ortadan kalkar. Beklenmeyen haller ise idarenin kusurlu sorumluluğunu ortadan kaldıran ancak kusursuz sorumluluğun devamına engel olmayan, ani, umulmayan veya o sırada bilinmeyen olaylardır⁷⁷. Çünkü burada doğrudan idarenin faaliyetleri içerisinde yer alan ve faaliyet sırasında meydana gelen bir zarar vardır ve risk ilkesi ya da kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi bu zararın giderilmesini gerektirir⁷⁸. Ancak eğer zarar görenin ya da üçüncü bir kişinin davranışı zararın oluşmasına etki etmişse bu etki oranında ya idarenin sorumluluğu azalmaya uğrar ya da bütünüyle sona erer⁷⁹. İlliyet bağını kesen haller için genel hukuk kitaplarında etraflı bilgiye ulaşılabilir. Metnin devamında, sosyal risk ilkesinin ayrıntıları ve yargı kararları ele alınacaktır.

74 rumluluğu, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007, s. 330.

75 Mukbil Özyörük, İdare Hukuku Ders Notları (Teksir), Ankara, 1972-1973, s. 238. Akın Düren, İdare Hukuku Dersleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, ss. 328-329 (Nakleden-Serdar Özgüldür, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu", op.cit, s. 830) .

76 Ibid.

77 Yayla, İdare Hukuku, op.cit, s. 370.

78 Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1339.

79 Zabunoğlu, İdare Hukuku, op.cit, s. 735-736.

III. Sosyal Risk İlkesinin Hukuki Niteliği

Sosyal risk ilkesinin, ilk defa Fransa'da savaş sırasında oluşan zararların idare tarafından karşılanması amacıyla doğan bir sorumluluk ilkesi olduğu kabul edilmektedir⁸⁰. Günümüzde ise sosyal risk ilkesinin uygulama alanı daha da genişlemiştir. Bu kapsamda toplantı ve gösteri yürüyüşleri, toplumsal kargaşa, anarşi gibi kitlesel olaylardan doğan zararlar ile savaş sırasında ve terör faaliyetleri dolayısıyla oluşan zararların idare tarafından karşılanmasında bu ilkeye başvurulmaktadır⁸¹. Özellikle kitle hareketlerinin meydana getirdiği toplumsal kargaşa ve saldırıların yol açtığı zararların bir arada yaşamanın kaçınılmaz sonuçlarından olduğu görülmekte ve bu zararların, oluşumunda hiçbir kusuru ve katkısı olmayan kişilerin omuzlarında bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesiyle idarenin kusurlu davranışından doğmamış olmasına rağmen yine idarenin sorumlu tutulması sonucunu doğuracak şekilde kusursuz sorumluluk ilkesinin genişletilmesine ihtiyaç duyulmuştur⁸². Sosyal risk teşkil eden olaylar öyle olaylardır ki, yarattıkları tehlike herkese yönelmiş olduğu halde, bundan zarar görenler olaylara dahil olmayan üçüncü kişilerdir⁸³.

Riskin sosyalleşmesi her ne kadar diğer kusursuz sorumluluk (mesleki risk, tehlikeli faaliyetler) hallerinde de söz konusu olsa da, bu hallerde genelde risk yapılan faaliyetin içerisinde yer almaktadır. Örneğin, bomba imha ekibinde çalışılmasında, suçlu ya da rehabilitasyona tabi tutulan bireyin sorumluluğunun üstlenilmesinde, kan nakli veya akıl hastalarının tedavisinde genelde belli bir risk vardır ve bu risk toplumu da tehdit etme potansiyeline sahiptir⁸⁴. Buna karşın sosyal riskte toplumu tehdit eden bağ doğrudandır ve hem idarenin hem de zarar görenin dışında gerçekleşen olaylar zarara yol açmaktadır. Bu yönüyle riskin sosyalizasyon derecesi de daha yüksektir.

Sosyal risk ilkesinin en orijinal ve en çok eleştirilen yönü zarar verici fiili gerçekleştireni değil, önleyemeyeni sorumlu tutmasıdır. Baş-

⁸⁰ Köksal, İdarenin Kusursuz sorumluluğu, op.cit, s. 115.

⁸¹ Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, 30. Bası, Ankara, 2011, s. 344.

⁸² Azrak, "Toplumsal Muhatara", op.cit, s. 136-137.

⁸³ Özgüldür, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu", op.cit, s. 851.

⁸⁴ Yaşar, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", op.cit, s. 217.

kasının fiilinden dolayı mali sorumluluk ise kamu hukukunun ya da idare hukukunun değil esasen sigorta hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Gerçekten de yalnızca sigorta hukukunda belli bir sözleşme çerçevesinde zarar oluşmadan önce sigorta eden mali sorumluluğu yüklenir. Sigortanın geçerli olması için, aynı veya benzer risklere maruz kalan belli bir insan topluluğu, yine belli bir prim ödeyerek riskin gerçekleşmesi tehlikesine karşı mali güvence oluşturur⁸⁵. Sigorta hukukundaki risk (riziko) unsuru da, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir zararı tarif etmektedir⁸⁶. Sosyal risk ilkesinin bu tür kamu düzenini tehlikeye düşürebilecek olaylardan zarar görmüş kişilere getirdiği güvence de esasında bir tür sigortadır. Nitekim Azrak da, sosyal risk ilkesinin çerçevesinin fazla geniş tutulması halinde, toplumda meydana gelebilecek bütün zararların karşılanması şeklinde sınırsızlığa varabilecek bir sorumluluk türüne evrilme tehlikesi barındıran bir “kamusal sigorta”ya dönüşeceğini ileri sürmektedir⁸⁷. Gözler ise, bu tür olaylarda oluşan zararların idare tarafından karşılanabilmesi için, Fransız hukukunda olduğu gibi sorumluluk şartlarının etraflıca belirlendiği bir kanunun bu türden bir toplumsal sigortayı düzenlemesi gerektiği görüşündedir.⁸⁸ Dolayısıyla, toplumsal kargaşa, protesto, savaş ve terör faaliyetleri sırasında masum bireylerin uğradığı zararın idare tarafından karşılanmasında hukuki bakımdan bir çeşit sigorta niteliği bulunmaktadır, denilebilir.

Son olarak, sosyal risk teorisinin mahiyeti itibariyle idari eylemlere özgü bir kusursuz sorumluluk hali olduğu buna karşın idari işlemler alanında uygulanamayacağı ileri sürülmektedir⁸⁹. Dolayısıyla zararın idarenin icrai bir fiilinin sonucu olarak meydana gelmesi gerekir. Aslında ileride değineceğimiz üzere idarenin bu tür olaylarda ne bir fiili ne de bir işlemi söz konusudur. Eylem bütünüyle zararlı fiili gerçekleştirenler tarafından işlenmektedir. Ama esasında idareden yerine getirmesi beklenen bir davranışın olması gerektiği ileri sürülebilir.

⁸⁵ Emine Yazıcıoğlu ve Kerim Atamer, *Sigorta Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 2012, s. 2 (<http://istanbuluniversitesi.hukukfakultesi.gen.tr/>).

⁸⁶ İsmail Fidan, “Sorumluluk Sigortalarında Rizikonun Gerçekleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2005, s. 33.

⁸⁷ Azrak, “Toplumsal Muhatara”, *op.cit*, s. 138.

⁸⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, *op.cit*, s. 1213 ve 1239.

⁸⁹ Esin, *İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, *op.cit*, s. 294.

A. İlkenin Uygulandığı Durumlar

Fransız kanun koyucu isyan, harp vesaire dolayısıyla üçüncü kişilerin mamelekinde meydana gelen zararları karşılamayı kabul etmiştir⁹⁰. Dolayısıyla ilkenin doğuşunun nedenlerinden biri de savaş mağduru bireylerin zararlarının devlet tarafından karşılanmasıdır⁹¹. Ancak yukarıda bahsi geçtiği üzere çağın gelişmesi toplumsal sorunların artması, hukuk devleti ilkesinin özgürlüklere tanıdığı alanının genişlemesi, toplumun devletten beklentilerinin artması neticesinde kitlesel hareketlerin yanında terörist faaliyetler de artmış bu artış da ilkenin daha fazla alanda uygulanmasına yol açmıştır. Bu alanları günümüz açısından genel olarak toplumsal olaylar (1) ve terör faaliyetleri (2) şeklinde iki kısma ayırarak incelemek mümkündür.

1. Toplumsal Olaylar

Fransız hukukunda zaman içinde sosyal dayanışma (*solidarité sociale*) anlayışının genişlemesine paralel olarak risk kriterinin sosyalize olduğu (*socialisation des risques*) düşüncesi ileri sürülmektedir⁹². Toplumsal olaylar sırasında meydana gelen kargaşa ve saldırılarda bu olaylara taraf olarak dahil olmayan ama olay vuku bulurken orada bulunan ya da olayın bu kişilerin yaşam alanlarında vuku bulmasından dolayı kaçınılmaz olarak oluşan zararların karşılanması için Fransa'da çeşitli yasalar çıkarılmıştır. Öncelikle 16 Nisan 1914 tarihinde çıkarılan yasa ile toplumsal olaylar sırasında ortaya çıkan zararların yerel yönetim (*commune*, belediye) tarafından karşılanacağı ve uyuşmazlıkların adli yargıda çözüme kavuşturulacağı düzenlenmiştir⁹³. Daha sonra çıkan 7 Ocak 1983 tarihli yasanın 92. maddesi ve 9 Ocak 1986 tarihli yasanın 27. maddesi ile oluşan zararın sosyal dayanışma ilkesi gereği küçük ve maddi açıdan güçsüz belediyeler üzerinde bırakılmaması gerektiğinden hareketle sorumluluk Devlete devredilmiş, bu meseleden kaynaklanan uyuşmazlıkların da artık idari yargı yeri tarafından karara bağlanacağı düzenlenmiştir⁹⁴. Değişikliğe uğramış metnin ihtiva ettiği

⁹⁰ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op.cit, s. 1744.

⁹¹ Ayşegül Çoban, "Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, Konya, 2003, s. 332.

⁹² Yaşar, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", op.cit, s. 215.

⁹³ Frier ve Petit, *Précis de droit administratif*, op.cit, s. 487.

⁹⁴ Rousset, *Droit administratif*, op.cit, s. 97; Gözler, *İdare Hukuku*, op.cit, s. 1213.

hüküm şu şekildedir: “Devlet, silahlı veya silahsız toplantı ve gösteriler sırasında şiddet veya güç kullanılarak işlenen suçlardan dolayı kişilere ya da mallara verilen zarar ve ziyandan hukuken sorumludur”⁹⁵.

Devletin bu tür olaylarda meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için kanununun ihtiva ettiği hükmün lafzından çıkan belli başlı şartlar şunlardır: öncelikle, meydana gelen zarar, toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında meydana gelmiş olmalıdır. Protesto amacı gütmeyen toplantılar sırasında meydana gelen zarar ile şiddet faaliyetini benimseyen bir grubun (suç örgütü) meydana getirdiği zarar bu kapsamda değerlendirilmez⁹⁶. Zararı meydana getiren davranışın kolektif ve kitlesel nitelik taşıması gerekir⁹⁷. Bu kitlesel toplantı ve gösteri, siyasi, kültürel, mesleki, sportif ya da dini olabilir⁹⁸. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yapanların davranışlarının suç teşkil eden şiddet eylem niteliğinde olması gerekir; fiil, suç teşkil etmiyorsa kanun kapsamı dışında kalır⁹⁹. Son olarak, kitlesel hareketin doğrudan sonucu olması¹⁰⁰ ve anormal ve özel bir nitelik taşıması gereken zararın, devlet tarafından karşılanması durumunda, devletin zararın faillerine rücu hakkı saklıdır¹⁰¹.

Türkiye’de toplantı ve gösteri yürüyüşleri gibi kitlesel hareketlerden meydana gelen zararlardan dolayı devletin sorumlu tutulacağına dair güncel ve yürürlükte olan genel bir kanun bulunmamaktadır. Bu açıdan mevzuatta boşluk bulunmaktadır. Ancak hukuki sorumlulukta illiyet bağının aranması hukukun temel ilkelerinden biridir. Bu ilkeye de içtihatla istisna getirilemez. Getirilecek istisna ancak kanunla olmalıdır. Nitekim kanun koyucu eskiden meydana gelen bazı olaylarda kanunlar çıkararak devletin sorumluluğunu öngörmüştür. Ancak bu yasalar bütün toplumsal olaylardan değil sadece belli bir zamanda ve belli bir yörede meydana gelen zararlardan dolayı sorumluluğu dü-

⁹⁵ “l’Etat est civilement responsable des dégâts et des dommages résultant des crimes ou des délits commis à force ouverte ou par violence, par des attroupelements et rassemblements armés ou non armés, soit contre les personnes soit contre les biens «Bkz. Frier ve Petit, Précis de droit administratif, op.cit, s. 488.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Mustafa Köksal, “Risk İlkesinin İdareye Yüklendiği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 85, Ankara, 2009, s. 267.

⁹⁸ Chapus, *Droit administratif général*, op.cit, s. 1358.

⁹⁹ Frier ve Petit, *Précis de droit administratif*, op.cit, s. 488.

¹⁰⁰ Chapus, *Droit administratif général*, op.cit, s. 1358.

¹⁰¹ Frier ve Petit, *Précis de droit administratif*, op.cit, s. 488.

zenlediği için genel değil özel niteliktedir. Bu yasal düzenlemelerden ilki 6684 sayılı ve 28 Şubat 1956 tarihli “6-7 Eylül 1955 tarihlerinde İstanbul ve İzmir’de meydana gelen toplumsal olaylar nedeniyle kişilerin uğradığı zararların tazminine yönelik Kanun”dur¹⁰². Akyılmaz, 6831 sayılı Orman Kanunu’nun değişik 71. maddesine dayanılarak hazırlanan “Orman Yangınlarını Söndürme Çalışmaları Esnasında Ölenlere ve Sakatlananlara Ödenecek Tazminata İlişkin Yönetmelik” hükümlerini de sosyal risk ilkesinin tezahürü olarak görse de kanımızca bu alanda oluşan zararların sosyal niteliği toplumsal olaylardaki kadar ağır basmamaktadır¹⁰³. Keza bu alandaki zararlara hizmetin içerdiği tehlike nedeniyle mesleki risk ya da kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulanması daha yerindedir.

2. Terör Eylemleri

Sosyal risk ilkesinin aslında kitle hareketlerini kapsayan bir bağlamda ele alınması gerekirken ilke, ülkemizde daha çok terör olayları dolayısıyla uğranılan can ve mal kayıplarında uygulanmaktadır¹⁰⁴.

Toplumsal olaylarda olduğu gibi terör eylemlerinde de meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında doğrudan illiyet bağı bulunmadığından, oluşan zararın devletin sorumluluğuna gidilerek tazmin edilebilmesi için kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. 2004 yılında yürürlüğe giren 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun 17. maddesine dayanılarak çıkarılan “Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik”in yürürlüğe girmesinden önceki tarihe kadar bu alanda oluşan zararlardan dolayı genel olarak devleti sorumlu tutan bir kanun yoktu¹⁰⁵. Nitekim, 3838 sayılı ve 28 Ağustos 1992 tarihli “Şırnak ve Çukurca’da Terörist Eylemler Sonucu Meydana Gelen Zararların İdare Tarafından Tazminine İlişkin Kanun” da genel değil özel nitelikliydi ve sadece Şırnak ve Çukurca’da terörist eylemlerden dolayı meydana gelen zararları karşılamak amacıyla yürürlüğe girmişti.

¹⁰² Bahtiyar Akyılmaz, “Sosyal risk ve Uygulama Alanı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt IX, Sayı 1-2, Ankara, 2005, s. 187; Serdar Özgüldür, “İdarenin Hukuki Sorumluluğu”, op.cit, s. 851.

¹⁰³ Bahtiyar Akyılmaz, “Sosyal risk ve Uygulama Alanı”, op.cit, s. 187.

¹⁰⁴ Yaşar, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, op.cit, s. 215.

¹⁰⁵ Bahtiyar Akyılmaz, “Sosyal risk ve Uygulama Alanı”, op.cit, s. 187; Serdar Özgüldür, “İdarenin Hukuki Sorumluluğu”, op.cit, s. 851.

Doktrinde sosyal riskin yalnız toplumsal olaylarda değil münferit olaylarda da hatta mesleki riskten doğan zararlar da uygulanabileceği ileri sürülmektedir¹⁰⁶. Ancak sosyal riskin bu tür olaylarda uygulanması hem bu ilkenin halihazırda geniş olan çerçevesini daha da genişletme, hem de diğer ilkelerin alanını daraltma ya da içeriğini boşaltma riski taşımaktadır. Bu açıdan, kanunla sosyal riskin uygulanabileceği hallerin belirlenmesi uygun bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır.

B. İlkenin İlliyet Bağı İle İlişkisi/Problematığı

Gerek toplumsal olaylardan gerekse terör eylemlerinden doğan zararlar da idarenin fiili ile zarar arasında illiyet bağının yokluğu, sorumluluğun idareye atfedilmesi açısından sorun yaratmaktadır. Çünkü yukarıda bahsi geçtiği üzere, illiyet bağı hukuki sorumluluğun temel şartıdır. İlliyet bağı yoksa sorumluluktan bahsetmeye de imkan yoktur.

Kanuni düzenlemenin yokluğunda, idarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için idarenin kusurlu olduğunun ispat edilmesi gerekir. Hatta bu kusurun ağır kusur (*faute lourde*) olması gerekmektedir. Çünkü idarenin genel tedbirlerle görevini yerine getirmiş olması durumunda, üstüne düşeni yapmış olduğu varsayıldığından, sorumluluk için ağır kusur şartı aranmaktadır. Zaten bu yüzden Fransız hukukunda mağdurun her seferinde idarenin kusurlu olduğunu (ağır kusur) ispat etmek zorunda kalmaması için kanun koyucu idarenin kusursuz olarak bihakkın sorumluluğunu (*responsabilité de plein droit*) öngören bir mekanizma ortaya koymuştur¹⁰⁷. Danıştay 1980 yılında verdiği bir kararında, idarenin olaydan haberdar edilmemesine binaen genel önlemlerle tedbir almasını kusur olarak değerlendirmedeğinden idareyi zarardan sorumlu tutmamaktadır:

“Bir kamu hizmeti olan kolluk görevinin, zarar doğurması kuvvetle muhtemel olaylardan idare önceden haberdar edilmediği veya bu gibi eylemlerin olabileceğine ilişkin ortada ciddi belirtiler bulunmadığı sürece, genel nitelikteki önlemlerle yürütülmesi doğaldır.

¹⁰⁶ Yüksel Esin, “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler” III. Sempozyumu, Tartışmalar, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 249-250. (Nakleden-Ayşegül Çoban, “Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, op.cit, s. 332).

¹⁰⁷ Frier ve Petit, Précis de droit administratif, op.cit, s. 487.

Bu itibarla, olayın oluş biçimine göre, zararın davalı idarenin gerekli önlemleri almamasından meydana geldiği kabul edilmeyeceğinden, zararın idarenin olumlu ve olumsuz eyleminden doğduğu söylenemez. Olayda genel nitelikte önlemlerle yetinilmiş bulunması da idarenin tazminle yükümlü tutulmasını gerektirmez¹⁰⁸.

Danıştay 1948 tarihli bir başka kararında ise genel kolluk faaliyetinin makulün ötesinde az sayıda görevli ile yerine getirilmesini hizmet kusuru sayarak idareyi tazminata mahkum etmiştir:

“Halk kitesinin tecavüzüne iki polis memurunun mani olamayacağı bedihi iken gerek hadiseye mani olabilecek kuvvette, mahallinde bir zabıta ekibinin bulundurulmaması, gerekse, ihtiyaca göre takviye kuvvetleri hazır bulundurulmaması”ndan dolayı hizmet kusurunun varlığı tespit edilmiştir¹⁰⁹.

Buna rağmen, idarenin söz konusu zararı önleyememesinden dolayı ve kusursuz sorumluluk hallerinin olağan ölçüleri aşacak surette genişlemesi karşısında, kitlesel olaylarda meydana gelen zararlarda kusursuz sorumluluk esasının uygulanması yerine “kusur karinesi”nin (*présomption de faute*) uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹⁰. Ancak bu durumda bile sosyal risk ilkesine getirilebilecek sınırın kuşkulu olacağı, sorumluluğun esasının açıklanmasını güçleştirebileceği hatta karışıklıklara neden olabileceği yönünde eleştiriler yapılmaktadır¹¹¹. Keza söz konusu karinenin idarenin kusurlu olduğunu varsayan bir karine olduğu düşünülürse, bu durumda idare meydana gelen zararda herhangi bir kusurunun olmadığını ispat edebilirse sorumluktan kurtulacaktır. Azrak, bu türden bir sonucun toplumsal olaylarda doğan zararların kişilerin omuzlarına yükletilmesi anlamına geleceğini ve bu sonucun haksız ve adaletsiz olacağını ileri sürmektedir¹¹². Gözler de tam bu görüşe karşılık, toplumsal olaylar ve terör olaylarında meydana gelen zarar ile idarenin fiili arasında nedensellik bağı bulunma-

¹⁰⁸ Danıştay On İkinci Dairesi, 16 Ekim 1980 tarih ve 1979/515, K. 1980/3750 Sayılı EGO Genel Müdürlüğü v. İçişleri Bakanlığı Kararı, *Danıştay Dergisi*, Sayı 42-43, s. 330-332 (Nakleden-Gözler, *İdare Hukuku*, op.cit, s. 1220-1221).

¹⁰⁹ Danıştay 8. Dairesi, 5 Haziran 1961, Düvenci, Esas: 1960/5862 Karar: 1961/2149 (Nakleden- Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, op.cit, s. 45).

¹¹⁰ Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, op.cit, s. 40 vd.

¹¹¹ Azrak, “Toplumsal Muhatara”, op.cit, s. 138-139.

¹¹² *Ibid.*, s. 140.

dığından dolayı sorumluluğun idareye değil zararı gerçekleştirenlere ait olduğunu, bunların teşhis edilememesi durumunda da “*casum sentit dominis*” (beklenmedik hal maliki bağlar) ilkesi gereğince zarara mağdurun katlanması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹³.

Danıştay’ın sosyal olaylarda verdiği kararlarda istikrar bulunmamaktadır. Danıştay benzer nitelikteki olaylar için bazen idarenin kusur sorumluluğuna bazen kusursuz sorumluluğuna bazen de sorumlu olmadığına karar vermektedir¹¹⁴. Örneğin Sivas’ta yaşanan ve eylemciler tarafından Madımak Otelinin yakılması olayında ölenin kardeşleri tarafından açılan davada¹¹⁵, Kadıköy meydanında yapılan toplantı sırasında meydana gelen olaylarda davacı şirketin sigortaladığı işyerinin hasar görmesine ilişkin davada¹¹⁶, 1996 yılı 1 Mayıs kutlamaları sırasında meydana gelen olaylar sonucunda uğradığı zarar nedeniyle davacı idarenin açtığı davada¹¹⁷ Danıştay, kalabalığı dağıtmayan ve etkisiz hale getirmeye yönelik girişimlerde yetersiz kalan, önleyici kolluk tedbirlerini almayarak güvenliği sağlamayan idarenin kusurlu olarak sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Buna karşın, İstanbul Gazi olayları sırasında davacılar murisinin ölümü ile neticelenen olaylarda sosyal risk ilkesine dayanarak idareden tazminat edilemeyeceğine yönelik kararlar¹¹⁸ da bulunmaktadır.

Terör olayları bakımından ise Danıştay’ın 1990 yılı öncesindeki içtihadı ile 1990 yılı sonrası içtihadı arasında da tutarlık yoktur. Bu hususlar sosyal risk ilkesinin Danıştay kararlarındaki görünümü başlığı altında ele alınacaktır.

¹¹³ Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1216 ve 1222.

¹¹⁴ Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1215; Gözübüyük, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, op.cit, s. 194.

¹¹⁵ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E. 1195/8705 K. 1996/5757 T. 2.10.1996 (Nakleden-Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, op.cit, s. 29-30)

¹¹⁶ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E. 1999/3194, K. 2001/2174, T. 7.6.2001 (Nakleden-Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, op.cit, s. 29-30)

¹¹⁷ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E. 1999/1648, K. 2000/5119, T. 11.10.2000 (Nakleden-Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, op.cit, s. 38-39)

¹¹⁸ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E.1998/7463, K. 2001/1286, T. 11.04.2001 (Nakleden-Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, op.cit, s. 624-626)

IV. Danıştay Kararlarında Sosyal Risk İlkesinin Görünümleri

İdarenin üstlendiği hizmetlerin karışıklığı, özellikle sosyal olaylara ilişkin olarak idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararın karşılanmasında “öze” ilişkin koşulların sınırının kanunlarla çizilmemiş olması idari yargı yerlerine sorumluluğun tayini konusunda serbestçe hareket etme ve tazminata yol açan olguyu serbestçe değerlendirme imkanı vermektedir¹¹⁹. Aynı şekilde idarenin oluşan zarardan dolayı sorumluluğuna hükmedilirken, yargı makamının dayanacağı kaidelelerin saptanmamış olması içtihatlarda çeşitlilik ve karmaşıklığa yol açmakta, bu alanda istikrarın sağlanmasına olanak vermemektedir. Aslında, kaynakları arasında içtihadın temel bir yere sahip olduğu idare hukukunun ilkelerinin yargısal kararlarla oluşması tercih edilse de, yargının da bilhassa bu yetkisini hukuki sorumlulukta “netlik” sağlanacak şekilde kullanması yerinde olacaktır.

Danıştay sosyal risk ilkesinin yorumlanmasında, konuya ilişkin bir çok kararında benzer olaylar için farklı şekilde kararlar vermiştir. Bu hususta doktrin tarafından yanlış olarak nitelendirilen kararların çoğunda idarenin fiili ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığı halde, idarenin sorumluluğu yönünde karar verilmektedir.

Aşağıda incelenen Danıştay kararlarında ilk aşamada sosyal risk ilkesinin diğer ilkelerle karıştırılması meselesi ele alınacak (A), daha sonra sosyal risk sorumluluğunda illiyet bağının aranmadığı kararlar incelenecek (B) ve nihayet Danıştay uygulamasının içtihadı dönüşmesine (C) tanıklık edilmeye çalışılacaktır.

A. Hukuki Nitelendirmenin Yanlış Yapılması

Danıştay kararlarını verirken, bazen sosyal risk teşkil eden olayları kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre, bazen de mesleki risk ilkesine göre çözüme kavuşturmaktadır. Örneğin, 1968 yılında meydana gelen olay için sosyal risk ilkesini zikretmeden idarenin kusursuz olarak sorumluluğu yönünde karar vermektedir. Ancak Danıştay kararının yorumlanmasından çıkan anlama göre, uygulanan ilke kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesidir:

¹¹⁹ Gözübüyük, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, op.cit, s. 194.

“Gaziantep’te vuku bulan bir polis takibi ve ölüm olayı nedeniyle ölenin akraba ve köylülerinin 14.11.1968 tarihinde nümayişe başladıkları, Hükümet binasını taşa tuttukları ve bu taşlamalar sırasında otomobilinin hasara uğraması nedeniyle davacının, uğradığı zarar karşılığı olarak 5.000 liranın tazmini talebiyle davasını açtığı anlaşılmaktadır.

Olayların gelişmesinde idareye atfı kabil herhangi bir kusurun bulunup bulunmadığı, davanın niteliği bakımından haizi ehemmiyet görülmemiştir. Can ve mal güvenliğinin sağlanması devletin basta gelen görevlerinden olduğuna göre bu olaylarda hiçbir ilgisi bulunmayan davacının uğradığı zararın uhdesinde bırakılmayarak kamuya mal edilmesi ve bu nedenle de zararın idarece tazmini hakkaniyet ve nassafet kuralları gereğidir”¹²⁰.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, menfaatinden bütün toplumun yararlanacağı bir kamu hizmeti sırasında meydana gelen zararın zarardan etkilenen birey üstünde bırakılmayarak tüm topluma paylaştırılmasıdır¹²¹. Her ne kadar kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin genel bir kusursuz sorumluluk ilkesi olduğu ileri sürülse de esasında çerçevesi belirlenmiş, daha çok idarenin hukuka uygun işlerinden dolayı meydana gelen zararın karşılanmasına yönelik bir ilke olduğu söylenebilir. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulandığı tipik alan idarenin bayındırlık işleridir. Örneğin, köprü yapımı nedeniyle yol düzeyinden aşağıda kalan binanın sahibine, uğradığı zarar nedeniyle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince tazminat ödenmelidir¹²². Zira böyle bir durumda, kurulacak köprüden bütün toplum yararlanırken zarara sadece, binası yol düzeyinden aşağıda kalacak olan vatandaş katlanmaktadır. Bahsi geçen kararda ise bir protesto yani toplumsal olay söz konusudur. Dolayısıyla koşulları varsa sosyal risk ilkesine gidilmeli ve idarenin eylemi sonucu oluşan bir zarar söz konusu idarenin tazmin sorumluluğu doğmalıdır. Ancak, doğan zararın protestoyu gerçekleştirenler tarafından atılan taşların sonucu oluştuğu görüldüğünden, idarenin ağır kusuru mevcut değilse illiyet bağının yokluğundan dolayı idare sorumlu olmayacaktır¹²³.

¹²⁰ Danıştay 12. Dairesi Kararı, E. 1969/1746, K. 1971/2478, T. 6.11.1979 (Nakleden, Esin, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, op.cit, s. 163) .

¹²¹ Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1164.

¹²² Esin, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, op.cit, s. 294.

¹²³ Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1216.

Danıştay tarafından gerek kamu görevlileri gerekse sivil bireylerin uğradığı zararlar, sosyal risk kapsamında değerlendirilerek idarenden tazmin edilmektedir¹²⁴. Halbuki kolluk görevlisinin görevini yerine getirirken uğradığı zararın sosyal risk ilkesine göre değil, mesleki risk ilkesine göre tazminine karar verilmesi gerekir¹²⁵. Keza mesleki risk ilkesinde, sosyal risk ilkesinin aksine illiyet bağı da mevcuttur. Aşağıdaki kararda Danıştay yine mesleki risk ilkesi yerine kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini uygulamaktadır:

“Dava, davacılar murisinin 13.5.1989 tarihinde katıldığı bir operasyonda hayatını kaybetmesi nedeniyle desteğinden yoksun kaldığından bahisle uğranıldığı ileri sürülen ... lira maddi, ... lira manevi zararın olay tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılmıştır.

İdare mahkemesi, Emniyet amiri olan davacılar murisinin görev yaptığı sırada vurularak öldürülmesi sonucu meydana gelen zararın sosyal hasar ilkesi gereği kusursuz fertler üzerinde bırakılmayıp kamuya pay edilmesinin hakkaniyet ve nasafet gereği olduğu, davacılarla ... lira tazminat manevi tazminat ödenmesine, hükmedilen maddi tazminata idareye başvuru tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına karar vermiştir.

... anılan kararın onanmasına 14.5.1998 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”¹²⁶.

Danıştay sosyal risk ilkesini geçici köy kurucularının görev sırasında uğradıkları zararlarda da uygulamaktadır. 1994 yılında meydana gelen olayda, aralarında geçici köy kurucusu olarak görev yapan davacılar murisi D.A.’nın da bulunduğu bir grup köy kurucusunun yolları örgüt mensuplarınca kesilmiş, geçici köy kurucusu olan muris örgüt tarafından kaçırılarak kurşuna dizilmiştir¹²⁷. Halbuki geçici köy kurucuları da yürüttükleri kolluk faaliyeti itibariyle idarenin birer memurudurlar, kendilerine sosyal risk ilkesinin değil mesleki risk il-

¹²⁴ Yaşar, “İdarenin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, op.cit, s. 217.

¹²⁵ Çağlayan, İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, op.cit, s. 319.

¹²⁶ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E. 1996/10080, K. 1998/2027 T. 14.5.1998 (Nakleden-Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, op.cit, s. 580-581) .

¹²⁷ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 12.4.1999, 6324/1404(Nakleden, Atay et al., İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, op.cit, s. 521) .

kesinin uygulanması gerekir. Çünkü, katlandıkları risk doğrudan icra ettikleri kamu hizmeti nedeniyle meydana gelmektedir.

Danıştay başka bir kararında, bir güvenlik barikatında durduruldukları esnada güvenlik görevlilerine teröristlerce ateş açılması ve bu ateşe güvenlik güçlerinin karşılık vermesi üzerine iki ateş arasında kalan otomobile mermilerin isabet etmesi ve davacılar murisinin bu olay nedeniyle ölmesi üzerine uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın sosyal risk ilkesi gereği tazmini gerektiğine karar vermiştir. Danıştay klasik gerekçelendirmesini (*bkz. infra s. 27*) yaptıktan sonra şu şekilde devam etmektedir:

“...Davacıların murisinin de içinde bulunduğu üç kişinin gece bir eğlence yerinde dönmekte oldukları sırada alkollü olmalarının etkisiyle güvenlik görevlilerinin uyarılarına uymayarak yola devam ettikleri, ancak daha ilerideki bir güvenlik barikatında durduruldukları esnada güvenlik güçlerine teröristlerce ateş açılması ve bu ateşe güvenlik güçlerinin karşılık vermesi üzerine iki ateş arasında kalan otomobile mermilerin isabet ettiği ve davacıların murisinin bu olay nedeniyle öldüğü dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Bu durumda, devletin ve ülkenin bütünlüğüne yönelik yaygın terörist faaliyetlerin bir sonucu olarak terör eylemleriyle ilgisi olmayan davacıların murisinin ölümünden dolayı meydana gelen maddi ve manevi zararların sosyal risk ilkesi gereğince tazmini gerekmektedir.”¹²⁸

Danıştay bir başka kararında, yine davacıların murisinin güvenlik güçleri ile teröristler arasında çıkan çatışmada arada kalarak ölmesi, eşinin yaralanması ve hayvanlarının ölmesi ile evinin zarar görmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini konusunda sosyal risk ilkesine başvurmuştur¹²⁹.

Danıştay bu kararlarda yanlış hukuki nitelendirmede bulunmaktadır. Silahların kullanıldığı bir operasyonda tehlike ve risk doğrudan meydana gelen olayın içerisindedir. Danıştay’ın bu kararda idarenin tehlikeli faaliyetlerine uygulanan risk ilkesini benimseyerek idarenin

¹²⁸ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E. 1995/508 K. 1996/5984 T. 15.10.1996 (Nakleden-Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, op.cit, s. 596-598).

¹²⁹ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 03.12.2001, 855/4236 (Nakleden-Atay et al., İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, op.cit, s. 514-515).

kusursuz sorumluluğuna gitmesi gerekirken, yanlış değerlendirme yaparak sosyal risk ilkesini uygulamaktadır. Çünkü kolluk personelinin taraf olduğu bir silahlı çatışmada karşı tarafın açtığı ateş sonucunda operasyonla ilgisi olmayan bir kişinin zarara uğraması durumunda bu kişinin zararının devlet tarafından (doğrudan risk ilkesine göre) tazmin edilmesi gerekir¹³⁰. Nitekim, Fransız Danıştay'ı kaçan bir aracı takip ederken polis tarafından açılan ateş sonucu bir kafe sahibinin yaralanmasını¹³¹, Fransız Yargıtay'ı da 1986 yılında verdiği *Pourcel* kararında, polis operasyonu sırasında polisten kaçan kişinin açtığı ateş sonucunda üçüncü bir kişinin ölmesini, risk sorumluluğu ile temellendirerek idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir¹³².

Konumuzun dışında da olsa, belirtmek gerekir ki, AYİM de Danıştay gibi hukuki nitelendirmede yanlışlık yaparak asker kişilerin hizmetin icrası sırasında uğradığı zararı kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayandırarak tazmin yoluna gitmektedir:

“Son yıllarda Güneydoğu ve Doğu Anadolu’da yoğunlaşan terör eylemleri sebebiyle Anayasanın 120’nci maddesine göre bazı illeri kapsayan olağanüstü hal ilan edilmiş, bu olağanüstü hal uygulaması sırasında çok sayıda güvenlik görevlileri ve asker kişi şehit olmuştur. Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı gibi, mücbir sebep olarak da nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede olmayıp, ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda kaldığı bir kamu külfeti olarak değerlendirilmeyip, özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idare tarafından tazmini gereken bir zarar olarak kabul edilmiştir.”¹³³

¹³⁰ Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1175-1176.

¹³¹ Conseil d’Etat, 24 Haziran 1949, Lecompte et Franquette et Daramy, JCP 1949 No. 5092 (Nakleden, Chapus, Droit administratif général, op.cit, 1339).

¹³² Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1176; Chapus, Droit administratif général, op.cit, 1339.

¹³³ AYİM2D, 22.06.2001, E 00/417, K 01/570, AYİMD, sy. 17, s. 1178-1180; AYİM2D, 22.06.2001, E 01/45, K 01/568, AYİMD, sy. 16, s. 664-666 (Nakleden-Akyılmaz, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, op.cit, s. 196).

Halbuki bu tür durumlarda uygulanması gereken kusursuz sorumluluk hali idarenin tehlikeli faaliyetlerinde anlamını bulan mesleki risk ilkesidir. Bu bakımdan askeri bir mahkemenin mesleki risk gibi yürütülen hizmetteki tehlikeye özgü bir ilkeyi kullanmak yerine askerlik hizmetinin mahiyetine nispeten sivil bir kavram olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine başvurması ilginçtir. Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi idari hizmeti yürüten kamu görevlilerine değil, idarenin faaliyetlerinden dolayı zarar gören üçüncü kişilere uygulanmalıdır.

B. Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağının Aranmaması

Danıştay'ın en çok eleştiriye uğrayan kararları, illiyet bağı olmaksızın idareyi oluşturan zarardan sorumlu tuttuğu terör faaliyetleridir. Danıştay'ın bu içtihadı özellikle 1990'lı yıllardan itibaren uyguladığı görülmektedir. 1990 yılından önce verilen kararlarda genelde idarenin kusurlu olup olmadığı yönünde araştırma yapılmakta ve kusurun yokluğu durumunda sorumsuzluğa hükmetmektedir. Örneğin, 1977 yılında TÖS-DER Anamur şubesine kimliği belirsiz kişilerce silahlı saldırıda bulunulması olayında idarenin ihbar veya başka bir şekilde durumdan haberdar edilmemek suretiyle bilgisi dışında meydana gelen olaylardan sorumlu tutulamayacağı ve bu eylemlerin olabileceğine ilişkin ciddi emareler bulunmadığı sürece genel nitelikteki önlemlerle yetinileceği gerekçesiyle tazminat talepleri reddedilmiştir¹³⁴. Buna karşın 1990 yılı sonrası içtihadı illiyet bağının yokluğuna rağmen artık aşağıdaki şekilde seyretmektedir:

“Dava, davacıların Siirt ili ilk öğretim müfettişi olan, görevli olarak gittiği ilçeden Siirt'e dönerken teröristlerce kaçırılıp öldürülen murislerinin desteğinden yoksun kaldıkları iddiasıyla ... açılmıştır.

..İdarenin hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta; idare, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin

¹³⁴ Danıştay 12. Dairesinin Kararı, E. 77/3205, K. 79/2742, T. 21.6.1979 (Nakleden-Serdar Özgüldür, Askeri Yüksek İdaresi Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996 s.94'den Nakleden-Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1223).

doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir. Kolektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir.

Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terörist olaylar denilen eylemlerin devlete yönelik olduğu, Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir.

Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terörist eylemlere herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmektedirler. Kısaca zararın nedeni toplumun bireyi olmaktır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terörist olaylar sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir”¹³⁵.

Başka bir kararında Danıştay, terör faaliyetleri nedeniyle köyüne gidemeyen vatandaşın uğradığı zararı sosyal risk ilkesine göre ve nedensellik bağı aranmadan karar bağlamaktadır:

“...davacının terör olayları nedeniyle terk etmek zorunda kaldığı ve bölgede güvenliğin sağlanamamasından dolayı 1993 yılından itibaren giremediği Ağrı ili, ... İlçesi, ... Köyü, ... mezarındaki malvarlığından; tasarruf edememesi nedeniyle yararlanamaması ve malvarlığının kısmen harap olması sonucu uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılmıştır.

...

¹³⁵ Danıştay 10. Dairesi Kararı, E. 1994/6404, K. 1995/6411, T. 11.12.1995 (Nakleden-Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, op.cit, s. 612-613).

Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terör eylemlerine herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ver eylemleri sonucu değil toplum içinde ortaya çıkan bu olaylardan zarar görmektedirler. Başka bir deyişle toplumun birer parçası olmak sıfatıyla zarar gören kişilerin belirtilen şekilde ortaya çıkan zararlarının özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp *nedensellik bağı aranmadan* terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir..."¹³⁶.

Danıştay'ın benzer olaylarda illiyet bağı aranmadan idareyi doğan zarardan sorumlu tuttuğu bir çok kararı vardır, biz burada sadece bir kaç kısa örneği vermekle yetiniyoruz:

- Ankara ili Mamak ilçesinde terörist eylem sonucu sakat kalan davacının açtığı davada zararın sosyal risk ilkesine göre idare tarafından tazmini gerektiği¹³⁷,
- Davacıların çocukları ve kardeşleri olan kişinin terör örgütüne öldürülmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini gerektiği¹³⁸,
- Davacılar ait oto yedek parçaları ve ziraat aletleri satışı yapılan dükkanın yasadışı terör örgütü tarafından yakılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi zararın sosyal risk ilkesi gereği tazmin edilmesi gerektiği¹³⁹,
- Teröristler tarafından yapılan saldırıda köy tüzel kişiliğine ait okul, okul lojmanı, cami, köy odası, imam evi, muhtarlık odası, mahal-

¹³⁶ Danıştay 10. Dairesi Kararı, 11.10.2000; E.1999/2162, K.2000/5120(Nakleden-Yaman, İdari Yargı Dava Rehberi, op.cit, s. 727-728); Aynı yönde Davacının terör nedeniyle köyünü terk ederek güvenliği sağlanamamasından dolayı köye dönmemesi sonucunda uğradığı zararın sosyal risk ilkesi gereğince tazmini gerektiği hakkında: Danıştay 10. Dairesi kararı E. 2000/4997 K. 2001/4435 T. 5.12.2001 (Nakleden- Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları,, s. 565-567).

¹³⁷ Danıştay İDDGK, E. 2003/57, K. 2005/237 (Nakleden-Yaman, İdari Yargı Dava Rehberi, op.cit, s. 715-716).

¹³⁸ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E. 1996/9032, K. 1998/1366, T. 1.4.1998 (Nakleden-Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, op.cit, s. 590-591).

¹³⁹ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E. 1995/7425, K. 1996/8105, T. 9.12.1996 (Nakleden-Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, op.cit, s. 598-599).

le odası ile çeşmelerin yakılıp yıkılması nedeniyle uğranıldığı öne sürülen maddi zararın sosyal risk ilkesi gereği tazmini gerektiği¹⁴⁰,

Gözümüze çarpan başka bir davada idare mahkemesinin davacının sübjektif mali durumunu göz önüne alarak verdiği karar ise hukuki muhakeme tarzından bütünüyle yoksundur. Söz konusu davada örgüt tarafından bir köye saldırıda bulunulmuş, saldırıdan sonra köydeki hayvanlar dağılmış örgüt üyeleri tarafından davacının 12 adet koyunu çalınmıştır. Danıştay kararı şu gerekçeyle bozmuştur:

“Bir zararın; hizmet kusuru, kusursuz sorumluluk veya sosyal risk ilkeleri uyarınca tazmin edilebilmesi için; kişisel ve olağandışı nitelikte olması gerek ve yeter koşuldur. Bu bağlamda tazmin edilecek maddi zarar, mal varlığındaki, eksilme veya çoğalma olanağından yoksunluktur.

Sonuçta, davacının sosyal risk ilkesi uyarınca *tazmini gereken maddi zararının yaşamını sürdürmesini engelleyecek veya hayatını tümünden değiştirecek niteliğinde bulunmadığı* gerekçesiyle davayı reddeden mahkeme kararı, hukuki dayanaktan yoksun ve açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır.”¹⁴¹

İdare mahkemesinin görüşüne bakılırsa bir zararın meydana gelebilmesi için zarara uğrayanın mali durumunu tümünden sarsması hayatını artık idame ettirememesi gerekir. Buna karşın, tazminata karar verilirken eğer sorumluluk şartları mevcutsa önemli olan kişinin uğradığı sübjektif zararın derecesi değil, zararın oluşup oluşmadığıdır. Kişinin malvarlığında kendi kusuru dışında zarar meydana gelmişse ve zarar sorumlu görülen kişiye atfedilebiliyorsa bu zarar karşılanmalıdır. Zarara uğrayanın mali durumunun önemi yoktur.

C. Sosyal Riske İlişkin Kararların İçtihadı Dönüşmesi

Danıştay zamanla illiyet bağının yokluğunu sorumluluk hukukunun bir istisnası olarak kabul ettikten sonra bu içtihadını sonraki

¹⁴⁰ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E. 1996/7485, K. 1998/158, T. 9.12.1996 (Nakleden-Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, op.cit, s. 587-588).

¹⁴¹ Danıştay 10. Dairesinin Kararı, E. 1996/9677, K. 1998/4696, T. 1.10.1998 (Nakleden-Bal et al., Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, op.cit, s. 577-578).

kararlarında pekiştirmiş ve illiyet bağının varlığı halinde sosyal risk ilkesine dayanılarak zararın tazmin edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır:

“Kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idarece tazmini; Anayasanın 125. maddesi gereği ve TC’nin “Sosyal Hukuk Devleti” niteliğinin doğal bir sonucudur. İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, “hizmet kusuru” veya “kusursuz sorumluluk” ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Öte yandan, *nedensellik bağı idarenin tazmin sorumluluğunun mutlak koşulu da değildir*. İdarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da, *nedensellik bağı aranmadan* “sosyal risk” ilkesi gereğince tazmini gerekmektedir.”¹⁴²

Bir başka kararında Danıştay, illiyet bağı varsa sosyal risk uygulanmaz diyerek, içtihadını devam ettirmektedir:

“...sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal riskin gerçekleşmesi sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağan dışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır.

Belirtilen niteliğine göre sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumu ilgilendirmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerekmektedir. *Zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından*, idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

¹⁴² Danıştay 10. Dairesi Kararı, E. 1996/2383, K. 1997/41636 T. 6.11.1997 (Nakleden-Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 683).

Olayda zararın güvenlik kuvvetlerince mevzi güvenliği amacıyla döşenen mayına basılması sonucu davacıların çocuğunun sakat kalması nedeniyle meydana geldiği, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında olduğu, *zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı bulunduğu açık olduğundan, açılan tam yargı davasında sosyal risk ilkesine dayanılarak hüküm kurulmasına olanak bulunmamaktadır. ... davacının uğradığı özel ve olağan dışı zararın kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazmini gerekmektedir*¹⁴³.

Danıştay'ın içtihatlarından çıkan sonuca göre, kusurlu sorumluluğun istisnası kusursuz sorumluluk, kusursuz sorumluluğun istisnası da illiyet bağının aranmadığı sosyal ilkesi olmaktadır. Ancak Danıştay'ın getirdiği kurallar hukuk ilkelerinin yorumlanmasına dair genel ilkelerle çelişmektedir. Yukarıda bahsi geçtiği üzere, kusursuz sorumluluk zaten kusurlu sorumluluğun istisnası niteliğindedir. Bir olayda kusurlu sorumluluk ilkesine başvurulabiliyorsa, kusursuz sorumlulukta karar vermeye gerek yoktur. Danıştay yeni içtihadıyla istisnanın istisnası niteliğinde sorumluluk yöntemleri getirmektedir. Aslında hukuk kurallarının yorum yöntemlerine göre, istisnanın istisnası olan kuralın bizi asıl kurala götürmesi gerekir. Zira istisnanın istisnası genel kurala denktir¹⁴⁴. 'Eğer illiyet bağının aranmadığı sosyal risk ilkesi kusursuz sorumluluğun bir istisnası ise esasında bu ilke bu durumda bir kusurlu sorumluluk ilkesidir', şeklinde çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde yeni bir içtihat, yeni bir sorumluluk ilkesi ve hatta bütünüyle *sui generis* bir sorumluluk ve tazminat hukuku ortaya çıkmaktadır.

V. Danıştay'ın Sosyal Risk İçtihadı Karşısında Doktrinin Tavrı

Danıştay'ın illiyet bağını aramadan sosyal risk ilkesini toplumsal olaylar ve terör eylemlerine uygulayışı, doktrinde kamplaşmalara yol açmış, bazı hukukçular Danıştay'ın görüşünü büyük bir özveriyle kabul edip benimsemiş ya da kabullenici bir tavır sergilemiş (A), bazı hukukçular karşı durmuş ve Danıştay kararlarını keskin bir biçim-

¹⁴³ Danıştay 10. Dairesi, E. 2001/4795, K. 2003/696 T. 25.02.2003, Danıştay Kararları Dergisi, Y. 1, Sayı 1, s. 431 (Nakleden-Murat Yaman, İdari Yargı Dava Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009 s. 723-724; Candan, Açıklamalı İdari Yargı Usulü Kanunu, op.cit., s. 183 (323 no'lu dipnot)).

¹⁴⁴ Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", In Ozan Ergül, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2013, s. 65.

de eleştirmiş (B), bazı hukukçular da Danıştay'ın görüşünün yetersiz olduğunu sosyal riskin daha geniş yorumlanarak uygulanması tavsiyesinde bulunmuşlardır (C). Dolayısıyla, Danıştay kararlarında söz konusu ilkenin “bilimsel ve yargısal içtihatlarla” kabul edilmiş olduğunu ileri sürse de, esasında bu değerlendirmenin en azından *bilimsel* kısmı eksiktir.

A. Danıştay İctihadına Katılanlar

Anayasanın 125. maddesinde ifadesini bulan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararları karşılaması gerektiği yönündeki hükmü, Azrak tarafından, idarenin hem kişisel davranışlardan hem de üçüncü kişilerin davranışlarından meydana gelen zararları karşılamak zorunda kalabileceği şeklinde yorumlanmıştır.¹⁴⁵ Azrak, illiyet bağının varlığı ya da yokluğu sorununa değinmemekte, idarenin kusurlu davranışının aranmasının gereksiz olduğunu düşünmekte ve Danıştay'ın, sadece toplumun bir parçası olmaları nedeniyle zarara uğrayan bireylerin zararlarının idare tarafından karşılanması yönündeki kararlarını yerinde görerek söz konusu içtihadın cesaretle devam ettirilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmektedir¹⁴⁶.

Onar'ın sosyal risk sorumluluğunu onaylayan görüşü, Danıştay'ın kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinden etkilenen kararlarının yansımaları taşımaktadır. Onar, illiyet bağı mevcut olmamasına rağmen zarar *ictimai bir faydanın, ammenin, cemiyetin menfaatinin korunması neticesinde husule geldiği* için, zararın yine cemiyet tarafından ödenmesini hukuka aykırı bulmamaktadır¹⁴⁷. Onar, kendi yorumunu bir yandan Fransa'da devletin sorumluluğunu öngören kanunlara dayandırmakta bir yandan da İslam hukukunda geçerli *kassame* uygulamasının bu türden bir yoruma cevaz verdiğini düşünmektedir. *Kassame*, belli bir yerde bir kimsenin zarara uğraması ve zararın failin bulunamaması durumunda, oluşan zararın o yerde yaşayan halk arasında taksim edilmesi ve her bireyin oransal olarak zarara katlanmasıdır¹⁴⁸. Dolayısıyla da Danıştay'ın kararlarında ileri sürdüğü kolektif sorumluluk anlayışını kabul etmektedir.

¹⁴⁵ Azrak, “Toplumsal Muhatara”, op.cit, s. 135.

¹⁴⁶ Ibid, s. 141 ve 145.

¹⁴⁷ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op.cit, s. 1744.

¹⁴⁸ Ibid., s. 1745; Esin, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, op.cit, s. 156.

Esin, sosyal hasar (risk) kuramı saklı kalmak kaydıyla, zararlar idarenin eylemi arasında nedensellik bağının bulunmaması durumunda, kural olarak idarenin tazmin sorumluluğu ortadan kalkar, demektedir¹⁴⁹. Dolayısıyla ilk etapta genel bir hukuk kaidesi olarak, fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır demek ise de sosyal risk ilkesi bakımından istisna koymakta ve içtihatlarla getirilen söz konusu istisnayı kabul etmektedir. Esin'e göre bu olaylar sonucunda oluşan zarar hizmete ve idare tüzel kişiliğine yabancı unsurlardan kaynaklansa da sorumlu merciin belirlenmesi bakımından bu husus pek de önem taşımamaktadır¹⁵⁰.

Gözübüyük'ün de Danıştay kararlarını onaylayıcı bir dil kullandığı görülmektedir. Bu tür eylemler basit birer zabita olayı olarak görülemeyeceğinden, bunların toplumsal risk olayı olarak değerlendirilerek zararın toplumca karşılanması yoluna gidilmesi gerekir¹⁵¹. Gözübüyük'e göre, anarşi ve terör olayları sonucu oluşan zararın devletçe giderilmesi hem kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin hem de sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir¹⁵².

Yayla ise, öncelikle *terör eylemi ile idari faaliyet arasında bir nedensellik bağının olmadığına* dikkat çekmekte, ama ortada her halükarda bir zarar söz konusu olduğu için hukukun bu durumu görmezden gelemediğine işaret etmektedir¹⁵³. Ancak sosyal risk esasının hem mağduru hem idareyi koruyan bir ilke olmasından hareketle, kararlarda varılan sonucun 'hakkaniyet'e uygun olduğunu düşünmektedir¹⁵⁴.

Kendisi yargıç olan ama akademik araştırmalarda da bulunan Tek ise, Danıştay'ın görüşlerini onaylar mahiyette, sosyal risk sorumluluğunun uygulama alanı bulduğu durumlarda, zararın muhatabı olanların hiçbir şekilde dahil olmadıkları mücadeleler ve hesaplaşmaların mağduru olduklarından bahisle anarşi ve terör olaylarından dolayı zarara uğrayanların zararlarının devlet tarafından karşılanması gerekti-

¹⁴⁹ Esin, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, op.cit, s. 155,213 ve 246.

¹⁵⁰ Ibid., s. 156.

¹⁵¹ Şeref Gözübüyük, "Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu", op.cit, s. 196.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Aslında terör eylemi ile idarenin faaliyeti arasında nedensellik bağı aramaya gerek yoktur. Önemli olan zarar ile idarenin faaliyeti arasında nedensellik bağı olup olmadığıdır. Yayla, büyük ihtimalle burada bir değerlendirme ve nitelendirme hatası yapmaktadır. Yayla, İdare Hukuku, op.cit, s. 369.

¹⁵⁴ Ibid.

ği görüşündedir¹⁵⁵. Zira böyle durumlarda mağdurun tek suçu beraber yaşadığı toplumun bir ferdi olmaktır. Kişilerin kendilerinin meydan vermediği, yol açmadığı ve iki taraf arasındaki çatışmadan dolayı uğradıkları zararın da onların üstlerinde bırakılması hakkaniyete uygun düşmeyecektir¹⁵⁶.

B. Danıştay İçtihadına Karşı Olanlar

Danıştay'ın illiyet bağı aramadan sosyal risk ilkesini uygulayarak idareyi oluşturan zarardan sorumlu tuttuğu kararları en sert biçimde eleştiren doktrin üyesi Gözler'dir. Gözler, ayrıntılı bir biçimde Danıştay'ın görüşünü gerekçelendirmek için ileri sürdüğü argümanların hepsinin yanlış olduğunu ileri sürmekte ve karşıt görüşünün nedenlerini de aynı detaylı yaklaşımla açıklamaktadır¹⁵⁷. Bu açıdan, Danıştay kararlarında yer alan "önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği" tümcesinin kusur sorumluluğunu çağrıştırdığını ve Danıştay'ın kusurun olduğu yönünde görüş bildirip kusursuz sorumluluğa hükmetme çelişkisini gösterdiğini ileri sürmektedir¹⁵⁸. Ayrıca, İlliyet bağı hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumlulukta aranır, ve bu durumun Danıştay kararlarındakinin aksine istisnası yoktur. Kimse kendisinin değil de bir başkasının yol açtığı zarardan sorumlu tutulamaz¹⁵⁹. Eğer gerçek sorumlu tespit edilemiyorsa *casum sentit dominis* ilkesi gereğince zarara uğrayan zarara kendisi katlanmalıdır¹⁶⁰.

Gözler, aynı şekilde kassame gibi kolektif sorumluluk anlayışına dayandırılan görüşleri de, bu yönde bir uygulamanın ilkel olacağından bahisle reddetmektedir¹⁶¹. Keza Danıştay kararlarında geçtiği üzere illiyet bağı şartına "hakkaniyet" in sağlanması amacıyla istisna getirilemez. Bu durumda şöyle bir soru yöneltmektedir; terör kurbanlarının zararlarının karşılanması hakkaniyet düşüncesine uygun ise adi cinayet kurbanlarının uğradığı zararlar neden hakkaniyet düşüncesiyle

¹⁵⁵ Savaş Tek, "İdare Hukukunda İdarenin Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 1, Ankara, 2010, s. 328.

¹⁵⁶ *Ibid.*, s. 330.

¹⁵⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, op.cit, s. 1231-1235.

¹⁵⁸ *Ibid.*, s. 1232.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.*, s. 1216 ve 1222.

¹⁶¹ *Ibid.*, s. 1233.

devlet tarafından karşılanmamaktadır?¹⁶². Gözler, bu yolla Danıştay'ın düşüncesinin, sorumluluğun sınırlarının tayini konusunda belirsizliğe yol açtığını ve böyle bir değerlendirmenin esasında hukukilik değil yerindelik meselesi ile ilgili olduğunu ileri sürmektedir¹⁶³. Yargıçların da yerindelik denetiminden uzak durması gerekmektedir. Eğer nedensellik bağı aranmadan toplumsal olaylar ve terör eylemlerinden doğan zararların karşılanması isteniyorsa bunun Fransız hukukunda olduğu gibi kanunla düzenlenmesi gerektiği tavsiyesinde bulunmaktadır¹⁶⁴.

Akılmaz, Danıştay'ın benimsediği içtihadın Anayasaya aykırı olduğu görüşündendir. Çünkü Anayasanın 125. maddesinin lafzından çıkan sonuca göre idare başkalarının değil kendi eylem ve işlemlerinin sonucunda doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Bu yüzden Gözler gibi şöyle bir soru yönelmektedir: Zarara neden olan eylem ya da işlem, idarenin eylem ya da işlemi değilse neden idare sorumludur?¹⁶⁵.

Yenice de, toplumsal hareket sonucu doğan zararlarda kusursuz sorumluluk halinde dahi nedensellik bağının aranması gerektiğini, Danıştay'ın benimsediği yöntemin kusur karinesini çağrıştırdığını, bu türden bir sorumluluğun kabul edilebilmesi için Fransa ve Almanya'da olduğu gibi meselenin yasal düzenlemelerle çözülmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁶⁶.

Günday ise Gözler ve Yenice'den farklı gerekçelerle Danıştay içtihatlarına karşı çıkmaktadır. Günday, sosyal risk ilkesinin salt bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak nitelendirilmesinin yerinde olmadığı görüşündedir¹⁶⁷. Çünkü sosyal riske bağlı olarak idarenin sorumlu tutulduğu kararlarda belirtildiği üzere, terör olaylarının önlenmesi ve terörsüz bir toplum düzeninin sağlanması idarenin en başta gelen görevlerinden biridir. Eğer idare herhangi bir sebepten dolayı güvenliği sağlama görevini gerektiği gibi yerine getiremiyor ve terörü önleyemediğinden dolayı bireyler zarara uğruyorsa, bu durumun hizmetin gereği gibi işlememesi ya da kötü işlemesi şeklinde bir hizmet kusuru teşkil

¹⁶² Ibid., s. 1234.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ibid., s. 1239.

¹⁶⁵ Akılmaz, Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", op.cit, s. 188.

¹⁶⁶ Kazım Yenice, "Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler", Tartışmalar, s. 256-257 (Nakleden-Serdar Özgüldür, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu", op.cit, s. 830).

¹⁶⁷ Günday, İdare Hukuku, op.cit, s. 381.

ettiği ortadadır¹⁶⁸. Günday'a göre, "yargı içtihatlarında uygulandığı biçimiyle bu ilke, adeta idarenin terör olayları karşısındaki aczine dayandırılmakta ve idareyi terörü önleyemediği halde kusura dayalı sorumluluktan soyutlamayı ve aklamayı hedeflemektedir"¹⁶⁹. Dolayısıyla, idareye yönelik negatif bir intibahın uyandırılmaması adına sosyal risk ilkesi benimsenmektedir. Gerçekten de kusursuz sorumluluğun nötr bir sorumluluk türü olmasına binaen idarenin tazminat ödemeye mahkum olması, onun kınanması veya ayıplanmasına yol açmaz¹⁷⁰. Duran da, kusur kavramının (kusur sorumluluğunun), kamusal organ ve ajanların tutum ve davranışlarındaki hata ve noksanları ifade eden bir veçhete sahip olmasından dolayı moral bir renk taşıdığını ve dolayısıyla idarenin suçlandırılmasını ve müeyyidelendirilmesini içerdiğini savunmaktadır¹⁷¹.

C. Danıştay İctihadını Yetersiz Bulanlar

Danıştay'ın içtihadı öğretinin bir kısmı tarafından sadece eksik bulunmuştur. Bu görüşü savunanlara göre, Danıştay'ın kararı doğrudur ama kapsamının genişletilmesi gerekir.

Atay, çağın gelişimi ve toplumsal olayların türlerinin çoğalması olgusu karşısında sosyal risk ilkesinin alan genişleterek faili meçhul ve münferit nitelikli anarşi olayları ile siyasal saldırı sonucu doğan zararlara da uygulanması gerektiği görüşündedir¹⁷². Bu açıdan, Danıştay'ın görüşünü uygun bulmakla beraber çerçevesinin genişletilmesi yönünde tavsiyede bulunmaktadır. Atay ayrıca, idarenin sorumluluğuna başvurmada idarenin kusurunun araştırılmasının yerinde olmadığını aksi ispat edilebilen bir kusur karinesinin de uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁷³.

Yaşar, yukarıda geçen Danıştay kararlarındaki gerekçelendirmeye ithafen, yüksek mahkemenin sosyal hasar kavramını anlamadığını gösteren bir yaklaşım sergilediğini hatta dönemin politik ortamından etkilenmiş olabileceğini ileri sürmektedir¹⁷⁴. Ancak Yaşar, Danıştay'ın

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1166.

¹⁷¹ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, op.cit, s. 47.

¹⁷² Atay et al., İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, op.cit, s. 108.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Yaşar, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", op.cit, s. 218.

kararlarının yanlış olmaktan ziyade kapsamının yeterince geniş tutulmadığını düşünmektedir: *kavramlar ele alındıkları dönemin anlayışı, bilgi birikimi ve hatta onu ele alanın yaratıcı zekâsına bağlı olarak ilk anlamıyla bağı kopmadan içerik itibarıyla yenilenebilir ve geliştirilebilirler*¹⁷⁵. Risk kavramının sosyalleşmesi artık sadece asayiş olaylarını değil, bulaşıcı hastalıklar, bunların tedavisinde ortaya çıkan büyük yanlışlıklar, depresyonların ortaya koyduğu yapı sorunları, hastalıklı kan verilmesi, çevre sorunlarının genel zararlı etkisi vs. gibi birçok konunun sosyal risk kavramı içinde ele alınmasını gerektirmektedir¹⁷⁶. Dolayısıyla, bunun bir ihtiyaç olduğunu ve bu ihtiyaca kavramların geleneksel anlamlarıyla karşılık verilmekte yetersiz kalınacağını düşünmektedir. Keza idarenin denetim eksikliği ya da hareketsizliği idari eylem niteliği taşımasına rağmen, Danıştay bu tür olaylarda kusur derecesini açıklığa kavuşturabilecek kararlar vermemekte ya da verememekte sonuç olarak eylemin ağırlaştırıcı kusur olup olmadığı hususu netleşmemektedir¹⁷⁷. Genel olarak olarak Yaşar da Atay gibi, sosyal risk ilkesinin alanının daha fazla genişletilerek uygulanmasını savunmaktadır.

SONUÇ

Yukarıda incelendiği ve açıklandığı üzere, Danıştay toplumsal olay mahiyetini taşıyan benzer durumlar için bazen illiyet bağının varlığını arayarak idarenin kusurlu ya da kusursuz sorumluluğuna başvurmakta, bazen de illiyet bağının olmamasını temel alarak sosyal risk sorumluluğunu uygulamaktadır. Danıştay'ın benzer davalarda çelişkili ve faklı kararlar vermesi bu yönüyle hukuki güvenlik ilkesini de zedeler niteliktedir. Danıştay'ın sosyal riskte illiyet bağını aramasının arkasındaki nedenler ise şu şekilde sıralanabilir.

Danıştay kusur karinesinin uyguluyor gibi görünse de açıkça kusurun varlığına dayanarak karar vermemektedir. Çünkü böyle bir durumda hem idareye kusurun yokluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma şansı tanımış olmakta, hem de kusur varsa kusurun derecesinin ölçülmesi gibi zahmetli ve hatta sübjektif bir yola girmek zorunda kalmaktadır. Sosyal risk ilkesini uygulayarak hem idareyi ispat külfetinden hem de kendisini kusuru ölçme zahmetinden kurtarmaktadır. Gerçek-

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Ibid., s. 215.

ten de, sosyal risk uygulamasının kusursuz sorumluluk alanında vücut bulmasının temel nedeni idarenin sorumluluğunun hizmet kusuruna dayandırılması halinde ortaya çıkacak olan ispat meselesidir¹⁷⁸.

Sosyal risk ilkesini bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak uygulayarak, hem karara hem de idarenin sorumluluğuna nötr, objektif bir içerik kazandırmaktadır. Bu şekilde idareyi kınanmaktan, ayıplanmaktan ve hatta zalim olarak nitelendirilmekten kurtarmış olmaktadır. İlke, bireyi mali açıdan koruyan bir veçheye sahip olduğundan idareyi sorumlu ve bireye değer veren bir görünüme kavuşturmuştur. Bu şekilde hem vatandaş hem idare korunmuş olmaktadır.

Danıştay kararlarını verirken vicdani kanaat kullanılmaktadır. Çünkü zarara uğrayan kişi, olayla ilgisi ve kusuru olmaksızın zarara uğramaktadır. Bireyin tek kusuru sadece belli bir zamanda mutad olarak kullandığı bir yoldan geçmek ya da olayın vuku bulunduğu yerde yaşıyor olmasıdır. Bu zarar görmezden gelinememektedir. Üstelik husumetin yöneltildiği taraf idare olmakla beraber iki taraf arasındaki mücadelede zarara uğrayan birey/vatandaş olmaktadır. Danıştay büyük ihtimalle şöyle bir sorudan yola çıkmaktadır: neden iki taraf arasındaki ihtilaftan doğan bir olaydan dolayı birey meydana gelen zarara katlanmak zorunda olsun? Dolayısıyla burada vicdani bir muhasebe söz konusudur. Danıştay, insani düşüncelerle hareket etmektedir. Ancak bu vicdani ve insani ilkeler her zaman hukuk ilkeleriyle uyarlık gösteremeyebilmektedir.

Sosyal olaylar nedeniyle uğranılan zararlar, özel ve olağandışı zararlar değildir. Bu açıdan kusursuz sorumluluk ilkeleri ile uğranılan zararlar ile sosyal olaylar sonucu uğranılan zararlar nitelik bakımından uyusmaktadır¹⁷⁹. Bu yüzden de, adi bir suçtan dolayı meydana gelen zararlar toplumsal olay nedeniyle meydana gelen zarar bir tutularak tazmin yoluna gidilemez. Sosyal riskin diğer kusursuz sorumluluk halleriyle uyuşmadığı tek nokta ise illiyet bağının aranmaması meselesidir ve bu mesele son derece büyük önem arz etmektedir. İlkenin çerçevesinin ve dolayısıyla idarenin toplumsal olaylar ve terör eylemleri dolayısıyla sorumluluğunun Fransa'da olduğu gibi kanunla düzenlenmesi yerinde gözükmemektedir. Ancak sorun burada bitmemektedir. Yukarıda

¹⁷⁸ Akyılmaz, "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", op.cit, s. 195.

¹⁷⁹ Kusursuz sorumlulukta meydana gelen zararın özellikleri için bkz. Gözler, İdare Hukuku, op.cit, s. 1167 vd.

Akyılmaz'ın Danıştay içtihadının Anayasa madde 125'e aykırı olduğu yönündeki görüşüne yer vermiştik. Bu durumda şöyle bir soru ile karşı karşıya kalmaktayız: eğer içtihat Anayasaya aykırı ise, illiyet bağı aranmadan idarenin sorumluluğunun kanunla belirlenmesi de aynı şekilde Anayasaya aykırı olmayacak mıdır?

Özel hukuktan alınan şu örnek dikkat çekicidir. Bir kişi yol üzerinde yürürken arkasından gelen araba ona çarpmıştır. Kişi düştükten ve bir süre yerde yattıktan sonra oradan geçen iki araç daha üstünden geçmiş ve kişi ölmüştür. Bu olayda zarar verici, daha doğrusu ölüme yol açıcı davranıştan kim sorumlu olacaktır. Başka bir ifadeyle uygun illiyet bağı hangi fiile bağlanmalıdır. Oğuzman bu örnekte, sebep tespit edilemediği takdirde kimseyi sorumlu tutmak mümkün değildir, demektedir¹⁸⁰. Eğer özel hukuktaki bu örnek toplumsal olaylar ile terör eylemlerine uygulanırsa, zarara yol açan kişinin tespit edilememesi dolayısıyla, mağdur zarara katlanmak (casum sentit dominis) durumunda kalacaktır.

Hukuk ve mantık kuralları çerçevesinde düşünüldüğünde kimse- nin başkasının fiilinden dolayı oluşan zarardan sorumlu tutulmaması gerekir. Terör eylemlerinden dolayı zarara uğrayanların açacakları davalarda da idari yargı yerleri öncelikle idarenin bireyin güvenliğini sağlama görevini tam olarak yerine getirip getirmediğini, başka bir ifadeyle idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını araştırmalı ve hizmet kusuru yoksa, şartları gerçekleşmişse idarenin kusursuz sorumluluğu olup olmadığı yönünde araştırma yapmalıdır¹⁸¹. Bu bakımdan, Günday'ın ileri sürdüğü ve Yaşar tarafından da savunulan denetim eksikliği ve hareketsizliğin esasında bir idari davranış olduğu ve bu yönüyle idarenin kusurlu sorumluluğunun söz konusu olduğu görüş de dikkate değerdir¹⁸².

İdare hukukuna özel hukukun kavramlarıyla yanıt aramak ise şüpheli ve adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Çünkü idare hukukunda bireyin yararı korunurken aynı zamanda toplum korunmaktadır. Bununla beraber idari yargı organları tarafından idarenin sorumluluğunun tayininde kullanılan hakkaniyet, nasafet, hakça, vicdani kanaat

¹⁸⁰ Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku, op.cit, s. 526.

¹⁸¹ Akyılmaz, "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", op.cit, s. 205.

¹⁸² Günday, İdare Hukuku, op.cit, s. 381; Yaşar, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", op.cit, s. 215.

gibi kavramlar özel hukukta geçerliliği daha yüksek ilkelere. Kamu yararını temsil eden idare karşısında bu kavramlar hukuki olmaktan ziyade, ahlaki, etik ve vicdani birer ilkeye dönüşmektedirler. Etik değerlerin hukukta geçerlik kazanabilmesi içinse bunların kanunla düzenlenmesine ihtiyaç vardır.

Kaynakça

- Akyılmaz Bahtiyar, "Sosyal risk ve Uygulama Alanı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt IX, Sayı 1-2, Ankara, 2005.
- Atay Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2012.
- Atay Ender Ethem, Odabaşı Hasan ve Gökcan Hasan Tahsin, *Teori ve Yargı Kararları Işığında, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Azrak Ali Ülkü, "İdarenin Toplumsal Muhatara Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980 (Azrak, "Toplumsal Muhatara", op.cit, şeklinde kısaltılmıştır).
- Bal Yakup - Şahin Yahya - Karabulut Mustafa, *Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Candan Turgut, *Açıklamalı İdari Yargı Usulü Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Chapus René, *Droit administratif général*, Tome (Cilt) 1, Montchrestien, 15^e Edition, Paris, 2001.
- Çağlayan Ramazan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2007.
- Çoban Ayşegül, "Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, Konya, 2003.
- Develioğlu Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi Yayınları, 20. Baskı, Ankara, 2003.
- Duran Lütfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, Türkiye ve Orta Doğu Amme Enstitüsü Yayınları No. 138, Ankara, 1974.
- Eren Fikret, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975 (Eren, "...Uygun İlliyet Bağı Teorisi, op.cit, şeklinde kısaltılmıştır).
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 2010.
- Erişgin Nuri, "Tehlike Bağı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Cilt 49, Sayı 1-4, 2000.
- Esin Yüksel, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973 (Esin, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, op.cit, şeklinde kısaltılmıştır).

- Fidan İsmail, "Sorumluluk Sigortalarında Rizikonun Gerçekleşmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2005.
- Frier Pierre-Laurent ve Petit Jacques, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 4^e Edition, Paris, 2006.
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.
- Gözler Kemal, "Yorum İlkeleri", In Ozan Ergül, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2013.
- Gözübüyük Şeref, "Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 3, 1995.
- Gözübüyük Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi Yayınları, 30. Bası, Ankara, 2011.
- Gözübüyük Şeref ve TAN Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt 1, Genel Esaslar, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Kalabalık Halil, *İdari Yargılama Hukuku*, Değişim Yayınları, İstanbul, 2003.
- Karahasan Mustafa Reşit, *Sorumluluk Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1995.
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 13. Baskı, Ankara, 2010.
- Köksal Mustafa, *İdarenin Kusursuz sorumluluğu ve Terör Olayları Nedeniyle İdari Yargıda Açılan Davalar*, Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009 (<https://tez.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>).
- Köksal Mustafa, "Risk İlkesinin İdareye Yüklendiği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 85, Ankara, 2009.
- Long Marcel - Weil Prosper - Braibant Guy - Devolve Pierre - Genevois Bruno, *Les grands arrêts la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17^e Edition, Paris, 2009 (Marcel Long et al., *Les grands arrêts*, op.cit, şeklinde kısaltılmıştır).
- Oğuzman M. Kemal ve Öz M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, 8. Bası, İstanbul, 2010.
- Özgüldür Serdar, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", in İl Han Özay, *Günüşğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004 (Özgüldür, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu", op.cit, şeklinde kısaltılmıştır).
- Özyörük Mükbil, *İdare Hukuku Ders Notları (Teksir)*, Ankara, 1972-1973.
- Rousset Michel, *Droit administratif*, Tome (Cilt) II, *Le contentieux administratif*, Press Universitaire de Grenoble, 2^e Edition, 2004.
- Sarıca Ragıp, *İdari Kaza*, Cilt 1, *İdari Davalar*, Kenan Matbaası, İstanbul, 1949.
- Yaşar Hasan Nuri, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt LXVI, Sayı 1, 2008.
- Yayla Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Yazıcıoğlu Emine ve Atamer Kerim, *Sigorta Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 2012, (<http://istanbuluniversitesi.hukukfakultesi.gen.tr/>).
- Yumuk Hamit, *İdari Yargıda Tazminat Davası*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2005(<https://tez.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>).
- Zabunoğlu Yahya Kazım, *İdare Hukuku*, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

KANUN İLE BİR KURUMDAKİ KAMU GÖREVİNİN SONA ERDİRİLMESİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA YARGISAL DENETİM VE ADALETE ERİŞİM HAKKI

JUDICIAL CONTROL OF LEGAL DISPUTES RELATED TO TERMINATION OF OFFICIAL DUTY THROUGH LEGISLATION AND THE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE

Mahmut ŞEN*

Özet: Adalete Erişim Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS), kişi hak ve hürriyetlerinin etkili bir hukuki korumaya tabi tutulabilmesi için taraf devletlere yüklediği pozitif yükümlülüklerden birisidir. Bu hak gereğince, Sözleşme ile teminat altına alınan hakları ihlal edilen kişilerin, başvurularının esasını değerlendirip karara bağlayabilecek, tarafsız ve bağımsız bir yargı sisteminin kurulması ve adalete erişim hakkının önündeki engellerin kaldırılması gerekir.

Kanun ile bir kamu kurumundaki görevin sona erdirildiği uyuşmazlıklarda, idari yargı yerlerince sınırlı bir yargısal denetim yapılabilmektedir. Bu haliyle yargısal denetimin, Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama hürriyeti ile AİHS'nin 6. ve 13. maddelerinde güvence altına alınan adalete erişim hakkı ve etkili hukuksal koruma ilkesine aykırı olduğu yönünde eleştiriler yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Adalete Erişim, Etkili Başvuru, Kamu Görevinin Sona Erdirilmesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Yargısal Denetimin Yoğunluğu.

Abstract: The right to access to justice is one of the positive obligations imposed by the European Convention on Human Rights (ECHR) on the contracting states to protect the fundamental rights and freedoms efficiently. This right requires establishing an independent and impartial judiciary which is able to evaluate and rule on the merit of applications of people whose rights guaranteed by the ECHR are violated. In addition, obstacles before using the right to access to justice must be eliminated by the states.

Administrative Courts conduct a restricted judicial review on disputes related to termination of official duty through legislation. There is a criticism that the judicial review in the way it is carried out in Turkey concerning cases caused by the termination of official

* Hakim, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyesi.

duty through legislation is contrary to the freedom to claim rights protected by Article 36 of the Turkish Constitution and the right to access to justice and the principle of effective judicial protection guaranteed respectively by Article 6 and 13 of the ECHR.

Keywords: Access to Justice, Effective Remedy, Termination of Official Duty, Law on Administrative Judicial Proceeding, The Intensity of Judicial Review.

Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kişi hak ve hürriyetlerinin etkili bir hukuki korumaya tabi tutulabilmesi için taraf devletlere hem pozitif, hem de negatif yükümlülükler yüklemektedir. Bu kapsamda, Sözleşme ile tanınan temel haklarından birisinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin başvurularını değerlendirip karara bağlayabilecek tarafsız ve bağımsız bir yargı sisteminin kurulması ve adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılması, devletlerin pozitif yükümlülüklerindedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenmiş olan adalete erişim hakkı ile 13. maddesinde düzenlenen ulusal bir makama başvurma hakkı, kişi hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği yönündeki şikayetleri inceleyip karara bağlayabilecek ve ihlalin tespiti halinde uygun bir giderim yolu sağlayabilecek bir iç hukuk yolunun varlığını zorunlu kılmaktadır¹.

AİHS'nin 6. ve 13. maddeleri gereğince adalete erişim hakkı, ihlalin nedeni hangi devlet gücünün faaliyeti olursa olsun, ihlal iddiasının esasının tarafsız ve bağımsız bir merci tarafından incelenmesini gerektirmektedir. İhlalin, idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanmayıp yasama tasarruflarından veya yargısal faaliyetlerden kaynaklandığı durumlarda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM), adalete erişim ve etkili hukuksal koruma ilkelerine göre, iç hukukta bir başvuru yolu oluşturmanın devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu belirtmektedir.

¹ Francesco Francioni, Access to Justice as a Human Right, Oxford University Press, 2007, s. 55

Mahkeme, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin denetim yaparken, Sözleşme'nin amacının kişi haklarını teorik olarak saymak olmadığını, somut ve etkili olarak korumak olduğunu belirtmektedir. Bu korumayı sağlayabilmek için AİHM, adil yargılanma hakkı açısından, devletin bir dizi hukuki eylemi, mahkemelerin yetkisi dışına çıkarması, mahkemenin denetim yetkisini kısıtlaması veya bazı kişi kategorilerini her türlü sorumluluktan muaf tutması gibi tasarrufların, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ilkesi ve Sözleşme'nin 6. maddesi ile çeliştiğini ifade etmektedir². Bu nedenle, devlet organlarının hukuki tasarruflarına karşı etkili bir hukuki koruma sağlayabilecek bir yargı sisteminin varlığı, hukukun üstünlüğü ilkesi ile sıkı sıkıya bağlı olan adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasıdır³. Bu hak kanunla kurulmuş bir mahkemeye başvuru hakkının yanında savunma hakkı, avukattan yararlanma hakkı, isnat ve yükümlülüklerden haberdar edilme hakkı, tam ve zamanında aleni duruşma hakkı, isnatlara karşı beyanda bulunma, karşı tarafın tanıklarının sorgulayabilme ve delil sunabilme hakkı gibi başkaca temel hakları da bünyesinde taşır. Şüphesiz avukattan yararlanma hakkı, aleni duruşma, tez ve savunmalarını kanıtlamak için delil ileri sürebilme, bu deliller vasıtasıyla uyuşmazlığın esasını inceleyebilme, masumiyet karinesi gibi usuli haklar sadece ceza yargılamasının konusu olmayıp idari yargı yerleri açısından da bağlayıcı niteliktedir⁴.

Son yıllarda, Türk kamu yönetimi sisteminde, tipik olarak bir idari işlemin konusu olması gereken, belli bir yerdeki kamu görevinin veya ünvanın sona erdirilmesine ilişkin bazı hukuki tasarrufların, kanun ya da kanun hükmünde kararnameye konu edildiği gözlenmektedir. Bu tür uyuşmazlıklarda, idari yargı yerlerince bazen sadece şekil-usul denetimi yapılmak suretiyle idari işlemin ünvanı sona erdiren yasama tasarrufuna uygun olarak tesis edilip edilmediği hususu incelenmekte ve işlemin "sebeup ve maksat" unsurları yönünden bir irdeleme yapılmamaktadır. Bazı durumlarda ise, kanun veya kanun hükmünde ka-

² AİHM, Fayed-Birlesik Krallık, Başvuru no:17101/90, 21 Eylül 1994, para. 13, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 11.04.2014

³ Guillermo A. O'Donnell, Why the Rule of Law Matters?, Journal of Democracy, volume 15, 2004, s. 32-46

⁴ Müslüm Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.134.

rarname hükümlerinin kamu görevlisinin başka bir göreve atanması konusunda emredici hükümler içerdiği, idareye yasa metninde öngörülenden başka bir işlem tesis etmek için takdir yetkisi tanınmadığı, bu nedenle ortada idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olmadığı belirtilmek suretiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmektedir⁵.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuki denetime tabi tutulacağı belirtilmesine karşın, idari yargı yerlerince ya 'sebep-maksat' unsurları incelenmeden sınırlı bir yargısal denetim yapılabilen veya bu denetim hiç yapılamamaktadır. Bu hususun ise, Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama hürriyeti ile AİHS'nin 6. ve 13. maddelerinde teminat altına alınan adalete erişim ve etkili başvuru yapabilme haklarına aykırı olduğu yönünde eleştiriler yapılmaktadır⁶.

Bu çalışmada, kanun ve benzeri normlarla kamu görevinin veya ünvanın sona erdirilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, idari yargı yerlerince yapılan sınırlı yargısal denetimin, AİHS'nin 6. ve 13. maddeleri gereğince devletin pozitif yükümlülükleri arasında sayılan, kişilere etkili hukuksal koruma mekanizmalarının sağlanması ve adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılması ilkelerine uygun olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu kapsamda konu, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve idari yargı kararları ışığında ele alınacaktır.

1. AİHM Kararlarında Adalete Erişim Hakkı ve Etkili Başvuru Yolu Kavramı

Adalete erişim hakkı, hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği iddiasında bulunan herkesin, tarafsız ve bağımsız bir mahkemeye başvurma hakkını teminat altına almaktadır. Bununla birlikte, adalete erişim hakkının mutlak olmadığı, ulusal makamlarca adalet sisteminin daha iyi işlemesi amacıyla sınırlanabileceği kabul edilmektedir⁷.

⁵ Danıştay 5. Dairesi'nin E. 2013/3793, K.2013/8647 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi: 12.08.2014

⁶ Alperen Çıtak, Murat Erdoğan, Yasama Tekniğinde Yeni Bir Eğilim: Kanun Formunda Bireysel İdari İşlemler (Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Işığında Değerlendirmeler), *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2012, Cilt 4, s.266

⁷ AİHM, Philis- Yunanistan, Başvuru no: 12750/87, 27 Ağustos 1991, para. 59,

Bununla birlikte, adalete erişim hakkının sınırlanması hususunda ulusal makamların sahip olduğu takdir yetkisi kullanılırken, temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin temel ilke ve kurallara uyulmalıdır. Buna göre, sınırlamanın amacının meşru ve sınırlama için başvuru aracın, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve hakkın özünü zedelemeyecek nitelikte olması gerekir. Dolayısıyla, adalete erişim hakkı, adalet sisteminin düzenli işlemesi, idari istikrarın ve mahkemeye başvuracak kişiler açısından hukuki belirliliğin sağlanması, kamu düzeni ve kamu yararının korunması gibi meşru amaç ve somut gerekçelere dayalı olarak, dava açabilmek için süre, harç ve dava dilekçesi için belli şekil şartları öngörmek suretiyle, hakkın özünü zedelemeyecek ölçüde sınırlandırılabilir⁸.

Sınırlamanın amacı kamu hizmetinin daha iyi sunulması olarak belirtilse dahi, başvuru araçlar adalete erişim hakkının özüne dokunacak ve ilgililerin sahip olduğu bu hakkın kullanılmasını zorlaştıracak tarzda belirlenmiş ise, demokratik bir toplumda kabul edilebilir bulunmamaktadır⁹. Başka bir deyişle, mahkemeye erişim hakkının düzenlenmesi, adaletin iyi işleyişi amacından sapıp, uyumsuzlukların yetkili mahkeme tarafından esastan incelenmesinin önünde bir çeşit engel oluşturduğunda, söz konusu hakkın ihlal edildiği kabul edilmektedir¹⁰.

İç hukukta ister somut bir norma dayanarak, isterse devlet organlarının tutum ve davranışları nedeniyle uyumsuzlukların bir yargı organı tarafından denetlenmesi olanağı ortadan kaldırılıyorsa AİHM, devletin mahkemeye erişim hakkını AİHS'nin 6. maddesi'nin gereklerine uygun bir şekilde düzenleme yükümlülüğünü yerine getirmeyecek bu alanda kendisine tanınan takdir hakkını aştığı sonucuna varmaktadır¹¹.

⁸ <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014
AİHM, Philis- Yunanistan, Başvuru no: 12750/87, 27 Ağustos 1991, para. 59, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014

⁹ Legal Digest of International Fair Trial Rights, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights 2013, s.43

¹⁰ AİHM, Canete De Goni- İspanya, Başvuru no:55782/00, 15 Ekim 2002, para..36, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 10.03.2014

¹¹ AİHM, Bakan -Türkiye, Başvuru no:50939/99, 12 Haziran 2007, para. 21, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014

Bu hak açısından, ister mevzuatla, isterse sürecin karmaşık, harç ve giderlerin yüksek olması, dava açmanın izne tabi tutulması gibi sebeplerle kişilerin hak ihlali iddiasını tarafsız ve bağımsız bir merci önünde dillendirememesi veya bu merciin uyuşmazlığın özünü karara bağlayıp ihlale son verecek yetki ve donanımına sahip olmaması halinde, adalete erişim hakkının engellenmesi söz konusudur. Gerçekten, adli yardım kurumunun iyi işlemediği bir hukuk sisteminde, başvuru harcının yüksek tutulduğu durumlarda, adalete erişimin engellendiğine hükmedilmektedir. AİHM'ne göre, mahkemeye erişim hakkının düzenlenmesine ilişkin usul kuralları ile dava açma ve başvuru sürelerinin, hukuki belirlilik ilkesini zedelememesi gerekir. Bu ilke aynı zamanda, mahkemece verilecek kararın nihai olmasını ve hükmün tam ve zamanında infaz edilmesini de gerektirmektedir¹². Bu bakımdan, hükmün makul bir süre içerisinde infaz edilmemesi durumunda da, adalete erişim hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir.

AİHS'nin 6. maddesinde, herkesin gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili davalarda, gerekse bir suç isnadı ile karşı karşıya kaldığı durumlarda, davasının tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içerisinde adil, aleni ve hakkaniyete uygun bir şekilde görülmesini isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Anılan madde, yukarıda belirtildiği üzere, hak ve hürriyetlerin etkili bir şekilde kullanılması hususunda taraf devletlere hem pozitif, hem de negatif yükümlülükler getirmektedir. Buna göre, hiç kimsenin adil bir yargılama sürecine tabi tutulmadan suçlu ilan edilmemesi, devletler için öngörülen negatif bir yükümlülük olmasına karşın, tarafsız ve bağımsız yargılama yapabilecek bir yargı sisteminin varlığı, adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılması, iyi işleyen bir adli yardım ve müdafilik sisteminin kurulması, sözleşmeye taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerindedir.

Adalete erişim hakkı, AİHS'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak teminat altına alınmıştır. Bu hak, aslında Sözleşme'de düzenlenen diğer hak ve hürriyetlerin etkili bir şekilde kullanılmasının da garantisidir. Sözleşme'nin 6. maddesinde

¹² Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, Protecting the Right to a Fair Trial Under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Human Rights Handbooks, 2012, s.23

düzenlenen adalete erişim hakkı ile 13. maddesinde düzenlenen ulusal bir makama başvuru hakkı, kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği yönündeki şikayetlerinin esasını inceleyip karara bağlayacak ve ihlalin tespiti halinde uygun bir giderim yolu sunacak bir iç hukuk yolunun varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu kapsamda iç hukuktaki başvuru makamları, ihlal iddiasının gerçekliğini tespit edebilmek için her türlü araştırma, inceleme ve soruşturmayı yapabilecek yetki ve donanımda olmalı ve ihlalin tespiti halinde mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde uygun giderim imkanları sunabilmelidir. Başvuru yollarının yeterliliği ve etkinliği olarak adlandırılan bu ilkeye göre, ihlalin giderilmesi için öngörülen yollar hukuken olduğu kadar, pratikte de mevcut olmalı ve başvurular, devlet organları ve yetkililerinin eylem ya da ihmalleriyle engellenmemelidir¹³.

Mahkemece başvuru ve dava yollarının etkili ve yeterli olup olmadığı yönünde değerlendirme yapılırken, ihlale karşı iç hukukta öngörülen bütün idari başvuru ve dava yolları birlikte değerlendirilmekte ve başvuru merciinin mutlaka yargısal nitelikte olması bir şart olarak ileri sürülmemektedir¹⁴. Bununla birlikte, başvuru makamlarının yetkileri ve sağladığı güvenceler, başvuru yolunun etkili olup olmadığının tespitinde dikkate alınmaktadır. Buna göre, yargı dışı makamların başvuru yolu olarak öngörüldüğü durumlarda, bu makamlar ihlale neden olan kurumdan bağımsız olarak örgütlenmeli, uyuşmazlığın çözümünde yeterli ve etkili olmalıdır¹⁵. Başvuru makamı, uyuşmazlığın esası hakkında makul süre içerisinde karar verebilecek yetkinlik ve donanımda değil ise, 13. maddede düzenlenen güvenceleri sağladığından bahsedilemez.

AİHM'ne göre, iç hukuktaki başvuru mercii, hak ihlaline neden olduğu iddia edilen kararın veya uygulamanın esasını inceleyebilecek, gerektiğinde hak ihlalini makul bir süre içerisinde ortadan kaldıracak veya hukuki sonuçlarını askıya alabilecek, ihlal sona ermişse zararın tazmini dahil, hukuki her türlü tatmin yollarına hükmedebilecek

¹³ AİHM, Beaumartin -Fransa, Başvuru no:15287/89, 24 Kasım 1994, para. 37, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 11..03.2014

¹⁴ AİHM, Beaumartin -Fransa, Başvuru no:15287/89, 24 Kasım 1994, para. 37, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 11..03.2014

¹⁵ AİHM, Beaumartin -Fransa, Başvuru no:15287/89, 24 Kasım 1994, para. 38, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 11..03.2014

tarzda şekillendirilmelidir¹⁶. Bu kapsamda, esasa ilişkin karar almaya yetkili olan mercii, başvuru konusu ile ilgili her türlü tedbir kararını almaya, araştırma, inceleme ve soruşturmayı yapabilmeye yetkili olmalıdır¹⁷. Mahkeme, iç hukukta öngörülen müesseselerin, ileri sürülen ihlalin meydana gelmesini ya da devam etmesini engelleyemediği ya da daha önce meydana gelmiş olan ihlaller için, uygun bir telafi imkanı sağlayamadığı kanaatine varırsa, 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermektedir¹⁸.

Başvuru mercii, temel hakların korunması açısından, etkili bir denetim yapabilecek konumda olmalıdır. Başvuru yolu olarak mahkemelerin öngörülmesi halinde de yargısal denetimin, temel hakları koruyabilecek yoğunlukta yapılması beklenmektedir¹⁹. Buna göre mahkeme, ileri sürülen her iddiayı araştırıp, karara bağlayabilmelidir. Başvuru mercii olan mahkeme, uyuşmazlık konusu olayın tüm bileşenlerine hakim değil ise, bireylere etkili bir hukuki koruma sağlaması mümkün değildir²⁰. İdari yargı yerleri açısından, idari işlemin tesisine dayanak teşkil eden tüm sebeplerin ve idari işlemin unsurlarından bazılarının mahkemece değerlendirilemediği durumlarda, temel hak ve hürriyetlerin etkili bir yargısal korumaya tabi tutulması açısından, yargı sisteminin üstlenmiş olduğu sorumluluğu gereği gibi yerine getirdiğinden bahsedilemeyecektir²¹.

AIHM, idarenin yargısal denetimi yapılırken mutlaka belli bir modelin uygulanması gerektiğinden bahsetmemekle birlikte, iç hukuk sisteminde yer alan mahkemenin, kişi hak ve hürriyetlerinin etkili bir korumaya tabi tutulduğundan emin olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kapsamda, idari karar verme mekanizmalarında ilgi-

¹⁶ AIHM, De Souza Ribeiro/Fransa, Başvuru no:22689/07, 13 Aralık 2012 , para. 78, 79, 80, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014

¹⁷ AIHM, Hatton ve diğerleri- Birleşik Krallık, Başvuru no: 36022/97, 8 Temmuz 2003, para.128 <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 25.03.2014

¹⁸ AIHM, Vilho Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya, Başvuru no: 63235/00, 9 Nisan 2007 , para.60, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014

¹⁹ AIHM, Obermeier -Avusturya,Başvuru no:11761/85, 28 Haziran 1990, para. 70, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 05.03.2014

²⁰ AIHM, Terra Woning B.V- Hollanda, Başvuru no: 20641/92, 17 Aralık 1996, para. 51, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 05.03.2014

²¹ AIHM, Sigma Radio Televizyon- Kıbrıs, Başvuru no: 32181/04, 21 Temmuz 2011, para. 153,<http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 05.03.2014

liye gerekli usuli güvencelerin sağlanmış olması ve davacının her bir talebinin içeriğinin tartışılmış ve gerekçeleriyle birlikte reddedilmiş olması halinde, daha az yoğun bir yargısal denetimin mümkün olduğu belirtilmektedir²². İdari işlemin tesis aşamasında bu hususlara riayet edilmemişse, mahkemeden uyuşmazlık konusu hakkın niteliği ve başvurunun hukuki dayanakları da dikkate alınarak, şikayet konusu yapılan her bir hususun esas hakkında gerekçeli hüküm kurması beklenmektedir. Bu durum doğal olarak mahkemenin, uyuşmazlık konusu ihlal iddiasını tüm yönleriyle araştırabilmesini gerekli kılmaktadır. İdari işlemin belli unsurlarındaki hukuka aykırılık iddiasını inceleyebilen mahkemenin, diğer unsurlarını yasa hükmü veya işin icaplarına nedeniyle değerlendirememesi halinde, adalete erişim hakkının tam olarak sağlandığı söylenemez²³. Dolayısıyla, idari yargı yerinin hak ihlali iddiasını tüm yönleri ile araştırıp karar verememesi, idari işlemin bazı unsurları üzerinde kanunun açık hükmü nedeniyle inceleme yapamaması hali, adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir²⁴. Yine, mahkemeye başvuru hakkının kanunla kısıtlanması, yargı yetkisinin bazı dava türlerinde sınırlı olması, örneğin yürütmenin durdurulması gibi tedbir kararlarının verilememesi, mahkemenin uyuşmazlığın esasına ilişkin hüküm kuramaması, mahkemece kanunda öngörülen sürede süreli ve acil işlere karar verilememesi, hükmün aynen veya hiç infaz edilmemesi hallerinde de mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmektedir²⁵. Buna ek olarak AİHM, idarenin takdir yetkisinin sadece yasada belirtilen şartlara uygun olarak kullanılıp kullanılmadığıyla sınırlı bir denetimin, Sözleşme'nin 6. maddesindeki korumayı sağlayamadığına karar vermiştir²⁶. Yine, uyuşmazlığı sadece Anayasaya uygunluk açısından

²² AİHM, Sigma Radio Televizyon- Kıbrıs, Başvuru no: 32181/04, 21 Temmuz 2011, para. 154

AİHM, Potocka ve diğerleri -Polonya, Başvuru no: 33776/96, 4 Ekim 2001, para. 55.

²³ AİHM, Tsfayo - Birleşik Krallık, Başvuru no: 60860/00, 14 Kasım 2006, para. 48, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 05.03.2014

²⁴ Philip Alston, Mara R. Bustelo, James Heenan, The EU and Human Rights, Oxford University Press, 1999, s.188

²⁵ AİHM, Kutic- Hırvatistan, Başvuru no: 48778/99, 01 Mart 2002 ,para. 25 - 32, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 05.03.2014

²⁶ AİHM, Obermeier -Avusturya, Başvuru no:11761/85, 28 Haziran 1990, para. 70, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 05.03.2014

ele alan Anayasa Mahkemesi'nin yargı yetkisinin, somut ihlalin esasına ilişkin değerlendirme yapılmasına engel olduğu, bu durumun ise etkili başvuru yolu sağlanması ilkesinin ihlali olarak değerlendirildiği görülmektedir²⁷.

Buna karşın, davacının maddi gerçekliğe ve hukuka ilişkin bütün iddialarını araştırıp gerekçeli kararda karşılayan ve hukuka aykırı bulunduğu kararı iptal edip tüm sonuçları ile birlikte ortadan kaldıran Fransız Danıştay'ının yargı yetkisinin 6. maddedeki gereksinimleri karşıladığına karar verilmiştir²⁸. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 13. maddesinin öngördüğü başvuru yolu, hukuken olduğu kadar, pratikte de mevcut olmalıdır. Başvuru mercii, uyuşmazlığa ilişkin her türlü esas ve geçici tedbir kararlarını alabilecek yeterliliğe sahip ve ilgililer açısından erişilebilir değil ise, etkili hukuki koruma sağladığını söylemek zor olacaktır. AİHM, başvuru yolunun sadece yasal olarak var olmasını yeterli görmemekte ve bu yolun erişilebilir olması ve kullanılmasının devlet yetkililerince kolaylaştırılması gerektiğini de belirtmektedir. Başvurunun yapılması her ne şekilde olursa olsun, devlet yetkililerinin eylem ya da ihmalleriyle engelleniyor ise, yasada öngörülen bu yolun etkili olmadığına karar vermektedir²⁹.

2. AİHM İçtihatlarında Kamu Personeline İlişkin Davalar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başlangıçta Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen "medeni hak ve yükümlülüklerden kaynaklanan uyuşmazlıklar" lafzını dar yorumlayarak kamu personel hukukundan kaynaklanan bazı davaların, 6. maddenin kapsamı dışında olduğuna ilişkin kararlar vermiştir. Bu kapsamda, kamu görevlilerinin hizmet şartlarını belirleme konusunda devletlerin egemenlik hak ve yetkisinin geniş olduğu kabul edilmiştir. AİHM, üstlenilen kamu görevinin türü, başvuranın kadro, pozisyon ve sorumluluğu ile kamu görevinin devletin genel çıkarlarının korunmasına doğrudan etkisi gibi argümanları dikkate almak suretiyle,

²⁷ AİHM, Zumtobel -Avusturya kararı, Başvuru no: 12235/86, 21 Eylül 1993, para. 29-30, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 06.03.2014

²⁸ AİHM, Chaudet - Fransa, Başvuru no:49037/06, 29/10/2009, para. 37-38, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 05.03.2014

²⁹ AİHM, Çakıcı/Türkiye, Başvuru no:23657/94, 08 Temmuz 1999, para. 32. <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi:01.03.2014

kamu çalışanlarının yaptıkları başvuruları uzun bir süre kabul edilebilir bulmamıştır³⁰.

1999 tarihli Pellegrin-Fransa kararından önce Mahkeme, memurların işe alınma, kariyer ve kamu görevinden çıkarılmalarına ilişkin ihtilafların, kural olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin kapsamına girmediğini beyan etmiştir. Bu dönemde Mahkeme, başvuruların şikâyetinin, memurların işe alınması, kariyer ve memuriyetlerinin sona erdirilmesine ilişkin olmayıp, kanundan doğan tamamen maddi nitelikli taleplere ilişkin olduğu durumlarda uyuşmazlığın esasını incelemiştir.

Zaman içerisinde AİHM, bu içtihatlarını terk ederek taraf devletlerin bu tür davalarda ileri sürdüğü, başvuranın kamu görevine ve devletin genel çıkarlarının korunmasına doğrudan katılım sağladığı yönündeki itirazlarını davayı kabul edilebilirlik incelemesinde reddetmek için tek başına yeterli görmemeye başlamıştır. Mahkeme, Pellegrin kararıyla 'kamu görevi' kavramının, Sözleşme'ye taraf devletlerin ulusal hukuk sisteminde nasıl tanımlanırsa tanımlansın, birbirine denk ya da benzer görevi bulunan kamu görevlilerinin eşit muamele görmelerini sağlayacak şekilde özerk bir yorumunu yaparak, belirsizliğe bir son vermek istemiştir. Temel gerekçe, benzer işi yapan kişilerin iç hukukta memur, işçi, sözleşmeli, geçici görevli gibi farklı şekilde tanımlanmasına rağmen, bu statülerden kaynaklanan bazı dava türlerinin nitelik olarak aynı kategoride yer almasıdır³¹.

Mahkemece, idare hukuku anlamında üstün kamu gücü kullanmayan ve devleti temsil etmeyen kamu çalışanlarının iç hukukta devletle olan istihdam ilişkisi ne olursa olsun, aynı kapsamda oldukları değerlendirilmiş ve pek çok davada 6. maddenin uygulanabilir olduğu karar verilmiştir. AİHM tarafından, kamu görevlisinin icra ettiği görev ve sorumluluklarının türüne dayalı olan fonksiyonel bir kriter benimsenmiştir. Buna göre, devletin genel çıkarını doğrudan temsil eden işlerde, kamu hizmetinin yürütülmesine katılan ve üstün kamu gücü kullanan asker ve polis gibi meslek sahipleri, devlet egemenliği-

³⁰ AİHM, Massa -İtalya, Başvuru no:14399/88, 24 Ağustos1993, para. 20, 26, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi:01.03.2014

³¹ İHM, Pellegrin-Fransa, Başvuru no:28541/95,8 Aralık 1999 , para. 65. <http://hudoc.echr.coe.int>,erişim tarihi 07.04.2014

nin bir kısmını ellerinde bulundurmakta olup, devletin bu kişilerden özel bir güven ve dürüstlük beklemek yönünde meşru bir çıkarı söz konusudur. Buna karşın, kamusal idare boyutu bulunmayan diğer görevler için, böyle bir çıkarı söz konusu değildir³². Bu içtihat değişikliğinin bir sonucu olarak, Mahkeme'nin kamu görevlilerine ilişkin uyuşmazlıklarda yargılama yetkisi dışında olduğuna karar verilen dava türleri azalmış ve kamu personeline ilişkin pek çok davada da AİHM, uyuşmazlığın esasına girmek suretiyle karar vermiştir³³.

Daha sonra AİHM, birçok sözleşmecî devlette, maaş ve tazminat gibi özlük ve parasal haklara ilişkin davalar ile işten çıkarılma ya da işe alınmaya ilişkin uyuşmazlıklarda özel sektör çalışanlarıyla memurların, aynı şekilde mahkemeye erişimleri olduğunu tespit ederek Pellegrin kararında koyduğu fonksiyonel kriteri 19 Nisan 2007 tarihli Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya kararı ile geliştirmiştir. Bu karara göre, ulusal hukuk sisteminin, devletin yüksek çıkarlarının bulunduğu bahisle iç hukuk yolunu kapatmadığı dava türlerinde, Sözleşme ve Ek Protokollerde kamu görevine erişim hakkı güvence altına alınmamış olsa bile, memurların Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kaldığı söylenemez³⁴.

Yukarıda bahsedilen içtihatları doğrultusunda kamu personeline ilişkin davalarda AİHM, öncelikle Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca korunabilir bir hak bulunup bulunmadığını, sonra ihlal edildiği iddia edilen hakkın medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olup olmadığını tespit etmektedir³⁵. Daha sonra ise Mahkeme tarafından, iç hukukta tanınan medeni bir hakka ilişkin ihtilafın, gerçek ve ciddi olup olmadığı ve davanın sonucunun, söz konusu hak için doğrudan belirleyici nitelikte bulunup bulunmadığı belirlenmektedir³⁶.

³² AİHM, Pellegrin-Fransa, Başvuru no:28541/95,8 Aralık 1999 , para. 65. <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi 07.04.2014

³³ AİHM, Pellegrin-Fransa, Başvuru no:28541/95,8 Aralık 1999 , para. 65. <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi 07.04.2014

³⁴ AİHM, Vilho Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya, Başvuru no: 63235/00, 9 Nisan 2007 , para.62, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014

³⁵ Matthias Kloth ,Immunities and the Right of Access to Court Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Leiden, 2010, s.6

³⁶ AİHM, Pudas-İsveç, Başvuru no:10426/83, 27 Ekim 1987, para. 31, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi 07.04.2014

Kamu personeline ilişkin davalarda taraf devletlerden, iç hukuktaki düzenlemelere göre talep edilen hakkın yasal temelini olmadığı, hakkın varlığının tespiti halinde ise, medeni hak ve yükümlülükler kapsamında bulunmadığı ya da gerçekleşmiş, ciddi ve hukuken kabul edilebilir bir ihlalin bulunmadığı hususlarından birisini kanıtlanması beklenmektedir. AİHM'nin, belirtilen hususlarda taraf devletin açıklamalarını yeterli bulmaması halinde, başka bir deyişle, Mahkemece iç hukukta yasal temeli olan, korunabilir bir medeni hakka, devlet organlarından birisinin eylemi, işlemi ya da ihmali sonucu ciddi bir müdahalenin var olduğu kanaatine ulaşılmış ise, Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanmaması için, başvuran kamu görevlisinin üstlenmiş olduğu görev ve bulunduğu kadro itibarıyla, devlete ait üstün bir kamu gücü kullandığı ve doğrudan devleti temsil ettiği hususunun ispatlanması gerekmektedir.³⁷

Bu hususla ilgili ise AİHM, taraf devletin egemenlik hakkı çerçevesinde bazı uyuşmazlıkları AİHM'nin yargı yetkisinden bağımsız tutabilmesi için, aynı davaların iç hukukta da dava konusu edilememesi gerektiğini belirtmektedir. Kamu görevlisinin görevinden veya görev koşullarından kaynaklanan konuların iç hukukta dava edilmesi mümkün ise, AİHM bu tür uyuşmazlıkları kendi yargılama yetkisi açısından istisna kapsamında görmemektedir. Sözleşmeye taraf devletin belli kamu görevlilerine ilişkin uyuşmazlıklar için yargı yolunu kapatması halinde ise bu kısıtlamanın, devletin çıkarına bağlı, tarafsız gerekçelere dayandığının ispat edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁸. Buna göre, ilgilinin kamu sektöründe çalışması ve kamu gücü kullanması, AİHM açısından 6. maddenin uygulanmaması için tek başına belirleyici değildir. Devre dışı bırakmanın haklı çıkarılması için devletin, söz konusu memurun, kamusal yetkiler kullandığını ve ilgili ile istihdam eden devlet arasında, 'özel bir güven ve dürüstlük bağının' var olduğunu kanıtlanmasının yanında, nihayet davanın konusunun adı geçen özel bağı, tartışma konusu haline getirdiğini ispatlanması gerekmektedir.

³⁷ AİHM, Vilho Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya, Başvuru no: 63235/00, 9 Nisan 2007, para.62, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014

³⁸ AİHM, Vilho Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya, Başvuru no: 63235/00, 9 Nisan 2007, para.62, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014

Sonuç olarak AİHM, iç hukuktaki düzenleme şekli ve devletle birey arasındaki istidam ilişkisi ne olursa olsun, kural olarak, parasal ve özlük hakları, disiplin cezası, görevde yükselme, memuriyete giriş ve kamu görevinin sona erdirilmesi gibi davaların, 6. maddenin güvenceleri dışında bırakılmasına izin vermemektedir. Eğer bu tür uyuşmazlıklar, iç hukukta dava konusu edilebiliyor ve söz konusu dava, ilgili görevlinin üstlenmiş olduğu kamu hizmetinin şartlarını ve kullanmakta olduğu üstün kamu gücünün sınırlarını tartışmalı hale getirmek suretiyle devletin egemenlik alanına müdahale sonucu doğurmuyorsa, 6. maddede düzenlenen medeni hak ve yükümlülükler kapsamında olduğu değerlendirilmektedir³⁹.

3. Kamu Görevinin Kanunla Sona Erdirilmesine İlişkin Davalarda Yargısal Denetim ve Adalete Erişim Hakkı

3.1. İdari Yargıda Adalete Erişim Hakkı

Çağdaş hukuk sistemlerinde idari yargının temel fonksiyonu, sınırsız kamu gücünün hukuk ile sınırlandırılması, kişi hak ve hürriyetlerinin devlet yetkisi kullanan idari birimlerin haksız müdahalelerine karşı korunması, bu yolla idarenin hukuk alanı içerisinde tutulması olarak belirlenmiştir⁴⁰. Başka bir deyişle, idarenin yargısal denetimi devlet- birey ilişkilerinde devletin koymuş olduğu kurallara ve kurmuş olduğu hukuk düzenine uygun davranmasını sağlayan bir mekanizmadır⁴¹. Ancak temel hakların etkili bir yargısal korumaya tabi tutulabilmesi için idari yargı denetiminin taşıması gereken bazı zorunlu unsurlar bulunmaktadır. Mahkemeye erişimin önündeki engellerin kaldırılması, uyuşmazlığın tarafsız, bağımsız⁴², alanında uzman yetkin bir hakim tarafından incelenmesi, makul sürede hem yürütmenin

³⁹ AİHM, Vilho Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya, Başvuru no: 63235/00, 9 Nisan 2007, para.62, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014

⁴⁰ Mithat Sancar, Hukuk Devletin Geleceği Açısından İdari Yargı, İdari Yargı Sempozyumu, 2000, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No:59, s.76

⁴¹ Onur Karahanoğulları, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005,s.15

⁴² Mahkemelerin Bağımsızlığı tartışmasının tarihi temellerine ilişkin tartışmalar için bkz. Mustafa Kutlu, ‘Kuvvetler Ayrılığı,Temelleri, Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 158

durdurulması gibi geçici koruma kararının hem de esasa ilişkin nihai kararın verilmesi, hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmesi⁴³, tanık dinletebilme, karşı tarafın ifade ve beyanlarına karşı delil ileri sürebilme, yargısal süreçlerde silahların eşitliği ilkesi açısından idarenin tez ve savunmaları ile idari işlemin gerekçeleri konusunda bilgilendirilme, yargısal kararın gerekçeli olmasını ve hakkında verilmiş olan kararın gecikmeksizin infazını isteme⁴⁴ gibi usuli bir takım hakların yargısal süreçlerde taraflara tanınmış olması adalete erişim hakkının bir gereğidir⁴⁵. AİHS'ne taraf olan devletler için adalete erişim hakkı pozitif bir yükümlülük olduğundan, Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle ülkemizde de bu hak anayasal düzeyde teminat altına alınmıştır⁴⁶.

İdari yargı alanında belirli işlemlerin tamamen yargı denetimi dışına çıkarılması AİHM tarafından kabul edilebilir bulunmamaktadır⁴⁷. Ancak idari uyuşmazlıklar bakımından mahkemeye erişim hakkı her ülkede belirli sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Bu sınırlamalardan ilki, menfaat ihlali koşuludur. İdarenin eylem ya da işlemi ile güncel, somut bir menfaat ilişkisi olmayan bir kişinin dava açması idari istikrar ve kamu yararı açısından sınırlandırılabilir. Ayrıca, dava açılmadan önce idari bir organa başvuru zorunlu tutulabilmekte, dava açma süresi öngörülebilme, belirli mahkemelerde avukat ile temsil zorunluluğu getirilebilme, adli yardım sisteminin iyi işlemesi kaydıyla dava açmak için belirli harçların ödenmesi bir gereklilik olarak düzenlenebilmektedir⁴⁸.

⁴³ Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, s.44

⁴⁴ Hasan Nuri Yaşar, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.127.

⁴⁵ Müslüm Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.138.

⁴⁶ Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara, 2012, s. 307

⁴⁷ AİHM, Canea Katolik Kilisesi- Yunanistan, Başvuru no:25528/94,16/12/1997, para.35, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014

⁴⁸ Müslüm Akıncı, s.151-215

3.2. Genel Olarak İdari İşlemlerin Yargısal Denetimi

İdari işlemlerin yargısal denetimi, Anayasa'nın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesinde belirlenen ilke ve kurallara göre yapılmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildikten sonra yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesinde ise, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olup olmadıkları açısından yargısal denetime tabi tutulacağı ifade edilmiştir.

Bu hükümler uyarınca idari işlem niteliğindeki bütün hukuki tasarruflar iptal davası yoluyla yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmakta ve idari yargı yerlerince bu unsurlardan herhangi birinde hukuka aykırılık tespit edilmesi halinde, idari işlem iptal edilmektedir. Bu yönüyle iptal davasının, unsurlarından herhangi birisi hukuka aykırı olan idari işlemleri ortadan kaldırmak suretiyle hukuk devletini gerçekleştiren objektif bir dava türü olduğu belirtilmektedir ⁴⁹.

İdari işlemin unsurlarından yetki unsuru, idari işlemlerin sadece anayasa ve kanunların yetkili kıldığı organ, makam ve kamu görevlileri tarafından tesis edilmesini gerektirir⁵⁰. Her idari birimin yürüteceği kamu hizmetinin türü, coğrafi faaliyet alanı, görev ve yetkileri idarenin kanuniliği ilkesi gereğince yasayla belirlenmiştir. Dolayısıyla, idareler sadece kendi görev alanlarına giren konularda işlem yapabilir. İdari yetki kamu düzeniyle ilgili olduğundan, taraflarca ileri sürülmesi de, yargı yerince uyuşmazlığın her aşamasında kendiliğinden gözetilir. Buna göre, idari işlem, Anayasa ve kanun tarafından verilmiş bir yetkiye sahip olmayan idare veya kamu görevlisi tarafından

⁴⁹ Ali Ülkü Azrak, İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s.146, Murat Sezginer, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara, 2000, s. 15

⁵⁰ Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara, 2011, s. 124.

tesis edilirse, mahkemece iptal edilecektir. Bu nedenle, mevzuatta yetki devri öngörülmediği sürece, bir kararı alma konusunda yetkili olan makam/kişi kim ise, idari işlemin onun tarafından tesis edilmesi gerekir. Örneğin, vali tarafından yapılması zorunlu olan bir il içi naklen atama işleminin, ilgili kanunda yetki devri öngörülmediğinden vali yardımcısı tarafından tesisi mümkün değildir⁵¹.

Şekil unsuru, bir idari işlemin veya tasarrufun hukuk aleminde geçerlilik kazanması için uyulması zorunlu usul kurallarını ifade etmektedir⁵². Buna göre, bir idari işlemin hukuk aleminde varlık kazanabilmesi için, mevzuatta öngörülen şekle uygun olarak tesis edilmesi gerekir. İşlem tesis edilirken idarenin uyması gereken; işlemin yazılı olması, aynı hukuki statüye sahip olan bireylerin eşit muameleye tabi tutulması, kamu hizmetinden yararlananların idari işlemlerin yapılması sürecine katılımının sağlanması, bilgi edinme hakkına saygı gösterilmesi, savunma hakkı tanınmadan idari yaptırım kararı verilmemesi gibi usuli işlemler, idare edilenlerin hukuki güvenliğinin bir teminatıdır⁵³.

Sebeup unsuru, idari karar alınmadan, işlem tesis edilmeden önce var olan ve idareyi belli bir karar veya işleme götüren hukuki veya fiili durumdur. İdari işlemin sebebi olarak gösterilen hukuksal olgu veya maddi olay gerçeğe uygun, yasal ve somut olmalıdır. Keyfi, duygusal, hukuka aykırı veya gerçek dışı sebeplere dayanan bir işlemin hukuka uygun olduğundan bahsetmek mümkün olmadığından, bu tür tasarrufların yargı yerince iptal edilmesi muhtemeldir⁵⁴. İdari tasarruftaki sebep, aynı zamanda o tasarrufun gerekçesini oluşturur. Gerekçenin, idari tasarrufun dayandığı maddi veya hukuksal nedenleri açıklaması beklenir. Soyut biçimde kanun maddelerini sıralamak, ilgisine veya mahkemeye idarenin yasal yetkilerini yinelemek gerekçe sayılamaz. Örneğin, naklen atama işlemlerinde kamu görevlilerinin, görevini ve görev yerini değiştirme hususunda idarenin takdir yetkisinin bulun-

⁵¹ Danıştay 5.Dairesi'nin 09.01.2014 gün ve K. 2014/53 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:05.04.2014

⁵² Kazım Yenice, Yüksel Esin, İdari Yargılama Usulü, Ankara, 1983, s.47

⁵³ A.Ülkü Azrak, Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi, İHFM, XXXIII, 1967, s. 76.

⁵⁴ Danıştay 2. Dairesi'nin 03.07.2014 gün ve 2013/8635 sayılı YD kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:06.04.2014

duğuna ilişkin bir gerekçe, idari yargı yerlerince tek başına yeterli görülmemektedir⁵⁵. Mahkemece idari işlemi tesis eden idareden, işlemle maddi olaylar arasındaki bağlantıyı, hukuksal nedenlerdeki tutarlılığı ve geçerliliği, açık ve inandırıcı biçimde ortaya koyması beklenmektedir⁵⁶. Ayrıca, sebebin varlığı yeterli olmayıp, bu sebebin istenilen hukuksal sonucu doğuracak nitelik ve güçte olup olmadığı da, yargı yerlerince incelenmektedir. Başka bir deyişle, idari işlemin tesisine sebep olarak gösterilen maddi olaylar ile sonuç olarak öngörülen hukuki tasarruf arasında adil bir denge olmalıdır⁵⁷.

İdari işlemin konu unsuru, bir idari işlemin varlığı hukuksal sonuçtur. Mevzuatta öngörülen genel ve özel bütün şartları taşıyan bir kişinin başvurusu üzerine memur olarak atanması, kamu hizmetini kurumlarca belirlenen esas ve usullere aykırı olarak yerine getirdiği tespit edilen memurun, disiplin cezası ile cezalandırılması, 65 yaşını dolduran ve emeklilik için aranan diğer şartları taşıyan kişinin emekli statüsüne geçirilmesi, anılan idari işlemlerin konusunu oluşturmaktadır⁵⁸. İdari işlemin sebebi olan maddi olaylar ve hukuksal nedenler ile sonuç olarak ortaya çıkan hukuki tasarruf arasında açık bir bağlantı söz konusudur. İşlemin tesis edilmesine dayanak olarak gösterilen sebeplerin hukuka aykırı olması veya gerçeği yansıtmaması halinde, sonuç olarak ortaya çıkan hukuki tasarrufta hukuka aykırı olacaktır⁵⁹.

İdari işlemin maksat unsuru ise, işlem tesisinde idarenin gerçekleştirmek istediği amaçtır. Kanun ile belirli bir amaç öngörülmemişse, bütün idari işlemlerin kamu yararını, başka bir deyişle toplumun ortak çıkarını amaçlaması gerektiği edilmektedir. İdari işlemlerin hukuka uygunluğu denetlenirken, işlemin kamu yararına ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak tesis edilip edilmediği hususu, idari yargı yerlerince re'sen araştırılmaktadır⁶⁰. Yargısal denetim sırasında,

⁵⁵ Danıştay 5. Dairesi'nin 11.12.2013 gün ve 2013/9836 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi: 11.04.2014

⁵⁶ A. Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 16. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 56. ,Kazım Yenice, Yüksel Esin, İdari Yargılama Usulü, Ankara, 1983, s.53

⁵⁷ Danıştay 12. Dairesi'nin 18.12.2013 gün ve K. 2013/11516 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:16.04.2014

⁵⁸ Kazım Yenice, Yüksel Esin, s.59

⁵⁹ Kazım Yenice, Yüksel Esin, s.59

⁶⁰ Yücel Uğurlu, Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı: 1, s.128

işlemin genel yarar amacından sapıp, kişisel, siyasi, dinsel, mesleki, zümresel sempati veya antipatinin aracı olarak kullanıldığının tespiti halinde, işlem amaç unsuru yönünden hukuka aykırı bulunarak iptal edilmektedir⁶¹.

İdari yargı yerlerince idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi yapılırken, çoğu zaman sebep ve maksat unsurları birlikte değerlendirilmektedir. İdarenin işlem tesis etmek için sahip olduğu takdir yetkisinin amacı, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri olduğuna göre, idareyi bir tasarrufta bulunmaya yönelten sebebin bu amacı gerçekleştirecek nitelikte olması beklenir. Yukarıda belirtildiği üzere, sebep daha önce kanunla ya da genel düzenleyici işlemlerle tespit edilmişse, bu sebep kamu yararı ve kamu hizmetinin gereği olmalıdır⁶².

3.3. Kamu Görevlilerine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargısal Denetim

Geniş anlamda kamu görevlisi kavramı, kamu kesiminde görev yapan ve hukuksal durumları birbirinden farklı olan tüm görevlileri içine alır. Dar anlamda ise, Anayasanın 128. maddesi uyarınca, kamu kurum ve kuruluşlarının, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişileri ifade eder⁶³.

Devlet Memurları Kanunu kamu görevlilerini, memurlar, sözleşmeliler, geçici görevliler ve işçiler olarak dört grupta toplamıştır. Personel hukukunun statüer yapısı nedeniyle, kamu görevlilerinin hizmet şartları ile hak ve ödevleri personel kanunları ile belirlenmiştir. Bu kapsamda, kamu görevlisi olarak atanmak isteyenlerin eğitim, sağlık, yaş gibi sahip olması gereken nitelikler, katılması gereken sınavlar, adaylık süresi ve şartları, atanma, görevde yükselme, terfii, unvan değişikliği, hak kazandıkları aylık ve diğer özlük hakları, uymaları gereken kurallar, statüye aykırı davranışlarının sonucu olarak haklarında uygulanacak disiplin yaptırımları, emeklilik hakkı, memuriyetin sona ermesi gibi hususlar, kamu görevlisi henüz göreve başlamadan önce yasa koyucu tarafından belirlenmiştir.

⁶¹ Yücel Uğurlu, s. 130.

⁶² Danıştay 6. Dairesi'nin 16.09.2014 gün ve 2014/2083 sayılı YD kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:15.10.2014

⁶³ Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara, 2007, s.197

Belirtilen hukuki durum nedeniyle, atanmak istediği kadro ve pozisyon için mevzuatta öngörülen objektif şartları sağlamak, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğudur. Öte yandan, uygulamayı isteme hakkı ilkesine göre, yasada öngörülen şartlara sahip olan bir kamu görevlisinin, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin bir gereği olarak, hukuki durumu aynı olan kişilerle birlikte mevzuatın tarafına da uygulanmasını isteme hakkı bulunmaktadır⁶⁴. Başka bir deyişle, kamu görevlisinin belli sınavlara katılma, belirli görevlere atanma, atandığı görevlerde başarılı olduğu sürece kariyer ve liyakat ilkelerinin gereği olarak görevini sürdürmeyi talep etme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 3. maddesinde liyakat ilkesi, bu Kanun'a hakim olan temel bir ilke olarak kabul edilmiş ve liyakatin amacı, "devlet kamu hizmeti görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır" şeklinde ifade edilmiştir⁶⁵.

Liyakat ilkesi, hizmete alınma ve yükselmeye en yeterlinin seçilmesi ve görevlendirilmesini hedeflemektedir⁶⁶. Liyakat, gerek görevin devamı ve gerekse görevde yükselme bakımından gerekli bir şart olup, kamu görevlisi açısından aralıksız ve devamlı olarak taşınması gereken bir vasıftır. Liyakat şartlarının belli görevlerde yükselmeler için önceden adaylara veya ilgili teşkilata duyurulması, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri bakımından önem taşımaktadır⁶⁷. Liyakat sistemi, toplumda ve idarede eşitliğin, hakkaniyetin, açıklığın, dürüstlüğün, çalışkanlığın, yarışma ve hak etmenin, hukuki yollardan hakkını arama ve elde edebilmenin teminatı olarak öngörülmüştür⁶⁸.

Kariyer ilkesi ise, kamu görevlilerine yaptıkları hizmetleri için lüzumlu bilgilere ve yetişme şartlarına uygun bir şekilde, sınıfları

⁶⁴ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 17. maddesi hükmü, www.mevzuat.gov.tr, erişim tarihi: 14.04.2014

⁶⁵ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 3. maddesi hükmü, www.mevzuat.gov.tr, erişim tarihi: 14.04.2014

⁶⁶ İbrahim Pınar, Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.34

⁶⁷ Cengiz Derdiman, İdare Hukuku, İstanbul, 2010, s.413

⁶⁸ Ramazan Yıldırım, İdare Hukuku Dersleri 1, 2005, s.184

içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanını sağlamaktır. Giriş şartları, ilerleme ve yükselme olanakları ve maddi karşılıkları önceden belirtilmiş bir kariyer sisteminin varlığı, ehliyetli, çalışkan ve hizmete bağlı personel bulma açısından önem taşımaktadır⁶⁹. Kariyer ilkesi, kamu görevlilerine meslekte yükselme ümidi ve güvenesi verdiği için, kişisel niteliklerini ve performanslarını artırmak yolunda aynı zamanda bir teşvik aracıdır⁷⁰. Dolayısıyla, kamu görevlileri açısından, göreve alınma, yükselme ve görevin sona erdirilmesine ilişkin hususlarda, kariyer ve liyakat ilkelerine dikkat edilmesi, hem kamu hizmetinin etkili ve verimli olarak yürütülmesine, hem de kamu görevlisinin hukuki güvenliğinin sağlanmasına katkı yapmaktadır.

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, kamu görevine atama ve kamu görevinin sona erdirilmesine ilişkin işlemlerin hukuki niteliği irdelenecek olursa; doktrinde, bu tür işlemlerin, kişiyi önceden yasalarla hak ve yükümlülükleri belirlenmiş belirli statülere soğan veya bu statüden çıkaran koşul işlemler olduğu kabul edilmektedir⁷¹. Koşul işlemler, belli kişiler için belirli objektif kurallar içinde bir hukuksal durum meydana getirir veya onlara anayasal bir yetki ve olanak sağlar. Bu tür işlemler ile mevcut nesnel bir duruma, bir kural düzenlemeye, statüye göre bazı kimselere hukuksal bazı imkanlar sağlanır veya bu kişiler belirlenen bazı haklardan yoksun bırakılır⁷². Esas itibarıyla bu işlemler, idare tarafından tesis edilen, yürütme fonksiyonunun yetki alanı içerisinde olan ve idari yargı yerlerinin denetimine tabi olan işlemlerdir. **İdari yargı yerlerince bu tür işlemlerin hukuki denetimi yapılırken, kamu görevlilerinin görevinin veya görev yerinin değiştirilmesi konusunda idarenin takdir yetkisinin olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri ile**

⁶⁹ İbrahim Pınar, s. 34

⁷⁰ Danıştay 2. Dairesi'nin 24.04.2013 gün ve K. 2013/2470 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:15.10.2014

⁷¹ Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, 1990, s.98, Cengiz Derdiman, s. 498,

⁷² Kazım Yenice, Yüksel Esin, s.13

sınırlıdır⁷³. İdari yargı yerlerince kamu görevinden alınmaya ilişkin davalar çözümlenirken idarede, ilgili kamu görevlisinin üstlenmiş olduğu görevi yürütmekte başarısız veya verimsiz olduğunu, tutum ve davranışlarının kamu hizmetinin gerekleri ve saygınlığı ile bağdaşmadığını hukuken kabul edilebilir, somut belgelerle ortaya koyması beklenmektedir. Başka bir deyişle, takdir yetkisi kullanılmak suretiyle yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda yargısal denetim, kamu yararının gözetilip gözetilmediği, kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı kalınıp kalınmadığı konularında yapılmakta olup, işlemin dayanağı olarak idarece belli nedenler gösterilmesi durumunda, mahkemece aynı ilkeler göz önünde bulundurularak, bu nedenlerin gerçek olup olmadığı, gerçek olmaları durumunda ise, işlemin tesisi için yeterli bulunup bulunmadığı hususları araştırılmaktadır⁷⁴.

Mahkemece bu tür uyuşmazlıklarda kariyer ve liyakat ilkelerinin bir gereği olarak, 'sebeup ve maksat' unsurları yönünden sıkı bir denetim yapılmak suretiyle kamu görevini sürdürmekte başarısız olanların niteliklerine uygun başka görevlere atanması, bunun yanında özellikle hiyerarşik yapıda üst düzey kadroların, işin ehline teslim edilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. İdarece, objektif gerekçeleri ortaya konulmadan kamu görevinin sona erdirilmesi halinde, etkili hukuksal koruma, hukuki güvenlik, belirlilik ve idari istikrar ilkeleri gereğince mahkemece idari işlem iptal edilmektedir⁷⁵.

Öte yandan, Anayasa'nın 70. maddesinde ifadesini bulan kamu görevine girmede görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemeyeceği yönündeki anayasal ilke de, personel hukuksal kaynaklanan davalarda, idari yargı yerlerinin idari işlemin 'sebeup ve maksat' unsurları yönünden denetim yapmasını, bu kapsamda işlem tesisine dayanak alınan kamu görevlisinin sicil ve performans durumu, almış olduğu ceza ve ödüller gibi objektif unsurların re'sen araştırma ilkesi gereğince mahkemece tespit edilip dikkate alınmasını gerektirmektedir.

⁷³ Danıştay 5. Dairesi'nin 20.11.2013 gün ve K. 2013/8082sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:15.10.2014

⁷⁴ Danıştay 5. Dairesi'nin 17.01.2014 gün ve K. 2014/219 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:15.10.2014

⁷⁵ Danıştay 10. Dairesi'nin 29.11.2013 gün ve K.2013/8721sayılı kararı,www.danistay.gov.tr, erişim tarihi:14.10.2014

3.4. Kanun ile Kamu Görevi ve Ünvanın Sona Erdirilmesine İlişkin Davalarda Yargısal Denetim

Yukarıda bahsedildiği üzere, kamu görevine atama ve bu görevin sona erdirilmesine ilişkin hukuki tasarruflar tipik bir koşul işlemidir. Bu işlemler ile kişiler daha önce kanunlarla belirlenmiş hukuki statüleri sokulmakta veya bu statülerden çıkarılmaktadır. Kural olarak, bu tür işlemlerin idare tarafından tesis edilmesi ve Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idari yargı mercilerinin denetimine tabi olması gerekir. Bu tür işlemler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi'nde düzenlenen idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olup olmadıkları yönünden yargısal denetime tabi tutulacağı yönündeki ilke gereğince, mahkemelerce görece olarak yoğun bir denetime tabi tutulmaktadır⁷⁶.

İdari yargı yerlerince, idari işlemin sadece şekil ve usul denetimine tabi tutulmayıp 'sebep ve maksat' unsurlarının da denetlenmesi, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adalete etkili erişim ve 13. maddesinde ifadesini bulan iç hukukta etkili başvuru yolunun sağlanması ilkelerinin de bir gereğidir. Yukarıda yer verildiği üzere, AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca adil yargılanma hakkının, hukukun üstünlüğü ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Hukukun üstünlüğü ilkesi ise, devlet organlarının her türlü tasarrufunun, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkeleri gibi hukukun evrensel prensiplerine, Anayasaya ve kanunlara uygun olmasını gerektirir⁷⁷. Bu husus ancak, temel hak ve hürriyetlerinden herhangi birisine müdahale edildiği iddiasıyla yapılacak başvuruların esasının, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından incelenmesi, ihlalin tespiti durumunda makul bir sürede giderilmesi ve meydana gelen zararın tazmin edilmesi halinde mümkündür⁷⁸.

⁷⁶ İdarenin Yargısal Denetiminin Yoğunluğu konusundaki tartışmalar için bkz. Mahmut Şen, İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt, XVII, 2013, s.1623-164

⁷⁷ Singh, Mahendra P, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Springer 2001, s 120

⁷⁸ Licht, Amir N., Goldschmidt, Chanan and Schwartz, Shalom H., *Culture Rules: The Foundations of the Rule of Law and Other Norms of Governance*, 2006, <http://ssrn.com>, erişim tarihi: 02.04.2014

Yukarıda bahsedilen ilke ve kurallar uyarınca, idari bir işlemle yapılması gereken bir kamu kurumundaki görevin veya ünvanın sona erdirilmesinin, kanun veya kanun hükmünde kararname gibi hukuki tasarruflara konu edilmesinde eleştiri konusu yapılan ilk husus, bireysel ve somut işlem tesis etme yetki ve görevinin yürütme organına ait olduğu yönündedir. Gerçekten, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca, yasama genel, soyut, kişilikdışı, süreklilik arz eden kural koyma yetkisine sahip iken yasama organının belirlediği kuralları uygulamak ve hayata geçirmek yürütmenin ve onun bir bölümünü oluşturan idarenin görevidir⁷⁹. Bu kapsamda kamu görevlileri ile ilgili yasama organı genel kurulları koyarken, bu kurallara uymak ve uygulamak suretiyle yasaların somut, özel ve bireysel durumlara uygulanmasını münhasır yetki, yürütme organına tahsis edilmiştir⁸⁰. Buna göre, Anayasa'da atama işlemini yasama organının görev ve yetkileri arasında açıkça sayan herhangi bir hükmün bulunmamaktadır. Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan, memurların atanmaları ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği yönündeki ifade dikkate alındığında, kanunla kadroların kaldırılması, birleştirilmesi ve yeni kadroların ihdas edilmesi mümkün olmakla birlikte, kanun metninde yer alan "düzenlenir" ibaresi, kelime anlamı itibariyle genel, soyut ve objektif bir tasarrufu ifade etmektedir⁸¹. Yani kanun, genel, soyut ve objektif bir şekilde memurların hangi usul ve esaslarla atanacağını düzenleyecek, daha sonra da herhangi bir kişi bu usul ve esaslara göre yetkili idari merciler tarafından atanacaktır⁸².

Atama ve görevden almaya ilişkin hukuki prosedürün bu şekilde düzenlendiği durumlarda, tesis edilen idari işlemler, mahkemelerce sadece usul ve şekil denetimine tabi tutulmakla kalmayacak, sebep ve maksat unsurları açısından da denetlenecektir. İdari işlemlerin temel amacı, kamu yararının sağlanması olduğundan, mahkemece işlemin tesis edilebilmesi için kamu yararının gerçekleşmesine elverişli ve yeterli bir sebebin varlığı aranacak, tesis edilen işlemin kamu yararı, ge-

⁷⁹ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006, s.362.

⁸⁰ H. Alperen Çıtak, Murat Erdoğan, *Yasama Tekniğinde Yeni Bir Eğilim: Kanun Formunda Bireysel İdari İşlemler (Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Işığında Değerlendirmeler)*, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2012, Cilt 4, s.266

⁸¹ H. Alperen Çıtak, Murat Erdoğan, s.266

⁸² H. Alperen Çıtak, Murat Erdoğan, s.270

nel ahlak, kamu düzeni ve genel sağlık gibi sebeplere dayandırıldığı durumlarda, bu sebeplerin hukuken kabul edilebilir, somut bilgi ve belgelerle ispatlaması gerekecektir⁸³.

İnceleme konusu olan, kanun ile bir kamu kurumundaki görevin veya ünvanın sona erdirilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda ise, işlemin sebep unsuru, kanun koyucu tarafından belirlenmekte ve bu sebep çoğu zaman idari teşkilatın yeniden yapılandırılması olarak gösterilmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, kanun ve kanun hükmünde kararname ile bir kamu kurumundaki görevin veya ünvanın sona erdirildiği durumlar, yürürlükte bulunan kanunlara dayanılarak ve kamu görevlisinin öznel durumu dikkate alınarak idarece tesis edilen naklen atama işlemlerinden tamamen farklıdır. Kamu kurumunun yeniden yapılandırılmasına ilişkin hukuki ve fiili zorunluluklar nedeniyle, kazanılmış haklar korunarak başka kadrolara atama yapılmasının, kanun koyucunun takdir alanı içinde kaldığı belirtilmektedir⁸⁴. Yüksek Mahkeme'ye göre, genel nitelikteki yasal düzenlemeyle oluşturulan bu durumun, sebep unsuru yönünden hukuka uygun olup olmadığının tespiti, anayasal bir sorundur ve bu yöndeki denetimin Anayasa Mahkemesince yapılması gerekir. Anılan atama işleminin doğrudan kanunla değil, idari işlemle yapılmasının öngörülmesi durumunda dahi, kanunlara uygunluk denetimi yapmakla sınırlı bir yetkiyi haiz olan idari yargı yerlerinin, işlemin sebep unsurunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını tartışması ve bu yönde bir denetim yapması mümkün değildir⁸⁵.

Öte yandan Yüksek Mahkeme, kamu kurumlarında üstlenilen görev veya ünvanı sona erdiren düzenlemelerin iptali istemiyle yapılan başvurularda, sahip olduğu anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisinin sınırlarına ilişkin ise, hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılmasının zorunlu olduğu, bununla birlikte kanun koyucunun, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisinin bulunduğu, düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına

⁸³ Metin Günday, İdare Hukuku, s. 139.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 14.02.2013 gün ve E. 2011/150, K. 2013/30 Sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 31.03.2014

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 gün ve E:2011/107,K: 2012/184 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 31.03.2014

uygun olup olmadığının belirleme yetkisinin kanun koyucuya ait olduğu, Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığının değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının incelenebileceği yönünde hüküm vermiştir⁸⁶.

Anayasa Mahkemesi, kamu kurumlarındaki belirli görev ve ünvanları üstlenenlerin bu görev ve ünvanlarını sona erdiren düzenlemelerin amacının, kanun koyucu tarafından kamu yararının sağlanması olarak gösterildiği durumlarda, mahkeme olarak kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığına karar verme yetkisinin bulunmadığı, ancak düzenlemenin kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırıldığı yönünde bir belirleme yapılırsa iptaline hükmedilebileceği görüşündedir.

İdari yargı yerlerinde bu tür düzenlemelere dayalı olarak tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda, işlemin sebep unsurunun incelenmesinin mümkün olmadığı görüşünde olan Yüksek Mahkeme'nin, maksat unsuru açısından düzenlemenin kamu yararı amacına hizmet edip etmeyeceğini incelememesi, yapılan düzenleme ve sonrasında tesis edilecek işlemlerin muhatabı olacak kişilerin açtıkları davalarda etkili bir yargısal denetim yapılması imkanını ortadan kaldırmaktadır.

İdari yargı yerlerince bu tür kanun ve kanun hükmünde kararname hükümlerine göre tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda verilmekte olan kararlar da, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen görüşlerini teyit etmektedir. Buna göre, yasal düzenlemede, atanılacak görev açıkça belirlenmemiş ve 'müktesep haklarına uygun bir göreve atanır' şeklinde bir ifadeye yer verilmiş ise, idari yargı mahkemelerince ilgilinin, mevzuatta öngörülen usul ve şekle uyulmak ve kazanılmış hakları korunmak suretiyle atanıp atanmadığı yönünden sınırlı bir denetim yapılabilir. Bu denetim, idari işlemin yetki, şekil ve konu unsurlarıyla sınırlı olmaktadır. Kanun hükmünün sona erdirilen görevle birlikte, atanılacak görevleri de düzenlediği durumlarda ise Danıştay tarafından, ortada idari davaya

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 gün ve E:2011/107,K: 2012/184 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 31.03.2014

konu olacak kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem olmadığından, idare mahkemesince dava hakkında incelenmeksizin ret kararı verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁸⁷.

Danıştay 5. Dairesi tarafından verilen bahsi geçen kararda, davacının il sağlık müdür yardımcısı kadrolarında çalışmakta iken, kanun hükmünde kararname hükümleri gereğince araştırmacı kadrolarına atanmış sayıldığı, kanun hükmünde kararnamelerin, yürütme organının bir işlemi olmakla birlikte, fonksiyonel açıdan kanun niteliğini taşıyan hukuki düzenlemeler olduğu, bu bakımdan, idari işlemlere karşı açılan davaların çözümünü görevli idari yargıda, KHK hükümlerinin iptali istemiyle açılmış bir davanın incelenmesinin hukuken mümkün olmadığı, dava konusu edilen hususun gerek 2575 sayılı, gerekse 2577 sayılı Yasaların kapsamında yer almadığı, bu nedenle davanın, idari yargıda incelenerek karara bağlanmasına hukuken olanak bulunmadığına karar verilmiştir⁸⁸.

Yine benzer bir davada ise, KHK hükümleri uyarınca Bakanlık müşaviri kadrosuna doğrudan atanmış sayılan davacının açtığı davada, atama konusunda idareye herhangi bir değerlendirme yapma ya da başka yönde işlem kurma olanağı tanınmadığı, davacının kanun niteliğini taşıyan hukuki bir düzenleme ile yeni bir kadroya atandığı, bakanlık müşaviri kadrosuna atanmasına dair kurulmuş bir idari işlem var olmadığından, kadro unvanının değişimi sonucunu doğurduğu öne sürülen işlemin iptali istemiyle açılan davanın, incelenmeksizin reddi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁹.

Yukarıda bahsedilen davalarda Danıştay tarafından, ortada idari yargı mercilerince hukuki denetimi yapılabilecek bir idari işlem olmadığı, kanun hükmünde kararnamenin hem görevden alma hususunu, hem de atanılacak kadroyu belirlediği, idareye ne görevden alma, ne de atanılacak kadroyu belirleme konusunda bir takdir yetkisi tanımadığı, bu nedenle sadece Anayasa Mahkemesi tarafından bu denetimin yapılabileceği belirtilmesine karşın, söz konusu kanun hükmünde

⁸⁷ Danıştay 5. Dairesi'nin E. 2013/3793, K.2013/8647 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi: 12.0802014

⁸⁸ Danıştay 5. Dairesi'nin E. 2013/3793, K.2013/8647 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi: 12.0802014

⁸⁹ Danıştay 5. Dairesi'nin E. 2013/365, K.2013/9926 sayılı kararı, www.danistay.gov.tr, erişim tarihi: 12.0802014

kararnamelerin kamu görevlilerinin mevcut görevlerini sona erdiren maddelerinin iptali istemiyle yapılan başvurular Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir.

Bahsi geçen başvurulardan birisi, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 4. maddesiyle belli ünvanlardaki kamu görevlilerinin mevcut görevlerinden alınarak 'Bakanlık Müşaviri', ve 'Araştırmacı' görevlerine atanmış sayılmalarına ilişkin düzenlemenin iptali istemiyle yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurularda; ilgililerin, söz konusu görevlere 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun kariyer ve liyakat ilkeleri çerçevesinde yükseldiği, bu görevlerin kendileri yönünden hukuken kesinleşerek kişisel alacak niteliğine dönüştüğü, bu kişilerin yasayla görevlerinden alınarak 'Bakanlık Müşaviri' ve 'Araştırmacı' gibi pasif görevlere atanmalarının, kazanılmış hakları ortadan kaldırdığı, yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince kamu görevlilerinin atanmalarındaki usule göre görevlerinden alınmaları gerektiği, Anayasanın 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu;125. maddesinde ise, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunun belirtildiği, kamu görevlilerinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun kariyer ve liyakat ilkelerine göre yükseldikleri ve hukuki güvenliğe sahip kılındıkları kadro görev unvanlarından, 'Bakanlık Müşaviri', ve 'Araştırmacı' görevlerine olağan hukuki yol olan idari işlemle atamalarının yapılması durumunda kullanabilecekleri Anayasal güvence altındaki hak arama özgürlüğü ile yetkili yargı mercilerine dava açma haklarının, Yasayla atanmaları suretiyle ellerinden alınmasının Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nce, KHK ile Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının yeniden yapılandırıldığı, önceki teşkilat yapısından farklı yeni hizmet birimleri oluşturulduğu, teşkilat yapısında meydana gelen bu değişikliklerin mevcut personelin hukuki durumlarını da etkilediği, söz konusu işlemlerin sebep unsuru, idarenin yeniden teşkilatlandırılması olduğundan, yürürlükteki kanunlara dayanılarak ve kamu görevlisinin öznel durumu dikkate alınarak idarece tesis edilen naklen atama işlemlerinden tamamen farklı olduğu, söz konusu

hukuki ve fiili zorunluluklar nedeniyle kazanılmış haklar korunarak başka kadrolara atama yapılmasının, kanun koyucunun takdir alanı içinde kaldığı, bu nedenle dava konusu kuralın Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır⁹⁰.

Benzer şekilde, 649 sayılı Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin belli görev ve ünvanlardaki kamu görevlilerinin bu görev ve ünvanlarını sona erdiren maddelerinin iptali istemiyle yapılan başvurularda ileri sürülen 'hak arama hürriyetine aykırılık' iddiası Anayasa Mahkemesi'nce yerinde görülmemiştir. Bu kararda ise, Yüksek Mahkeme'ce, Anayasa'nın 36. ve 125. maddeleriyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğünün önemine vurgu yapılmasına ve bu tür işlemlere karşı açılacak davalarda idari yargı yerlerinin, işlemin sebep unsurunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını tartışması ve bu yönde bir denetim yapmasının mümkün olmadığını tespitinde bulunulmasına karşın, bu işlemin doğrudan kanun hükmünde kararnameyle yapılmasının hak arama hürriyetini sınırlandırdığından bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir⁹¹.

Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın yukarıda yer verilen kararları dikkate alındığında, kanun ve benzeri hukuki tasarruflarla bir idari birimdeki kamu görevi ve ünvanın sona erdirilmesine ilişkin uyuşmazlıkların, idari yargı mahkemelerince etkili bir denetime tabi tutulması mevcut hukuki durumda mümkün değildir. Bu husus ise, AİHS'nin 6. maddesi'nde ifadesini bulan adalete erişim ve 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç

AİHM'ne göre, devlet kurumlarının eylem ve işlemleri sonucu hakları ihlal edilenlere, mahkemeye erişim hakkı tanınmaksızın hukukun üstünlüğüne dayalı bir sistem kurulması mümkün değildir⁹².

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 14.02.2013 gün ve E. 2011/150, K. 2013/30 Sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 31.03.2014

⁹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 gün ve E:2011/107,K: 2012/184 sayılı kararı, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 31.03.2014

⁹² AİHM, Kart-Türkiye , Başvuru no: 8917/05, 8 Temmuz 2008, para. 13. <http://>

Adil yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde düşünülmesi gereken bir haktır. Bu ilkenin alt bileşenlerinden birisi ise, hukuki belirlilik ilkesidir. Buna göre, sahip olunan temel hakların kullanılmasında esas, haklara yapılacak müdahalenin ise, meşru amaca binaen, öngörülebilir, sınırlı, istisnai olması ve bu müdahaleye karşı etkili ve yeterli bir başvuru yolunun sağlanması gerekir⁹³.

AİHS'nin 13. maddesi, Sözleşmeden doğan hak ve hürriyetlerin ihlaline ilişkin itirazda bulunulabilecek ulusal düzeyde bir hukuk yolunu teminat altına almaktadır. Sözleşmeye taraf devletlere bu hüküm kapsamındaki yükümlülüklerine uygun hareket etme şekli hususunda belirli bir takdir yetkisi tanınmasına karşın, bu konuda yapılan düzenlemelerin hukuk güvenliği ilkesi ve adaletin iyi bir şekilde tecelli etmesi amacına hizmet etmediği ve dava açmak isteyen kişinin önünde davasının esasını yetkili ve görevli mahkeme önünde incelemek bakımından bir engel oluşturduğu durumlarda mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmektedir⁹⁴.

Sözleşme ile teminat altında olan haklarına devlet organları tarafından müdahalede bulunulduğu iddiasıyla yapılan başvurularda AİHM, iç hukukta etkili bir hukuk yolunun bulunduğunu, hukuk yolunun erişilebilir olduğunu, başvuranın itirazları açısından uygun bir telafi ve talebe yönelik makul bir kabul ihtimali sağlandığını taraf devletin kanıtlaması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, mevcut olan, ancak sonuç elde etmesi muhtemel olmayan hukuk yollarını başvuranın denemiş olmasına gerek yoktur. Bu nedenle, yetkili ulusal makamın, hem Sözleşme ile ilgili şikayeti esastan değerlendirebilecek, hem de uygun telafi imkanı sağlayacak nitelikte olması gerekir⁹⁵.

Öte yandan, Sözleşmenin 1. maddesi çerçevesinde devlet, tüm organlarının eylem, işlem ve ihmallerinden sorumludur. Söz konusu

hudoc.echr.coe.int, erişim tarihi 07.04.2014

⁹³ AİHM, Brumărescu -Romanya, Başvuru no:28342/95, 23 Ocak 2001, para. 20, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi 09.04.2014

⁹⁴ AİHM, Eşim- Türkiye, Başvuru no: 59601/09 , 17 Eylül 2013 para. 20, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi 11.04.2014

⁹⁵ AİHM, Nada- İsviçre ,Başvuru no: 10593/08,12 Eylül 2012,para.18., <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi 07.04.2014

eylem, işlem ya da ihmalin, iç hukuk veya uluslararası hukuki yükümlülüklerle uygun hareket etme gereksinimi sonucu ortaya çıkmasının AİHM açısından bir önemi bulunmamaktadır. Bu kapsamda, iç hukukta yürürlükte olan düzenlemelere tamamen uygun bir faaliyet sonucu hak ihlali meydana gelirse, devlet yine sorumlu tutulmaktadır. Bu yüzden sadece yürütme organının değil, yasama ve yargı organlarının kararlarının da hak ihlaline sebep olduğu tespiti yapılırsa, AİHM tarafından ihlal kararı verilmektedir.

Adil yargılanma hakkı açısından, dava türüne göre yargılama usulünün yazılı-sözlü olması, çekişmeli yargılama yapılıp yapılmaması, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmaması, uyuşmazlığın esasının incelenmesi, kanıtlama yöntem ve araçları, yargısal denetim ölçütlerinin etkili bir hukuksal koruma için uygun olması, hakimin yetki kapasitesi, ivedi yargılama ve geçici koruma tedbirlerinin koşul ve gerekleri, mahkeme kompozisyonu, hükmün gerekçelendirilmesi, bildirim, tam ve zamanında uygulanması gibi pek çok husus dikkate alınmaktadır⁹⁶.

İnceleme konusu olayda olduğu gibi idari bir işlemin konusu olması gereken bir husus, kanun veya kanun hükmünde kararname gibi tasarruflarla düzenlendiği zaman, idari yargı yerlerince temel hakların korunması açısından zorunlu olmasına karşın, etkili bir yargısal denetim yapılamamaktadır. Kamu görevini veya ünvanı sona erdiren yasama tasarrufundan önce yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre oluşmuş olan hukuki statüler, kişilerin özlük ve sicil durumlarındaki farklılıklar dikkate alınmadan, kanunla sona erdirilmekte fakat kanun ile görevi sona erdirilen kişiye, görevden alınmasını gerektiren somut nedenlerin ortaya konulmasını isteme hakkı verilmemektedir. Dolayısıyla, bu kişilerin kariyer ve liyakat ilkeleri gereğince, kamu görevinde ilerleme haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yapacakları başvurularda, AİHS'nin 6. ve 13. maddelerine uygun, uyuşmazlık hakkında anlamlı bir denetim yapabilecek bir iç hukuk yolu olmadığından, adalete erişim haklarının sınırlandırıldığı söylenebilir.

⁹⁶ Müslüm Akıncı, s.227.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

Akıncı Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Akyılmaz Bahtiyar - Sezginer ,Murat - Kaya , Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009

Alston Philip, Mara R. Bustelo, James Heenan, The EU and Human Rights, Oxford University Press, 1999

Atay Ender Etem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006

Azrak Ali Ülkü, Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi, İHFM, XXXIII, 1967

Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, 1990

Azrak Ali Ülkü, İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, Onar Armağanı,

İstanbul, 1977

Çıtak H. Alperen- Erdoğan, Murat, Yasama Tekniğinde Yeni Bir Eğilim: Kanun Formunda Bireysel İdari İşlemler (Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Işığında Değerlendirmeler), *Ankara Barosu Dergisi*, sayı 2012 cilt 4

Derdiman Ramazan Cengiz, İdare Hukuku, İstanbul, 2010

Erdoğan Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara, 2012.

Francioni Francesco, Access to Justice as a Human Right, Oxford University Press, 2007

Gözübüyük A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 16. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003

Gözübüyük Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara, 2007

Günday Metin, İdare Hukuku, Ankara, 2011

Karahanoğulları Onur, Türkiye'de İdari Yargı Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005

Kloth Matthias, Immunities and the Right of Access to Court Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Leiden, 2010

Kutlu Mustafa, Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri, Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001

Legal Digest of International Fair Trial Rights, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights 2013

Licht Amir N., Goldschmidt Chanan and Schwartz Shalom H., Culture Rules: The Foundations of the Rule of Law and Other Norms of Governance, 2006

O' Donnel Guillermo A., Why the Rule of Law Matters?, *Journal of Democracy*, volume 15, 2004

Özekes Muhammet , Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003

Pınar İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009

- Sancar Mithat, Hukuk Devletinın Geleceği Açısından İdari Yargı, İdari Yargı Sempozyumu, 2000, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No:59.
- Sezginer, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara, 2000
- Singh Mahendra P, German Administrative Law in Common Law Perspective, Springer 2001
- Şen Mahmut, İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt, XVII, 2013
- Uğurlu Yücel, Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi, *A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:2, Sayı: 1
- Vitkauskas, Dovydas, Dikov, Grigoriy ,Protecting the Right to a Fair Trial Under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Human Rights Handbooks, 2012,
- Yaşar Hasan Nuri, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013
- Yenice Kazım- Esin Yüksel, İdari Yargılama Usulü, Ankara, 1983
- Yıldırım Ramazan, İdare Hukuku Dersleri 1, Ankara, 2005

Mahkeme Kararları

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Fayed-Birlesik Krallık kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Philis- Yunanistan kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Canete De Goni- İspanya kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakan -Türkiye kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Eskelinen ve Diğerleri-Finlandiya kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Beaumartin -Fransa kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin De Souza Ribeiro/Fransa kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hatton ve diğerleri- Birleşik Krallık kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Obermeier -Avusturya kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Terra Woningen B.V- Hollanda kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tsfayo - Birleşik Krallık kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kutic- Hırvatistan kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Zumtobel -Avusturya kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Chaudet - Fransa kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çakıcı/Türkiye kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pellegrin-Fransa kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pudas/İsveç kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kart-Türkiye kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Brumărescu -Romanya kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Eşim- Türkiye Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Nada- İsviçre kararı.
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sigma Radio Television - Cyprus Davası
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Massa - İtalya Davası
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Canea Catholic Church-Greece Davası
Anayasa Mahkemesi'nin 14.02.2013 gün ve E. 2011/150, K. 2013/30 sayılı kararı.
Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 gün ve E:2011/107,K: 2012/184 sayılı kararı.
Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 gün ve E:2011/107,K: 2012/184 sayılı kararı.
Danıştay 2. Dairesi'nin 03.07.2014 gün ve 2013/8635 sayılı YD kararı
Danıştay 2. Dairesi'nin 24.04.2013 gün ve K. 2013/2470 sayılı kararı,
Danıştay 5. Dairesi'nin E. 2013/3793, K.2013/8647 sayılı kararı.
Danıştay 5. Dairesi'nin E. 2013/365,K.2013/9926 sayılı kararı.
Danıştay 5.Dairesi'nin 09.01.2014 gün ve K. 2014/53 sayılı kararı,
Danıştay 5. Dairesi'nin 11.12.2013 gün ve 2013/9836 sayılı kararı
Danıştay 5. Dairesi'nin 20.11.2013 gün ve K. 2013/8082sayılı kararı,
Danıştay 5. Dairesi'nin 17.01.2014 gün ve K. 2014/219 sayılı kararı,
Danıştay 6. Dairesi'nin 16.09.2014 gün ve 2014/2083 sayılı YD kararı,
Danıştay 10. Dairesi'nin 29.11.2013 gün ve K.2013/8721sayılı kararı,
Danıştay 12. Dairesi'nin 18.12.2013 gün ve K. 2013/11516 sayılı kararı

İDARÎ YARGIDA BELİRSİZ TAM YARGI DAVASI İHTİMÂLİ POSSIBILITY OF ADMINISTRATIVE ACTION FOR UNQUANTIFIED DAMAGES

Yasin SEZER*
Uğur BULUT**

Özet: Özel hukukta alacağın miktar ve kapsamının tam olarak tespit edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, davacıya belirsiz alacak davası açma imkânı düzenlenmiştir. İdarî yargıda ise Danıştay içtihatlarıyla kabul edilen bu dava türü, -çalışmamızda belirsiz tam yargı davası olarak anılacaktır- bugün de belirli şartlar altında hâlen uygulanabilir olmalıdır. Zira davacının, zararını belirlemesinin kendisinden beklenemeyeceği veya imkânsız olduğu hâller idarî yargılama hukukunda da karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Belirsiz alacak davası, tam yargı davası, dava konusu, ıslah

Abstract: When it is not possible to determine the scope and sum of the claim in private law, plaintiff is provided with legal regulations to bring an action for an unquantified debt. In administrative law, such an action, which will be called as administrative action for unquantified damages in this article, is accepted and improved by case-law interpretations of The Council of State and it must today still be applicable under some certain circumstances. Because such cases that plaintiff can not determine or be expected to determine the scope and sum of the claim is also possible in administrative law.

Keywords: action for an unquantified debt, administrative action for damages, subject-matter

GİRİŞ

İdarî Yargılama Usûlü Kanununda detaylı düzenlemelere yer verilmemiş ve birçok konuda Hukuk Muhakemeleri Kanununa atıf yapılmıştır¹. Ancak hukuk yargılamasındaki somut kanunî düzen-

* Prof. Dr., İzmir-Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

** Arş. Gör., İzmir-Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

¹ İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. maddesinde sayılan konularda Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. Ancak, 01.10.2011 tarihinde 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 450. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış ve 447. maddesinde di-

lemeler arasına dahi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile 01.11.2011 yılında dahil olan belirsiz alacak davasının, idarî yargılamada çok daha eski bir tarihi vardır. Zira, idarî yargılama hukukunda belirsiz alacak davasına benzeyen bir dava türü, herhangi bir kanunî düzenleme olmaksızın, içtihatlar yoluyla kabul edilmiştir. Bu noktada üzerinde durulması gereken diğer bir husus da, 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanununun 4. maddesiyle İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 16. maddesinin dördüncü fıkrasına tam yargı davalarında dilekçede belirtilen miktarı nihaî karar verilinceye kadar harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilme imkânıdır. Çalışmamızda, gerek hukuk yargılamasındaki gerekse idarî yargıdaki kanunî düzenlemeler ve içtihatlar karşılaştırarak açıklanacak ve idarî yargılama hukukunda da özel hukuktaki belirsiz alacak davasına paralel şekilde bir tür belirsiz tam yargı davasına ihtiyaç olup olmadığı tartışılacaktır. Bu kapsamda, 11.04.2013 tarihli değişikliğin getirdikleri ve bu değişiklikten sonra belirsiz tam yargı davası ihtiyacının hâlen hissedilip hissedilmeyeceği üzerinde durulacaktır. Zira idarî yargılama hukukundaki bu sorunlar uzun süredir tartışılmakta ve bir çözüm üretilmesi gerekliliği dile getirilmektedir².

I. HUKUK YARGILAMASINDA BELİRSİZ ALACAK DAVASI

A. Genel Olarak

Belirsiz alacak davası, hukukumuzda ilk kez 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 107. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını veya değerini tam ve kesin olarak belirlemenin imkânsız olduğu ya da bu belirlemeyi yapmanın alacaklıdan beklenemeyeceği hâllerde hukukî ilişki ve asgari bir miktar belirtilmek suretiyle belirsiz alacak davası açılabilir.

ğer kanunların mülga 1086 sayılı kanuna yaptığı atıfların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine yapılmış sayılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. maddesinde yapılan atıflar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun karşılık maddelerine yapılmış kabul edilmektedir.

² Fatih Birtek, "Tam Yargı Davalarında Fazlaya İlişkin Hakların Saklı Tutulması ve Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.2008 Tarihli Kararı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Temmuz 2009, S. 35, Yıl 4, s. 31.

Hukuk Muhakemeleri Kanunundan önce talep sonucunun belirlenemeyeceği hâllerde davacının karşılaştığı zorluklara dikkat çekilmiş ve bu durumlarda kısmî dava veya tespit davası gibi medenî usûl hukukundaki diğer dava türlerine başvurulabileceği belirtilmişti. Ancak esasen alacağın belirsiz olduğu hâllerde başvurulabilecek tek yol kısmî dava olabilir ve bu imkân dahi talep edilmeyen alacak miktarının zamanaşımına uğraması, miktarın fazla belirlenmesi nedeniyle reddedilen kısım için yargılama giderlerine mahkûm olma ihtimâli ve son olarak talebi artırabilmek için sadece bir kez başvurulabilecek bir yol olan ıslah suretiyle talebin artırılması gerekliliği nedeniyle ihtiyaçları tam olarak karşılayamazdı³. Bu nedenle, hukuk yargılamasında belirsiz alacak davası ihtiyacı hissedilmiş ve nihayet 1 Ekim 2011'den itibaren buna ilişkin somut düzenlemeler de yürürlüğe girmiştir.

B. Hukuk Yargılamasında Talep Sonucunun Yeri ve Önemi

Malvarlığına ilişkin davalarda dava konusunun değeri dilekçede gösterilmelidir (HMK m. 119/1-d). Bu değer, dava açılırken alınacak harcın belirlenmesi bakımından önemlidir. 492 sayılı Harçlar Kanununa göre de dava konusunun değerinin belirlenmesinin mümkün olduğu hâllerde bu değer dilekçede gösterilmesi zorunludur (HarçK m. 16/3).

Yargılama sırasında değer eksik tespit edildiği anlaşılırsa, sadece o duruşma için yargılamaya devam edilir ve eksik olan harç tamamlanmadıkça yargılamaya devam edilmez; dosya işleminden kaldırılır (HarçK m. 30).

C. Belirsiz Alacak Davasının Amacı

Dava açılırken talep sonucunun açık bir şekilde gösterilmesi (HMK m. 119/1-ğ) ve dava konusunun değerinin gösterilmesi zorunludur (HarçK m. 16/3). Ancak talep sonucunun değerinin tam olarak tespit edilemeyeceği hâllerde bu kuralları katı bir şekilde uygulamak davacıyı zor durumda bırakabilir. İlk olarak, talep sonucunu tam olarak

³ Hakan Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 18; Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özeker, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 440-441; Simil Cemil, *Belirsiz Alacak Davası*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 112-115.

belirleyemeyen davacı bu miktarı her ihtimâlê karşı yüksek tutarsa, talep sonucunun kabul edilmeyen kısmı için haksız çıkacak ve yüksek bir yargılama giderine mahkûm edilecektir⁴. Bu endişeyle kısmî dava açan davacı ise, talep edilmeyen kısmın zamanaşımına uğraması tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır⁵. Dahası kısmî dava sürecinde zamanaşımı dolmasa dahi, aynı yargılamada bir kez kullanılabilirce ıslaha başvurulması ya da ek dava açılması da ne davacıya belirsiz alacak davasının imkânlarını sağlayabilecek ne de usûl ekonomisine uygun olacaktır. Bu nedenlerle, belirsiz alacak davası, talep sonucunun tam olarak tespit edilemediği hâllerde, davacının dava açarken belirleyebildiği miktar üzerinden davasını açarak daha sonra ıslah ya da zamanaşımı gibi risklerle karşılaşmaksızın hakkına ulaşmasını amaçlamakta ve genel olarak hak arama özgürlüğüne hizmet etmektedir⁶.

D. Belirsiz Alacak Davasının Şartları

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 107. maddesine göre, davanın açıldığı tarihte alacağı miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirlemesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, belirsiz alacak davası açabilir. Bu durumda, belirsiz alacak davasının açılabilmesi için her şeyden önce davacının dilekçesinde talep sonucunu belirleyememesi veya belirlemesinin imkânsız olması gerekmektedir. Alacağın miktarı davacı tarafından dilekçede belirlenebilir nitelikte ise belirsiz alacak davası açılmaz. Talep sonucunun belirlenmesinin imkânsız olması, davacının talep sonucunu tam olarak, hiçbir şekilde belirleyemeyeceği hâllerde söz konusu olabilir⁷. Örneğin, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan ve tedavisi devam eden ya da dava tarihinde hukuka aykırı durumun devam et-

⁴ Örneğin, Harçlar Kanunu 1 Sayılı Tarife'ye göre konusu belirli bir değere ilişkin davalarda esas hakkında verilen kararlarda hüküm altına alınan uyuşmazlıktan %068,31 oranında karar ve ilâm harcı alınır. 28. maddenin birinci fıkrasına göre ise, bu karar ve ilâm harcının dörtte biri peşin olarak ödenmelidir. O hâlde, talep edilen miktar arttıkça ödenmesi gereken peşin harcında artacağı tartışmasızdır.

⁵ Pekcanitez, s. 28; Karşlı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 389; Simil, s. 113.

⁶ Pekcanitez, s. 31; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 444; Simil, s. 131.

⁷ Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 264; Görgün L. Şanal/Kodakoğlu Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 139; Pekcanitez, s. 43; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 446; Karşlı, s. 396; Simil, s. 215.

mesi nedeniyle sürekli bir zarara uğrayan davacının talep sonucu tam olarak tespit etmesi mümkün değildir. Manevî tazminat talebinde olduğu gibi tazminat miktarını belirlenmesi hâkimin takdirinde olduğu durumlarda da talep sonucunun davacı tarafından belirlenmesinde hukukî bir imkânsızlık olduğu kabul edilmektedir⁸. Talep sonucunun belirlenmesinin özel bir uzmanlık gerektirdiği, bu hesabın davacı tarafından yapılamayacağı; aksi durumda davacının yüksek yargılama gideri riskini üstlenmek zorunda kalacağı durumlarda ise talep sonucunun belirlenmesi davacıdan beklenemeyecek ve belirsiz alacak davası açılabilecektir⁹.

Talep sonucunun belirlenemediği durumlarda hiçbir miktar gösterilmeksizin dava açılmaz. Davacı, ancak asgari bir miktar veya değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir (HMK m. 107/1). Bu asgari miktar, davanın açıldığı tarihte davacı tarafından belirlenebilen miktardır. Diğer bir deyişle, davacı, belirsiz alacak davasında asgari miktarı tamamen bağımsız bir şekilde, göstermelik bir miktar olarak tespit edemez. Harç ve avans gibi masraflardan kaçınmak amacıyla belirlenebilecek asgari miktardan daha az bir miktar gösterilerek dava açılmışsa, hâkim, belirlenebilir talep sonucunun eksiksiz olarak gösterilerek harcın tamamlanmasını davacıdan isteyebilmelidir¹⁰.

Belirmek gerekir ki belirsiz alacak davasında belirsiz olan sadece alacağın miktarıdır; davanın tamamı belirsiz değildir. Bu nedenle, alacağın miktarı belirlenemese de bu alacağın dayandığı tüm vakıaların eksiksiz olarak bildirilmesi gerekir¹¹. Nitekim belirsiz alacak davasına ilişkin düzenlemelerde, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın sadece talebin artırılabilmesi belirtilmiştir (HMK m. 107/2). O hâlde, belirsiz alacak davasında da daha sonra yeni vakıaların ileri sürülmesi bu yasak kapsamında kalacaktır. Benzer şekilde, vakıalara ilişkin deliller de dilekçede belirtilmeli ve süresi içerisinde mahkemeye sunulmalıdır¹².

Belirlenebilen asgari bir miktar üzerinden açılan belirsiz alacak

⁸ Pekcanitez, s. 44; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 447; Simil, s. 221.

⁹ Pekcanitez, s. 45; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 448; Simil, s. 227 vd.

¹⁰ Pekcanitez, s. 49; Simil, s. 265.

¹¹ Pekcanitez, s. 49; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 456; Simil, s. 237.

¹² Pekcanitez, s. 50; Simil, s. 243.

davasındaki bu miktar geçici talep sonucudur ve en geç tahkikat aşamasının sonunda kesin talebe dönüştürülmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, “tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlemenin mümkün olduğu anda” geçici talebin kesin talebe dönüştürülmesine imkân tanımaktadır (HMK m. 107/2). Ancak, bu anı kesin olarak davacı tespit edecek, hâkim tarafından bu amaçla süre verilmesi söz konusu olmayacaktır¹³. Kesin talebin bildirilmemesi hâlinde, hâkim, geçici talep olan asgari miktarı esas alarak karar verecektir¹⁴.

II. İDARÎ YARGIDA TAM YARGI DAVASI

A. Genel Açıklama

İdarî yargıda genel anlamda iki tür dava bulunmaktadır. Bunlardan ilki olan iptal davaları idare hukukuna özgü bir dava türü olup, bu dava ile idarî işlemin hukuka aykırı olup olmadığı incelenir¹⁵. İstisnaen idarî sözleşmeler de iptal davasına konu olabilmektedir¹⁶. Diğer bir dava türü olan tam yargı davaları ise idarî eylem ve işlemlerden zarar¹⁷ görenler tarafından, bu zararın giderilmesi talebiyle açılan davalardır¹⁸. Bu bakımdan, idare hukukundaki iptal davasının bir

¹³ Pekcanitez, s. 52; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 459.

¹⁴ Pekcanitez, s. 52; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 456; Simil, s. 268.

¹⁵ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1770; Gözübüyük A. Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku, C. II, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 248; Tan Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 734, 747 vd.; Zabunoğlu Yahya Kazım, İdare Hukuku, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 217.

¹⁶ Gözübüyük/Tan, s. 249-251; Tan, s. 761; Gözler Kemal, İdare Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, s. 220 vd.; Çağlayan Ramazan, İdarî Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 339.

¹⁷ İdarî işlem ve eylemler nedeniyle mahrum kalınan kar gibi muhtemel zararlar somut ve gerçekleşmiş bir zarar olarak kabul edilmemekte; bu durumlarda ihtimal ve varsayımaya dayanarak tazminata hükmedilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Bkz. Gözübüyük/Tan, s. 683; Güran Sait, “Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 155; Ergen Cafer, İdarî Yargı Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 548; Danıştay 8. D., 18.11.1997, E. 1995/376, K. 1997/3431 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁸ Onar, s. 1797; Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2012, s. 839; Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 467; Candan Turgut, Açıklamalı İdarî Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 62; Şahiner Muhammed Emin/Pinegöz Aysun, İdarî Yargılama Usulü Kanunu, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 44.

eda davası niteliğinde¹⁹ olan belirsiz alacak davasıyla bağdaşmayacağı açıktır²⁰. Tam yargı davalarının ise -uğranılan zararın giderilmesi amacı dikkate alınarak- özel hukuktaki eda davalarına benzediği kabul edilmektedir²¹. Tamamen idare hukukuna özgü bir dava olan iptal davasını belirsiz alacak davası açısından incelemek ve karşılaştırmak mümkün değildir. O hâlde, belirsiz alacak davasının bir tür eda davası olması ve tam yargı davasının da eda davalarına benzetilmesi dikkate alınarak, idare hukukunda belirsiz alacak davası benzeri bir uygulamanın mümkün olup olmadığı açıklanmalıdır.

Tam yargı davaları bakımından aşağıda yapılacak belirlemeler, mahkeme kararlarına uygun işlem yapılmayan hâllerde²², idare aleyhine açılacak maddî ve manevî tazminat davaları bakımından da aynen uygulanabilir olacaktır (İYUK m. 28/3). Zira zaten tam yargı davaları idare hukukuna özgü isimleriyle tazminat veya duruma göre istirdat davalarıdır²³.

İdarî yargıdaki tam yargı davalarının amacı esasen idarece yapılan hak ihlâlinin sonuçlarının giderilmesi ise de, bu davalarda da özel hukuktaki alacak davaları gibi belirli bir paranın ödenmesi söz konusudur. Diğer bir deyişle, idare hukukunda nakten tazmin ilkesi geçerlidir²⁴. Bu yüzden, Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen *belirsiz alacak davası* ismi idarî yargıda da kullanılabilir. Ancak, bu tür davaların idarî yargıdaki özel adlandırılmasına paralel bir şekilde çalışmamızda *belirsiz tam yargı davası* ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁹ Bu konuda bkz. Pekcanitez, s. 31 vd.; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 444-446; Simil, s. 94 vd.

²⁰ Simil, s. 423.

²¹ Gözübüyük/Tan, s. 614; Tan, s. 734, 931; Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 467; Candan, s. 170; Birtek, s. 25; Simil, s. 424; Şahiner/Pinegöz, s. 44; Pınar İbrahim, "İdarî Yargı Kararlarının Uygulanması Aşamasında Karşılaşılan Sorunlar", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2007, S. 16, s. 117.

²² İdarî yargı kararlarının uygulanmasındaki hukukî ve fiilî imkânsızlıklar için bkz. Pınar, s. 105; Keskin Bayram, "İdarî Yargı Kararlarının Uygulanmasında Hukukî veya Fiilî İmkânsızlık", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, S. 38, s. 45 vd.

²³ Gözübüyük/Tan, s. 615; Tan, s. 932; Gözler/Kaplan, s. 839; Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 471; Candan, s. 170; Ergen, s. 408 vd.

²⁴ Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 559. Doktrinde, nakten tazminin yetersiz kalabileceği durumlarda, idareyi belirli bir edimde bulunmaya mahkûm etme gibi diğer tazmin yöntemlerinin de geliştirilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür. Bkz. Güran, s. 159.

E. Tam Yargı Davalarında Talep Sonucunun Yeri ve Önemi

İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 3. maddesinin ikinci fıkrasının d bendinde tam yargı davasına ilişkin dilekçede *uyuşmazlık konusu miktarın* yer alması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu miktar, aynen özel hukukta olduğu gibi dava açılırken alınacak harcın belirlenmesi bakımından da önemlidir²⁵.

İdarî yargıda dava açma sürelerin kısalığı ve alacağın bir kısmının talep edilerek fazlaya ilişkin hakları daha sonra ileri sürmenin her zaman kabul edilmemesi²⁶ tam yargı davalarında talep sonucunun önemini daha da artırmaktadır. İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 31. maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanununun ıslaha ilişkin düzenlemelerine atıf yapılmamış olması²⁷ nedeniyle idarî yargıda ıslahla talebin sonradan artırılmasının uygulamada kabul görmemesi²⁸ de bu öneme katkı sağlamaktaydı. Dilekçede bir miktar göstermek zorunda olan davacı, çoğunlukla bu miktarı daha sonra değiştirememekte ve bu durum davacıyı yukarıda değindiğimiz belirsiz alacak davasının ortadan kaldırmak istediği tüm risklerle karşı karşıya bırakmaktadır²⁹.

²⁵ Yukarıdaki I nolu başlığı B alt başlığına bakınız.

²⁶ Candan, s. 262; Ünlüçay Metin, "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", *Danıştay Dergisi*, 1998, S. 94, s. 8; Yayla Yıldızhan, *İdare Hukuku*, 2.Baskı, Beta Basım, Eylül 2010, s. 465; Kaya Cemil, "İdarî Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. XIV, S. 1-2, s. 73; Birtek, s. 23 vd.; Ergen, s. 548; "İdarî yargılama usûlünde, ilgililerin fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak tam yargı davası açabilmelerine olanak tanınmamıştır." *Danıştay 6. D.*, 11.05.2000, E. 1999/2712, K. 2000/2819 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷ İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 31. maddesiyle düzenlenen atf hükümlerinin eleştirisi için bkz. Günday Metin, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdarî Yargıda Uygulama Alanı", *İdarî Yargının Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdarî Yargılama Usulü*, *Danıştay Sempozyumu 11-12 Mayıs 2001*, Ankara 2003, s. 83 vd.; Erkut Celal, "İdarî Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu", *İdarî Yargının Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdarî Yargılama Usulü*, *Danıştay Sempozyumu 11-12 Mayıs 2001*, Ankara 2003, s. 94-98.

²⁸ Bu konuda bkz. Yılmaz Ejder, "İdarî Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı", *Ankara Barosu Dergisi*, 1983, S. 3-4, Yasak, s. 20; Kaya Cemil/Akcan Recep, "Medeni ve İdarî Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2009, C. LXVII, S. 1-2, s. 140; Anayasa Mahkemesi, 12.06.2008, 2004/103, 2008/121 (Resmî Gazete, 23.12.2008, 27089).

²⁹ Yukarıdaki I nolu başlığı C alt başlığına bakınız.

11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanununun 4. maddesiyle İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 16. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen ek cümle bu riskleri bir nebze olsun giderilebilecek niteliktedir. Buna göre, tam yargı davalarında dilekçede belirtilen miktar nihaî karar verilmeye kadar harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir³⁰. Görüldüğü gibi bu yeni düzenleme, davacının dava açarken belirlediği miktarla bağlı kalması ve sonradan ek bir dava da açamaması nedeniyle uğrayabileceği zararları giderebilecektir. Bu sayede Hukuk Muhakemeleri Kanununun ıslaha ilişkin düzenlemelerine atıf yapılmamasının olumsuz sonuçları da giderilmiş³¹ ve davacıya talebini artırabilme olanağı getirilmiştir.

³⁰ Bu yönde bir değişikliğin gerekliliği uzun süredir savunulmaktaydı. Bu konuda bkz. Yılmaz, Yasak, s. 31-32; Özcan Elvin Evrim, "İdarî Yargılama Hukukunda İslah", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S. 92, s. 230 vd.; Kaya/Akcan, s. 136; Birtok, s. 33; Özelçi Aytaç/Simil Cemil, "İdarî Yargının İşlevi Yönünden İslah Kurumu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, C. XI, (Bilge Umar'a Armağan C. II), s. 1742 vd. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 21.07.2009 tarihli Okçu/Türkiye kararında, onaltı yıl süren davada talep edilen tazminat miktarının enflasyon karşısında anlamsızlaşması ve idarî yargıda ıslah kurumunun da yokluğu nedeniyle adil yargılanma ve mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar vermiş ve Türk hükümetinin idare hukukundaki bu boşluğu gidermek için önlemler almasını istemiştir. Bu konuda bkz. Karakış Şefik, "İdarî Yargıda İslah Üzerine Bir AİHM Kararı", *Güncel Hukuk*, Aralık 2009, s. 62-65; Gözübüyük/Tan, s. 703-704, 729.

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru üzerine verdiği bir kararda, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nde görülen bir davada, davacının bilirkişi raporu sonrasında yaptığı ıslah talebinin kabul edilmemesini -o tarihte İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nda buna imkân veren açık bir düzenleme yer almamasına rağmen- adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkının ihlâl kabul ederek davacı lehine tazminata hükmetmiştir. Bu karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 23.07.2014, 2012/1052 (Resmî Gazete, 06.09.2014, S. 29111).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olmasının da bu değişikliğe zemin hazırladığı belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi, 16.02.2012, 35/20, Resmî Gazete, 19.05.2012, S. 28297). İptal edilen maddeye göre idarî işlem ve eylemlerden kaynaklanan vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine bağlı maddî ve manevî tazminat davaları adli yargının görev alanında kabul edilmişti. Bu konuda bkz. Deynekli Adnan, *Medeni Usul Hukukunda İslah*, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 14-15.

³¹ Bu değişiklikten önce, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 31. maddesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sadece belirli maddelerine atıf yapıyor olmasının Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmişse de, 12.06.2008 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nce bu iddia yerinde görülmeyle oyçokluğuyla reddedilmiştir. Ancak, bu red kararının karşıoy yazısında ise, idare hukukunun zararı tam olarak giderme amacı ve özel hukuktaki ıslahın amacından hareketle çoğunluk kararına katılmadığı belirtilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 12.06.2008, 2004/103, 2008/121 (Resmî Gazete, 23.12.2008, 27089).

F. İdarî Yargıda Talep Sonucunun Dilekçede Tam Olarak Belirlenemeyeceği Hâller

Hukuk yargılamasında kabul edildiği gibi³², idarî yargıda da manevî tazminat davalarında³³ davacının talep sonucu tam olarak belirlemesi mümkün değildir. Zira idarî yargıda da manevî tazminatın miktarı hâkim tarafından takdir edilir³⁴ ve bu takdirin miktarını davacının davanın başında tahmin edebilmesi kendisinden beklenemez.

Davacı, talep sonucunu belirleyebilmek için idarenin elindeki belge ve bilgilere ihtiyaç duyabilir. Eğer davanın açılmasından önce bu belge ve bilgilere ulaşılamamışsa, bunlar değerlendirilmeksizin davacıdan net bir talep sonucu belirlememesi beklenemez. Bu nedenle, bu tür durumlarda da tam yargı davasına ilişkin dilekçede davacının talep sonucunu tam olarak belirlemesi mümkün değildir. Diğer bir deyişle, yargılama aşamasında talep miktarına etki eden bu belge ve bilgilere ulaşılmamasından sonra talep sonucunun belirlenmesine imkân sağlanması gerekir³⁵. Nitekim özel hukukta da davalı elindeki belgelerin talep sonucu belirlemede önem taşıdığı hâllerde belirsiz alacak davası açılabilir³⁶ belirtilmektedir.

Yine özel hukuktaki kabule paralel bir şekilde, dava tarihinde hukuka aykırı durumun devam etmesi nedeniyle sürekli bir zararın söz konusu olduğu hâllerde açılan tam yargı davalarında da talep sonucunun tam olarak dilekçede belirlenmesi mümkün değildir³⁶. Hatta bu durumun idare hukukunda çok daha özel bir öneme sahip olduğu dahi söylenebilir. Şöyle ki, davacının devam eden zararının söz konusu olduğu durumlarda özel hukuk davacıya başka imkânlar da sağlamıştır. Örneğin, Türk Borçlar Kanununun 75. maddesinde dü-

³² Yukarıdaki I nolu başlığı D alt başlığına bakınız.

³³ İdarî yargıda manevî tazminat davaları hakkında bkz. Kaya, s. 62 vd.

³⁴ Gözübüyük/Tan, s. 706; Tan, s. 947; Gözler, s. 1394; Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 564; Kaya, s. 71; Ergen, s. 553. İdare hukukunda özellikle manevî tazminat miktarı tespit edilirken Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı hususunda bkz. Danıştay 5. D., 05.12.1991, E. 1991/3619, K. 1991/2346 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasında, bu Kanun hükümlerinin, her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin talep ve davalarda da uygulanacağı kuralı getirilmiştir.

³⁵ Simil, s. 427.

³⁶ Birtek, s. 20.

zenlendiği üzere, hâkimin bedensel zararlar bakımından kararın kesinleşmesinden itibaren iki yıl süreyle tazminat hükmünün değiştirilmesi yetkisini saklı tutarak karar vermesi mümkündür. Bu imkân belirsiz alacak davasıyla bile birleşebilir. Daha açık bir ifadeyle, belirsiz alacak davası açan davacı yargılamanın ilerleyen aşamalarında geçici talep sonucunu artırarak nihaî talep sonucunu bildirmiş olsa dahi, hâkimin tazminat hükmünün değiştirilmesi imkânıyla karar vermesi mümkündür. Bu durumda davacı, hem belirsiz alacak davası hem de tazminat hükmünün sonradan ortaya çıkan zarara göre artırılabilmesi imkânlarına sahiptir. Oysa idarî yargıda davacı bu iki imkândan da yoksun görünmektedir.

Özel hukukta olduğu gibi tedavi sürecinin uzunluğu veya davanın açıldığı sırada henüz ortaya çıkmamış daha ağır sonuçların sonradan ortaya çıkabilmesi gibi çeşitli sebepler, idarî eylemlerden kaynaklanan nedenlerle açılan tam yargı davaları bakımından da dilekçede talep sonucunu tam olarak belirlemeyi güçleştirmektedir. Dahası idarî yargıda talep sonucunu belirleme, idarî işlemlere karşı iptal davasıyla birlikte tam yargı davasının açıldığı hâllerde daha da güçleşmektedir (İYUK m. 12). Zira iptali istenen idarî işlem nedeniyle uğranılan zarar, işlem iptal edilene kadar artmaya devam edecek ve bu nedenle henüz davanın başında toplam zararı kesin olarak belirlemek mümkün olmayacaktır. Bu durumda, iptal ve tam yargı davasının birlikte açılabilmesine imkân sağlayan kanunî düzenlemeye işlerlik kazandırmak için, bu hâlde de tam yargı davasının talep sonucunun dilekçede belirlenemez olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi hâlde, davacı ya önce iptal davası açarak sonucuna göre tam yargı davası açmayı tercih edecek ya da iptal davasıyla birlikte açtığı tam yargı davasında tahmini, tamamen farazî bir talep sonucu belirlemek zorunda kalacaktır. İlk ihtimâlde idarî yargıdaki dava açma sürelerinin kısalığı nedeniyle sonradan tam yargı davası açmak için sürenin kaçırılması gündeme gelebilecektir. İkinci ihtimâl ise, yukarıda belirsiz alacak davasının amacı başlığı altında belirtildiği üzere, davacıyı yüksek yargı harcı ya da zararının tam olarak tazmin edilememesi riskiyle karşı karşıya bırakacaktır. İşte tüm bu olumsuz sonuçları engelleyebilmek ve tam yargı davasının amaçladığı gibi davacının uğradığı zararları gidermek sonucunu doğurabilmesi için talep sonucunun dilekçede tam olarak belirlenemeyeceğini kabul etmek ve buna göre, en azından, da-

vacıya talebini sonradan kesinleştirmesi imkânı tanımak gerekir. Bu imkânın, yukarıda da değindiğimiz 6459 sayılı Kanunla İdarî Yargılama Usûlü Kanununa yapılan eklemeye bir nebze olsun sağlandığı söylenebilir. Bu değişikliğin, idarî yargıda belirsiz tam yargı davası ihtiyacını tamamen karşılayıp karşılamadığına ise, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir.

G. Tam Yargı Davalarında Talep Sonucuna İlişkin Mevcut Durum

1. Mevzuat

İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 3. maddesinin ikinci fıkrasının d bendine göre tam yargı davalarında dilekçede uyuşmazlık konusu miktarın da belirtilmesi gerekir. Kanunda buna herhangi bir istisna öngörülmemiştir. Diğer yandan, 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanunun 4. maddesiyle İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 16. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen ek cümle dilekçede gösterilen miktarın değiştirilmesine imkân tanımaktadır. Buna göre, tam yargı davalarında dava dileçesinde belirtilen miktar, nihaî karar verilinceye kadar, harcı ödenmek şartıyla bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir. Miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.

Görüldüğü gibi, tam yargı davalarında talep sonucuna ilişkin düzenlemelerde miktarın dava dileçesinde gösterilmemesine ilişkin herhangi bir istisnaî hüküm mevcut değildir. Buradan hareketle, tam yargı davalarında dava dileçesinde mutlaka bir talep miktarının gösterilmesi gerektiği düşünülebilir. Bu durum, esasen Hukuk Muhakemeleri Kanununda da bu şekildedir. Zira, belirsiz alacak davasının caiz olduğu hâllerde dahi geçici bir talep sonucunun dilekçede gösterilmesi gerekmektedir³⁷. Ancak, idarî yargıda bu şekilde bir geçici talep sonucuna ve yargılama esnasında bu talebin nihaî talep sonucuna dönüştürülmesine imkân tanıyan bir düzenleme mevcut değildir. Diğer yandan, bir defaya mahsus olmak üzere dava dilekçesinde gösterilen talep sonucunun nihaî karar verilinceye kadar artırılması artık mümkündür. Bu sayede, bir belirsiz alacak davası şeklinde olmasa da,

³⁷ Yukarıdaki I nolu başlığı D alt başlığına bakınız.

talep sonucu, Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen ıslaha benzer³⁸ bir şekilde sonradan artırılabilir.

2. Doktrindeki Görüşler

Çağlayan, aşağıda tartışılan 29.12.1983 tarihli içtihadı birleştirme kararına atıf yaparak zarar miktarının belirlenemez olduğu hâllerde talep sonucunun dilekçede gösterilmeyebileceğini ifade etmiştir³⁹. Diğer yandan yazar, miktar belirtmeksizin açılan tazminat davalarında, aynı içtihadı birleştirme kararında söz konusu olduğu gibi, idare mahkemesinin tazminat miktarını belirleme yetkisini de idareye bırakmasını, İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 24. maddesine aykırı olması ve idarenin belirlediği tazminat miktarına itirazlar yoluyla yeni davalara sebep olması nedeniyle eleştirmektedir⁴⁰.

Gözler de aynı içtihadı birleştirme kararına paralel bir şekilde, dava açıldığı sırada zararın tam olarak belirlenmesi mümkün değilse, uyumsuzluk konusu miktar dilekçede gösterilmeksizin dava açılabilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴¹. Yazar buna ek olarak, temyiz aşaması da dahil olmak üzere yargılama süresince ortaya çıkan yeni zararların, dilekçede yer alan tazminat miktarı artırılarak da talep edilebileceğini ve mahkemenin de yeni talebe göre karar vermesi gerektiğini açıklamıştır⁴². Diğer bir ifadeyle yazar, İdarî Yargılama Usûlü Kanununa sonradan eklenen ve sadece nihaî karar verinceye kadar talebin artırılabilmesine ilişkin somut bir düzenleme yapılmadan önce dahi, buna benzer ve hatta temyiz aşamasını da içine alan bir uygulamanın mümkün olduğu görüşündedir.

Tan, iptal davasıyla birlikte tam yargı davasının açılması ve zararın dava süresince devam etmesi hâlinde, belirsiz tam yargı davası ihtimâli üzerinde durmamakta; ancak, bu süreçte doğan ek zararlar için yeni bir tam yargı davası açılabilceğini belirtmektedir⁴³. Bu hâlde

³⁸ Bu kurum doktrinde idarî yargıda ıslah olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Gözübüyük/Tan, s. 703, 728.

³⁹ Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 194.

⁴⁰ Gözübüyük/Tan, s. 713-714; Tan, s. 951; Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 564-565; Güran, s. 170

⁴¹ Gözler, s. 1367.

⁴² Gözler, s. 1372.

⁴³ Tan, s. 946. Benzer yönde Gözübüyük/Tan, s. 704; Candan, s. 501; DİDDGK,

ise, yeni tam yargı davasının hangi süre içerisinde açılması gerekeceğine ilişkin sorunlar gündeme gelebilecektir⁴⁴. Diğer yandan yazar, tazminat hükmünün içeriğini doldurarak ödenecek miktarı belirleme yetkisinin idareye bırakılmasını da eleştirmekte ve bu uygulamanın kanuna aykırı olduğunu ifade etmektedir⁴⁵.

Yılmaz ise, dava dilekçesinde miktar gösterilmeden tam yargı davası açılıp açılmayacağı konusunda sessiz kalmakla birlikte, idare hukukuna hâkim olan kendiliğinden araştırma ilkesi⁴⁶ doğrultusunda iddia ve savunmanın ve bu kapsamda talep sonucunun sonradan değiştirilebilmesi gerektiği görüşündedir⁴⁷.

Pekcanitez'e göre, tam yargı davasının da özel hukuktaki tazminat davasının korumaya yöneldiği menfaate ilişkin olmasından hareketle, davacının talep sonucunu belirlemesi imkânsız veya kendisinden beklenemeyecek nitelikte ise, belirsiz alacak davası biçiminde tam yargı davası açılabilir⁴⁸. Aynı görüş **Simil** tarafından da dile getirilmiştir⁴⁹.

3. Yargı Kararları

Çalışmamızın giriş bölümünde de belirttiğimiz gibi, miktarın belirlenemediği durumlarda davacının hak arama özgürlüğünün ko-

04.10.2007, 2006/1984, 2007/1822 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Danıştay 5. D., 23.11.1992, E. 1991/1075, K. 1992/3154 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Aksi yönde Danıştay 5. D., 19.02.2008, E. 2005/5463, K. 2008/876 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21.07.2009 tarihli Okçu/Türkiye kararında da, hükümet tarafından bu yönde bir savunma yapılmış ve davacının gerekirse ilk tam yargı davası tamamlandıktan sonra yeni bir dava açabileceği ve böylece zararının söz konusu olmayacağı iddia edilmiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu konudaki Danıştay kararlarının çelişkili olduğunu ve sonradan açılacak yeni bir tam yargı davasının sonuca ulaşabileceğini gösterir haklı gerekçelerin olmadığını belirtmiştir. Bu konuda bkz. Karakiş, s. 64.

⁴⁴ Aşağıdaki III nolu başlığa bakınız.

⁴⁵ Tan, s. 951, 1077.

⁴⁶ Onar, s. 1937; Günday, s. 79-80; Gözübüyük/Tan, s. 730; Erkut, s. 89; Yayla, s. 444; Candan, s. 632; Doğrusöz M. Ezhan, "İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na Yapılan Atıf Düzenlemesi", *Legal Mali Hukuk Dergisi*, 2006, S. 20, s. 1934.

⁴⁷ Yılmaz, Yasak, s. 29.

⁴⁸ Pekcanitez, s. 55.

⁴⁹ Simil, s. 427.

runması ihtiyacı idarî yargıda hissedilmiş ve hiçbir kanunî düzenleme olmaksızın çeşitli içtihatlar geliştirilmiştir. Bu sayede, özel hukuk yargılamasının 2011 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kavuştuğu imkâna, idarî yargı yıllar önce çözümler üretebilmiştir.

a. 29.12.1983 Tarihli Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı⁵⁰

Danıştay Başkanlığını içtihadı birleştirme kararı vermeye yönelten uyuşmazlık bir polis memurunun meslekten ihraç cezasına karşı iptal davasından kaynaklanmaktadır. Davacı, ilgili kararın iptaliyle birlikte bu karar nedeniyle uğradığı zararları talep etmiş; ancak, dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktarı göstermemiştir. Danıştay Üçüncü Dairesi, söz konusu idarî işlemi iptal etmekle birlikte miktarın dilekçede gösterilmediği ve harcın yatırılmadığı gerekçesiyle tazminat talebini reddetmiş; iptal kararının tebliğinden itibaren süresi içerisinde tam yargı davası açılabileceğine hükmetmiştir. Davacı tarafça, Üçüncü Daire kararıyla mülga İkinci Mürettep Daire ve Beşinci Daire kararları arasındaki aykırılığın içtihadların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi talep edilmiştir. Zira İkinci Mürettep ve Beşinci Daire kararlarında idarî işlemin iptaline karar verilerek miktarı gösterilmeden açılan tam yargı davası da kabul edilmekte; ancak, ödenecek miktara kesin olarak hükmedilmeyerek sadece ödenecek hukukî kalemler belirtilmektedir. Danıştay Başsavcısı ise, Üçüncü ve Beşinci Dairenin bu kararlarına katılmamakta; bu kararların, miktarın dilekçede gösterilmesi zorunluluğuna ilişkin kanun hükümlerine aykırı olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, bu kararda, iptal kararının tebliğinden itibaren tam yargı davası açılabileceğine hükmedilmesinin, davacıya kanunun öngörmediği yeni bir dava açma süresi tanımak anlamına geleceğini ve bu nedenlerle ilgili kararlardaki hâkim görüşe katılmadığını belirtmektedir.

İçtihadı Birleştirme Kararında, özellikle kamu görevlileriyle ilgili karar ve işlemlerden kendilerine aydan aya verilen maaş ve sair

⁵⁰ DİBK, 29.12.1983, E. 1983/1, K. 1983/10 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası; Resmî Gazete, 20.06.1984, S. 18437). Benzer yönde Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 1. D., 30.05.1989, E. 1988/289, K. 1989/213 (Özgüldür Serdar, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 338).

ödemelerle ilgili olanların hemen hemen tamamından kaynaklanan zararların işlemin yapıldığı esnada tespit edilemeyeceği; zararın işlemin yürürlükte olduğu süre boyunca devam edeceği belirtilmektedir. Diğer taraftan, iptal davasıyla birlikte tam yargı davası açma imkânı getiren kanun koyucunun amacı da dikkate alınmıştır (İYUK m. 12). Zira, iptal davasının açıldığı esnada zarar miktarının belirlenemediği hâllerde, miktarın her halükârda dilekçede belirlenmesi şartı aranırsa, iptal davasıyla birlikte tam yargı davası açma imkânı kullanılamayacaktır. Bu nedenlerle,

“...Yasadaki ‘tazminat miktarının dava dilekçesinde gösterileceği’ yolundaki kurala mutlak bir anlam vermemek ve bu kural nedeniyle, iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılabilmesine ilişkin bir yasal hakkın kullanılmasının engellenemeyeceğini, kuralın ancak tam yargı davasının açıldığı tarihte zarar miktarının saptanabildiği durumlar için bağlayıcı nitelikte olduğunu kabul etmek ve uygulamayı bu yorumla dayandırmak zorunludur.”

şeklindeki tespitlerle bu yöndeki görüşlere dayanan Beşinci ve İkinci Mürettep Daire kararları doğrultusunda içtihadın birleştirilmesine karar verilmiştir.

İlgili kararda sadece talep konusunun dilekçede gösterilmesine istisna tanınmamış, bu durumlarda tazminatın hükümde açık ve net olarak yer almayabileceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, içtihadı birleştirme kararına göre dilekçede miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabilir ve bu dava neticesinde kurulacak hükümde de herhangi net bir tazminat miktarı yer almayabilektir. Nitekim kararda aynen

“Bu tip davalarda da ödenecek olan hakları ismen belirtmek, başka bir deyimle tam yargı isteğine ilişkin hükmün hukukî çerçevesini açıklamak yeterlidir. İdarenin Beşinci Daire tarafından verilen bu şekildeki kararlardan sonra davacının yoksun kaldığı haklarını hesaplayarak kendisine ödediği ve bu uygulamanın sağlıklı olarak yürüdüğü gözlenmektedir.”

ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, bu sonuçlar Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen belirsiz alacak davasından çok daha ileri seviyedir. Her şeyden önce, belirsiz alacak davasında

olduğu gibi asgari bir miktar belirleme zorunluluğu mevcut değildir⁵¹. Dahası, daha önce belirlenmeyen talep sonucunun yargılama esnasında netleştirilmesi şartı da aranmamakta; mahkemenin tazminat hükmünün hukukî çerçevesini çizmesi yeterli görülmektedir. Oysa, kural olarak mahkemenin hükmedilen tazminat miktarını da kararında göstermesi gerekmektedir (İYUK m. 24-e). Nitekim özel hukuktaki belirsiz alacak davasında dava dilekçesinde belirlenen geçici talep sonucu artırılarak nihaî talep sonucu belirlenmezse, mahkeme sadece bu geçici miktar üzerinden hüküm kurabilecektir⁵². İdare mahkemesinin tazminat miktarını belirleme yetkisini bu şekilde idareye bırakması, İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 24. maddesine aykırılık ve idarenin belirlediği tazminat miktarına itirazlar yoluyla yeni davalara sebep olunması nedeniyle eleştirilmektedir⁵³. Benzer şekilde, İdarî Yargılama Usûlü Kanununun yürürlüğe girmesinden önce karşılaşılan bu zorlukların, hükmedilen tazminatın kararda gösterilmesi kuralı ile bertaraf edilmiş olacağı doktrinde dile getirilmiştir⁵⁴. Ancak, görüldüğü gibi, belirsiz tam yargı davaları bakımından bu kurala bir istisna getirildiği söylenebilir. Nitekim doktrinde bu istisna daha önce de dile getirilmiş, içtihadı birleştirme kararıyla kabul edilen bu dava türünün kısmî dava ve ıslahtan farklı, tamamen idare hukukuna özgü bir dava türü olduğu belirtilmiştir⁵⁵.

Bu içtihadı birleştirme kararıyla ilgili bir ara sonuç olarak şu tespitler yapılabilir: Her şeyden önce, davacı, talep sonucu tam olarak belirleyebilecek durumda değilse, özellikle zarar dava süresince artarak devam edecek nitelikteyse, dilekçede herhangi bir miktar gösterilmeksizin tam yargı davası açabilir⁵⁶. İkinci olarak, belirsiz tam yar-

⁵¹ Karş. Birtek, s. 27.

Türk hukukunda belirsiz alacak davası açarken asgari bir miktar belirleme zorunluluğu kabul edilmesine rağmen, belirtilen Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararına benzer bir şekilde İsviçre Hukukunda davacının herhangi bir miktar belirtmeksizin dava açabilme imkânı mevcuttur. "Takdir Davası (Ermessenklage)" olarak adlandırılan bu dava, belirsiz alacak davasının bir türü olarak kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Pekcanitez, s. 23; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 465.

⁵² Pekcanitez, s. 52; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 456; Simil, s. 268.

⁵³ Gözübüyük/Tan, s. 713-714; Tan, s. 951; Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 564-565; Güran, s. 170.

⁵⁴ Gözübüyük/Tan, s. 987; Güran, s. 170.

⁵⁵ Birtek, s. 26.

⁵⁶ Benzer yönde Birtek, s. 29.

gı davası için öngörülen bu şartların gerçekleştiği durumlarda, idare mahkemesi, hükmedilecek tazminatın nasıl hesaplanacağını gösteren somut kriterleri belirtip, net ve kesin bir miktar göstermeksizin tam yargı davasını kabul edebilir. Bunun durum, idarî yargıda sonuçları ortadan kaldırılmak istenen ihlâlin, mahkemenin hüküm kurması gereken anda hâlen devam ediyor olabileceğinden kaynaklanmaktadır. Zira ihlâl, özellikle iptal davalarında iptal kararının gereğinin yerine getirilmesiyle ortadan kalkacak ve esasen zararın da davanın hükme bağlanmasından sonraki bu ana kadar devam edecektir. Diğer bir deyişle, davacıyı belirsiz tam yargı davası açmaya iten sebepler, mahkeme için de geçerlidir ve hüküm anında dahi bu sebepler henüz ortadan kalkmamıştır. Son olarak belirtilmesi gereken husus, içtihadı birleştirme kararının verildiği tarih, İdarî Yargılama Usûlü Kanununun ve bu kanunla idarî yargıda ilk defa düzenlenen “*hükmedilen tazminatın miktarı*”nın hükümde yer alması gerektiğine ilişkin kuralın yürürlükte olduğu bir tarihtir. Buradan hareketle, Danıştayın mevcut mevzuat hükümlerine rağmen, tazminat miktarını hesap etmenin imkânsız olduğu hâllerde hâlen miktarı tam olarak hesaplamaksızın karar verilebileceği görüşünde olduğu söylenebilir.

b. 23.09.2008 Tarihli Danıştay 10. Dairesi Karar⁵⁷

İdareye bağlı bakım ve rehabilitasyon merkezinde hizmet verilen davacı, kendisinden ücret alınmamasına ve alınan ücretlerin de iade edilmesine karar verilmesi talebiyle dava açmıştır. Kastamonu İdare Mahkemesi, alınan ücretlerin yasal dayanağı olan yönetmeliğin Danıştay Onuncu Dairesince iptal edilmiş olması sebebiyle alınan ücretlerin idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar vermiştir. Karar, davalı idarece temyiz edilmiş; ancak, ilk derece mahkemesi kararı oybirliğiyle onanmıştır.

Çalışma konumuz bakımından önem arzeden husus, dava dilekçesinde talep sonucunun net olarak tespit edilmemiş olması ve bu hususa ilişkin olarak Danıştay Onuncu Dairesi’nce yapılan açıklamalardır. Zira ilgili daire İdarî Yargılama Usûlü Kanunundaki tam yargı davalarında uyumsuzluk konusu miktarın ve mahkemece hükmediklen

⁵⁷ Danıştay 10. D., 23.09.2008, E. 2006/6650, K. 2008/6283 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

tazminat miktarının gösterilmesine ilişkin zorunluluğa vurgu yaptıktan sonra bu hükümlerin somut uyuşmazlıkta uygulanamayacağını belirtmektedir. Kararda, davacı tarafından tazmini istenen miktarın, idarece gerekli bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucu belirlenebilecek nitelikte olması hâlinde gerek dava dilkeçesinde gerekse hükümde tazminat miktarın açıkça belirlenmesi zorunluluğundan söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu sonuç, özel hukukta davalı elindeki belgelerin talep sonucu belirlemede önem taşıdığı hâllerde belirsiz alacak davası açılacağı görüşüyle de bağdaşmaktadır.

Önceki içtihadı birleştirme kararına göre daha yakın tarihli olan bu kararda, yukarıdaki içtihadı birleştirme kararında çizilen belirsiz tam yargı davasının çevresi biraz daha genişletilmiştir. Sadece idaredeki belge ve bilgilere ulaşarak miktarı kesin olarak tespit edebilecek davacı, dava açarken bu bilgilere ulaşamadığı için belirsiz tam yargı davası açabilecektir. Ancak kararda mahkemenin de aynı nedenle açık bir tazminat miktarına hükmedemeyeceği görüşü belirtilmişse de, esasen burada mahkemenin idarenin gerekli bilgi ve belgeleri sunmasını sağlayarak, tespit edeceği zarara göre tazminata hükmetmesi daha yerinde bir sonuç olabilecektir.

c. 27.10.2000 Tarihli Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı⁵⁸

Re'sen emekliye sevk edilen davacı tarafından açılan iptal davası neticesinde işlem, Ankara 2. İdare Mahkemesince iptal edilmiş ve idarece davacı tekrar işe başlatılmıştır. Daha sonra, Ankara 4. İdare Mahkemesinde açılan tam yargı davası ile açıkta geçen süre nedeniyle alınamayan aylık ve diğer özlük haklar talep edilmiştir. İdare Mahkemesince bu hakların işlemin yapıldığı tarihten itibaren davacıya ödenmesine karar verilmiş ise de bu karar, Danıştay Onuncu Dairesi tarafından uğranılan zararın mahkemece araştırılması ve açıkça tespit edilen gerçek zararın tazminine karar verilmesi gerektiği nedeniyle bozulmuştur. Ankara 4. İdare Mahkemesi yukarıdaki içtihadı birleştirme kararını da gerekçe gösterek ilk kararında direnmiş ve direnme kararının temyizi üzerine dosya Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel

⁵⁸ Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu, 27.10.2000, E. 1999/996, K. 2000/1038 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

Kurulunun önüne gelmiştir. Kurul da Onuncu Daire kararında belirlenen gerekçelerle idare mahkemesinin direnme kararını bozmuştur.

Kararda da belirtildiği üzere söz konusu somut uyuşmazlıkta tazminat miktarının tam olarak tespit edilmesi mümkündür. Dahası böyle bir durumda, tam yargı davasının açıldığı esnada zararın net olarak davacı tarafından hesaplanarak dilekçede gösterilmesi de mümkün ve zorunludur. Zira zarara sebep olan işlem iptal edilmiş ve idarece bu iptal doğrultusunda gerekli işlem yapılmıştır. O hâlde, sadece tazminat hükmünün açıkça kurulması değil bizzat bu hükme esas teşkil eden dilekçede de talep konusu miktarın net bir şekilde belirlenmesi gerekir. Nitekim dava açıldığı anda da hüküm kurulduğu anda da zararın ilerlemesi durmuş ve zarar kesinleşmiştir. Bu hesabın davacı tarafından yapılabilmesinin önünde herhangi bir engel mevcut değildir.

Bu karardan çıkarılabilecek ara sonuçlar ise, içtihadı birleştirme kararının kapsamı dışında kalan, yani zarar miktarının davacı tarafından tespit edilebilmesinin mümkün olduğu hâllerde, davacının zarar miktarını belirtmeksizin bir belirsiz tam yargı davası açamayacağı gibi idare mahkemesi de belirsiz bir şekilde zarara hükmedemeyecektir. Diğer bir deyişle davacı talep ettiği miktarı açıkça göstermek zorunda kalacak, idare mahkemesi de buna paralel bir şekilde hükmedilen miktarı net ve kesin bir şekilde kararında belirtecektir.

d. 23.11.1992 Tarihli Danıştay 5. Dairesi Kararı⁵⁹

Askerlik nedeniyle görevinden ayrılan davacı, yeniden işe başlatılma talebinin davalı idarece reddi üzerine, bu işlemin iptali ve 243.000 TL tazminat talebiyle dava açmış; Ankara 3. İdare Mahkemesince 15.11.1984 tarihinde işlemin iptali ve talep konusu tazminatın davacıya ödenmesine hükmedilmiştir. 06.05.1985'de göreve başlayan davacı, bu kez terhis tarihi olan 01.08.1982 ile göreve başlama tarihi arasında geçen sürede uğradığı zararın 243.000 TL düşüldükten sonra 3.367.000 TL olduğu iddiası ve bu miktarın yasal faiziyle ödenmesi talebiyle 20.08.1985'de idareye başvurmuş; bu talep idarece 11.09.1985 tarihinde reddedilmiştir. Davacı, bu ret işlemin iptali ve söz konusu miktarın

⁵⁹ Danıştay 5. D., 23.11.1992, E. 1991/1075, K. 1992/3154 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

ödenmesi talebiyle Ankara 5. İdare Mahkemesine yeni bir dava açmış; idarece gönderilen belgelerden söz konusu sürede uğranılan zararın 1.564.788 TL olduğu tespit edilmiştir. Mahkeme, 21.12.1990 tarihinde idarî işlemin iptali ile bu miktarın davacıya ödenmesine ve fazlaya ilişkin talebin reddine hükmetmiştir. Kararın davalı idarece temyizi üzerine dosya Danıştay 5. Dairesinin önüne gelmiştir.

Somut uyuşmazlık, yukarıda tartışılan içtihadı birleştirme kararına konu olaya benzemektedir. Nitekim ilgili kararda da bu içtihadı birleştirme kararına atıf yapılarak, idarenin ilk davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmadığı ve aynı işlem nedeniyle ikinci bir tazminat istenemeyeceği yönündeki savunmaları yerine görülmemiş ve idare mahkemesinin tazminat miktarına ilişkin kararı onanmıştır.

Burada dikkat çeken husus, her ne kadar içtihadı birleştirme kararında belirtilen şekilde miktar gösterilmeden tam yargı davasının açılacağı bir durum söz konusu olsa da, davacı bu yolu tercih etmemiş, belirli bir miktar göstererek tam yargı davası açmış olabilir. Buna rağmen, Danıştay, tam yargı davasına konu olacak zararın kesin olarak belirlenmesinden sonra yeni bir dava açılacağına hükmetmiştir⁶⁰. Bu karara dayanak olarak gösterilen içtihadı birleştirme kararı ise, sadece davanın başında, dilekçede ve mahkeme hükmünde bir miktar gösterilmesine istisna tanımaktadır. Bu nedenle, Danıştayın bu kararında içtihadın kapsam ve anlamını oldukça geniş yorumladığı söylenebilir. Nitekim kararda yer alan karşı oy yazısında da bu hususlara dikkat çekilmiş ve içtihadı birleştirme kararının talepleri parçalayıp dava konusu yaparak kanunun öngörmediği bir sonuca imkân tanımadığı belirtilmiştir.

⁶⁰ Aslında davacı idareye yaptığı yeni bir başvuru sonucu aldığı ret kararına karşı dava açmıştır. Bu şekilde, ilk işlem veya eyleme karşı dava açma süresinin bir anlamda yenilenmesi ise kabul edilmemelidir (DİBK, 29.12.1983, E. 1983/1, K. 1983/10 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası; Resmî Gazete, 20.06.1984, S. 18437). Bkz. "...başvurunun zimnen reddedildiğinin kabulü gerektiği tarihten itibaren 60 günlük dava açma süresi içinde ve en son mesai saati bitimine kadar dava açılması gerekirken, bu süreler geçirildikten sonra, sona eren dava açma süresini yeniden canlandırmayacak olan başvurusu üzerine açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenme olanağı bulunmamaktadır." Danıştay 5. D., 25.01.2012, E. 2011/8036, K. 2012/191 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası; Şahiner/Pinegöz, s. 202).

III. İDARÎ YARGIDA BELİRSİZ TAM YARGI DAVASI İHTİYACI

İdarî yargılama hukukunda belirsiz tam yargı davasının gerekliliği konusunda kesin bir sonuca ulaşmadan önce, böyle bir imkânın kabul edilmemesinin davacı aleyhine sonuç doğurup doğurmayacağı üzerinde de durulmalıdır. Zira eğer mevcut düzenlemeler aynı amacı karşılamaya yeterli geliyorsa, zaten böyle bir davaya da ihtiyaç yok demektir. Bu nedenle, öncelikle belirsiz tam yargı davasıyla ulaşılmak istenen amaca hizmet edebilecek ve hukuken başvurulması mümkün diğer yollara değinmeyi, daha sonra ise bu konudaki görüşümüzü açıklamayı uygun görüyoruz.

A. Genel Açıklama

İdare hukukunda da -hâlen tartışmalı olmakla beraber⁶¹- esasen taleple bağıllık ilkesi geçerlidir⁶². Bu nedenle, gerçek zararın talep edilen zarardan çok daha fazla olduğu durumlarda dahi taleple bağıllık ilkesi gereği sadece talep edilen tazminat miktarına hükmedilmektedir⁶³. Bu tür durumlarda, davacının fazlaya ilişkin hakları için yeni bir dava açabileceği dile getirilmiştir⁶⁴. Ancak, bu yeni davanın da aynı dava süresi içerisinde açılması gerekir⁶⁵. Örneğin, idarî işlemin iptali

⁶¹ Bkz. Ünlüçay, s. 9-10; Özcan, s. 228-229.

⁶² Gözübüyük/Tan, s. 703, 902; Tan, s. 945; Gözler, s. 1371; Çağlayan Ramazan, "İdarî Yargıda Kesin Hüküm", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, C. III, S. 1, s. 141; Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 560; Yayla, s. 445; Özgüldür, s. 351; Kaya, s. 73; Kaya/Akcan, s. 138; Ergen, s. 548; Danıştay 5. D., 09.03.2009, E. 2009/973, K. 2009/1073 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Danıştay 2. D., 20.11.2008, E. 2008/3494, K. 2008/4637 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁶³ Gözübüyük/Tan, s. 703; Birtek, s. 23. Örneğin Danıştay 6. D., 24.06.1993, E. 1993/722, K. 1993/2694 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Danıştay 10. D., 10.10.1996, E. 1995/934, K. 1996/5933 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Danıştay 10. D., 24.11.1997, E. 1995/6440, K. 1997/4796 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁴ Tan, s. 946; Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 564. Karş. "İdarî yargılama usulünde, ilgililerin fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak tam yargı davası açabilmelerine olanak tanımamıştır." Danıştay 6. D., 11.05.2000, E. 1999/2712, K. 2000/2819 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁵ Danıştay 10. D., 12.11.2001, E. 2000/53, K. 2001/3860 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Danıştay 10. D., 15.05.1992, E. 1991/2716, K. 1992/2050 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

üzerine açılacak tam yargı davası, iptal kararının tebliği veya kanun yollarına başvurulması hâlinde verilecek kararın tebliği tarihinden itibaren altmış gündür (İYUK m. 12). İdarî eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında ise öncelikle bir ve beş yıl içinde idareye başvurulması gerekir (İYUK m. 13). O hâlde, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak tam yargı davası açılrsa ve sonradan yeni bir dava ile fazlaya ilişkin hakların talep edilebileceği kabul edilse dahi, ilk davanın sonuca bağlanması için geçen sürede dava açma süresinin geçmesi oldukça muhtemeldir⁶⁶. Diğer taraftan, fazlaya ilişkin hakların talep edildiği yeni davanın, ilk davada verilen hükmün tebliğinden itibaren işleyecek yeni bir dava açma süresi içinde açılabilmesi yönünde kararlar da mevcuttur⁶⁷. Ancak bu hâlde, davacıya kanunda yer almayan yeni bir süre tanınmış olur ki, bunu açıklamak oldukça zordur⁶⁸.

Bu noktada üzerinde durulması gereken diğer bir husus da kesin hüküm kurumudur. Kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı için sınırları ve şartları tam olarak tespit edilemese de, tam yargı davası neticesinde verilen hükmün taraflar için kesin hüküm teşkil edeceği kabul görmektedir⁶⁹. Bu durumda, fazlaya ilişkin haklarını saklı tut-

⁶⁶ Gözler, s. 1366; Birtok, s. 23; "Danıştay Onbirinci Dairesi'nin 09.03.2004 günlü ve E. 2001/149, 2004/1089 sayılı kararının 18.06.2004 tarihinde davacıya tebliğ edilmiş ve karara karşı kanun yollarına da başvurulmamış olması karşısında, kararın tebliğinden itibaren altmış günlük dava açma süresi geçtikten çok sonra, 27.02.2007 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğundan, davanın esasını incelemeye hukuken olanak bulunmamaktadır." Danıştay 11. D., 13.04.2007, E. 2007/2473, K. 2007/3869 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); "İdari eylem ve işlemlerden doğan zararın ödenmesi isteminin 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde öngörülen süre içinde dava konusu edilmesi gerektiği, davanın görüldüğü aşamada bilirkişi raporundan öğrenilen zararın fazlaya ilişkin kısmının bu süreler geçtikten sonra dava konusu edilemeyeceği ve anılan hüküm uyarınca idari eylemlerden doğan zararların ödenmesi, süresi içinde açılacak davalar yoluyla istenebileceğinden, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak süresi geçtikten sonra yeniden tam yargı davası açılmaz." Danıştay 8. D., 07.10.2003, E. 2003/590, K. 2003/3845 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası; Ergen, s. 550); Danıştay 6. D., 11.05.2000, E. 1999/2712, K. 2000/2819 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁷ Danıştay 5. D., 23.11.1992, E. 1991/1075, K. 1992/3154 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁸ DİBK, 29.12.1983, E. 1983/1, K. 1983/10 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası; Resmî Gazete, 20.06.1984, S. 18437).

⁶⁹ Onar, s. 1804-1805; Gözübüyük/Tan, s. 715; Tan, s. 952; Çağlayan, Kesin Hüküm, s. 141; Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 567.

mayan ve mecburen dava dilekçesinde bir miktar göstererek tam yargı davası açan davacı, sonradan yeni bir dava ile aynı idarî işlem veya eylemden kaynaklanan ek bir tazminat talep edememelidir. Zira idarî yargılama hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki gibi bir kısmî dava türüne ilişkin düzenleme yoktur⁷⁰. O hâlde, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmaması durumunda, ilk tam yargı davasının en azından kısmî bir talebe ilişkin olduğunu gösteren herhangi bir olgu da mevcut değildir. Nitekim özel hukukta da açılan davanın kısmî dava olduğu belirtilmezse, tam bir eda davası olarak kabul edileceği ve hükmün kesinleşmesinden sonra ek bir dava açılmayacağı kabul edilmektedir⁷¹. Sonuç olarak mevcut düzenlemeler karşısında, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmadan bir miktar gösterilerek tam yargı davası açılır ve hüküm kesinleşirse, artık geriye kalan fazla miktar ek bir tam yargı davasıyla talep edilemez. Fazlaya ilişkin hakların saklı tutularak tam yargı davası açılması hâlinde ise, -yukarıda belirtildiği gibi böyle bir talebin kabul görüp görmeyeceği hâlen tartışmalı olmakla beraber⁷²- bu dava süresince fazla miktar için dava açma süresinin dolması oldukça muhtemeldir.

Yukarıda da değindiğimiz şekilde, tam yargı davasının konu ve miktarının tam olarak tespit edilemediği durumlarda, kısa dava açma süreleri ve fazlaya ilişkin hakların saklı tutulamaması, davacının zararının tam olarak karşılanmasını engellemektedir. Bu nedenlerle, idarî yargının tam tazmin amacından da hareketle ve hak arama özgürlüğü kapsamında idarî yargıda bir tür belirsiz tam yargı davasına ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz.

H. 11 Nisan 2013 Tarihli Kanun Değişikliğinin Getirdikleri

6459 sayılı Kanununun 4. maddesiyle İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 16. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen cümle ile tam yargı

⁷⁰ Birtek, s. 20.

⁷¹ Pekcanitez, s. 68-69.

⁷² Bkz. Candan, s. 262; Ünlüçay, s. 8; Birtek, s. 23 vd.; Kaya, s. 73; Ergen, s. 548; "İdarî yargılama usûlünde, ilgililerin fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak tam yargı davası açabilmelerine olanak tanınmamıştır." Danıştay 6. D., 11.05.2000, E. 1999/2712, K. 2000/2819 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

davalarında dilekçede belirtilen miktarın süre ve diğer usûl kuralları gözetilmeksizin nihaî karar verilinceye kadar harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilirliği hükme bağlanmıştır. Talebin artırılmasına ilişkin dilekçen, otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilecektir.

Bu kurum doktrinde⁷³ ve yargı kararlarında⁷⁴ *ıslah* olarak adlandırılmıştır. Ancak, esasen bu düzenlemenin getirdiği ıslahın sadece bir boyutunu karşılamaktadır. Zira, özel hukukta ıslah talep sonucunun artırılması yanında iddia veya savunmada dayanılan vakıaların değiştirilmesine ve genişletilmesine de imkân tanımaktadır⁷⁵. Oysa 6459 sayılı Kanunla getirilen sadece talebin artırılmasına yönelik bir kurumdur⁷⁶. Talebin artırılması neticesinde davalı idarenin savunma hakkını kullanmadığı ek kısım için cevap vermesi mümkündür. Bu ise, savunmanın genişletilmesi anlamına gelmez. Zira davalı idarenin davanın başında ileri sürülme-yen bir talep kısmı için savunmada bulunması da zaten beklenemezdi. Benzer şekilde, özel hukuk yargılamasında da ıslah ile talep sonucunun artırılması veya yeni vakıalar ileri sürülmesi hâlinde, karşı tarafa bu yeni talep ve vakıalara karşı savunma imkânı tanınmaktadır⁷⁷. Ancak bu savunmanın kendisi bi-

⁷³ Gözübüyük/Tan, s. 703, 728.

⁷⁴ "...davanın maddi tazminata ilişkin kısmının Danıştay Onuncu Dairesi'nin 31.3.2010 tarih ve E:2009/14473, K:2010/2490 sayılı kararıyla onanıp kesinleştiğinden, ıslah talebinin bu aşamada dikkate alınması mümkün değildir." Danıştay 15. D., 09.05.2013, E. 2013/4405, K. 2013/3335 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁵ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 531; Görgün-Kodakoğlu, s. 205; Yılmaz Ejder, *Islah*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, *Islah*, s. 51-52, 129 vd.; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 616; Karslı, s. 702-703; Muşul Timuçin, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 303-304; Deynekli, s. 69.

⁷⁶ İdare hukukunda kendiliğinden araştırma ilkesi hâkim olduğu için (Günday, s. 79-80; Gözübüyük/Tan, s. 730; Erkut, s. 89; Yayla, s. 444; Candan, s. 632; Doğrusöz, s. 1934), tarafların iddia ve savunmalarını değiştirmek/genişletmek için zaten özel hukuktaki ıslah benzeri bir kuruma ihtiyaç duymayacakları ileri sürülebilir. Ancak, İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 16. maddesinde yer alan "Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler." şeklindeki düzenleme üzerinde de düşünülmalıdır. Nitekim doktrinde uygulamada çok dikkat edilmese de kendiliğinden araştırma ilkesinin tam yargı davalarında iptal davalarından daha farklı ve sınırlı uygulanması gerektiği dile getirilmiştir (Onar, s. 1937, 1980). Bu konuda ayrıca bkz. Candan, s. 619.

⁷⁷ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 534; Yılmaz, *Islah*, s. 613; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s.

zatihi ıslah değildir. Aksine ıslah ile ileri sürülen hususlara karşı savunmadır.

Kanun, talep edilen miktarın artırılmasından söz etmektedir. Bu kapsamda, daha önce talep edilmeyen ek bir tazminatın da davaya eklenip eklenemeyeceği sorunu akla gelmektedir. Örneğin, dava dilekçesinde sadece maddî tazminat talep eden davacı, daha sonra manevî tazminat da talep ederek nihaî talep sonucunu artırabilecek midir? Kanaatimizce, bu kanun değişikliğinin amacı aynı işlem veya eylemden kaynaklanan zararların, tam yargı davası süresince –nihaî karar verilinceye kadar– aynı yargılamaya dahil edilmesine imkân sağlamaktır. Bu durumda, aynı idarî işlem ve eylemden kaynaklanmış olmak şartıyla, sadece maddî tazminat talebine ek olarak sonradan manevî tazminat gibi diğer tazminat kalemleri veya aynı zarar nedeniyle faizin de talep edilebileceği kanaatindeyiz⁷⁸. Ancak davacı, tam yargı davasındaki talebi artırmak suretiyle, başka işlem ve eylemlerden kaynaklanan taleplerini ileri sürememelidir. Zira, böyle bir durumda, bu kanun değişikliği, münferiden dava açma süresi kaçırılan eylem ve işlemlerin de aynı yargılamaya dahil edilerek talep edilebilmesine imkân tanır ki, değişikliğin amacının bu olmadığı kanaatindeyiz.

Kanunun imkân tanıdığı şekilde talep sonucu nihaî karar verilinceye kadar artırılabilir. Hâkimin yargılamayı sona erdirerek davadan elini çektiği kararı ifade eden nihaî karardan⁷⁹ sonra talep sonucu ar-

628; Deynekli, s. 21; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06.03.2013, E. 2012/4-824, K. 2013/305 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 4. HD, 18.11.2003, E. 2003/2835, K. 2003/13541 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁸ Danıştay bu değişiklikten önce bazı kararlarında, sonradan başka bir tam yargı davası ile faiz istenemeyeceğine hükmetmekteydi: “Davacının yargı kararı gereği yapılan ödemeye faiz işletilmesi ve ödenmesi isteğiyle idareye yaptığı başvuru, idari davaya konu edilebilecek nitelikte bir işlem tesisine yönelik başvuru olmadığı gibi, faizle karşılanmasını istediği zararın bu işlemden doğmadığı açıktır. Asıl zararı atama işleminden doğan ve ilk dava ile karşılanan davacının aynı işleme dayandırdığı “faizden yoksun kalma” biçimindeki zararını ayrı bir davaya konu etmesine, açılmış bir tam yargı davasında, talep edilmemiş olan faiz için ayrı bir dava açılmasına olanak veren bir hükmün bulunmadığından ve bir işlemten doğan zarar için birden fazla tam yargı davası açılmasına hukuken olanak yoktur.” Danıştay 5. D., 19.02.2008, E. 2005/5463, K. 2008/876 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁹ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 450; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 804; Muşul, s. 448.

tırılamaz. Diğer bir deyişle, kanun yolu aşamasında talep sonucunun artırılabilmesi mümkün değildir. Ancak kanun yolu aşamasında karar bozulur ve bu bozma kararı doğrultusunda yargılamaya devam edilirse artık talep sonucunun tekrar bir nihaî karar verilinceye kadar artırılabilceğini kabul etmek gerekir⁸⁰. Nitekim, Danıştay da bu değişikliğin kanun yolu aşamasındakiler dahil tüm derdest davalara uygulanacağını kabul ederek, kanun yolunda bozulan kararların devam eden yargılamasında talep sonucunun artırılabilceği doğrultusunda karar vermiştir⁸¹.

I. Değerlendirme

Belirsiz alacak davasının amaçları dikkate alındığında, hukukumuzda bu yönde somut bir düzenlemenin yer almadığı dönemde dahi bu davanın açılabilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸². Hukuk yargılaması bakımından belirtilen bu görüş, talep sonucunun belirli olması kuralının sadece talep sonucunun belirlenebilir olduğu durumlara özgü olduğunu; buna karşılık, alacak miktarının belirlenemediği hâllerde davacıdan mutlaka tam bir talep sonucu beklenmemesi gerektiğine dayanmaktadır.

⁸⁰ Özel hukukta ise, bu husus tartışmalıdır. Bir görüş, bozmadan sonra ıslahın mutlak olarak caiz olması gerektiğini savunurken; karşı görüşe göre, bozmadan sonra ıslah ancak usulî kazanılmış hakkı zedelemeyecek derecede mümkün olmalıdır. Bu konuda bkz. Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 532; Yılmaz, Islah, s. 518; Pekantez-Atalay-Özekes, s. 624; Karlı, s. 681-682; Deynekli, s. 26 vd.

⁸¹ “Davacılar vekili tarafından, davanın maddi tazminata ilişkin kısmı yönünden ıslah talebinin nazara alınmaması nedeniyle temyiz isteminde bulunulmuş ise de, 30.04.2013 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğü giren ‘İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 16. Maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen hüküm ile tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktarın, süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilceği ve bu miktarın artırılmasına ilişkin dilekçenin otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafta tebliğ edileceği, bu hükmün, kanun yolu aşaması dahil yürürlük tarihinde derdest olan davalarda uygulanacağı kurala bağlanmış olup, davanın maddi tazminata ilişkin kısmının Danıştay Onuncu Dairesi’nin 31.3.2010 tarih ve E: 2009/14473, K: 2010/2490 sayılı kararıyla onanıp kesinleştiğinden, ıslah talebinin bu aşamada dikkate alınması mümkün değildir.” Danıştay 15. D., 09.05.2013, E: 2013/4405, K: 2013/3335 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁸² Pekantez, s. 29.

Tam yargı davalarının, zararın gerçekçi ve tam olarak tazminini sağlama amacı⁸³ dikkate alındığında, koşulların sağlanması hâlinde belirsiz tam yargı davasının kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Zira, ancak bu şekilde, kesin hüküm, fazlaya ilişkin haklarla ilgili dava açma süresinin geçmesi, miktarın çok fazla gösterilerek harç konusunda zarara uğranılması veya talebin sadece bir kez artırılabilmesi gibi olumsuzluklar söz konusu olmaksızın, davacının zararı etkin ve tamamen giderilebilecektir. Böyle bir dava, sadece yukarıdaki içtihadı birleştirme kararına konu olan somut uyuşmazlığa benzer durumlarda değil, talep sonucunun dava dilekçesinde gösterilemeyeceği her uyuşmazlık bakımından caiz olmalıdır⁸⁴. Doktrinde bu sorunun tam yargı davalarında taleple bağlılık ilkesi uygulanmaksızın, davacının talep sonucundan daha fazla da olsa uğranılan gerçek zarara hükmedilmek suretiyle de çözülebileceği dile getirilmiştir⁸⁵. Bu görüş, davacının haklı olduğu ve korunması gerektiği varsayımına dayanarak, dilekçede talep sonucunun gösterilmesi ve taleple bağlılık kuralının bir arada uygulanmasının olumsuzluklarını gidermeye çalışmaktadır. Ancak, taleple bağlılık kuralı tamamen terk edilirse, davacı düşük harç ödemek amacıyla mümkün olan en az talep sonucuyla dava açacaktır. Bu durumda, dava açıp mahkemeleri gereksiz yere meşgul etmeden önce davacıyı haklılığını düşünmeye iten tek sebep de ortadan kalkacaktır. Hak arama özgürlüğü bu şekilde bir uygulamaya imkân verecek derecede yorumlanamaz. Aksi hâl, yargılama hizmetinden faydalanan kişilerin kamuya yüklediği yükün tamamını tüm bireyler üzerine yükleyecektir. Oysa bu hizmete baş-

⁸³ Güran, s. 167; Ünlüçay, s. 6; "Tazminat davalarının yargı denetimiyle amaçlanan sonuca ulaşabilmesi ilgililerin subjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan hak ihlallerinin tam olarak giderilmesi, 'adil bir doyum' sağlanabilmesi, zararın gerçekçi biçimde tazminiyle mümkündür." Danıştay 5. D., 29.09.2004, E. 2000/3316, K. 2004/3372 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); "İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atfet duyularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdarî uargı da, bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sebeplerini içtihadıyla saptamak zorundadır." Danıştay 10. D., 29.04.2008, E. 2007/3301, K. 2008/2939 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁴ Birtek, s. 38.

⁸⁵ Ünlüçay, s. 9.

vuran kişinin harç ödemek gibi kendi aleyhine olabilecek bir hususu da dikkate alarak yargıya yönelmesi gerekir. Bu nedenlerle, taleple bağıllık ilkesini terk etmektense, yukarıda belirtilen koşullarda talep sonucunu belirleyemeyecek davacıya, dilekçede belirli bir miktar göstermeksizin tam yargı davası açabilmesi olanağı sağlanması daha yerinde bir tercih olacaktır.

Ayrıca, yukarıda değindiğimiz 29.12.1983 tarihili Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında gerçekleşen şartların bir arada gerçekleştiği durumlarda, 6459 sayılı Kanunla getirilen tam yargı davalarında dilekçede belirtilen miktarı bir defaya mahsus arttırabilme imkânı, belirsiz tam yargı davasının yerini tutabilecek nitelikte değildir. Zira bu içtihadı birleştirme kararına konu olan somut olaya benzer durumlarda, nihaî kararın verildiği anda dahi zararın miktarını tam olarak tespit etmek ne davacı için ne de mahkeme için mümkündür. Bu tür durumlarda, idare mahkemesinin net ve açık bir miktara hükmetmemesi doktrinde eleştirilmişse de, bu durum özellikle iptal edilen idarî işlemler nedeniyle uğranılan zararların iptal kararının gereği yerine getirilene kadar devam edecek olması nedeniyle, idare hukukuna özgü kaçınılmaz bir sonuçtan kaynaklanmaktadır. İdarenin, iptal kararının gereğini uygulayacağı zamana kadar davacının zararı devam edeceğinden, 6459 sayılı Kanunla getirilen imkânla davacının nihaî kararına kadar talep sonucu arttırabilmesi de tam olarak ihtiyaçları giderecek nitelikte değildir. Burada, yargının tazminatı belirleme yetkisini tamamen idareye devrettiğinden de söz edilemez. Zira esasen idare mahkemesi ödenecek tazminatın çerçevesini kararında çizecek, sınırlayacaktır. İdarece yapılacak olan mahkeme kararında belirtilen çerçevede kalan tazminat tutarının miktarını tespit etmekten ibaret olacaktır. Böyle bir durumda, idarenin tespitlerine karşı ayrı davalar açılarak yargının meşgul edileceği endişesi⁸⁶ de esasen eleştiriye açıktır. Zira idareye böyle bir imkân tanınmazsa davacının başvurabileceği tek yol, mahkeme kararının verilmesinden sonra meydana gelen zararları için ayrı bir

⁸⁶ Çağlayan, İdarî Yargılama, s. 564-565.

dava açması olacaktır⁸⁷. Bu durumda ise, davacının yeni bir tam yargı davası açarak hükmün kurulmasından sonra ortaya çıkan zararları için yargıyı yeniden meşgul edeceği muhakkaktır. Bu nedenle, talep sonucu belirlemenin davacıdan beklenemeyeceği veya objektif olarak imkânsız olduğu hâllerde, davacıya belirsiz tam yargı davası açma ve yargılama süresince zararın belirlenebilmesi hâlinde talep sonucunu kesinleştirme imkânı tanımak; nihaî karar anında dahi hâlen devam eden zararların söz konusu olduğu hâllerde ise, zarar doğuran sebebin idarece sonra erdirildiği ana kadar belirli çerçevede zararın sınırlarını çizmek ve bu durumda net miktarın idarece belirlenmesine hükmetmek yerinde olacaktır⁸⁸. Böyle bir çözüm tarzı, idarî yargılama hukukunda açık kanunî düzenlemelere bağlanamamış veya hâlen tartışmalı olan, dava açma süresi, derdestlik ve kesin hüküm gibi ilk nihaî karardan sonra ortaya çıkacak zararların talep edilmesinde karşılaşılabilecek muhtemel olumsuzlukları da bertaraf edecek nitelikte olacaktır.

Daha açık bir ifadeyle, Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen belirsiz alacak davasının koşullarından yola çıkılarak ve yukarıdaki Danıştay kararları da dikkate alınarak, idarî yargılamada da belirsiz alacak davasına benzeyen ve fakat bu yargılamanın kendine özgü farklılıklarını da gözetken, yukarıda değinilen şekilde ortaya çıkabilecek bir belirsiz tam yargı davası açma imkânı kabul edilmelidir⁸⁹.

⁸⁷ Tan, s. 946; Gözübüyük/Tan, s. 704.

⁸⁸ Bkz. Zabunoğlu, s. 609.

⁸⁹ Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunundan sonra Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nde de (Resmî Gazete, 27.11.2014, S. 29188), talep konusunu belirlemenin imkânsız veya davacıdan beklenemeyecek olduğu hâllere ilişkin düzenleme yapılmıştır. İlgili yönetmeliğin 22. maddesine göre "Ancak başvurunun yapıldığı tarihte uyuşmazlık miktarının tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, başvuru sahibinin hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktarı belirtmesi ve inceleme sürecinde uyuşmazlık miktarının bilgi veya belgelerle tam olarak tespit edilmesi halinde talep edilen miktardan daha fazlasına veya daha azına tüketici hakem heyetince karar verilebilir." Tüketici hukukunun tüketicuyu koruma amacı da dikkate alınarak, bu düzenleme Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan belirsiz alacak davasından birtakım farklılıklar içermektedir. Ancak, burada konumuz bakımından önemli olan, talep konusunu belirlemenin imkânsız olduğu durumlarda, talepte bulunanı korumaya yönelik düzenlemelere duyulan ihtiyaç artık diğer hukuk alanlarında da hissedilmeye başlanacak ve idarî yargılama hukuku da bu ihtiyaca sessiz kalamayacaktır.

Nitekim İdarî Yargılama Usûlü Kanunundan önce de Danıştay Kanunuyla özel hukuk kurallarına atıf yapılmayan hâllerde, özel hukuk yargılamasından kurallardan yola çıkılarak idarî yargılama hukukundaki boşlukların içtihatlarla doldurulması gerektiği dile getirilmiştir⁹⁰

SONUÇ

İdarî yargıdaki dava türlerinden olan tam yargı davası, özel hukuktaki eda davaları kapsamında yer alan eda davalarına benzemektedir. Özel hukuktaki eda talepli davalar, tam eda davası, kısmî dava ve belirsiz alacak davası şeklinde üç farklı şekilde olabilirken, bu konuda İdarî Yargılama Usûlü Kanununda açık düzenleme yoktur. Ancak, özel hukuk yargılamasında 2011 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kabul edilen belirsiz alacak davası, idari yargılama hukukunda çok daha eski bir uygulamaya sahiptir. Belirsiz alacak davasına özel hukukta duyulan ihtiyaçlar, aynen ve hatta idarî yargının kendine özgü birtakım özellikleri nedeniyle daha da yoğun bir şekilde idarî yargılamada da hissedilmiştir. Bu nedenle, idarî yargıda bu dava türü, çeşitli içtihatlarla kabul edilmiş ve uygulanagelmıştır.

Tam yargı davasında dilekçeyle zararı tam olarak tespit edemeden kaynaklanan sorunlar, 6459 sayılı Kanunla getirilen ve dilekçedeki talep sonucunu nihaî karar verinceye kadar bir defaya mahsus artırabilme imkânıyla bir nebze olsun giderilmiştir. Ancak, bu kanunî değişiklikler de içtihatlarla kabul edilen belirsiz tam yargı davasının yerini tutabilecek nitelikte değildir. Zira, 6459 sayılı Kanun bir defaya mahsus ve sadece nihaî karar verinceye kadar talep sonucu artırmaya imkân tanımaktadır. Oysa, içtihadı birleştirme kararında da belirtilen somut durumlarda nihaî kararın verildiği anda dahi zararın kesin olarak tespit edilebilmesi mümkün değildir.

Özetle, idarî yargılama hukukundaki mevzut içtihatlarla belirsiz tam yargı davasının koşullarını, özel hukuktaki belirsiz alacak davasına paralel bir şekilde belirlemiştir. Ancak, idarî yargılama hukukunda

⁹⁰ Eroğlu Yaşar, "Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Uygulanışı", *Danıştay Dergisi*, S. 8, s. 24. Karşı görüşte Doğrusöz, s. 1933.

da çoğunlukla kabul edilen taleple bağıllık ilkesi gereği, bu yargılamada da belirsizlik davanın tamamına ilişkin değil, sadece kesin bir talep sonucuna yönelilmiştir. Diğer bir deyişle, belirsiz alacak davasında da davacı talebinin sınırlarını ve hukukî dayanaklarını net olarak ortaya koymalıdır. Tamamen belirsiz, hukukî dayanakları ve çerçevesi çizilmemiş bir zararın giderilmesi belirsiz tam yargı davası kapsamında kabul edilemez. Örneğin, iptali istenen işlemin tesis edildiği ve zararın ortaya çıkmaya başladığı tarihten bu iptal kararının uygulandığı tarihe kadar ortaya çıkan zarar talep edilebilir; ancak, bu kararın ne zaman uygulanacağı bilinemeyeceğinden miktar kesin olarak belirlenemez. Bu şartlarda davacının, sadece ortaya çıkan zararın giderilmesi talebi, herhangi bir zaman sınırı ve bu zararın dayanağı işlem belirtilmeksizin kabul edilemez ve belirsiz tam yargı davası kapsamında açıklanamaz.

Kaynakça

- Birtek Fatih, "Tam Yargı Davalarında Fazlaya İlişkin Hakların Saklı Tutulması ve Anayasa Mahkemesi'nin 12.06.2008 Tarihli Kararı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Temmuz 2009, S. 35, Yıl 4, s. 19-39.
- Candan Turgut, *Açıklamalı İdarî Yargılama Usulü Kanunu*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Çağlayan Ramazan, "İdarî Yargıda Kesin Hüküm", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, C. III, S. 1, s. 123-141, (Kesin Hüküm).
- Çağlayan Ramazan, *İdarî Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, (İdarî Yargılama).
- Deynekli Adnan, *Medeni Usul Hukukunda Islah*, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- Doğrusöz M. Ezhan, "İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na Yapılan Atıf Düzenlemesi", *Legal Mali Hukuk Dergisi*, 2006, S. 20, s. 1925-1937.
- Ergen Cafer, *İdarî Yargı Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Erkut Celal, "İdarî Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu", *İdarî Yargının Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdarî Yargılama Usulü*, Danıştay Sempozyumu 11-12 Mayıs 2001, Ankara 2003, s. 87-103.
- Eroğlu Yaşar, "Danıştay Kanunuyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Uygulanışı", *Danıştay Dergisi*, S. 8, s. 24-32.

- Görgün L. Şanal/Kodakoğlu Mehmet, *Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara 2012.
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa* 2009.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa* 2012.
- Gözübüyük A. Şeref/Tan Turgut, *İdare Hukuku, C. II, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara* 2014.
- Güran Sait, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul* 1980, s. 151-170.
- Günday Metin, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulama Alanı", *İdari Yargının Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Danıştay Sempozyumu 11-12 Mayıs 2001, Ankara* 2003, s. 79-86.
- Karakış Şefik, "İdari Yargıda Islah Üzerine Bir AİHM Kararı", *Güncel Hukuk, Aralık* 2009, s. 62-65.
- Karslı Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul* 2012.
- Kaya Cemil, "İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. XIV, S. 1-2, s. 59-77.*
- Kaya Cemil/Akcan Recep, "Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2009, C. LXVII, S. 1-2, s. 123-141.*
- Keskin Bayram, "İdarî Yargı Kararlarının Uygulanmasında Hukukî veya Fiili İmkânsızlık", *Terazi Hukuk Dergisi, 2009, S. 38, s. 41-54.*
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara* 2013.
- Muşul Timuçin, *Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara* 2012.
- Onar Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul* 1966.
- Özcan Elvin Evrim, "İdari Yargılama Hukukunda Islah", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, S. 92, s. 223-237.*
- Özelçi Aytaç/Simil Cemil, "İdari Yargının İşlevi Yönünden Islah Kurumu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. XI, (Bilge Umar'a Armağan C.II), s. 1715-1751.*
- Özgüldür Serdar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara* 1996.
- Pekcanitez Hakan, *Belirsiz Alacak Davası, Yetkin Yayınları, Ankara* 2011.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara* 2013.
- Pınar İbrahim, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Aşamasında Karşılaşılan Sorunlar", *Terazi Hukuk Dergisi, 2007, S. 16, s. 93-119.*

- Simil Cemil, *Belirsiz Alacak Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.*
- Şahiner Muhammed Emin/Pinegöz Aysun, *İdari Yargılama Usulü Kanunu, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.*
- Tan Turgut, *İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.*
- Ünlüçay Metin, "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", *Danıştay Dergisi*, 1998, S. 94, s. 3-10.
- Yayla Yıldızhan, *İdare Hukuku, 2.Baskı, Beta Basım, Eylül 2010.*
- Yılmaz Ejder, *İslah, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, (İslah).*
- Yılmaz Ejder, "İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasası", *Ankara Barosu Dergisi*, 1983, S. 3-4, s. 11-34, (Yasak).
- Zabunoğlu Yahya Kazım, *İdare Hukuku, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.*

AVUKATLARIN KARŞI TARAF VEKÂLET ÜCRETİNİN KDV KARŞISINDAKİ DURUMU

THE COUNTERPARTY ATTORNEY'S FEE IN VALUE ADDED TAX LAW

Özgür BİYAN*

Özet: Avukatlık Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca, davayı kaybeden tarafından karşı tarafa yargılama gideri olarak ödenen “karşı taraf vekalet ücreti”nin hukuki durumunun net olarak ortaya konulması, bu tür ödemelerde KDV hesaplanması gerekip gerekmediği açısından büyük önem arz etmektedir. Maliye Bakanlığı tebliğleri çerçevesinde bu tür ödemelerde KDV hesaplanması gerektiği yönünde düzenlemeler yapılmasına karşın, KDV kanunu ruhuna aykırı bazı hususlar dikkat çekmektedir. Bu çalışmada bu hususlar analiz edilmekte ve karşı vekalet ücretinin KDV'ne tabi olmaması gerektiği nedenleri ile açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: karşı taraf vekalet ücreti, KDV, yargılama gideri

Abstract: It is crucial to reveal the legal status of counterparty attorney's fee, which shall be paid in accordance with the Attorneyship Law and the Code of Civil Procedure as litigation cost by the losing party in a court, in order to decide whether VAT must be accrued on this fee. Although the Ministry of Finance has made certain regulations, which obliges with accruing VAT in the payment of the counterparty attorney's fee, some issues that are contrary to the very spirit of the VAT Law have drawn attention. In this paper, these issues are addressed, and it is explained that counterparty attorney's fee must be free from VAT.

Keywords: Counterparty Attorney's Fee, VAT, litigation cost

I. GİRİŞ

1136 sayılı Avukatlık Kanununda (m.2) avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı or-

* Yrd. Doç. Dr., Balıkesir Üniversitesi, Bandırma İİBF, Maliye Bölümü

ganları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olarak kabul edilmiştir. Avukatlık hukuk devleti için o kadar önemlidir ki ancak bu mesleğin gereği gibi yerine getirilmesiyle kişiler mahkemelerde veya icra mercilerinde haklarını arayabilir, usulüne göre takip edebilir ve savunabilir.

Avukat mesleğini geliri elde etmesi bakımından iki şekilde ifa edebilir. Ya mesleği şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanarak ve bir işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında bedel karşılığı kendi nam ve hesabına faaliyet göstererek ya da bir işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak hizmet karşılığı para ve/veya para ile temsil edilebilen menfaatler elde ederek ifa eder. Elde edilen gelir birinci durumda serbest meslek kazancı, ikinci durumda ücret geliri olarak kabul edilir ve vergileme buna göre yapılır.

Bir dava, müvekkilin lehine sonuçlanırsa karşı taraftan yargı merciinin takdir ettiği bir "karşı taraf vekalet ücreti"ne hak kazanılır. Bir işverene bağlı olarak çalışan bir avukat karşı taraf vekalet ücreti elde ettiğinde söz konusu kazanç, bağlı olduğu "işveren" adına tahsil edildiğinden ve avukatın bizzat kendisinin herhangi bir belge düzenlemesi söz konusu olmadığından bir problem oluşmamaktadır. Bu durumda avukata karşı taraf vekalet ücreti işvereni tarafından ödeneceğinden ve hizmet akdine bağlı bir işlem mahiyetinde düşünüldüğünden "ücret" olarak vergiye tabi tutulacaktır. Serbest meslek erbabı konumundaki bir avukatın "karşı taraf vekalet ücreti" elde etmesi durumunda ise çözüm ücretli avukat kadar kolay olmamaktadır. Bağımsız çalışan avukat mükellef konumundadır, kazancından dolayı defter tutmaktadır ve kazanç elde ettiğinde belge düzenlemekle yükümlüdür.

İşte bu noktada gerek Gelir Vergisi Kanunu gerekse Katma Değer Vergisi Kanunu kapsamındaki vergiyi doğuran olay bakımından farklılıklar aynı gelire farklı uygulamaların yapılmasına neden olmaktadır. Maliye Bakanlığı ise bu konuda adeta tango yapmaktadır. Bir dans türü olan tangodaki temel altılı ayak hareketi misali bir geri-iki ileri görüş bildiriminde bulunmakta, tebliğlere konu etmekte ve uygulamaya yön vermeye çalışmaktadır. Ancak kanaatimizce sonuca doğru yoldan ulaşamamıştır, belirli bir düzen içinde dahi olmayan hazineci yaklaşımla yorum yapmayı tercih etmektedir. Sonuç ise tam bir karmaşadır.

Bu çalışmada vekâlet ilişkisine dayanarak çalışan serbest meslek erbabı konumundaki bir avukatın, davayı kaybeden taraftan aldığı bedelin vergi kanunları karşısındaki durumu ve hukuki mahiyeti analiz edilecek ve yapılan düzenlemeler değerlendirilmeye tabi tutulacaktır. Konunun değerlendirilmesine sağlıklı bir çözüm açısından önem taşıdığından öncelikle “karşı taraf vekalet ücreti”nin hukuki mahiyetini açıklanması cihetine gidilecektir.

II. “KARŞI TARAF VEKÂLET ÜCRETİ”NİN HUKUKİ MAHİYETİ

Avukatlık hizmeti yapısı itibariyle “vekâlet” ilişkisi çerçevesinde ve bir sözleşmeye dayanmaktadır. Avukatlık ücreti, müvekkil ile avukat arasında serbestçe (Avukatlık Kanunu’nda yer alan emredici düzenlemeler çerçevesinde) kararlaştırılmaktadır. Vergi kanunları açısından elde edilen söz konusu kazanç, serbest meslek kazancı veya yerine göre ücret olarak kavranarak vergilendirilmektedir¹.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu²’nin “avukatlık ücreti” başlıklı 164. maddesine göre “*dava sonucunda verilen karara dayanılarak tarifeye göre karşı tarafa yüklenilecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez*”. Kanun koyucu yargılama giderlerinden olan vekâlet ücretinin kime ait olacağı konusundaki takdir yetkisini avukatlar lehine kullanmıştır. Bu durumun Anayasaya aykırı olduğu iddiası Anayasa Mahkemesince de kabul edilmemiştir³.

Diğer yandan aynı Kanun’un 166. maddesi uyarınca avukat açısından “... sözleşme ile kararlaştırılan ve hâkim tarafından takdir olunan ücretinden dolayı, kendi çalışması sonucunda müvekkilin muhafaza ettiği veya kazandığı mallar ve davadaki diğer taraftan ilam gereğince tahsil edilecek para” da bir kazanç olarak düzenlenmiş ve avukata ait olduğu vurgulanmıştır. 164 ve 166. maddeler birlikte okunduğunda iki ayrı

¹ A. Bumin Doğrusöz, “Davada Haksız Çıkan Taraftan Sağlanan Avukatlık Gelirlerinin Vergi Mevzuatı Karşısındaki Durumu”, Yaklaşım, Sayı:126, Haziran 2003, s.40.

² 07.04.1969 tarihli ve 13168 sayılı Resmi Gazete.

³ Anayasa Mahkemesi E. 2004/8, K. 2004/28, k.t. 03.03.2004, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Iptalituraz/K2004/K2004-028.htm>.

vekâlet ücretinden biri⁴ dava sonucunda hükmolunan kararla karşı tarafa yüklenen vekâlet ücretidir⁵. Söz konusu vekâlet ücretlerinin mahiyetinin belirlenmesi ve vergilendirilmesi aşaması ise o kadar kolay çözümlenememektedir. Müvekkil ile avukat arasında bir sözleşme kapsamında kararlaştırılan ve müvekkil tarafından karşılanan avukatlık ücreti (serbest meslek faaliyeti/serbest meslek kazancı) ile mahkemelerce haksız çıkan taraf aleyhine hükmolunan avukatlık ücreti farklı niteliğe sahiptir.

Avukat ile müvekkili arasında kararlaştırılan avukatlık ücreti, yargılama gideri olarak davayı kaybeden tarafa yüklenen vekâlet ücretine etki etmemektedir. Diğer bir deyişle karşı taraf vekalet ücretinin belirlenmesinde herhangi bir belirleyiciliği ya da bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Mahkemelerce haklı çıkan taraf lehine hükmolunan vekâlet ücreti, Türkiye Barolar Birliği'nce hazırlanarak Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesi ile belirlenen usulle yürürlüğe konulan, hüküm tarihinde geçerli durumdaki Avukatlık Ücret Tarifesine⁶ göre belirlenmektedir. Söz konusu ücret Avukatlık Ücret Tarifesi'nde yazılı ücretten az olamayacak ve bu ücretin üç katını aşamayacaktır (1136 sayılı Kanun, m.169). 1136 sayılı Kanun'un 164. maddesi emredici bir düzenleme olduğuna göre karşı taraf vekalet ücreti avukata ait bir kalemdir. Bu maddeye aykırı bir şekilde avukatın karşı taraftan alacağı vekâlet ücretinin bir kısmını veya tamamını iş sahibine bırakmasını öngören sözleşmeler kanuna aykırı olacaktır.

164. maddenin değişmeden önceki haline bakıldığında, daha önce taraflara sözleşmeyle, "aksini kararlaştırma", yani karşı vekâlet ücretinin vekil edene bırakılabileceği düzenlenmişken, maddenin son halinde, tarafların iradesinin ne olduğuna bakılmaksızın, karşı vekâlet ücretinin doğrudan avukata ait olacağı kararlaştırılmıştır⁷. Yargıtay

⁴ Diğer iş akdine bağlı olarak çalışan ve bir işveren aracılığı ile sağlanan vekâlet ücretidir. Ancak bu husus ayrı bir çalışma gerektirdiğinden bu çalışmanın kapsamında inceleme konusu yapılmamıştır.

⁵ Mali Mevzuat Platformu, İstanbul Yeminli Mali Müşavirler Odası Yayını, 15 Ağustos 2003, s.16.

⁶ Bkz. 28 Aralık 2013 tarihli ve 28865 sayılı Resmi Gazete.

⁷ Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Genişletilmiş 2.b., Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2003, s.291-292.

4.Hukuk Dairesi'nin çeşitli kararlarında da bu hususun vurgulandığı görülmektedir⁸.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesi ve müteakip maddeleri uyarınca mahkemelerde dava açanlar, posta giderlerini ve Harçlar Kanunu çerçevesinde mahkeme masraflarını peşin olarak ödemek durumundadırlar. Bu şekilde masrafları peşin ödeyen tarafın (davacının), davasında haklı çıkması halinde, bu masraflar karşı tarafa yüklenir. Davacının kısmen haklı çıktığı durumlarda ise mahkeme, masrafları taraflar arasında taksim etmektedir. Lehine hüküm tesis olunan taraf için tahsil olunacak mahkeme masrafları miktarının hükümde gösterilmesi zorunludur. Davadan haksız çıkan tarafa yükletilecek mahkeme masraflarının nelerden ibaret olduğu, 323. maddede tahdidi biçimde sayılmıştır. Maddenin 1. fıkrasının (ğ) bendine göre *“davanın ehemmiyetine göre kanunu mucibince takdir olunacak vekil ücretleri”* de mahkeme masraflarındandır.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu da bir kararı'nda bu hususu şöyle vurgulamıştır⁹: *“Vekâlet ücreti, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (...) açıkça belirttiği veçhile muhakeme masraflarından madduttur. Mahkeme masrafları ve bu meyanda hasma tahmili gereken vekâlet ücreti, müstakil bir varlığı olmayacak derecede ait olduğu davanın konusunu teşkil eden hak ve alacağı sıkı bir surette bağlı fer'i haklardandır, fer'i hakların akıbeti asıl hakkın akıbetine tabidir (...). Mahkeme masrafları ve bu meyanda hasma tahmili gereken vekâlet ücretinin hüküm altına alınabilmesi için ayrıca bir talebe lüzum ve ihtiyaç yoktur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri mahkeme masraflarının ve bu meyanda hasma yükletilecek vekâlet*

⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/5370, K. 2004/14142, k.t. 13.12.2004; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/5196, K. 2005/2425, k.t. 10.03.2005; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/1426, K. 2004/3421, k.t. 18.03.2004; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/13254, K. 2004/11736, k.t. 18.10.2004; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/9421, K. 2004/14610, k.t. 11.12.2003; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/6449, K. 2004/2526, k.t. 02.03.2004; (www.kazanci.com.tr). Aksi görüşü taşıyan Yargıtay kararlarının olduğunu da bu noktada belirtmek gerekir. Yargıtay'ın muhtelif daireslerinin bu konuda çelişkili ve tutarlı olmayan kararlar verdiği dikkat çekmektedir. Bu konudaki tartışmalar ve daha fazla bilgi için bkz. Kemal Vural Doğan-Deniz Kuzeci; *“Avukata Ait Olan Vekalet Ücreti Kimin Lehine Hükmedilmelidir?”*, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:64, Sayı:2006/1, ss.145-164.

⁹ 29.05.1957 tarih ve E. 1957/4 K. 1957/16 sayılı Karar. (04.09.1957 tarih ve 9697 sayılı Resmi Gazete).

ücretinin ait olduğu hakka pek sıkı surette bağlı ve müstakil bir varlığı olmayan fer'i bir hak mahiyetinde olduğunu bariz bir şekilde ifade etmektedir".

Karardan da anlaşılacağı üzere mahkemece hükmolunan vekâlet ücreti, özellikle ödeme yapan açısından, davadan haksız çıkma nedeniyle üstlenilen yargılama gideri niteliğindedir. Bu giderlerin dökümü ve toplamı, hükmü tesis eden mahkeme tarafından belirlenmektedir. Hükmün kesinleşmesini müteakip ödemenin, asıl borçla birlikte veya ayrı olarak yapılmasının yahut mahkeme kararı uyarınca haricen veya cebri takip sonucu icra idaresi yoluyla yapılmasının, ödemenin niteliği açısından bir önemi bulunmamaktadır.

Uygulamada HMK'nun 323. maddesinde yer alan yargılama giderlerinin tamamına davayı açan taraf katlanmaktadır. Dava açma harçlarından dosya masrafına, posta giderlerinden keşif giderlerine kadar tüm kalemler dava açan (davacı) tarafından karşılanır. Dolayısıyla bu kalemler avukatlar tarafından müvekkillerinden (davacı) "mahkeme masrafı" adı altında peşinen alınmakta, ondan sonra dava açılmaktadır. Davacının lehine karar çıktıktan sonra tahsil edilen bedeller davacı adına tahsil edilir. Bu aşamada hükmedilen karşı taraf vekalet ücreti hakkında avukat ve müvekkil arasında çoğunlukla "karşı taraf vekalet ücreti" ile ilgili bir anlaşma yapılmaz. Avukat doğrudan bu bedeli 1136 sayılı Kanununun 164 ve 166. maddeleri uyarınca kendi uhdesinde alıyordur.

III. MALİYE BAKANLIĞI GENEL TEBLİĞLERİNDE KARŞI TARAF VEKÂLET ÜCRETİNİN DURUMU

Yukarıdaki açıklamalar ışığında davada haksız çıkan tarafın yaptığı ödemenin, mahkeme masrafı niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu ödemenin, ödeyen açısından serbest meslek ödemesi olarak kabulü bu açıdan hukuken mümkün görünmemektedir. Kaldı ki karşı taraf vekalet ücreti ödeyen, karşı taraf avukatından herhangi bir hizmet de almamıştır. Öte yandan haksız çıkan tarafın yaptığı bu ödeme, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı'nda da belirtildiği üzere ödeyen açısından, mahkûm olduğu asıl borcun fer'i niteliğindedir.

Diğer taraftan karşı taraf vekalet ücretini elde eden avukat için bu gelir bir tür serbest meslek kazancı kabul edilmektedir¹⁰. Mahkemelerce hükmolunan ya da icra dairelerince karşı taraf vekalet ücreti olarak yapılan ödemelerin nasıl tevsik edileceği, stopaja tabi tutulup tutulmayacağı ve kimin tarafından stopaj yapılacağı¹¹, makbuzların kimin adına düzenleneceği, KDV hesaplanıp hesaplanmayacağı sorularının cevabını vermek ve uygulamada yaşanan tereddütlü durumları çözmek için Maliye Bakanlığı çeşitli tebliğlerle görüşlerini kamuoyu ile paylaşmıştır.

356 Seri No'lu VUK Genel Tebliği¹² ile ilk adımlar atılmıştır. Burada yapılan düzenlemeler ile Maliye Bakanlığı "İcra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az 2 nüsha serbest meslek makbuzu düzenlenecek ve makbuzun avukatta kalan nüshasına da icra dairesince ödemenin yapılmış olduğuna dair bir şerh düşülerek, ödemeyi yapan memur tarafından (sicil numarası da yazılarak) imzalanacaktır" şeklinde görüşünü bildirmiştir.

Bu kapsamda yapılan düzenleme yeterli olmamış olmalı ki bir sene sonra 375 Seri No'lu VUK Genel Tebliği¹³ ile yeni bir görüş bildirilmiştir. Yeni görüşüne göre "İcra dairelerince borçludan alınarak müvekkili adına takibat yapan alacaklı taraf avukatına ödenmesine karar verilen avukatlık (vekalet) ücretlerinin avukata ödendiği anda, avukat tarafından borçlu adına en az iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenlenecek olup, bir nüshası ödemeyi yapan memura verilecek; makbuzun avukatta kalan nüshasına ise icra dairesince ödemenin yapılmış olduğuna dair bir şerh düşülmesi ve ödemeyi yapan memur tarafından imzalanması şartı aranmayacaktır".

Her iki tebliğ de belge düzeni açısından getirilmiştir. Aralarındaki tek fark avukatta kalan makbuzda icra dairesince ödemenin yapılmış

¹⁰ Şükrü Kızılot, KDV Kanunu ve Uygulaması (Föy- Volant), Yaklaşım Yayınları, C.1, s.168/4.

¹¹ Stopaj hususu ayrı bir çalışma konusu olduğundan bu makale kapsamında ele alınmamıştır.

¹² 23.02.2006 tarihli ve 26089 sayılı Resmi Gazete.

¹³ 11.09.2007 tarihli ve 26640 sayılı Resmi Gazete.

olduğuna dair bir şerh düşülmesi ve ödemeyi yapan memur tarafından imzalanması şartı kaldırılmıştır. Artık bu imza aranmayacaktır.

01.05.2014 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği¹⁴ ile bitmeyen dansının son adımları ortaya çıkmıştır. İlgili tebliğin "I-Mükellefiyet" başlıklı kısmının "B-Verginin Konusu İle İlgili Çeşitli Hususlar" başlıklı bölümünün "4-Avukatlık Ücretleri" başlıklı bendine göre;

"Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretlerinin davayı kazananlara ödenmesi KDV'nin konusuna girmez. Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım, serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olur. Avukatlar aldıkları bu para için davayı kazanana serbest meslek makbuzu düzenler ve makbuzda alınan tutar üzerinden KDV hesaplayıp ayrıca gösterirler.

Mahkeme kararında "KDV hariç" şeklinde bir ifadenin yer almaması halinde, vekalet ücretinin KDV dahil olduğu kabul edilir ve iç yüzde oranı uygulanmak suretiyle hesaplanan KDV, düzenlenen serbest meslek makbuzunda gösterilir".

Bu tebliğ ile hem belge düzenine ilişkin hem de KDV hesaplanmasına ilişkin görüş bildirilmiştir. Serbest çalışan avukatlar hedef alınarak, bu avukatların mahkemelerden aldıkları karşı taraf vekalet ücretinin serbest meslek kazancı kapsamında vergiye tabi olacağı, aldıkları bu bedeller için davayı kazanan adına serbest meslek makbuzu düzenleneceği, makbuzdaki tutar üzerinden de KDV hesaplanacağı ifade edilmiştir. 356 ve 375 Seri No'lu VUK Genel Tebliğlerinden farklı olarak belge düzenlerken davayı kaybeden (borçlu) adına değil, davayı kazanan adına makbuz düzenleneceği ifade edilmiştir. Maliye farklı bir adım atmıştır. Üstelik bu bedel üzerinden KDV de hesaplanacağını ifade etmiştir.

IV. SONUÇ: DEĞERLENDİRME VE ÖNERİ

Avukatlık serbest meslek faaliyetidir ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesine göre serbest meslek kazancı rejimine tabi olarak vergi-

¹⁴ 26.04.2014 tarih ve 28983 sayılı Resmi Gazete.

lendirilmektedir¹⁵. Serbest meslek erbabı olarak çalışan avukatlar verdikleri hizmetler karşılığında serbest meslek makbuzu düzenlerler. Böylece kazançlarını tevsik etmiş olurlar. Ödeme yapan kişi, kurum ya da kuruluşlar ise Gelir Vergisi Kanunu 94. maddesinde yer alanlar¹⁶ arasında ise genel düzenlemeler uyarınca (gelir vergisi kesintisi) stopaj yapmakla yükümlü tutulmuşlardır. Mahkeme kararı sonucuna göre ödenen karşı taraf vekalet ücretlerinin durumu bu noktada nasıl değerlendirilmelidir?

Yargı ya da icra kanalıyla yapılan ödemelerde avukata ödeme yapılırken karşı taraf bunu “yargılama” gideri olarak ödenmiş olmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar vekalet ücreti olarak adlandırılrsa da ödeyen kişi açısından bu yargı mercilerinin zorunlu olarak hükmettiği muhakeme masrafıdır. Ödemeyi ilgili mercilere yapmıştır ve karşılığında “ödendi” belgesini almıştır. Ödeyen açısından tevsik aşaması da sona ermiştir. Mevcut kanunlar çerçevesinde bu ödemeyi yaparken herhangi bir stopaj yapma zorunluluğu da yoktur. Diğer yandan Maliye Bakanlığı düzenlemeleri gereği, ilgili ödeme avukata “karşı taraf vekalet ücreti” olarak aktarılırken, avukat serbest meslek makbuzunu davayı kazanan kişi (davacı) adına düzenlemek zorunda bırakılmıştır. KDV’ne tabi bir hizmetten bahsedebilmek için “doğrudan bağlantı koşulu” şarttır. Diğer deyişle işin doğrudan doğruya ve münhasıran muhatap için yapılmış olması gerekir¹⁷. Oysa borçlunun avukattan herhangi bir şekilde hizmet alması söz konusu değildir. Hizmet almadığı için KDV hesaplanması da yerinde olmamaktadır.

Örnekleme yapmak gerekirse, (A) şahsının, (C) şahsı ile olan hukuki sorunu nedeniyle Avukat (B) ile vekalet sözleşmesi yaptıklarını varsayalım. Aralarında bu anlaşma nedeniyle belli bir ücret de tayin edilmiş olsun. Bu ücret şüphesiz ki Avukat (B) için serbest meslek ka-

¹⁵ Hizmet akdi ile bir işverene bağlı olarak çalışanların ücretli olarak vergilendirileceği tabiidir.

¹⁶ Kamu idare ve müesseseleri, iktisadi kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler.

¹⁷ Billur Yaltı Soydan, Hizmet İşlemlerinde Katma Değer Vergisi, 1998, İstanbul, s.122-123.

zancıdır ve serbest meslek makbuzu ile belgelendirilecektir. Uygulamada bu tip durumlarda (A) ile avukat (B) arasında “mahkeme lehe sonuçlanması durumunda şu kadar para da alacaksın, o nedenle şu an anlaştığımız ödemedi düşünelim, zaten şu kadar karşı taraf vekalet ücreti alırsın, bunu daha sonra mahsup ederiz” gibi pazarlıklar yapılmaz. Anlaşmanın özünde de zaten bu yoktur. Taraflar kendi aralarındaki borç ve yükümlülükleri çerçevesinde bir hizmet bedeli belirlerler. Müvekkilin hizmetleri karşılığında avukata yapacağı ödemenin bedeli, bizzat taraflar arasındaki sözleşmesi ile belirlenmektedir. Karşı tarafça mahkeme kararına istinaden yapılacak ve avukatça alınacak ödemenin, alınan avukatlık hizmetinin müvekkilce karşılanan bedeli olarak değerlendirilmesine hem hukuken hem de mantiken olanak bulunmamaktadır. Zira böyle bir düşünce, karşı tarafın mahkûm olduğu tutarı ödeyememesi ve aciz halinde bulunması durumunda, avukatın müvekkiline karşı yeni bir ücret alacağı hakkının doğduğu sonucuna götürmektedir. Böylesi bir sonucu kabul etmek mümkün değildir¹⁸.

Diğer yandan yargılama süresi sonunda (C)'nin, aleyhe sonuçlanan yargılama süreci sonunda karşı taraf vekalet ücreti olarak tespit edilen 750 TL'yi mahkeme veznesine ya da icra merciine peşin olarak ödemiş olduğunu, karşılığında da ödeme belgesini aldığını varsayalım. Böylece kendi üzerine düşen görevini tamamlamıştır. İcra merci ise Maliye Bakanlığının yeni Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği gereği ödemeyi yaparken avukat (B)'den müvekkili (A) adına makbuz düzenlemesini ve KDV hesaplamasını istemektedir. O zaman bu vakada şu soruya cevap aramak gerekir. Bu bedelin (A) ve Avukat (B) arasındaki Avukatlık Sözleşmesi ile ilgisi var mıdır? Sözleşmede bu bedel için bir hüküm var mıdır? Elde edilen kazanç ile

¹⁸ Nitekim İstanbul 11. Vergi Mahkemesinin 14.05.2012 tarihli, E:2011/1275 ve K:2012/1046 sayılı kararında “karşı taraf avukatına ödenen vekâlet ücretinin, ödeyenin bu kişiden aldığı bir hizmetin karşılığı olmadığı, zaten bu avukatların karşı/borçlu tarafa serbest meslek faaliyeti kapsamında bir hizmet sunmasının hukuken mümkün olmadığı vurgulanmakta”, dolayısıyla bu vekâlet ücretinin hem verilen hizmet karşılığı elde edilen bir bedel niteliğinde olmaması, hem de hizmet verilen kişiden tahsil edilen bir bedel olmaması, sebebiyle KDV'nin konusuna girmediğine hükmedilmiş ve davacı adına yapılan tahakkuk iptal edilmiştir. Bkz. M. Fatih Köprü, Vekâlet ücretinde stopaj ve KDV sorunu, Vergide Gündem, 17.11.2013, http://www.vergidegundem.com/tr_TR/blog?blogid=1560742, (Erişim: 03.07.2014).

(karşı taraf vekalet ücreti) ilgisi olmayan biri adına belge düzenlemek doğru mudur?

Katma değer vergisinin konusunu belirleyen KDV Kanunu'nun 1/1. maddesine göre, ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesindeki mal teslimleri ve hizmet ifaları KDV'ye tabi bulunmaktadır. Bu bağlamda Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği ile getirilen düzenleme doğru değildir. Açıkça KDV Kanununa aykırıdır. Kaldı ki söz konusu tebliğin ilgili bölümünde yukarıda değinildiği üzere, *"Mahkemelerce hükmolunan avukatlık ücretlerinin davayı kazananlara ödenmesi KDV'nin konusuna girmez. Ancak bu paralardan sözleşmeleri gereği ücret karşılığı çalışanlar dışında kalan avukatlara intikal eden kısım.."* şeklindeki açıklama da çelişkilidir. Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde KDV konusuna girmez şeklindeki açıklama yapıldıktan sonra, serbest meslek erbabı olarak faaliyet gösteren avukatlara karşı taraf vekalet ücreti için KDV hesaplatmak doğru değildir. Bu karşı vekâlet ücreti ödeyen için, bir hizmet karşılığı değildir. Bu bedeli bir yargılama gideri olarak davayı kaybeden taraf ödemiştir. Kaybeden tarafın ödediği bedelin, kazanan taraf (örneğimizde (A)) adına bir makbuz ile belgelenmesi belge düzeninin ruhuna da aykırıdır. Karşı taraf vekalet ücreti tamamen Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Avukatlık Kanunu'na göre ve mahkeme kararına istinaden ödenmektedir. Üstelik bu ödenen tutarın özel hukuk açısından, mahkeme kararı ile belirlenmiş bir alacak niteliğinde olmadığı, davaya konu alacağın fer'i niteliğinde yargılama gideri olduğu son derece açıktır.

Karşı taraf vekalet ücreti hususu çalışmadaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere "nevi şahsına münhasır" bir özelliğe sahiptir. Karşı taraf avukatına yapılan ödeme bir hizmet karşılığında değildir. Dolayısıyla KDV açısından da hizmet ifası olayı gerçekleşmediğinden, karşı tarafa ödenen bedellerin KDV'ne tabi tutulması söz konusu olmayacaktır. Ortada ne bir kimseye verilen hizmet ne de bir kimsenin söz konusu ödemede karşılığı sağladığı fayda bulunmaktadır. Serbest meslek makbuzunun "karşı taraf vekâlet ücreti" adı altında, mahkeme esas/sayı numarası yazılması vb. ibareler konularak tahsil edilmesi ve normal beyana yoluyla gelir vergisi matrahına ilave edilmesi mevzuatımız bakımından daha uygun görülmektedir.

Kaynakça

- Doğrusöz A. Bumin, "Davada Haksız Çıkan Taraftan Sağlanan Avukatlık Gelirlerinin Vergi Mevzuatı Karşısındaki Durumu", *Yaklaşım*, Sayı:126, Haziran 2003.
- Anayasa Mahkemesi E. 2004/8, K. 2004/28, K.T. 03.03.2004, [Http://Www.Anayasa.Gov.Tr/Kararlar/Iptalıtiraz/K2004/K2004-028.Htm](http://www.Anayasa.Gov.Tr/Kararlar/Iptalıtiraz/K2004/K2004-028.Htm).
- Yaltı Soydan Billur, *Hizmet İşlemlerinde Katma Değer Vergisi*, 1998, İstanbul.
- Köprü M. Fatih, Vekâlet ücretinde stopaj ve KDV sorunu, *Vergide Gündem*, 17.11.2013, http://www.vergidegundem.com/tr_TR/blog?blogid=1560742, (Erişim: 03.07.2014).
- Mali Mevzuat Platformu, İstanbul Yeminli Mali Müşavirler Odası, 15 Ağustos 2003.
- Güner Semih, *Avukatlık Hukuku, Genişletilmiş 2.b.*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2003
- Doğan Kemal Vural- Deniz Kuzeci, "Avukata Ait Olan Vekalet Ücreti Kimin Lehine Hükmedilmelidir?", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:64, Sayı:2006/1.
- Kızılot Şükrü, *KDV Kanunu ve Uygulaması, (Föy- Volant)*, Yaklaşım Yayınları, C.1.

ANAYASAL VERGİLEME İLKELERİ İŞİĞİNDA ÜCRET GELİRLERİNİN VERGİLENDİRİLMESİ

TAXATION OF WAGE INCOME IN CONSIDERATION OF CONSTITUTIONAL TAXATION PRINCIPLES

A.Savaş DEMİRCAN*

Özet: Anayasal vergilendirme ilkeleri, vergilendirmede adalet, genellik ve eşitlik ilkelerini vurgulamakta böylelikle yatay ve dikey adalete atıf yapmaktadırlar. Ancak vergi uygulamalarına baktığımızda ilke olarak benimsenmiş bu konulara gereken özen ve önemin verilmediği görülmektedir. Çalışmamızda, ücret gelirlerinin vergilendirilmesinde görülen Anayasal vergilendirme ilkelerine aykırı durumlar üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vergilendirmede Adalet, Eşitlik, Genellik, Ücretler

Abstract: Constitutional principles of taxation make an emphasis on the principles of justice, universality and equality; and hereby they make reference to horizontal and vertical justice. However, when we look at taxation practices, these issues, although recognized in principle, have not been given due attention and importance. In our study, we will examine and focus on some cases seen contrary to the constitutional principles of taxation in the practice of taxation of wage income.

Keywords: Justice on Taxation, Equality, Publicness, Wages

GİRİŞ

Vergi adaletini sağlamak hemen her ülkede vergi politikasının ulaşmak istediği bir amaç olmuş ve bu durum Anayasalar ile güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik tanımını yaparken kullanmış olduğu "**aynı hukuki statüde olanların aynı, farklı hukuki statüde olanların farklı hukuk kurallarına tabi olması**" ifadesinden yola çıkıldığında bu yaklaşımın vergi hukukundaki

* Öğr. Gör., Namık Kemal Üniversitesi Hayrabolu Meslek Yüksekokulu Bankacılık ve Sigortacılık Programı

yansıması“ **az kazananın farklı, çok kazananın farklı**” vergi ödemesi şeklinde olmaktadır. Başka bir deyiş ile Anayasa Mahkemesi “Mali güç” vurgusu yapmaktadır. Her ne kadar teorik anlamda bu amaca önem verilse dahi uygulamada çeşitli sıkıntılar ile karşılaşmıştır. Özellikle birbirine benzer gelir unsurları olmaları bakımından ücret ve serbest meslek kazançlarının vergilendirilmesinde Anayasal vergilendirme ilkelerine aykırılık gün yüzüne çıkmaktadır. Gerek vergi yükü gerekse vergilendirme usulü yönünden yaşanan bu sıkıntılar, ücret gelirlerinin aleyhine bir durum oluşturmakta ve Anayasal vergilendirme ilkelerini zedelemektedir. Zira aynı mesleği icra edip farklı şekilde vergilendirilen meslek mensuplarının vergilendirme karşısındaki durumu, Anayasal mali ilkelere uygun düşmemektedir. Özellikle en önemli sorunlar, safi gelirin belirlenmesinde, yapılan indirimlerin tespitinde, yöntemde, tarifede ve bağlı olunan sosyal güvenlik sandığındaki farklılığa göre meydana gelmektedir. Bu durumlar, farklı miktar ve usulde vergilendirmeye sebebiyet vererek Anayasal ilkelere olan sadakat duygusunu törpülemektedir.

1. ANAYASAL VERGİLEME İLKELERİ

Türkiye artık çağdaş vergi anlayışı ile Anayasal anlamda hukuk kurallarına, ilkelerine, tam ve uygun davranarak yurttaşlarına etkin kamu mal ve hizmetleri sunmak zorundadır. Bunun yolu etkin, hukuki ve adil vergi toplamaktan geçmektedir. Sağlıklı vergi kaynakları oluşturulması toplumu oluşturan bireylerin ve onların seçtiği kişilerden oluşan parlamentonun samimi olmasına bağlıdır. Herkesin mali gücü oranında kamu harcamalarına katıldığı bir vergilendirme süreci, ülke hukukunu ve demokrasisini çok güçlendirecek ve pek çok istenmeyen durumun önüne geçilecektir.¹

Genellik, eşitlik ve adalet ilkelerini içine alan, sosyal adaletin gerçekleştirilmesinde Anayasal anlamda önem verilmiş olan aynı zamanda çağdaş devletlerin vergi sistemlerinde uygulama alanı bulan sosyal vergileme ilkeleri, etkin bir şekilde uygulanmadığında gelir dağılımındaki eşitsizlikleri tetikleyerek vergi sistemlerini olumsuz etkileyebilmektedir.

¹ Ahmet Erol, “Yeni Gelir Vergisi Kanunu Oluşturulurken Gelirin Tanımı”, *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Sayı:33, Eylül 2006, s.137.

Vergileme ilkeleri iktisadi, sosyal, ahlaki vb. yönlerden etkin olmayan vergi şekilleri ve tekniklerini ortadan kaldırmak ve bunların yerine daha etkililerinin vergi sisteminde yer almasını sağlamak arzusu ile ortaya çıkmıştır. Vergileme ilkeleri değişmez ve mutlak bir karakter taşımaz. Tam aksine zaman içinde değişen şartlara ve görüşlere uygun hale getirilerek yeniden formüle edilmeleri gerekir.²

Vergileme ilkeleri, vergileme prensipleri veya vergileme kuralları başlığı altında mali yazında adından sıkça söz edilen bir konudur. Vergileme ilkeleri konusunda yapılan çalışmalar maliye biliminin doğuşuna kadar uzanmaktadır. Nesnel bir olay sayılan vergi, gerek niceliği gerekse fonksiyonları bakımından zorunlu bazı değişikliklere uğramışsa, ekonomik, mali ve sosyal nitelikler taşıyan vergileme ilkeleri de zaman içinde değişikliğe uğramıştır.³

1.1 Vergi Adaleti İlkesi

Türkiye Cumhuriyeti (T.C.) Anayasası'nın 73. maddesinin 2. fıkrası " Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır." şeklinde düzenlenmiştir. Böylelikle vergilendirmenin de maliye politikasının araçlarından biri olduğu düşünüldüğünde vergi sistemimize Anayasal manada "**vergilendirme de adaletli ol**" vurgusu yapılmış ve bu vurgunun sebebi olarak da sosyal adalet ilkesi belirtilmiştir.

Çağdaş vergicilikte "**sosyal adalet**" ilkesi en ön plana geçmiş, vergi siyasetine hâkim olmaya başlamıştır. Bugünün vergi yükünün ağırlığı göz önüne alındığında, bilimsel ilkelere dayanmayan, toplumsal gerekleri gözetmeyen bir vergi sisteminin çağdaş ülkelerde artık yaşamayacağını kabul etmek lazım gelir. Birçok ülke vergicilik alanında sadece teklif adaletini en geniş bir ölçüde yerine getirmekle kalmamış aynı zamanda vergiyi sosyal politikanın önemli bir vasıtası olarak kullanmışlardır. Vergi siyasetinde sosyal mülhazanın bu hâkim rolünü, siyasi rejimleri ne olursa olsun bütün ülkelerde görmekteyiz.⁴

² Fritz Neumark, Maliyeye Dair Tetkikler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi, Yayın No: 118, 1950, s.139.

³ Yıldırım Genç ve Recep Yaşar, " Vergilemede Adalet ve Etkinlik İlişkisi" Vergi Dünyası, Sayı: 338, Ekim 2009, s.34.

⁴ Ali Alaybek, Gelir Vergisi Davamız, İstanbul, Kenan Matbaası, 1947, s.44.

Adam Smith'e göre adalet ilkesi ile gerçekte verginin yükünün dengeli dağılımı anlamında adalet değil, ekonomik anlamda bir eşitliğin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle de Adam Smith adalet ilkesini, "ödeme gücü" ya da "mali güç" ile açıklamaya çalışmıştır. İyi ve adil bir vergi, kişilerden ekonomik kıstaslara göre alınan bir vergidir.⁵

1.2. Verginin Genelliği İlkesi

T.C. Anayasası'nın 73. maddesinin 1. fıkrasında, "Herkes kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür" denilmektedir. Dolayısıyla hiçbir toplumsal katmanın ya da bireyin mali araçlar ile desteklenmesi ve/veya zarar verilmesinin söz konusu olmaması Anayasal anlamda garanti altına alınmıştır.

Vergi ödeme güçleri oranında herkesin vergi ödemesi, vergide genellik ilkesinin özünü oluşturmaktadır.⁶ Bir ülkede oturan vatandaşlar, yabancılar ve yurt dışında oturmakla beraber ülke içinde ekonomik faaliyette bulunan herkes vergi ödemek zorundadır. Bu ilkeyle ülke sınırları içinde yaşayan herkesin vergi yüküne katılması öngörülmektedir.⁷

Vergide genellik, herkesin istisnasız olarak, vergi vermesi gerektiği anlamına gelir. Genellik ilkesi, dil, din, ırk, sınıf gibi, ekonomik durumdan bağımsız faktörleri göz önüne almaksızın, vergi ödeme gücüne sahip tüm kişilerin vergilendirilmesini ifade etmektedir. Günümüzde yaygın uygulama, sosyal, kültürel, ekonomik ve siyasi nedenlerle ya da vergi tekniği açısından gerekli durumlarda, objektif ve sübjektif vergi mükellefiyetinin sınırlandırılmasına izin verilmektedir.⁸

Verginin herkesten alınmasını öngören genellik ilkesi, aynı zamanda vergi yükünün adil bir biçimde ülkedeki bütün gerçek ve tüzel kişilere yaygınlaştırılması çabasıdır.⁹

⁵ Halil Nadaroğlu, Kamu Maliyesi Teorisi, İstanbul, Beta Basım,1996, s. 297.

⁶ Osman Pehlivan, Kamu Maliyesi, Trabzon, Derya Kitabevi, 2004, s.162.

⁷ Emine Orhaner, Kamu Maliyesi, Ankara, Gazi Yayınevi, 2000, s.150.

⁸ Selahattin Tuncer, Kamu Maliyesi, 2. Baskı, İstanbul, Yalkın Ofset Matbaası, 1971, s.306.

⁹ N.Kemal Gündüz,"Verginin Anayasal Çerçevesi",*Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı:

Genellik ilkesinden şu sonuçları çıkartabiliriz:¹⁰

- Sadece belirli kimseleri kapsayacak biçimde vergi konulması mümkün değildir.
- Ödeme gücüne göre vergi yükünün dağıtılmasını sağlama amacı dışındaki bir nedenle vergi yükünün belirli toplumsal kesimler üzerinde yoğunlaştırılması, bu ilkeyle bağdaşmaz.
- Vergi yasalarında uygulanacak olan istisna ve muafiyetlerle indirimlerin, verginin yapısına ve Anayasal normlara uygun olması ve nesnel gerekçelere dayanması zorunludur.
- Vergi yasalarında vergiyi doğuran olayın, verginin konuluş amacına uygun olarak kapsamlı biçimde tanımlanması gerekmektedir.
- Vergi oranlarının, ödeme gücü ilkesi saklı kalmak üzere, yükümlülerin bir kısmının vergi dışında kalmalarına neden olacak biçimde belirlenmesi gerekmektedir.

1.3.V ergide Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi Türk pozitif hukukunda T.C. 1961 Anayasası'nın 12. maddesi ile T.C. 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. 10. maddenin 1. fıkrasına göre ise, "**Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.**" T.C. Anayasası'nın, vergi ödevinin düzenlendiği 73. maddenin 1. fıkrasına göre ise; "**Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.**" Tüm bu Anayasal ilkeleri beraber yorumladığımızda, sınıfsal, etnik ve dinsel veya cinsel bir ayırım gözetilmeksizin herkesin toplumsal maliyetlere birlikte katlanması gerektiği sonucuna varmaktayız.

Ancak T.C. Anayasası'nın 10. madde başlığının "**kanun önünde eşitlik**" olarak düzenlenmiş olması, kimlerin eşit ve kimlerin farklı kabul edileceklerinin takdirinin yasama organına bırakıldığını gös-

¹⁰ 78,Mart 1995,s.105.
Metin Taş, Anayasal Vergileme Normları Açısından Gelir Vergisi, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, 14-16 Mayıs 1998, s.276.
<http://www.maliyesempozyumu.sakarya.edu.tr/sites/maliyesempozyumu/file/1372373051-13-turkiye-maliye-sempozyumu-pdf.pdf>

termektedir. Bu durumda, vergilendirmede eşitliği gerçekleştirecek olan makam yasama organıdır.¹¹

Kanun koyucu, ekonomik, kültürel, sosyal ve sağlık politikaları ile vergi tekniğine ilişkin kolaylaştırıcı nedenlerle eşitlik ilkesine istisnalar getirebilir. Bu istisnalar, Anayasanın diğer kurallarına dayanıyorsa eşitlik ilkesinden sapmalar geçerli sayılabilir.¹²

Vergilendirmede eşitlik ilkesi bazen belirli bir hukuk kuralı dolayısıyla değil de, fiili bazı durumlar nedeniyle bozulmaktadır. Örneğin vergi denetiminin yetersizliği ve eksikliği vergilendirmede eşitlik ilkesini bozmaktadır. Çünkü vergi yükümlülerinin ancak bir kısmı denetlenabiliyorsa yükümlüler arasında haklı bir nedene dayanmayan bir ayırım yapıyor demektir.¹³

2. VERGİLEME İLKELERİNDEN SAPMALAR

2.1. İndirilebilecek Giderler Bakımından

Adam Smith adalet ilkesini açıklarken mali güç ilkesine vurgu yapmıştır. Dolayısıyla öncelikle mali güç ilkesinin vergilemede sağlanması önemlidir. Bunun için yapılması gereken en önemli hareket, safi gelire ulaşım vergilendirilmesi gereken matrahı doğru tespit etmektir.

Öte yandan, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na (GVK) baktığımızda, ücret ve serbest meslek kazancı tanımı şu şekilde yapılmıştır: Ücret; işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen, para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilen menfaatlerin tamamıdır (GVK md.61/I). **Serbest meslek kazancı ise;** her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar olarak tanımlanmıştır. Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır (GVK md.65).

¹¹ Akif Erginay, Kamu Maliyesi, 13. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1990, s.47.

¹² Nami Çağan ve Ahmet Kumrulu ve Mualla Öncel, Vergi Hukuku, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Mart 2010, s.41.

¹³ Çağan ve Kumrulu ve Öncel, s.43.

Gerek, GVK 63/ I' de, gerek ise, GVK 68/ I' de, ücret ve serbest meslek kazancından safi gelire ulaşmak adına hangi harcamaların indirileceği açıklanmıştır. Görüldüğü üzere yasal düzenlemeler, mali güç dolayısıyla vergilemede adalet ilkesine sıkı sıkıya uyarak, adil bir vergilemeye olanak sağlamıştır. Ancak sorun indirilebilecek giderlerin kapsamı açısından ortaya çıkmaktadır.

Zira indirilebilecek giderler, aynı işin ücretli veya serbest meslek faaliyeti kapsamında yapılması gibi durumlarda çeşitli adaletsizliklere sebebiyet vermektedir.

Örneğin; serbest meslek faaliyeti kapsamında çalışan bir avukat (A), mesleği ile ilgili olarak yaptığı seyahat ve ikamet giderlerini, mesleğini ifa etmek için aldığı bilgisayarını, masasını, kütüphanesini, işe gidip gelmek ya da işini ifa etmek için kullandığı taşıtını satın almak ya da kiralamak için yaptığı harcamalar ile yine bu taşıtın akaryakıt harcamalarını, mesleki yayınların giderlerini ve hatta mesleki yayınlar için ödediği tazminatları dahi gayrisafi gelirinden indirebilecektir.¹⁴

Öte yandan, hâkim/savcı ne satın aldığı ya da kiraladığı taşıta ilişkin giderleri, diğer ulaşım masraflarını ne de mesleğini daha iyi ifa etmek adına almış olduğu her türlü neşriyatı, katıldığı toplantı, kongre vb. faaliyetlere ilişkin harcamaları gayrisafi ücretten indiremeyecektir. Her ne kadar hâkim ve savcılara servis imkânının sağlandığından, katılan toplantı için harcırah imkânından ya da mahkeme kütüphanesindeki kitap ve dergilerden yararlanmasından söz edilebileceği gibi bu durumun tüm hâkim ve savcılar en azından tüm ücretliler için her daim söz konusu olmadığı açıktır. Zira 10.02.1954 tarih ve 6254 sayılı harcırah kanunu 14.maddesinde düzenlenen muvakkat vazife harcırahlarından yararlanabilmek için muhakkak bağlı olunan kuruma ait bir görev amacı ile yurt içinde ya da yurt dışında bir yere gönderilmek şarttır.¹⁵

Gayrisafi gelirden safi gelire ulaşmada uygulanacak olan kuralların, bu bağlamda indirilmesi gereken giderlerin, tüm gelir unsurları bakımından aynı ya da benzer kapsamda olması gerekir. Yukarıdaki örnekte görüldüğü üzere, bir ücretli ile bir serbest meslek erbabının

¹⁴ Funda Başaran Yavaşlar, " Bir Adaletsizlik Örneği: Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesi", Fasikül Dergisi, Sayı 30, Mayıs 2012, <http://www.bumindogrsoz.com/m.aspx?id=746,s.6>.

¹⁵ Yavaşlar, s.6.

mali gücü aynı şekilde ölçülmemekte, ücretlinin gelir elde etmesi ile ilgili bağlantılı giderlerin önemli çoğunluğu mali güç tespitinde dikkate alınmamaktadır.¹⁶

2.2.Subjektif Safilik İlkesi Bakımından

Verginin mali güçle ilgili olması, sadece safi tutarın vergilendirilmesinin yeterli olacağı anlamına gelmez. Zira mükellef insanlık onuruna yakışır bir şekilde hayat sürmek zorundadır. Bu sebep ile hayatta kalmak için yapmak zorunda olduğu giderler üzerinde bir tasarruf yapma hakkına sahip olmadığından dolayı bu kısmın vergi dışına çıkartılması gerekmektedir. Kaldı ki harcamaları üzerinden dolayı vergiler ödemektedir.¹⁷

Adalet ilkesi açısından konuya baktığımızda; asgari geçim indirimi, mükellefin vergi ödeme gücünün, asgari geçim haddinden sonra kalan gelir dilimi üzerinden başladığını kabul eder. Vergi kanunlarında belirli bir asgari geçim tutarı, bu nedenle vergi kapsamı dışında tutulur. Bu tutarın kişinin hayatını devam ettirebilmesi için gerekli olduğu kabul edilir ve geriye kalan kısım vergi matrahı olarak kabul edilir. Bu temel bir vergi adaleti kuralıdır.¹⁸

Asgari geçim indirimi uygulamasının temel amaçlarından birisi de sosyal devletin asgari bir yaşam düzeyi sağlaması gerektiği düşüncesidir. Çünkü sosyal devlet, vatandaşlarının asgari yaşama düzeyini sağlamalıdır. Sosyal devlet vergi politikası uygulama yoluyla ekonomiye müdahale ederek, gelir ve servet dağılımındaki adaletsizlikleri gidermeye çalışır. Yani, sosyal devlet ilkesi gereği asgari yaşam haddinin vergi dışı bırakılması gerekir.¹⁹

Eşitlik ilkesi açısından konuya baktığımızda, T.C. Anayasası'nın 10. maddesi "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz

¹⁶ Yavaşlar, s.6.

¹⁷ Yavaşlar, s.6.

¹⁸ Selahattin Tuncer, Vergi Hukuku ve Uygulaması, Cilt II, Ankara, Yaklaşım Yayınları,2006,s.31-32.

¹⁹ Mümtaz Soysal , 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul, Gerçek Yayınevi., 1987, s. 231.

tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” diyerek eşitlik ilkesini güvenceye almıştır.

2.3. Vergilendirme Yöntemi Bakımından

Bilindiği üzere ücret gelirlerinin vergilendirilmesinde stopaj yöntemi tercih edilmektedir. Maliye teorisinde yer alan ayırma ilkesine göre, emek gelirlerinin sermaye gelirlerine göre daha düşük oranda vergilendirilmesi gerekmektedir.

Fakat vergi uygulamalarında bu konuya gereği kadar ilgi gösterilmediği de başka bir gerçektir. Ücretlerin vergilendirilmesini diğer gelir unsurları ile karşılaştırdığımız zaman bu açık bir şekilde görülmektedir. Ücretler, gelir unsurları içerisinde en ağır vergilendirilenlerin başında gelmektedir. Bu konuyu karşılaştırmalı olarak anlatacak olursak; örneğin ücretleri sırası ile başta ticari ve serbest meslek kazançları ile karşılaştıralım. Ticari kazançlar ve serbest meslek kazançlarında mükellefler bir yıl içinde elde ettikleri kazancı bir sonraki yıl beyan ederek özellikle enflasyonun olduğu yıllarda önemli bir avantaj elde etmektedirler. Bu durum Tanzi etkisi çerçevesinde devletin de reel anlamda kayba uğraması sonucunu doğurmaktadır. Gerçi bu durum geçici vergi ile giderilmeye çalışılsa da kazancın elde edilmesinden sonra alınan vergi ile kaynağında alınan vergi arasında vergilendirme açısından adalet sağlanmış olmamaktadır.²⁰

Kaynakta kesme yöntemi ile ücretliler, her ay daha ücretleri ellerine geçmeden vergilerini öderlerken ortaya çıkan haksızlığı gidermek amacıyla, serbest meslek kazancı ve ticari kazanç sahiplerinin vergilendirilmesi için geçici vergi uygulaması getirilmiş ise de bu uygulama mevcut adaletsizliği ortadan kaldırmak bir yana mevcut adaletsizliği daha da derinleştirmiştir. Zira geçici vergi üçer aylık dönemler üzerinden alınmaktadır. Bu sürenin üzerine bir de beyan süresini eklediğimizde ortaya 4,5 aylık bir zaman dilimi çıkmaktadır. Bu 4,5 aylık zaman diliminde ücret dışı gelir elde eden mükellefin ödemesi gereken vergiyi, ücret geliri elde eden mükellef ile kıyaslandığında

²⁰ Yusuf Kıldış, “Vergilendirmede Adalet İlkesi Açısından Türk Gelir Vergisine Bakış”, Vergi Dünyası, Sayı: 351, Mayıs 2008, <https://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=5008>, (16.10.2013) s.3.

kullanarak faiz kazancı elde edebileceği ya da diğer yatırım araçlarında değerlendirebileceği göz önünde tutulduğunda ortaya başka bir haksız bir durum çıkacaktır. Dolayısıyla kaynakta vergilendirilen ücret geliri elde eden mükellefler bir nevi faiz kazancından mahrum bırakılmaktadırlar.²¹

Anayasa mahkemesi bir kararında **“Faiz, ekonomik açıdan paranın fiyatıdır. Herhangi bir kimse kendine ait olmayan bir parayı, hangi isim altında olursa olsun, belli bir süre kullandığında asıl sahibine faiz ödemek zorundadır. Paranın likidite (elde tutulma, cepte bulundurma, kullanıma hazır halde) olması her an her türlü hizmet, emtia veya üretim faktörünü satın alabilmesine olanak verir. Parayı elinde nakit veya hesabında bulunduran piyasa ekonomisi kuralları gereği geleceğe dönük olanaklardan yararlanabilir. Hak edildiği halde kişinin tasarrufuna geçmeyen paranın enflasyonist ortamlarda sahibinin satın alma gücünde kayıplara neden olacaktır.”**²² vurgusunu yaparak, faiz kazancından mahrumiyetin önemini belirtmiştir.

T.C. 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde ise, mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Zira Anayasa mahkemesi aynı kararında **“Gerek kişi gerek devlet yönünden, alacağının zamanında ödenmemesi halinde, ekonomik varlıkta enflasyon sebebiyle azalma olmakta, bir nevi mülkiyet hakkı zarara uğramakta ve bu zarar faizle telafi edilmektedir. Hal böyle olunca da mükellefe aylar yıllar sonra iade edilen vergiye faiz işletilmemesi veya vade tarihinden sonraki dönemlerde işletilmesi kişi aleyhine mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurmakta”** diyerek mülkiyet hakkını vurgulamaktadır.

Konuyu örneğimize taşıyacak olursak, Hâkim (H) daha maaşı eline geçmeden her ay gelir vergisini öderken, Avukat (A), 4,5 ay boyunca ödemesi gereken vergiyi kullanma imkânı bulacaktır ki bunun eşitlik ilkesi ile açıklanacak tarafı yoktur. Devlet, ücretlilerin vergisini 4,5 ay önce tahsil edip bu süre boyunca faiz ödemeksizin onların parasını kullanmaktadır.²³

²¹ Yavaşlar, s.6

²² Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2008/58, Karar Sayısı: 2011/37, Karar Günü: 10.2.2011, R.G. Tarih-Sayı: 14.05.2011-27934.

²³ Yavaşlar, s.6.

2.4. Vergi Tarifesi Bakımından

Mükellef açısından vergi borcunun, devlet açısından da vergi alacağıının belirlenmesinin son aşamasında en etkin olan unsur vergi tarifesidir. Ekonomik ve sosyal adalet açısından büyük önem arz eden vergi tarifesi, birtakım olumlu veya olumsuz sonuçlara yol açabilecek vergisel bir uygulama olduğu için üzerinde titizlikle durulması gereken bir konudur.²⁴

Geleneksel olarak vergi adaletinin sağlanmasında, artan oranlı vergilerin diğer sistemlere göre daha üstün bir yapıda olduğu kabul edilmekte ve dünya genelinde ülkeler ağırlıklı olarak artan oranlı gelir vergisi tarifelerine yer vermektedirler.²⁵

Geleneksel mali anlayışta vergilemede adaletin sağlanmasında artan oranlı vergilerin daha başarılı olduğu kabulü geçerli olmasına karşın özellikle 1980 sonrası dönemde artan oranlı vergilere yönelik eleştiriler yoğunlaşmıştır. Söz konusu eleştirilerin bir boyutunu da sistemin vergilemede adaletin gerçekleştirilmesinde yetersiz kaldığı noktasına yapılan vurgular oluşturmaktadır.²⁶

Ancak yine de Edwin R. A. Seligman'ın **"Her ne kadar artan oranlılığın uygun derecesini matematiksel incellemeyle saptamağa olanak yoksa da, adalete yaklaşmak, (düz oranlı vergiler gibi) açıkça adaletsizlik yapmaktan daha iyidir"** şeklindeki ifadesinden yola çıkacak olursak adalet ilkesinin gözetiliyor olması olumlu bir adımdır.²⁷

Öte yandan, Türkiye'de 2013 yılı tarifelerine baktığımızda tarifenin üçüncü ve dördüncü diliminde yer alan vergi matrahı ücretler lehine genişletilmiştir. Dolayısıyla bu durum ayırma ilkesi çerçevesinde olumlu karşılanabilecek bir düzenleme gibidir. Fakat burada esas sorun yapılan düzenlemenin tüm ücret gelirlerine yönelik olmamasıdır. Bu düzenlemeden en fazla yararlanacak kesim kısmen orta gelirli

²⁴ Cemil Rakıcı ve Mehmet Tunçer, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Sonrası Yeni Tarifelerin Ücret Gelirlerine Etkisi", Vergi Dünyası Dergisi, Sayı: 353, Ocak 2011, [http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=6810,\(10.10.2013\)](http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=6810,(10.10.2013)) s.5.

²⁵ Suat Hayri Şentürk, "Vergilemede Adalet İlkesi Karşısında Düz ve Artan Oranlı Vergiler", Çimento İşveren Dergisi, Sayı:2, Cilt 20, Mart 2006, s.18.

²⁶ Şentürk, s.18.

²⁷ Abdurrahman Akdoğan, Gelir Vergisi Açısından Vergi Adaletine Teknik Bir Yaklaşım, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1980, s. 23.

ile esas itibariyle üst gelir grubudur. Ülkemizdeki ortalama ücret seviyesi göz önüne alındığında, bu düzenlemenin alt gelir grubunun, hatta milyonlarca asgari ücretlinin lehine olmadığı rahatlıkla söylenebilir.²⁸

Tablo:1

GELİR VERGİSİ ORANLARI						
2013 Yılı Ücret Gelirlerine Uygulanacak Gelir Vergisi Oranları						
10.700	TL ye kadar					%15
27.000	TL nin	11.000	TL si için	1.650 TL,	fazlası için	%20
94.000	TL nin	26.000	TL si için	4.665 TL	fazlası için	%27
94.000	TL den fazlasının	94.000	TL si için	23.025 TL	fazlası için	%35

Kaynak: <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1413>²⁹

Tablo:2

GELİR VERGİSİ ORANLARI						
2013 Yılı Ücret Dışındaki Gelirlere Uygulanacak Gelir Vergisi Oranları						
10.700	TL kadar					%15
26.000	TL sinin	10.700	TL si için	1.605 TL,	fazlası için	%20
60.000	TL sinin	26.000	TL si için	4.665 TL	fazlası için	%27
60.000	TL sinden fazlasının	60.000	TL si için	13.845 TL	fazlası için	%35

Kaynak: <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1413>³⁰

Mevcut örneğimize dönecek olursak, Avukat (A) nın 26.000-60.000 TL arası matrahı %27 ve 60.000 TL üstü %35 oranında vergilendirilirken; Hâkim (H) nin 26.000-94.000 TL arası matrahı %27 ve 94.000 TL üstü matrahı %35 oranında vergilendirilmektedir. Ülkemizde ulaşılan ücret seviyesi düşünüldüğünde, çok az ücretlinin 60.000 TL seviyesine ulaşacağı malumdur. Dolayısıyla mevcut tarife yapısının dar gelirli

²⁸ Rakıcı ve Tunçer,s.6.

²⁹ <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1413>.

³⁰ <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1413>.

ücretliler için değil sadece üst gelir grubuna mensup küçük bir ücretli grubu bakımından avantaj olduğu ortadadır.³¹

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki ücretliler vergi tarifesi bakımından da verginin mali güce orantılı olma ilkesine göre vergilendirilmemekte, kendileriyle aynı mali güce sahip olan diğer gelir vergisi mükelleflerinden daha fazla vergiyi daha önce ödemektedirler. Eşit vergilendirme ancak ilgili takvim yılını takip eden yılın mart ayında yapılmaktadır. Bu durum aynı zamanda yukarıda bahsi geçen mülkiyet hakkı ihlaline de yol açmaktadır.³²

2.5. Memur ile İşçi Ücretleri Bakımından

T.C. Anayasası'nın 128. maddesi uyarınca; devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT) ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Bu hükme paralel olarak, çeşitli personel kanunları ile memurlar ve diğer kamu görevlilerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bazen müstakil personel kanunları dışında çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunları içinde de kamu personeli ve bunların özlük haklarına yer verilmiştir. Ayrıca Anayasanın anılan maddesi hükmü uyarınca memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hakları, yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri ancak kanunla düzenlenmektedir.³³

Ücret gelirlerinin vergilendirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile ücret gelirlerine ilişkin muafiyet ve istisnalar GVK'da yer almaktadır. Bu Kanunda düzenlenen muafiyet, istisna ve indirimlerin birçoğu gerek kamu gerekse özel kesimde ücret geliri elde eden kişiler için geçerlidir. Ancak çeşitli kanunlar ile bazı kamu personeline yapılan çeşitli ödemelere ilişkin getirilen muafiyet ve istisnalar sonucunda aynı ücreti alan kamu personeli ile özel sektör tarafından istihdam edilen işçilerin elde ettikleri ücret gelirleri üzerindeki vergi yükleri arasında ciddi farklılık oluşmuştur.³⁴

³¹ Yavaşlar, s.6.

³² Yavaşlar, s.6.

³³ İlhami Öztürk ve Ahmet Ozansoy, "Ücret Gelirleri Üzerindeki Vergi Yükünün Analizi", Maliye Dergisi, Sayı: 161, Aralık 2011,s.206.

³⁴ Öztürk ve Ozansoy, s.206.

İşçiler, memura kıyasla daha yüksek oranda vergi ödemektedir. Örneğin; asgari ücretli bir işçi, aylık brüt geliri üzerinden % 11 oranında gelir vergisi ödemektedir. İşçinin ücreti yükseldikçe ödediği vergi % 14'e, % 21'e kadar çıkabilmektedir. Bu oran yüksek ücretlerde % 40'a kadar yaklaşmaktadır. 2.500 TL ücret alan bir işçi, aynı ücreti alan on genel müdürün ödediğinin toplamı kadar gelir vergisi ödemektedir. Buradan da anlaşılacağı gibi, özel kesimde çalışanların vergi yükü, kamu kesimi çalışanlarına göre daha ağırdır.³⁵ Bu durum özel sektörün rekabet gücünü sınırladığı gibi Anayasal vergileme ilkelerine uyum konusunda da tartışma yaratmaktadır.³⁶

SONUÇ

Ücret gelirlerinin vergilendirilmesinde temel sıkıntının kaynaktan kesim olduğu açıkça görülmektedir. Zira bu yöntemin şekli vergi hukuku yönünden mükellefin bilinç düzeyini düşürdüğünü ve kayıt dışı ekonominin varlığını kronik hale getirdiğini ifade edebiliriz. Zira Ücretliler kazançlarını beyan etmedikleri ve yaptıkları giderleri verginin beyanında indirim olarak kullanamadıkları için harcamalarını karşılığında belge toplama konusunda isteksiz davranmaktadırlar. Öte yandan safi gelire ulaşmak için ücretlinin faaliyeti ile organik bir başa sahip olan ve mükellefin kişisel mesleki ya da entelektüel anlamda gelişimine ve varlığına katkı sağlayacak harcamaların gayrisafi gelirden düşülmemesi ve/veya genişletilmemesi, düzeltilmesi gereken bir başka konudur. Tabi bu durumun sağlanması için mükellefin şekli vergi hukukuna dair düzenlemeleri yerine getirmesi gerekir ki bu durumun tüm harcamaların belgelendirilmesi ve bu harcamaların vergi idaresine beyan edilmesi sonucunun olumlu katkısı aşikârdır.

Tarifiedeki oranların, ücretlileri sosyal devlet ve adalet ilkeleri ışığında koruyacak şekilde düzenlemeye tabi tutulmaları gerekmektedir. Zira ayırma kuramı gereğince, gelir vergisi tarifesinde düşük gelirliler ve başta ücretliler lehine düşük oranlar uygulanması gerekli görünmektedir.³⁷

³⁵ Şükrü Kızılot, "Odacı, Genel Müdürden 3,5 Kat Fazla Vergi Ödüyor", *Hürriyet*, (16.10.2002) <http://webarsiv.hurriyet.com.tr/2002/10/16/194750.asp>

³⁶ Öztürk ve Ozansoy, s.207.

³⁷ Özgür Biyan ve Güneş Yılmaz, "Ücretlerin Vergilendirilmesine İlişkin Karşılaştırmalı Bir Öneri: Beyanname Yükümlülüğü", *Maliye Dergisi*, Sayı:162,

Kamu personeline yapılan ücret ödemelerine ilişkin vergi muafiyet ve istisnaları kamu personeli ile özel sektörde istihdam edilen işçi ücretleri üzerindeki vergi yükünün farklılaşmasına yol açmaktadır. Bu farklılık sadece kamu kesimi-özel kesim arasında gerçekleşmekte kamu personelinin de kendi içinde vergi yükünün farklı olması sonucu doğmaktadır. Bu farklılıkların Anayasal vergileme ilkeleri ile uyumu ise yukarıda açıklandığı üzere tartışmalıdır. Bu sebeple çeşitli kamu personel kanunlarında yer alan muafiyet ve istisnaların kaldırılarak kamu-özel kesim ücret ödemelerinin vergi yükünün eşitlenmesi ve buna paralel olarak da kamu personeli arasındaki ücret gelirleri üzerinde ki vergi yükünün eşit hale getirilmesine yönelik kanun düzenlemelerinin yapılmasının yararlı olacağı düşünülmektedir. Bu düzenlemelerin sadece vergi yükü ile sınırlı etkiler doğurmakla kalmayacağı kamu yönetimine duyulan güveni artırıcı birçok alanda mevcut kamu-özel kesim ayırımını giderici etkiler doğuracağı açıktır

Kaynakça

- Akdoğan Abdurrahman. Gelir Vergisi Açısından Vergi Adaletine Teknik Bir Yaklaşım, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1980.
- Alaybek Ali, Gelir Vergisi Davamız, İstanbul, Kenan Matbaası,1947.
- Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2008/58, Karar Sayısı: 2011/37, Karar Günü: 10.2.2011, R.G. Tarih-Sayı: 14.05.2011-27934
- Biyaz Özgür ve Yılmaz Güneş, "Ücretlerin Vergilendirilmesine İlişkin Karşılaştırmalı Bir Öneri: Beyanname Yükümlülüğü", *Maliye Dergisi*, Sayı:162, Ocak-Haziran 2012,ss.184-218
- Çağan Nami- Kumrulu Ahmet- Öncel Mualla, Vergi Hukuku, 18. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, Mart 2010.
- Erol Ahmet, "Yeni Gelir Vergisi Kanunu Oluşturulurken Gelirin Tanımı", *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Eylül 2006, s.137-141
- Erginay Akif, Kamu Maliyesi, 13. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1990.
- Genç Yıldırım ve Yaşar Recep, "Vergilemede Adalet ve Etkinlik İlişkisi" Vergi Dünyası, Sayı 338, Ekim 2009,ss.34-40
- Gündüz N.Kemal. "Verginin Anayasal Çerçevesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 78, 1995, 101-111
- Kıldış Yusuf. "Vergilendirmede Adalet İlkesi Açısından Türk Gelir Vergisine Bakış", *Vergi Dünyası*, Sayı: 351, Mayıs 2008.
- Kızılot Şükrü, "Odacı, Genel Müdürden 3,5 Kat Fazla Vergi Ödüyor", *Hürriyet*,(16.10.2002) <http://webarsiv.hurriyet.com.tr/2002/10/16/194750.asp>

- Nadaroğlu Halil, Kamu Maliyesi Teorisi, İstanbul, 1996.
- Neumark Fritz, Maliyeye Dair Tetkikler, Yayın No: 118, İstanbul, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi, 1950.
- Orhaner Emine, Kamu Maliyesi, Ankara, Gazi Yayınevi, 2000.
- Öztürk İlhami- Ozansoy Ahmet, "Ücret Gelirleri Üzerindeki Vergi Yükünün Analizi", Maliye Dergisi, Sayı: 161, Aralık 2011, ss.197-214.**
- Pehlivan Osman, Kamu Maliyesi, Trabzon, Derya Kitabevi, 2004.
- Rakıcı Cemil- Tunçer Mehmet, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Sonrası Yeni Tarifelerin Ücret Gelirlerine Etkisi", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 353, Ocak 2011, ss.148-153
- Soysal Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi., 1987.
- Şentürk Suat Hayri, "Vergilemede Adalet İlkesi Karşısında Düz ve Artan Oranlı Vergiler", *Çimento İşveren Dergisi*, Sayı:2, Cilt 20, Mart 2006, ss.16-23
- Taş Metin, Anayasal Vergileme Normları Açısından Gelir Vergisi, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, 14-16 Mayıs 1998, ss.275-300
- Tuncer Selahattin, Kamu Maliyesi, 2. Baskı, İstanbul: Yalkın Ofset Matbaası, 1971.
- Tuncer Selahattin, Vergi Hukuku ve Uygulaması, Cilt II, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2006.
- Yavaşlar Funda Başaran, " Bir Adaletsizlik örneği: Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesi", *Fasikül Dergisi*, Sayı 30, Mayıs 2012.

İNTERNET YOLUYLA ELDE EDİLEN KİŞİSEL VERİLERİN GENEL BOŞANMA SEBEPLERİ ARASINDA DEĞERLENDİRİLMESİ MESELESİ

EVALUATION OF USE OF PERSONAL DATA OBTAINED THROUGH INTERNET AS GENERAL GROUNDS FOR DIVORCE

Selin SERT*

Özet: Teknolojinin gelişmesi, kişisel verilerin internet ortamında kolaylıkla kullanılmasına imkân tanımıştır. Bu çalışmada, internet ortamında elde edilen kişisel verilerin boşanma sebebi teşkil edip etmeyeceği ya da boşanma davalarında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı, yargı kararlarından hareketle incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: kişisel veri, boşanma, genel boşanma sebepleri, internet, yargı kararları.

Abstract: The development of technology has made it possible to access to and use personal data on internet. In this study, it is analyzed by focusion on court decisions whether personal data obtained on internet can be grounds for divorce, or whether such data can be used as evidence in divorce cases.

Keywords: personal data, divorce, general grounds for divorce, internet, judicial decisions.

I. GİRİŞ

Günümüzde teknoloji çağının gelişmesi ile birlikte Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen genel boşanma sebeplerinin türlerinde de sayıca artış yaşanmıştır. Kişisel verilerin hukuka uygun ya da hukuka aykırı olarak elde edilmesi sonucunda eşler, evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçesine dayanarak ya da elde ettikleri bu verilerle diğer boşanma sebeplerine dayanarak boşanma davası açma eğilimindedirler. Teknolojinin gelişmesi boşanma sebeplerinin çeşitlenmesine de vesile olmuştur. Çalışmamızda internet yoluyla elde edilen kişisel veri kavramının ne olduğu, kişisel verilerin türleri ile genel boşanma

* Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

sebepleri ayrıntılı olarak incelendikten sonra internet yoluyla elde edilen kişisel verilerin genel boşanma sebepleri içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği inceleme konusu yapılacaktır.

II. İNTERNET YOLUYLA ELDE EDİLEN KİŞİSEL VERİLER

A. Genel Olarak:

“Kişisel” kelimesi, “kişi ile ilgili, kişiye ilişkin, kişinin kendi malı olan, şahsî, zati”; “veri” ise, “bir araştırmanın, bir tartışmanın, bir muhakemenin temeli olan ana öge, muta, done ve bilişimde, olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimli gösterimi” olarak tanımlanmaktadır¹.

Kişisel veri, AİHS ve AİHM kararlarına göre², “kimliği belirtilen veya belirlenebilen bir kişiyle ilgili bütün bilgiler” olarak tanımlanmıştır³. Örnek olarak; cinsiyet, yaş, resim⁴, doğum yeri, doğum tarihi, medeni hal, siyasi veya dini görüşler, tıbbi veriler, polis kayıtları, kişisel harcamalar vb. gibi akla gelebilecek bilgiler kişisel verileri oluşturur⁵. Elbette bu örnekler çoğaltılabilir.

B. Yasal Düzenlemeler:

Ülkemizde kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak kabul edilmiş herhangi bir münferit kanun bulunmamaktadır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı hazırlanmış ancak kanunlaşmamıştır. Bu

¹ Hayrunnisa Özdemir: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Doktora Tezi, Ankara 2009, s.151; Engin Dinç: Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler ve Türkiye'nin Durumu, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2006, s. 3.

² AİHS ve Ahim Kararlarına göre kişisel veri kavramı ile Cinsiyet, medeni hal, doğum yeri, diğer kişisel bilgiler ile ilgili bilgileri içeren uygulamalar (Nüfus sayımı); Polis kayıtları gizli olsa bile polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi; Tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması, Vergi makamlarının kişisel harcamaların detaylarını (ve böylece özel hayatın detaylarını) açıklama zorunluluğu getirmesi, Sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan bireysel kimlik belirleme sistemi kişisel veriler kapsamında değerlendirilmiştir. Kişisel veri; belirli veya kimliği belirlenebilir kişiye ilişkin tüm verileri kapsar.

³ Nilgün Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, s. 22.

⁴ Ulrich Dammann- Sipiritos Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Baden-Baden 1997, 109, PN. 1-3.

⁵ Dammann/Simitis, 109, PN. 1-2.

tasarıya göre kişisel veri; belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir.

Türkiye Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine İlişkin Olarak Bi-reylerin Korunması Hakkındaki 1981 tarih ve 108 numaralı sözleşmeyi 1981 yılında imzalamıştır ancak bu sözleşmenin yürürlüğe girebilmesi için Kişisel Verilerin Korunması Kanununun yürürlüğe girmesi gerekmektedir. Bakanlar Kurulu tarafından Nisan 2008 yılından beri yasanın kanunlaşması beklenmektedir. Tasarı ile kişisel verilerin işlenmesine ilişkin özel hayatın korunmasının amaçlandığı Anayasa'nın m.17 hükmünde ifade edilen kişinin dokunulmazlığı ilkesinden uyarılama yapıldığı ve tasarının 95/46/EC Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifine paralel bir düzenlemeye sahip olduğu görülmektedir.

Son dönemlerde ülkemizde elektronik haberleşme alanında kişisel verilerin korunmasına yönelik bir yönetmelik çıkarılmıştır. "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin ve Gizliliğin Korunması" adını taşıyan yönetmelikte, kişisel veri; "tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dinî, ailevî ve siyasî bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi" dir.

Her ne kadar ülkemizde kişisel verilerin korunması alanında münferit bir kanun bulunmasa da, Türk Hukukunda Anayasa ve genel esaslar çerçevesinde kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. 12 Eylül 2010 tarihindeki referandum sonrasında 1981 Anayasası'na "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı m.20 hükmüne eklenen üçüncü fıkra ile kişisel veriler koruma altına alınmıştır: "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

Bununla birlikte Türk Medeni Kanunu'nda 'Kişilik Haklarının Korunmasını düzenleyen m.23 ve m.24 hükümleri uyarınca da, kişisel veriler korunmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kişisel Ve-

rilerin Kaydedilmesi başlıklı m.135 hükmünde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi; m.136 hükmünde ise kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma veya ele geçirme fiili suç olarak düzenlenmiştir.

C. Türleri:

1. Hassas Veriler:

Hassas veriler, temelde birer kişisel veridirler. Ancak, söz konusu verilere kanun koyucunun bazı toplumsal ve siyasi kaygılar sonucu kendilerine farklılık tanımıştır. Bu bakımdan hassas veriler; daha çok, ırk ve etnik unsurlara, düşünce özgürlüğüne, geniş anlamda sağlık durumuna ilişkin verilerdir. Avrupa Birliği'nin Veri Koruma Direktifi m. 8/II'de hassas verilere yer verilmiştir⁶. Söz konusu bu verilerin işlenmeleri kural olarak yasaktır. Bu tür veriler şu gruplar içerisinde özetlenebilirler:

- a. ırk ve etnik unsurlara ait olan veriler,
- b. Düşünce özgürlüğüne dâhil olan veriler,
- c. Geniş anlamda sağlık verileri⁷.

2. Hassas Olmayan Kişisel Veriler:

Kişisel veriler, esasen eşit öneme sahiptirler. Bazı kişisel veriler vardır ki işlendiklerinde Anayasa'da ve TMK'nin 24. maddesinde yer alan kişilik haklarının ihlâli söz konusu olur. Bu verilere hassas kişisel veriler denildiğini inceledik. Söz konusu verilerin dışında kalan, ilgili oldukları kişilerin özelliklerini ortaya koyan hatta onların tanınmasına yardımcı olan bilgilere hassas olmayan kişisel veriler denilmektedir⁸.

Hassas kişisel veriler ile hassas olmayan kişisel veriler arasındaki fark kendini korunma konusunda gösterir. Çünkü kişisel verilere hassas veri özelliği, veri koruma hükümleri tarafından tanınmadıkça, kanun koyucunun tanıdığı ayrıcalıklar da uygulanmaz. Ancak, kanun koyucu tarafından hassaslık niteliği tanınmayan kişisel veriler, söz konusu kişilerin ölümünden sonra dahi Anayasal korumanın kapsamı altındadırlar. Meselâ, ırkî verilere hassas olma özelliği veri koruma mevzuatına göre kişinin hayatı müddetince tanınır. Bu sebeple kişi öldükten sonra söz konusu koruma da ortadan kalkar⁹.

⁶ Özdemir: s. 152.

⁷ Özdemir: s. 152-153.

⁸ Özdemir: s. 162.

⁹ Özdemir: s. 162-163.

III. GENEL BOŞANMA SEBEPLERİ

A. Genel Olarak:

Belirli bir olguya ya da olaya dayanmayan önceden belirlenmesi ve saptanması mümkün olmayan çok çeşitli ve farklı sebeplerden veya bir olayı esas alan boşanma sebeplerine genel boşanma sebepleri adı verilmektedir¹⁰.

Boşanmanın genel sebepleri önceden belirlenmesi mümkün olmayan pek çok olay sebebiyle meydana gelebilecektir. Özel boşanma sebeplerinden farklı olarak - zina, pek fena muamele, terk, haysiyetsiz hayat sürme- belirli bir olaya ya da duruma dayalı bir boşanma durumu söz konusu değildir. Bu sebeple boşanmanın genel sebeplerinden bahsedebilmemiz için Türk Medeni Kanununun incelenmesi gerekmektedir.

Boşanmanın genel sebepleri Türk Medeni Kanunu m. 166 hükmünde¹¹ düzenlenmiştir¹². Madde hükmünün incelenmesinden üç

¹⁰ Turgut Akıntürk- Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku, Cilt II, İstanbul 2013, s. 261.

¹¹ Eski Medeni Kanunun 134. maddesine göre, "Evlilik birliği ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir" (12 Mayıs 1988 tarih ve 19812 sayılı RG). Anılan maddenin 1988 yılında yapılan değişiklikten önceki orijinal hali ise, " Aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik baş gösterdiği takdirde karı kocadan her biri boşanma davasında bulunabilir. Eğer geçimsizlik iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir" şeklindedir. Görüleceği üzere 743 sayılı EMK. 134. maddesinde 3444 sayılı yasayla 1988 yılında yapılan değişiklikle ağır kusurlu eşe de dava açma hakkı tanınmıştır. Oysaki maddenin ilk halinde, ağır kusurlu eşe evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal nedenine dayalı olarak boşanma davası açma hakkı tanınmamıştı. Diğer yandan eski Medeni Kanunun 1988 yılında yapılan değişiklikle ortaya çıkan 134. maddesi yeni Medeni Kanun kapsamında değişikliğe uğramadan geçerliliğini korumuştur. Belirtilen ki Medeni Kanununun 166. maddesi tasarıdaki haliyle değişikliğe uğramaksızın hem alt komisyonda hem de genel kurulda aynen kabul edilmiştir (Adalet Bakanlığı Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Ankara 2002, s. 528-531).

¹² Önceki Medeni Kanun m.134 hükmünde bir tek genel boşanma sebebi düzenlenmiş ve buna "imtizaçsızlık" olarak isimlendirilmiş idi. Doktrinde bu sebep madde metnine uygun olarak "şiddetli geçimsizlik" şeklinde isimlendiriliyordu.; Bilge Öztan: Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 240; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu: Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 1965, 214; Selahattin Sulhi Tekinay: Türk

tür genel boşanma sebebinin düzenlendiği göze çarpmaktadır¹³. Bu durumlardan ilki; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. İkinci durum; eşlerin birlikte dava açması veya bir eşin diğer eşin açtığı davayı kabul etmesi durumudur. Son durum ise, evlilik birliğinin fiilen kurulamamasıdır¹⁴.

B. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması:

1. Genel Olarak:

Medeni Kanun m. 166/1 ve II ye göre, *“evlilik birliği ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verebilir”*.

Madde hükmünün incelenmesinden hükmü değerlendirecek olanın yani eşler tarafından ileri sürülen boşanma sebebinin değerlendirmesinin hâkim tarafından boşanma sebebi olarak değerlendirileceği açıktır.

2. Şartları:

a. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması:

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması, eşler arasında duygu ve fikir ayrılığının olmasını ifade etmektedir¹⁵. Evlilik birliğinin teme-

Aile Hukuku, İstanbul 1990, s. 18; Akıntürk- Ateş Karaman: s. 261.

¹³ Demet Özdamar, Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002, s. 357.

¹⁴ Öğretide, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının genel boşanma nedeni olduğunda birlik olmasına karşın, MK 166 II ve III fıkralarında düzenleme bulan anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinin genel boşanma nedenlerinden olup olmadığı tartışmalıdır. Anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinin genel boşanma nedenleri arasında olduğunu kabul eden yazarların ortak olarak dayandıkları gerekçe, bu iki nedenin MK. 166. madde çatısı altında düzenlenmiş oluşu ve madde lafzında kanun koyucunun evlilik birliğini temelinden sarsılmış oluşunu karine olarak kabul etmesidir. Serap Helvacı: İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri”, Prof.Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002,1156-1168; Bilge Öztan, “Türk Medeni Kanununa Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler Özellikle Boşanma”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’ e Armağan, Ankara 2003, s. 717; Aksi fikir için bkz., Hüseyin Hatemi / Rona Serozan, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 217-218.

¹⁵ Mustafa Dural- Tufan Ögüz- Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C.III, Aile

linden sarsıldığı hallerin¹⁶ çoğunluğu geçimsizlik şeklinde ifade edilmektedir. Ancak bazen geçimsizlik söz konusu olmadığı halde evlilik birliği temelinden sarsılmış olabilecektir¹⁷. Örneğin; eşlerden birinin sürekli olarak üreme yeteneğini kaybetmesi aslında geçimsizlik sebebi olmamasına rağmen evlilik birliğinin temelinden sarsılması sonucunu doğurabilecek nitelikte bir olay olarak karşımıza çıkmaktadır.

Her ailede yaşanabilecek ufak tefek olumsuzluklar ani ve fevri hiddet ve hareketler evlilik birliğini temelinden sarsacak ve boşanmaya sebep olabilecek olaylar değildir¹⁸.

b. Eşlerden En Az Biri İçin Ortak Hayatın Çekilemez Hale Gelmesi:

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması eşlerden birisi ya da ikisi için ortak hayatı çekilmez hale getirmelidir¹⁹.

Eşler açısından ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğinin belirlenmesi hâkime verilmiş bir takdir yetkisini ifade etmektedir²⁰. Hâkim tarafların ileri sürdüğü boşanma sebeplerinin ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğini kendisi takdir edecektir. Hangi sebeplerin eşler açısından ortak hayatı çekilmez hale getirdiğini inceleyecek olan hâkim doktrin ve mahkeme kararlarına göre inceleme yapacak ve ortak hayatı çekilmez hale getiren bu durumun evlilik birliğini temelinden sarsıp sarsmadığını inceleyecektir²¹.

Hukuku, İstanbul 2014, s. 117; Serap Helvacı- Fulya Erlüle: Medeni Hukuk, İstanbul 2011, s. 158; Ahmet M. Kılıçoğlu: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2012, s. 280; Aydın Zevkliler- Şeref Ertaş- Ayşe Havutçu- Damla Gürpınar: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara 2013, s. 297-298.

¹⁶ Ebru Ceylan, Türk İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s. 24; Öztan: s. 718; Talih Uyar: "Yargıtay Kararlarında Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müsterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Nedeniyle Boşanma", Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1237; Veldet Velidedeoğlu: "İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusur Mefhumu", İstanbul 1943 ,s.4.

¹⁷ Mustafa Dural- Tufan Ögüz, Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 124.

¹⁸ Velidedeoğlu, s. 215-216; Ferit Hakkı Saymen- Halid Kemal Elbir: Türk Medeni Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 1960, s. 255; Andreas Schwarz: Aile Hukuku, İstanbul 1946, s. 153.

¹⁹ Bülent Köprülü- Selim Kaneti, Aile Hukuku, İstanbul 1989, s. 170.

²⁰ August Egger, Zürcher Kommentar, Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht, (Art. 90-251, ZGB.), Zürich,1936, (Çev. Tahir Çağa, İstanbul 1943), s. 186).

²¹ Dural-Ögüz- Gümüş, s. 118.

c. Davalının Davacının Daha Az Kusurlu Olduğunu İleri Sürmemiş Ya da İleri Sürülen İtiraz Kabul Edilmemiş Olmalıdır:

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması için tarafların kusurlu olması boşanma davası için aranan şartlardan birisi değildir. Ancak kanun koyucu davalıya kusuru ileri sürerek kendisine karşı açılmış olan bu davaya engel olma imkânını tanımıştır. Yani davalı ister kusurlu olsun ister kusurlu olmasın açılmış olan boşanma davasında evlilik birliğini temelden sarsan olayda davacı daha kusurlu ise bu durumu ileri sürerek eşinin kendisine karşı açmış olduğu bu davaya itiraz edebilir.

Davaya itiraz edilmesi aslında teknik anlamda bir itirazı ifade etmemektedir. İtiraz hâkim tarafından resen göz önüne alınmalıdır. Oysa ki kanun koyucu m.166 hükmünde hâkim tarafından resen göz önüne alınan bir durumu değil aksine tarafların itirazı ile hâkim tarafından incelenmesi gereken bir durumu ortaya koymuştur. Bu sebeple madde hükmünde itiraz ile ifade edilen durum defidir²².

Madde hükmünün incelenmesi sonucu ortaya çıkan bir diğer durum da bu definin ileri sürülmesi için tarafların kusursuz olmaması gibi bir şart aranmamaktadır²³. Madde hükmünde aranan şart eşlerden birinin kusursuz olsa dahi daha az kusurlu olduğunu iddia ederek diğer eşin açmış olduğu boşanma davasına itiraz edebilmesidir.

Madde hükmünde kanun koyucu bu durumun kötüye kullanılmasını engellemek için son bir fıkra hükmü daha getirmiştir. Buna göre; *"bununla beraber bu itiraz hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verebilir"*. Davacı daha az kusurlu olmasına rağmen hâkim itiraz yoluyla bu hakkın kötüye kullanıldığına kanaat getiriyorsa bu durumda boşanmaya karar verebilecektir.

²² Dural-Öğüz- Gümüş, s. 119.

²³ Velidedeoğlu, s. 222; Saymen- Elbir: s. 258; Schwarz: s. 155; Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990, s. 182; Feyzi Feyzioğlu, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 307; Oğuzman- Dural, s. 125; Aydın Zevkliler- Beşir Acabey- Emre Gökyayla, Medeni Hukuk (Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku), Ankara 1997, s. 821; Köprülü- Kaneti, s. 170; Öztan: s. 249.

C. Eşlerin Boşanma Konusunda Anlaşması:

1. Genel Olarak:

Eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları m.166/3 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; *“evlilik birliği en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğer eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz”*.

Eşlerin boşanma konusunda anlaşmış olmaları, genel ve mutlak bir boşanma sebebidir. Genel ve mutlak boşanma sebebi olmasının sebebi hâkimin madde hükmünde sayılan şartların gerçekleşmesi halinde tarafların boşanmasına karar verme konusunda takdir hakkına sahip olmaması anlamına gelmektedir²⁴.

2. Şartları:

a. Evlilik En Az 1 Yıl Sürmüş Olmalıdır:

Tarafların birbirini tanıması en azından birbiri hakkında bir fikir sahibi olması, evlilik müessesenin ciddi olduğunun farkına varmaları için kanun koyucu tarafların anlaşarak boşanabilmeleri için en az bir yıl evli olma şartını koymuştur.

b. Eşler Birlikte Mahkemeye Başvurmalı Ya da Açılmış Olan Davayı Diğer Eş Kabul Etmiş Olmalıdır:

Madde hükmünün uygulanabilmesi için, eşler boşanmak için mahkemeye birlikte başvurmalı ya da eşlerden yalnız birisi tarafından boşanma davası açılmış ise diğer eşin açılmış olan bu davayı kabul etmesi gerekmektedir.

²⁴ Akıntürk- Ateş Karaman, s. 270.

Eşlerin birlikte veya ayrı dava açması durumunda boşanma davasının açılma sebebi önemli değildir. Taraflar evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması sebebine dayanarak boşanma davası açabileceği gibi diğer sebeplere dayanarak da boşanma davası açabilecektir²⁵.

c. Tarafların Dinlenmesi:

Tarafların anlaşarak boşanma konusunda gerçek iradelerini ortaya koymaları bakımından hâkim taraflar boşanma davasında kendilerini avukat aracılığı ile temsil ettirmiş olsa dahi tarafları bizzat dinlemek zorundadır. Hükümün amacı hem tarafların bir kere daha düşünmesini sağlamak hem de tarafların boşanma konusunda anlaşmalarında özgür iradeleri ile karar verdiklerinin tespit edilmesidir.

d. Tarafların Anlaşmasının Uygun Bulunması:

Tarafların anlaşmalı boşanabilmesi için, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu için bir anlaşma yapmaları gerekmektedir. Anlaşma duruşma öncesi yazılı olarak yapılabileceği gibi taraflar duruşma sırasında da ne şekilde bir anlaşmaya vardıklarını hâkim önünde açıklayabileceklerdir.

Hâkim tarafların yaptığı anlaşmayı uygun bulursa ya da uygun bulmadığı hususları taraflara bildirip taraflarca bu boşluklar doldurulursa boşanmaya karar verecektir.

D. Ortak Hayatın Kurulamaması:

1. Genel Olarak:

Türk Medeni Kanunu m.166/4 hükmü gereğince; “boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir”.

Boşanma sebeplerinden birine dayanılarak açılan bir dava redde-

²⁵ Dural-Öğüz- Gümüş, s. 121.

dilmiş ve bu kararın kesinleşmesinden üç yıl geçmiş olmasına rağmen ortak hayat kurulamamış ve bir fiili ayrılık durumu söz konusu ise evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunun ispatlanmasına gerek yoktur ve eşlerden birinin de istemiyle hâkim boşanmaya karar verecektir.

2. Şartları:

a. Açılmış Olan Bir Boşanma Davasının Reddedilmiş Olması:

Taraflardan birisi tarafından daha önce herhangi bir sebebe dayalı olarak açılan davanın hâkim tarafından reddedilmiş olması gerekmektedir. Boşanma davasının hangi sebeple açıldığının önemi yoktur. Önemli olan hangi sebeple olursa olsun bir boşanma davasının açılmış olması ve bu davanın reddedilmiş olması gerekmektedir.

b. Boşanma Kararının Üzerinden Üç Yıl Geçmiş Olmalı ve Bu Sürede Ortak Hayat Kurulamamış Olmalıdır:

Üç yıllık süre yeni boşanma davası açıldığı zaman dolmuş olmalıdır. Red kararının kesinleşmesi üç yıllık sürenin başlangıç tarihini ifade etmektedir. Üç yıllık sürenin kesintisiz olması gerekmektedir. Tarafların üç yıl içinde bir araya gelmeleri durumunda bu durum ortak hayatın kurulduğu ya da kurulabildiği anlamına geleceğinden üç yıllık fiili ayrılık üresinin kesintisiz olması gerekmektedir.

c. Eşlerden Biri Boşanmayı Talep Etmelidir:

Eşlerden biri tarafından açılacak olan boşanma davasında davayı hangi eşin açtığına bir önemi bulunmamaktadır. Reddedilen davada davacı ya da davalı olmak evlilik birliğinin temelinden sarsılması ya da ortak hayatın kurulamamasında kusurlu olmak ya da kusursuzluk davanın açılması açısından önemli değildir²⁶.

Hâkim bu şartların gerçekleşmesi halinde boşanmaya karar vermek zorundadır.

²⁶ Dural-Öğüz- Gümüş, s. 124.

IV. İNTERNET YOLUYLA ELDE EDİLEN KİŞİSEL VERİLERİN GENEL BOŞANMA SEBEPLERİ ARASINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Medeni Kanunun kabul etmiş olduğu boşanma sebepleri nitelikleri ve kapsamı itibariyle birbirinden çok farklıdır. Bunlardan bir kısmı, zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı gibi belli olgulara ve olaylara dayanmaktadır. Bu sebepler özel boşanma sebebi olarak adlandırılmaktadır. Boşanma sebeplerinden bazıları ise evlilik birliğinin temelinden sarsılması, eşlerin anlaşması ve eylemli ayrılık ise belirli bazı olay ve olgulara değil çeşitli olay ve olgulara dayandıkları için evlilik birliğinin temelinden sarılmasına yol açacakları için tek tek sayılması ve belirlenmesi mümkün değildir. Bu sebeple bu boşanma sebepleri genel boşanma sebepleri olarak adlandırılmaktadır.

Özel boşanma sebepleri Türk Medeni Kanununda tek tek sayılmış ve bu sebeplere dayanarak açılacak olan davarlın nitelikleri ayrıca ve özel olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla internet yoluyla elde edilen kişisel veriler özel boşanma sebebi teşkil etmezler.

Genel boşanma sebepleri ise Türk Medeni Kanunu m. 166 hükmünde evlilik birliğinin sarsılması, eşlerin anlaşması ve ortak hayatın yeniden kurulamaması ve fiili ayrılık olarak üçe ayrılmıştır. Genel boşanma sebepleri üçe ayrılarak incelenmiş olmasına rağmen evlilik birliğinin temelden sarsılması içerisinde birden fazla olay ve olguyu barındırabilecek niteliktedir. Yargıtay kararlarında bu duruma örnek gösterilen olay ve davranışlar bulunmaktadır. Örneğin; “evli kadının bekâr erkeklerle birlikte gazino, plaj gibi mesire yerlerinde görülmesi²⁷, ortak hayatı çekilmez hale getiren aşırı kıskançlık²⁸, eşe hakaret ederek başkalarının önünde küçük düşürme²⁹, bir işte çalışarak eve ve çocuklara bakma ödevini savsaklama³⁰ ve kocanın içkiye düşkün olması³¹ gibi sebeplerdir. Yargıtay tarafından genel boşanma sebebi olarak kabul edilen olgu ya da olayların sayısı gün geçtikçe artmaktadır.

²⁷ Y. 2.HD. 22.3.1956, 1626/1748.

²⁸ HGK, 26.4.1972, 2-589/262.

²⁹ HGK 8.7.1991, 2-200/568.

³⁰ Y. 2. HD, 29.03.1992, 2408/2896.

³¹ Saymen/ Elbir, s. 255.

İnternet yoluyla elde edilen verilerden elde edilen bilgiler özel boşanma sebepleri kanunda sınırlı sayıda sayıldığı, belirtildiği ve taraflarca yeni bir boşanma sebebi belirlenemediği için öncelikle genel boşanma sebepleri içerisinde değerlendirilmelidir.

İnternet yoluyla elde edilen kişisel verilerin tamamı genel boşanma sebebi olarak kabul edilebilir mi? İnternet yoluyla elde edilen kişisel veriler hassas kişisel veriler ve hassas olmayan kişisel veriler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hassas veriler; daha çok, ırk ve etnik unsurlara, düşünce özgürlüğüne, geniş anlamda sağlık durumuna ilişkin verilerdir. İlgili oldukları kişilerin özelliklerini ortaya koyan hatta onların tanınmasına yardımcı olan bilgilere hassas olmayan kişisel veriler denilmektedir. Kanımızca kişisel veriler hassas kişisel veriler ve hassas olmayan kişisel veriler olarak ayrımına tabi tutulmalarına rağmen genel boşanma sebeplerinden evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı olarak açılacak boşanma davalarında önemli olan evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığının tespit edilmesidir. Dolayısıyla hassas bir kişisel veri nasıl evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olabiliyor ise hassas olmayan bir kişisel veri de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olabilecek nitelikte olabilecektir.

İnternet yoluyla elde edilen kişisel veriler boşanma davalarında boşanma sebebi olabilir mi? Anayasanın md.38 (Ek: 3.10.2001-4709/15 md.) "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez". Boşanma davası bir hukuk davasıdır ve tüm kanunların üzerinde olan Anayasa hükümleri boşanma davalarında da uygulanacaktır. Demek ki öncelikle boşanma davalarında boşanma sebebi olarak kullanılacak olan kişisel verilerin hukuka uygun olarak elde edilmiş olması gerekmektedir.

İnternet yoluyla elde edilen kişisel verilerden edinilen bilgilere ilk örnek msn veya e-posta kayıtları olabilecektir³². E-postalar açısından durum, başkasına ait mektupların posta kutusundan gizlice alınıp, mahkemeye delil olarak sunulmasından farklı değildir. Elektronik mesajların da geleneksel mektupların elektronik biçimleri olmaları nedeniyle kişisel nitelik taşımalarından dolayı bunlara

³² <http://www.bilisimhukuk.com/2009/07/bosanma-davalarinda-msn-ve-e-posta-kayitlari-delil-olabilir-mi/2/>

yapılan bu tip bir tecavüzün de (izinsiz okunması vb.) haberleşme hürriyetinin ihlali olacağı ve hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu tartışmasızdır.

İkinci olarak tartışılacak olan husus; internet yoluyla ses kaydı yapılması durumunda bu ses kaydının boşanma sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Yargıtay 2007/17220 E. 2008/13614 K. 20.10.2008 tarihli kararında³³ “...Bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış hakların ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeğinde duraksama bulunmamaktadır. Delilin elde edilmesinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m.20/1) Ancak evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur. (TMK.m.185/3) Eşlerden birinin, bu alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle bir araya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinininkine kadar yakından ilgilendirir. O nedenle, evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekânı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz. Aksine, aile birliğine ilişkin ortak yaşanan mekâna davalının, meşru olmayan bir amaç için arkadaşlarını kabul etmesinde, aile hayatının gizliliğini ihlal söz konusudur. Bu bakımdan sözü edilen delilin elde edilmesinde hukuka aykırılık bulunduğundan söz edilemez...”. Yargıtay bu kararında ses kayıtlarının boşanma davasında delil olarak kullanılabileceğini kabul etmiştir. Kanımızca ses kayıtları da hukuka uygun olarak elde edildikleri sürece boşanma davalarında genel boşanma sebebi olarak kabul edilebilecektir. Ses

³³ Kararın tam metni için bkz. <http://www.tugsanyilmaz.av.tr/aile-hukuku-ve-kisiler-hukuku/eve-yerlestirilen-ses-kayit- cihazi-ile-dinleme-bosanma-davasi-delili-olabilir-mi>

kayıtlarının aldatmaya veya evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin delil olması sebebiyle evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açılabilir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açılan diğer bir durum; facebook adlı sosyal paylaşım sitesi kayıtlarıdır³⁴. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2013/19577 E. ve 2014/1926 K. Sayılı kararında³⁵ “.....Mahkemece; davacı tarafından dosyaya sunulan elektronik ortamdan elde edilen resimler ve elektronik ortamda (sosyal paylaşım sitesi kullanılarak) yapılan görüşmelere ilişkin çıktılar esas alınarak, kocanın güven sarsıcı davranışları sabit kabul edilmiş, buna bağlı olarak boşanma kararı verilmiştir. Elektronik ortamdaki fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılar, diğer delillerle desteklendikleri takdirde “delil” olarak hükme esas alınabilir. Bu veriler tek başına vakıaların ispatına yeterli değildir. Hükme esas alınan elektronik ortamdan elde edilen görüntülerdeki şahısların kocanın yakınları olduğu anlaşılmaktadır. Facebook isimli sosyal paylaşım sitesi kullanılarak kocanın, dayısıyla görüşmelerine ilişkin iletişim kayıtlarının da; davacının, sosyal paylaşım sitesinde kendisini “kocanın dayısı” yerine koymak suretiyle “dayısı ile koca” yazıyormuş görüntüsü verilerek davacı tarafından oluşturulduğu, davacının da bunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde, sosyal paylaşım sitesi üzerinden yapılan görüşme kayıtları da vakıaların ispatında dikkate alınamaz (HMK md. 189/2).....”. Kanımızca facebook vasıtasıyla elde edilen veriler ister resim ister mesaj olsun boşanma davası için yeterli delil teşkil etmeye yeterlidir. Facebook sayfasında paylaşılan fotoğraflar herkese ya da diğer eşe açık olduğu sürece boşanma davasında delil olarak kullanılabilir ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılması için yeterlidir. Facebook a erişim şifre ile sağlanıyor ve diğer eş bu şifreyi kırmak suretiyle eşinin bilgilerine resimlerine erişiyor ise ancak hukuka aykırı olarak elde edilen delilden söz edilebilir ve bu durumda hukuka aykırı olarak elde edilen deliller boşanma davasında delil olarak kullanılamaz. Bu hal dışındaki tüm hallerde facebook aracılığı ile elde edilen tüm bilgiler evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebiyet verecektir.

³⁴ Örnek Yargıtay Kararları için bkz. Y. 3. HD. 2012/23195 E. , 2013/698 K., 21.01.2013; Y. 4. HD, 2012/1899 E., 2013/1513 K., 31.01.2013; Y. 2. HD. 2012/8580 E., 2012/28405 K., 27.11.2012.

³⁵ Kararın tam metni için bkz. <http://www.baroturk.com/facebook-kayıtlarinin-bosanma-davasina-etkisi-karari-2391h.htm>

Günümüzde internet verilerinin en çok paylaşıldığı programlardan birisi de whatsapp dır. Whatsapp, messenger benzeri bir akıllı telefon uygulamasıdır³⁶. Whatsapp size internet üzerinden mesajlaşma, video yollama, ses kaydı yollama, resim yollama gibi özellikler sunar. Eşlerden birisi diğer eşin telefonunda kullandığı whatsapp programı aracılığıyla resim, video, ses kaydı ya da mesajı boşanma davasında delil olarak kullanabilir ve bu durum evlilik birliğinin temelinden sarsılması durumuna da örnek teşkil edecektir.

Telefon aracılığıyla kullanılan bir diğer uygulama skype uygulamasıdır. Skype'ın anlık mesajlaşma, sesli ve görüntülü çağrı özellikleri sayesinde, nerede olurlarsa olsunlar değer verdiğiniz kişilerle deneyimlerinizi kolayca paylaşabilme imkânı sunan bir uygulamadır³⁷. Skype vasıtasıyla elde edilen mesaj, video ya da görüntüler de boşanma davasında delil olarak kullanılabilir. Elde edilen veriler evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle boşanma davası açılmasına olanak tanıyacaktır.

V. SONUÇ

Özel boşanma sebepleri dışında kalan genel boşanma sebepleri; evlilik birliğinin temelden sarsılması, anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın fiilen kurulamaması ve fiili ayrılık nedenleridir.

Evlilik birliğinin temelden sarsılmasına sebep olacak olaylar, kanunda sayma yoluyla tek tek belirtilmemiş aksine kanun koyucu hâkimlere bu konuda takdir yetkisi tanımıştır. Yargıtay kararları ve uygulamada; birden fazla sebep, evlilik birliğinin temelden sarsılmasına neden olacak nitelikte sebep olarak kabul edilmektedir.

İnternet yoluyla elde edilen kişisel veriler hukuka uygun olarak elde edildikleri sürece boşanma davalarında delil olarak kullanılabilir.

Sosyal paylaşım sitelerinin her geçen gün artması evliliklerin temelinden sarsılmasına da sebep olmuştur. E-posta, ses kaydı, facebo-

³⁶ <http://whatsapp.nedir.com/>

³⁷ <http://www.skype.com/tr/about/>

ok, whatsapp Messenger ve skype gibi programlar da kişiler kendi kişisel bilgilerini paylaşmaktadır. Kişilerin kişisel verilerini paylaştığı bu sosyal paylaşım sitelerinden elde edilen kişisel veriler kanımızca evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açılmasına sebep olacak niteliktedir.

Kaynakça

- Akıntürk Turgut - Ateş Karaman Derya, Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku, Cilt II, İstanbul 2013.
- Başalp Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması Ve Saklanması, Ankara 2004.
- Ceylan Ebru, Türk İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.
- Dammann Ulrich – Simitis Siphritos, Eg-Datenschutzrichtlinie, Baden-Baden 1997.
- Dinç Engin, Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler Ve Türkiye'nin Durumu, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2006.
- Dural Mustafa - Öğüz Tufan - Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2014.
- Dural Mustafa - Öğüz Tufan, Aile Hukuku, İstanbul 1998.
- Egger August, Zürcher Kommentar, Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht, (Art. 90-251, Zgb.), Zürich,1936, (Çev. Tahir Çağa, İstanbul 1943)
- Feyzioğlu Feyzi, Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- Hatemi Hüseyin / Serozan Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- Helvacı Serap - Erlüle Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul 2011.
- Helvacı Serap, İsviçre Ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2012.
- Köprülü Bülent- Kaneti,Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1989.
- Özdamar Demet, Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002.
- Özdemir Hayrunnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Doktora Tezi, Ankara 2009.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2004.
- Öztan Bilge, "Türk Medeni Kanununa Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler Özellikle Boşanma", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz' E Armağan, Ankara 2003.

- Saymen Ferit Hakkı - Elbir Halid Kemal, Türk Medeni Hukuku, C. III Aile Hukuku, İstanbul 1960.
- Schwarz Andreas, Aile Hukuku, İstanbul 1946.
- Tekinay Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990.
- Uyar Talih, "Yargıtay Kararlarında Evlilik Birliğinin Sarsılması Veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Nedeniyle Boşanma", Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 1965.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, "İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusur Mefhumu", İstanbul 1943.
- Zevkliler Aydın - Ertaş Şeref - Havutçu Ayşe - Gürpınar Damla, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara 2013.
- Zevkliler Aydın - Acabey Beşir - Gökyayla Emre, Medeni Hukuk (Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku), Ankara 1997.

UMUMA AÇIK MAHALLERDE ESER, İCRA, FONOGRAM, YAPIM VE YAYINLARIN KULLANILMASINA VE/VEYA İLETİLMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE MESLEK BİRLİKLERİNİN DURUMU (FSEK M. 41)

STATUS OF PROFESSIONAL ASSOCIATIONS IN ACCORDANCE
WITH INTELLECTUAL AN ARTISTIC WORKS CODE (Art. 41)

Mustafa ŞAHİN*

Özet: Bu çalışmada, meslek birliklerine ilişkin FSEK, 41. maddesinde düzenlenen eser sahiplerinin talep hakları incelenmiştir. Eser sahiplerinin anayasal güvence altında bulunan “hak arama hürriyetleri”nin bir kanun hükmü ile sınırlandırılmasının imkansız olacağı kabul edilmiş ve hak sahiplerinin, meslek birliklerine bağlı kalmaksızın da haklarını talep edebilecekleri kabul edilmiştir.

Anahtar Sözcükler: “Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku”, “Hak Sahibinin Talep Hakları”, “Anayasa Mahkemesi”, “Meslek Birlikleri”, “Hak Arama Hürriyeti”.

Abstract: In this study, the demand rights of owner as laid down in Article 41 of the Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works, which is related to professional unions, is analyzed. It is accepted that it would be impossible to restrict by a law the freedom to claim rights of owner of artistic or intellectual works guaranteed by the Constitution. Thus, it is recognized that the owner of an artistic or intellectual work can claim rights without applying to the professional unions. Article 41 of the Law no. 5846 was declared unconstitutional by the Constitutional Court.

Keywords: “Intellectual and Artistic Works Law”, “Request of Author’s Right”, “Constitutional Court”, “Professional Associations”, “Right to Legal Remedies”

* Yrd. Doç. Dr.

GİRİŞ

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹ esas olarak, fikir ve sanat eserleri sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin haklarını korumak esası üzerine kurulmuştur. Nitekim Kanun'un, "Tanımlar" başlıklı FSEK m. 1/B/j ve k bentlerinde, m.6/II'de, 17/II'de ve 80. Maddelerindeki tanımlamalarda "... eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydı..." ve "... eser sahibinin izni ..." kavramları dile getirilmektedir². Hak sahiplerine böylesine bir önem veren Kanun Koyucu, aynı zamanda eser sahiplerinin ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlali halinde ise bu kimselere hem ceza hem de hukuk davaları açma hakkını tanımıştır³.

Fikir ve sanat eserleri sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin FSEK hükümleri uyarınca tecavüzün kaldırılması, önlenmesi ve tazminat davaları başta olmak üzere Kanun'un kendilerine tanımış olduğu bir takım savunma yolları bulunmaktadır⁴. Fikri haklarının ihlal edildiğini düşünen hak sahipleri, bu haklarının ihlali sonucunda ortaya çıkan maddi ve manevi zararlarını, açacakları tazminat davaları ile giderebilecekleri gibi henüz saldırı devam ederken "tecavüzün kaldırılması" davasını ve saldırı ihtimali karşısında ise "tecavüzün önlenmesi" davalarını açabilmektedir.

Fikri hak ihlallerinde gerek eser sahibinin haklarında, gerek bağlantılı hak sahiplerinin haklarına yönelik açılacak davalarda *davalı taraf*, "hakkı ihlal eden", "hakkı ihlal etmesi beklenen" veya "halen ihlal etmekte olan" kimselerdir⁵. Benzer şekilde "*davacı tarafın*" belirlenme-

¹ Bu çalışmada 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, "FSEK" olarak kısaltılmıştır.

² FSEK m. 1/B/ "j) Bağlantılı Haklar: Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ...", "k) Komşu Haklar: Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle...", m. 6/II: "...eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla...", m. 17/II: "...ve eser sahibinin haklarına zarar veremez.", m. 80: "...Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle..." şeklinde hükümlerle hak sahiplerinin haklarını pekiştirmektedir.

³ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku (Temel Bilgiler, Milletlerarası Özel Hukuk.), B. 2, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 260.

⁴ İlhan Öztrak, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, B. 2, Ankara 1977, s. 73.

⁵ Arzu Arıdemir Genç, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003, s. 177.

sinde “teorik” olarak bir sorun yoktur⁶. Bu davalarda genel olarak davacı, “hakkı ihlal edilen, edilecek veya edilmekte olan eser sahibi ve/veya bağlantılı hak sahipleri”dir⁷. Ne var ki, bu çalışmanın da esasını teşkil eden, FSEK’teki hak sahiplerinin haklarını bir “meslek birliğine devretmeleri” hali için öngörülen düzenleme, ortaya çıkabilecek sorunların çözümüne ilişkin görüşlerin değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

I. MESLEK BİRLİKLERİNİN FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDAKİ YERİ

Meslek birlikleri, özellikle, ekonomik anlamda zayıf olan fikri hak sahiplerinin örgütlenmesi ve korunması anlamında önemli faydalar sağlayabilecek birliklerdir⁸. Kanun Koyucu’nun, hükümetin bizatihi takip etmesini önerecek kadar önem verdiği konulardan birisi olmasına karşın⁹, 1983 yılındaki değişikliğe kadar Türkiye’de meslek birliklerine gereken önem verilmemiştir¹⁰. Her ne kadar bu alanda yapılan monografik çalışmaların ilk örnekleri 1979’lu yıllarda karşımıza çıkıyor olsa da¹¹ bu tarihlerin ardından uzun süre bu tarz yayınların yapılmadığını, aynı şekilde meslek birliklerine ilişkin gelişmelerin de bu gelişmelere paralel olarak son yıllarda daha çok önem kazandığını görmekteyiz¹².

⁶ Arıdemir Genç, s. 174.

⁷ Hak sahibinin ölümü hali, Kültür ve Turizm Bakanlığı’nun ve müşterek eser sahipliği hallerindeki istisna olmak üzere, taraf olma durumları bu çalışmada incelenmemiştir.

⁸ N. Şafak Erel: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, B. 3, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 127.

⁹ Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, B. 2, Ankara 1981, s. 186.

¹⁰ İlhami Güneş, Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 165, ERDEM, Bahadır: “Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk”, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 173.

¹¹ Bakınız: Ünal Tekinalp: “Eser sahipleri mesleki birlikleri”, BATİDER, C.10, S.1, 1979, s. 67-96 ve Akar Öçal: “İsviçre’de Mesleki Birliklerin Hukuki Yapıları ve Birlik Özgürlüğü”, *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, S. 2, 1979, s. 270-278.

¹² Hamdi Pınar, Müzik Eserleri Üzerindeki Telif Hakları ve Uluslararası Uygulamalar (Alman, ABD ve Türk Hukukunun Karşılaştırmalı İncelenmesi ve AB’de Güncel Gelişmeler), İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 2007-12, İstanbul 2007, s. 111.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 42 hükmüne göre meslek birliklerinin hukukumuzdaki yeri ve önemi tartışılmaz niteliktedir. Nitekim, meslek birlikleri, "... üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve bu Kanun ile tanınmış hakların idaresini ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere ..." kurulmaktadır (FSEK m. 42/1). Her ne kadar Kanun Koyucu'nun amacı, üyelerinin ortak çıkarlarını korumak üzere meslek birliklerinin kurulmasını istemek olsa da uygulamada, meslek birlikleri her zaman hak sahiplerinin haklarının ihlal edildiğini takip edemeyebileceği gibi, hak sahipleri, bu haklarını, meslek birliklerinden bağımsız olarak bizatihi kendileri de kullanmak isteyebilir.

"Eser, icra, fonogram ve yapımların yayınlanmasına ve/veya iletilmesine ilişkin esaslar" başlıklı FSEK m. 43'ün 5. fıkrası hükmü, "Meslek birliklerinin temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin bildirim zorunluluğu, tarifelerin belirlenmesi, duyurulması, müzakere edilmesi, sözleşme yapılması, uzlaşmazlıkların halli ve diğer hususlarda bu Kanun'un 41. Maddesinin dört ila 13. Fıkraları uygulanır. ..." şeklinde bir düzenleme ile FSEK m. 41'e gönderme yapmaktadır. Madde'nin 12. Fıkrasının düzenleme şekli ise hak sahiplerinin Kanun'un kendilerine tanımış olduğu hakları, "ancak" yetki verdikleri "Meslek Birlikleri aracılığı ile talep edilebileceği..." şeklinde kaleme alınmıştı¹³. Nitekim maddeye göre: "Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edebilirler. Sinema eserleri bakımından bu fıkranın uygulanması zorunlu değildir." Görüldüğü üzere fıkra hükmü

¹³ Fikir ve sanat eserleri hukukundaki bağlantılı haklar ve sahiplerini incelemiş olduğumuz "Bağlantılı Haklar" isimli doktora tezinde bu konu eleştirilmiş ve en kısa zamanda gerekli yasal değişikliğin yapılmasını önermiştik. Mustafa Şahin, Bağlantılı Haklar (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 160, 161, 262, 263. Nitekim, FSEK m. 43 ve bağlantılı olarak m. 41 hükmünde yer alan, hak sahiplerinin haklarını ANCAK meslek birlikleri kanalıyla takip edebilecektir şeklinde bir sonuca çıkararak FSEK m. 41'in 12. Fıkrasının yanlış bir düzenleme olduğu belirtilmiş ve yapılacak yasal düzenleme ile hükmün "... bağlantılı hak sahipleri ... bu kanun ve diğer mevzuatla kendilerine tanınan haklarını, meslek birlikleri aracılığı ile de talep ve takip edebilirler..." şeklinde yapılacak düzenlemenin daha doğru olacağı dile getirilmişti. Benzer eleştiriler için ayrıca bkz.: Azra Arkan: Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 92. vd.

ödemelerin yapılmasına ilişkin taleplerini “ancak” meslek birlikleri aracılığı ile dile getirebileceği yönünde düzenlenmişti¹⁴. Halbuki bu durum, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının, “esasın incelenmesi” başlığı altında başvuru kararında da belirtildiği üzere: “ mahallerde kullanılan veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan ve üyesi olduğu meslek birliğine yetki belgesi veren kişilere, bunların kullanımı ya da iletiminden kaynaklanan ödemeleri talep hakkının tanınmayarak bu yetkinin yalnızca üye olunan meslek birliğine verilmesinin, hak sahiplerin Türk mahkemeleri önünde bizzat dava açamamalarına yol açtığı ve bireysel hak arama hürriyetini kısıtladığı” gerekçesi ile söz konusu hükmün Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 36. Maddesinde belirtilen “hak arama hürriyeti” ile bağdaşmadığı açıkça görülmektedir¹⁵.

II. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN KARARI VE MESLEK BİRLİKLERİNE ETKİSİ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun “İşaret, ses ve/veya görüntü taşıyıcılarının umuma açık yerlerde kullanılması” başlıklı, 41. maddesi, 3 Mart 2004 Tarih ve 5101 Sayılı Kanun’un 11. Maddesi ile “Umuma açık mahallerde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanılması ve/veya iletilmesine ilişkin esaslar” başlığıyla değişikliğe uğramıştır. Mevcut haliyle maddede 13 fıkradan oluşmaktadır. FSEK m. 41/12, şu hükmü düzenlemekte idi: “Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edebilirler. Sinema eserleri bakımından bu fıkranın uygulanması zorunlu değildir.”

Anayasa Mahkemesi, 22 Haziran 2010 Tarih ve 27619 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 2007/33 Esas ve 2010/48 Karar Sayılı hükmü ile, FSEK m. 41’in 12. Fıkrasında geçen “ANCAK” kelimesini iptal etmiştir¹⁶. İptal kararı ile birlikte, fıkrada “... **ancak** yetki verdikleri meslek bir-

¹⁴ Güneş, s. 166.

¹⁵ Akın Beşiroğlu, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, APB Yayın, Ankara 1999, s. 135 ve devamında farklı illkelerdeki hak izleme kuruluşlarını değerlendirmektedir.

¹⁶ İptal kararı, oy çokluğu ile verilmiş olmakla birlikte karşı oy kullanan üyeler maddenin anayasa aykırı olduğunu, hatta cümlelerin tamamının iptalini istemişlerdir. Karşıoy gerekçesinde çoğunluk görüşüne katılmayan üyeler, “... tümcede yer

likleri aracılığı ile talep edebilirler” şeklindeki düzenleme değişmiş ve hak sahiplerinin FSEK 41. Maddesinin 12. Fıkrasına dayanan taleplerini “... yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edebilecek”leri hükmü kalmıştır. Bu haliyle hüküm, -her ne kadar bir meslek birliğinin temel işlevi eser sahiplerinin ekonomik haklarının karşılığı olan ücretlerini takip etmek olsa da¹⁷⁻, hak sahiplerinin haklarını tek başlarına talep edebilecekleri gibi eğer isterlerse meslek birlikleri aracılığı ile de talep edebileceklerini tartışmaya yer olmayacak bir biçimde düzenlemektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki haliyle maddede aslında hak sahiplerinin usul hukuku anlamında “davayı takip yetkisini”¹⁸ meslek birliklerine devretmiş oldukları görülmektedir¹⁹. Davayı takip yetkisi, hukukumuzda nadir görülmekle birlikte davada “taraf-lara ilişkin dava şartları” arasında sayılmakta²⁰ ve bu hallerde, hak sahibi, davayı kendisi takip etmek yerine, yasal olarak belirlenmiş kişi veya kurumlara davayı takip yetkilerini devretmektedirler²¹. Diğer bir deyişle, hukuki ilişki çerçevesinde, taraf olmayan üçüncü şahısların davayı takip etmeleri söz konusudur²². Bu durumlarda, yasanın ve uyumsuzluk doğmadan önce tarafların belirlemiş olduğu hükümler çerçevesinde davayı “takip” yetkilerini devretmeleri söz konusudur²³. FSEK m. 42/A maddesinin yedinci fıkra hükmü, kanunda belirtilen hallerde hakların takibinin yetki belgesi esaslarına göre yapılacağını hükme bağlamaktadır²⁴.

alan “ancak” sözcüğünün iptaline karar verilmiştir. Bu sözcüğün iptali tümceye, kişilerin haklarını meslek birliğinin aracılığı olmadan aramalarına olanak verecek bir anlam ve içerik kazandırmadığından tümcenin...” “tamamının iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmadıklarını...” belirtmektedirler.

¹⁷ Beşiroğlu, s. 319.

¹⁸ “Hakkın Devri” sorunu hakkında bkz. Tekinalp, s. 257.

¹⁹ “Davayı Takip Yetkisi” konusunda detaylı bilgi için ayrıca bkz. Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, B. 11, Ankara 2011, s. 210 vd.

²⁰ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış), B.22, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 260.

²¹ Hamdi Yasaman, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 448.

²² Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 210.

²³ Dilek Karakuzu Baytan, Fikir Mülkiyeti Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2005, s. 291, 292.

²⁴ Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 518.

III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı, fikri hak sahiplerinin hakları açısından FSEK'teki gelişim süreci de değerlendirildiğinde önemli bir yere sahiptir. Özellikle 1995 yılı ve sonrası Türkiye'de fikri haklar alanında, hak sahiplerinin haklarını kullanabilme ve takip etmeleri açısından büyük gelişmelere şahit olmuştur. FSEK'te yer alan hüküm bu anlamda hak sahiplerinin haklarını takip açısından bir kısıtlama getirmekteydi.

Türk hukuku açısından incelendiğinde, fikri haklar, nitelikleri gereği hiçbir kayıt sistemine dahi ihtiyaç duymaksızın ortaya çıkabilen bir haktır. Fikir ve sanat eserleri hukukunun temel ilkelerine göre FSEK'te belirtilen "eser olma" niteliklerine sahip bütün fikri ürünler, "yaratılma" ile Kanun bünyesinde korunmaya alınmaktadır. Böylesine geniş bir kazanılma ve korunma yetkileriyle donatılmış bir haktan doğacak ödemeyi talep haklarının "ancak" meslek birlikleri aracılığıyla talep edilebileceği yönündeki bir düzenleme, bizi fikri hakların temel yapısı ile bağdaşmadığı gibi anayasal temellerde de sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yine ancak Anayasa'nın ilgili maddeleri uyarınca mümkündür. FSEK m. 41/12 hükmünde geçen "ancak" kelimesi ile fıkra hükmüne katılan anlam, hak sahiplerinin, isteklerini "ancak-sadece" meslek birlikleri aracılığıyla talep edebilecekleri yönündedir. Bu ise, kişilerin hak arama hürriyetlerine daraltıcı bir müdahale niteliğindedir. Yine Anayasa'nın 36. Maddesi uyarınca "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mecileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir...". Bu maddede yer alan "... davacı ... olarak ... yargılanma hakkına sahip" olmak hükmü FSEK m. 41/12 hükmünde geçen "ancak" kelimesi ile birlikte değerlendirildiğinde, birbirleriyle çelişmekteydi²⁵.

²⁵ İptal Kararı'na esas olan uyuşmazlıkta, MESAM üyesi davacıların açmış olduğu davada, davalı vekilinin vermiş olduğu dilekçede, taraflar için aktif husumet itirazında bulunmuş, MESAM'dan gelen cevabi yazıda, davacıların MESAM'ın koruması altında olduğu belirtilmiştir. Davacılar ise kendilerine uygulanacak olan FSEK m. 41/XII hükmünün, Anayasa'ya aykırı olduğunu bu sebeple iptalini istemişlerdir.

IV. MESLEK BİRLİKLERİ VE HAK SAHİPLERİNİN FİKİR VE SANAT ESERLERİNDEN DOĞAN HAKLARINI TALEP USULÜ

A. Genel Olarak

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, meslek birliklerinin yapabileceği etkinlikleri açık bir biçimde dile getirmemiştir. Buna karşın, bu birliklere verilecek bir yetki belgesinin, “söz konusu takip neyi gerektiyorsa” bunları kapsadığını kabul etmek gerekir²⁶. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı ile meslek birliklerine üye olsalar dahi, birlikten bağımsız olarak hak sahipleri, FSEK’in kendilerine tanımış olduğu davaları açabileceklerdir. Şu halde taraflar arasında yani meslek birlikleri ile hak sahipleri arasında dava şartları olarak sayılan “derdestlik²⁷” ve “kesin hüküm” ihtimalleri ortaya çıkabilecektir. Şöyle ki, FSEK’in ilgili maddesinin iptali, meslek birliklerinin, hak sahipleri adına davayı takip haklarına engelleyecek şekilde değildir. Söz konusu madde kapsamında ortaya çıkabilecek bir hak ihlalinde, hakkın asıl sahibi dava açabileceği gibi, meslek birliği de üyesinin hakkını korumak amacıyla dava açabilecektir²⁸. Bu durumda açılan davada, hakkı ihlal eden taraf yani davalı ve dava konuları aynı olacağından, davalı taraf derdestlik veya kesin hüküm itirazında bulunabilecektir.

B. Topluluk Davası Hükümlerinin Meslek Birliklerine Etkisi

12 Ocak 2011 tarihinde Kabul edilen, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hukukumuzda getirilen bir başka yenilik olan “*Topluluk Davası*” müessesesi, meslek birliklerini de yakından ilgilendiren yeni düzenlemeler getirmiştir. Asıl olarak “Tüketici Hakları” çerçevesinde getirilen bu hükmün, “Meslek Birlikleri” açısından nasıl ele alınacağına ilişkin ilk açıklama ve tartışmalar yakın zamanda hukukumuzda da değerlendirilmeye başlanacaktır.

Topluluk Davasına ilişkin düzenlemeye, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda neden yer verildiğine ilişkin açıklamalar madde gerekçe-

²⁶ Güneş, s. 168.

²⁷ Derdestlik, HMK m.114 uyarınca HUMK’tan farklı olarak, “ilk itiraz” olarak değil, “dava şartı” olarak belirlenmiştir. Bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 307.

²⁸ Akın Beşiroğlu, Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar - Fikri Hukuk - Sınai Haklar, Beta Yayınevi, B. 3, İstanbul 2004, s. 315.

sinde yer almaktadır²⁹. Buna göre: *“Maddede yer alan düzenlemeyle, esas itibarıyla Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan ve Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde de kabul görmeye başlamış bulunan, topluluk davası (grup, sınıf davası) kurumunun, kavramsal çerçevede de mevzuatımıza girmesi sağlanmıştır. Bu çerçevede dernekler ile diğer tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarını tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesini temin amacıyla açılacak olan davanın, topluluk davası olacağına açıkça işaret edilmiştir.”* Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 1926/2006 Sayılı kararında göze çarpan topluluk davası müessesesi³⁰ karar incelendiğinde de görülmektedir ki esas olarak, “tüketici” haklarının korumasını artırmaya yöneliktir³¹.

Topluluk davasının düzenlendiği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. Maddesi, tüketici haklarından bağımsız olarak gayet açıktır: *“...Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.”*³² Ne var ki, madde hükmüne ve hükmün konulması sürecine bakıldığında bu hükümle “Tüketici Derneklerinin” ön plana çıkarılmak istendiğini belirtmek gerekir. Ancak, madde hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere “diğer tüzel kişilerin” de Topluluk davası açma hakları vardır.

²⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. Maddesi'nde düzenlenmiş olmasına karşın, Topluluk Davası'na ilişkin madde gerekçesinin, gerekçe maddeleri arasında 118. madde'de incelendiği görülmektedir.

³⁰ Decision No 1926/2006/EC Of The European Parliament And Of The Council of 18 December 2006 establishing a programme of Community action in the field of consumer policy (2007-2013).

³¹ Usul hukuku açısından topluluk davası hakkında daha geniş bilgi için bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 288, Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 324 vd.

³² Maddenin düzenleniş şekli, kanaatimizce kanun yapma tekniğine aykırıdır. Nitekim, madde hükmü “Dernekler ve diğer tüzel kişiler...” şeklinde başlamaktadır. Elbette dernekler tüzel kişilerdir, fakat kanun koyucu tarafından neden ayrıca anılmıştır? Örneğin, neden “Anonim ortaklıklar ve diğer tüzel kişiler...” tarzı bir başlangıç benimsenmemiştir? Her ne kadar gerekçede buna ilişkin bir açıklama olmasa da, hükmün konuluş amacı ve tarihsel gelişim incelendiğinde “dernekler”den kastın “Tüketici Dernekleri” olduğu sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Böylece Kanun Koyucu tüketici derneklerinin önemini vurgulamak istemiş olmalı ki böylesine bir düzenleme yapmıştır.

Meslek birlikleri de “tüzel kişilikler” şeklinde kurulmak durumunda olduğuna göre hükümde belirtilen hallerin gerçekleşmesi halinde ve yine maddede belirtilen esaslar dahilinde Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku çerçevesinde kurulan Meslek Birliklerinin, topluluk davası açmalarında yasal hiçbir sakınca yoktur. Nitekim, Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu karar, Meslek Birliklerinin dava açma haklarına bir engel getirmediği için, bu düzenlemeler ışığında da benzer çalışmalar meslek birlikleri eliyle de yapılabilir.

SONUÇ

Şu halde, FSEK hükümleri çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı Meslek Birliklerinin üyelerinin haklarını takip etmeleri açısından bir yasaklama getirmediği gibi meslek birliklerinin de dava açma yetkilerini elinden almış değildir. Buna karşın, mevcut haliyle maddeye göre, hak sahipleri, yetkilerini meslek birliklerine devretmiş olsalar dahi, birlikten bağımsız olarak mevzuatla kendilerine tanınmış hakları takip etmek için meslek birliklerine zorunlu olarak bir bağlılığı bulunmamaktadır.

Teorik bu gerçeğin yanında uygulamada gerek meslek birlikleri gerek fikri hak sahipleri hak ihlalinde açacakları davalarda birbirlerini haberdar etmedikleri sürece tarafları ve dava konuları aynı olan davalar açılabilecektir. Bu halde davalı taraf, davanın ilerleme durumuna göre, davacılar karşı “derdestlik” veya kesin hükümle sonuçlanmış bir durum söz konusu ise “kesin hüküm” itirazlarında bulunarak, dava şartları arasında sayılan bu haller gereği mahkemeden, davanın reddedilmesini talep edebilecektir. Buna karşın, açılmış bir davada taraflardan birisi mahkemece tespit ve tazmin edilen hak ihlalleri dışında bir iddia ile tekrar dava açmayı düşünmekte ise bu halde hakkı ihlal edildiğini iddia eden kişinin bu talebi göz ardı edilmeli ve dava kabul edilmelidir³³. Bunun yanında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 113. Madde hükmü uyarınca, “tüzel kişiliğe” sahip olan Meslek Birliklerinin “Topluluk Davası” açmalarının usul hukuku açısından da bir sakıncası olmadığı görülmektedir.

³³ Dava şartlarından “Kesin Hüküm” hakkında ayrıca bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, S. 683 vd. , Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 569 vd.

Kaynakça

- Arıdemir Genç Arzuü, *Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003.
- Arkan Azra, *Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Ayiter Nuşin, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, B. 2, Ankara 1981.
- Bainbridge David: *Intellectual Property*, 5th Edition, Longman, 2002.
- Beşiroğlu Akın, *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar*, APB Yayım, Ankara 1999.
- Beşiroğlu Akın, *Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar - Fikri Hukuk - Sınai Haklar*, Beta Yayımevi, B. 3, İstanbul 2004
- Erdem Bahadır, "Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk", *İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 172 - 182.
- Erdil Engin, *İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Kanunlar, Yönetmelikler, Tüzükler, Tebliğler, Bakanlar Kurulu Kararları, Uluslararası Anlaşmalar*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., B. 1, İstanbul, 2005.
- Erel N. Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku (Mevzuat Eklidir)* B. 3, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Fitzgerald Brian, "Copyright 2010: The Future of Copyright", *eipr*, Volume 30, Issue 2, 2008.
- Güneş İlhami, *Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Karakuzu Baytan Dilek, *Fikir Mülkiyeti Hukuku*, Beta Yayımevi, İstanbul 2005.
- Kiliçoğlu Ahmet, "Fikri Haklar Alanında Meslek Birlikleri", *Radio Televizyon Yayınlarında ve Kamuya Açık Alanlarda Eserlerden Yararlanma ve Telif Hakları Zirvesi*, ATO, 2005.
- Kuru Baki- Arslan Ramazan- Yılmaz Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış)*, B.22, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Öçal Akar, "İsviçre'de Mesleki Birliklerin Hukuki Yapıları ve Birlik Özgürlüğü", *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, S. 2, 1979, s. 270-278.
- Öztan Fırat, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Öztrak İlhan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, B. 2, Ankara 1977.
- Pekcanitez Hakan- Atalay Oğuz- Özekes Muhammet, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, B. 11, Ankara 2011.
- Pınar Hamdi, *Müzik Eserleri Üzerindeki Telif Hakları ve Uluslararası Uygulamalar (Alman, ABD ve Türk Hukukunun Karşılaştırmalı İncelenmesi ve AB'de Güncel Gelişmeler)*, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 2007-12, İstanbul 2007.

- Şahin Mustafa, Bağlantılı Haklar (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2011.
- Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku (Temel Bilgiler, Milletlerarası Özel Hukuk, ...), B. 2, Beta Yayınları, İstanbul 2002.
- Tekinalp Ünal, "Eser sahipleri mesleki birlikleri", BATİDER, C.10, S.1, 1979, s. 67-96.
- Tritton, Guy & Davis Richard & Edenborough Michael & Graham James & Malyncz Simon & Roughton Ashley, Intellectual Property in Europe, 2nd Edition, Thomson - Sweet & Maxwell, London, UK, Reprinted, 2004.
- Tüysüz Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikrî Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Yasaman Hamdi: Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

SERMAYENİN AZALTIILMASINA İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR

CURRENT PROBLEMS REGARDING REDUCTION OF CAPITAL

Alper TANRIVERDİ*

Özet: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, sermayenin azaltılmasına ilişkin önemli değişiklikler öngörmektedir. Bu çalışmada, Türk Ticaret Kanunu'na göre sermayenin azaltılması prosedürü ve sermayenin azaltılması sırasında karşılaşılabilecek sorunlar üzerinde durulmaktadır.

Anahtar sözcükler: Sermaye, sermayenin azaltılması, kayıtlı sermaye, kayıtlı sermayenin azaltılması, kayıtlı sermaye bandı sistemi

Abstract: Turkish Commercial Code No. 6102 has made important changes regarding reduction of capital. In this study, procedure laid down by the Commercial Code for reduction of capital and current problems regarding it are examined.

Keywords: Capital, reduction of capital, registered capital, reduction of registered capital, registered capital band system

I. GİRİŞ

Sermayenin azaltılması kısaca tarif etmek gerekirse, bilançodaki sermaye kaleminin itibari değerinin tutar olarak küçülmesidir. Sermayenin azaltılması hukuki niteliği itibarıyla bir esas sözleşme değişikliğidir. Sermayenin azaltılması için gerekli şartlar ve gerçekleştirilmesi gereken prosedür. TTK m. 473-475 hükümleri ile düzenlenmiştir.

Şirketler faaliyetlerini sürdürmek için faaliyet konuları ile orantılı miktarda sermayeye ihtiyaç duymaktadırlar. Sermayeye ihtiyaç duyulması halinde sermayenin artırılmasına karar verilebildiği gibi, sermayenin ihtiyaçtan fazla olması halinde de sermayenin azaltılmasına karar verilebilir. Buradaki amaç, atıl kalan sermayenin daha verim-

* İstanbul Barosu stajyer avukatlarından, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi, e-mail: alpertanriverdi@outlook.com,

li kullanılması amacıyla ortaklara geri ödenmesidir. Bunun dışında bilanço zararlarının kapatılması amacıyla da sermayenin azaltılmasına karar verilebilir. TTK'ya göre şirketler mevcut zararlarını karla kapatmadıkları müddetçe pay sahiplerine kar dağıtamadıklarından, özellikle bilanço zararı bulunan ve kar dağıtmak isteyen şirketler bu nedenle sermaye azaltımına gitmek isteyebilmektedirler. Son zamanlarda, sermayenin azaltılması ile artırılmasına eş zamanlı olarak karar verildiği de görülmektedir. Bu şekilde yapılan işlemlerde önceki ve sonraki sermaye tutarları arasında bir değişiklik olmayacak ise esas sözleşme değişikliğine gerek kalmamaktadır.

Sermayenin azaltılması işlemlerinde karşılaşılması muhtemel üç sorun bulunmaktadır. Bunlar; şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette bulunduğu dair raporu kimin hazırlayacağını kanunda belirlenmemiş olması, toplantı ve karar nisabının yüksek olması sebebiyle sermayenin azaltılmasının güçleşmesi ve son olarak kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılmış sermayenin ne şekilde azaltılacağını kanunda açık bir şekilde belirtilmemesidir.

Çalışmanın son bölümünde, bu sorunların ne şekilde çözüme kavuşturulabileceği konusunda mevcut yasal düzenlemeler ve Kara Avrupası hukuk sistemlerindeki uygulamalar ışığında değerlendirmeler yapılmıştır.

II. SERMAYENİN AZALTILMASI KAVRAMI

Sermayenin azaltılması, bilançonun pasif kısmında yer alan, esas sözleşmede yazılı ve ticaret siciline tescil edilmiş olan sermayenin itibari değerinin rakamsal olarak indirilmesidir¹. Sermaye, özellikle şirket alacaklıları bakımından koruyucu işlev taşımaktadır. Bu sebeple sermayenin azaltılması her ne kadar bir esas sözleşme değişikliği olsa da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 473. ile 475. maddeleri arasında özel olarak düzenlenmiştir.

¹ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, Temmuz 2013, s.117.

III. SERMAYENİN AZALTI MAS I PROSEDÜRÜ

Sermayenin azaltılmasında genel kurul, esas sözleşmenin gerektiği şekilde değiştirilmesini karara bağlar. Yönetim Kurulu, sermaye azaltılmasına gidilmesinin sebepleri ile azaltmanın amacı ve azaltmanın ne şekilde yapılacağı ile ilgili ayrıntılı ve hesap verme ilkelerine uygun olarak bir rapor hazırlamak ve bu raporu Genel Kurula sunmak zorundadır. Genel kurul tarafından onaylanan rapor sermayenin azaltılması kararı ile birlikte tescil ve ilan edilir. (TTK m.473/1)

Sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette varlığı belirlenmiş olmadıkça sermayenin azaltılmasına karar verilmez. (TTK m. 473/1)

Sermayenin azaltılmasına karar verilebilmesi için sermayenin en az %75'ini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyları gerekir. Sermayenin azaltılması ile sermaye miktarı, TTK m. 332'de belirlenen asgari sermaye tutarının altına indirilemez.

Genel Kurul sermayenin azaltılmasına karar verdiği takdirde, Yönetim Kurulu bu kararı şirketin internet sitesine koyar ve yedişer gün arayla, üç defa gazetede ilan eder². İlanda alacaklılara, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'ndeki 3. ilandan itibaren 2 ay içinde, alacaklarını bildiren bunların ödenmesini veya teminat altına alınmasını isteyebileceklerini belirtir. Şirketçe bilinen alacaklılara ayrıca çağrı mektupları gönderilir. (TTK m. 474/1)

Çağrı üzerine başvuran alacaklılara, vadesi gelmiş olan alacakları ödenir. Vadesi gelmemiş olan alacaklar ise teminat altına alınır. Tekinalp'e göre³, vadesi gelmemiş olan alacaklar için yapılan teminat isteminin ikna edici bir sebebinin bulunması gerekir. Çünkü kurucu azaltmada Yönetim Kurulu raporuyla şirketin borçlarının mevcut aktiflerle karşılandığı kanıtlanmıştır.

Alacakların ödenmemesi yahut teminat gösterilmemesi halinde, alacaklılar sermayenin azaltılması işleminin tescilinin ilan edilmesin-

² Uygulamada aralıksız olarak yapılan ilanlarla alacaklıların sermaye azaltılmasından haberdar olmaları olanağı ortadan kaldırılmaktaydı. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ilanların yedişer gün arayla yapılması hükmü getirilerek mümkün olduğu kadar çok alacaklının durumdan haberdar edilmesi hedeflenmiştir.

³ Tekinalp, a.g.e., s.121.

den itibaren 2 yıl içinde sermayenin azaltılmasının iptali davası açabilirler. (TTK m. 475/1)

IV. SERMAYENİN AZALTILMASININ TÜRLERİ

A. Sermayenin Bir Kısımının Pay Sahiplerine İadesi Amacıyla Yapılan Azaltma (Kurucu Azaltma)

Sermayenin bir kısmının pay sahiplerine iade edilmesi amacıyla yapılan sermaye azaltılmasına, faaliyet alanı itibarıyla sermayenin şirketin ihtiyacından fazla olması ve bir kısmına gereksinim duyulmaması halinde gidilir⁴. Böylece atıl durumda bulunan ve sermaye azaltılması suretiyle açığa çıkan miktar, pay sahiplerine payları oranında geri ödenir. Açığa çıkan miktar, pay sahiplerine ödenmeyip yedek akçe olarak da ayrılabilir. Bu amaçla yapılan sermaye azaltılmasına kurucu azaltma, incelemeli azaltma veya efektif sermaye azaltılması denilmektedir⁵.

B. Bilanço Zararının Kapatılması Amacıyla Yapılan Azaltma (Açıklayıcı Azaltma)

Açıklayıcı veya basitleştirilmiş sermaye azaltılması, bilanço açığının kapatılmasına yarar. Bu azaltma türünde azaltılan sermaye miktarının serbest hale gelmesi söz konusu olmayıp, sermaye miktarı bilançoda gözüken gerçek değerine indirilmektedir⁶. Dolayısıyla, sermayenin azaltılması yalnızca muhasebe kayıtlarında yapılan değişiklik biçiminde ortaya çıkmaktadır⁷. Bu şekilde bilançonun gerçek değeri yansıtması ve bilanço açığının kapatılması sağlanır, pay sahiplerine herhangi bir sermaye iadesi yapılmaz.

TTK m. 474/2'de; "*Sermaye, zararlar sonucunda bilançoda oluşan bir*

⁴ Hasan Pulaşlı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Şirketler Hukuku Şerhi, 2.Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi, Kasım 2011, s.1709.

⁵ Hayrettin Çağlar, Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2010, s.35.

⁶ Harun Keskin, "Sermaye Azaltımının Esnekleştirilmesi: Kayıtlı Sermaye Azaltımı" İçin Bir Öneri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt:25, Sayı:2, Ankara, Sözkesen Matbaacılık, Eylül 2009, s.407.

⁷ Pulaşlı, a.g.e., s.1710.

açığı kapatmak amacıyla ve bu açıklar oranında azaltılacak olursa, yönetim kurulunca alacaklıları çağırmaktan ve bunların haklarının ödenmesinden veya teminat altına alınmasından vazgeçilebilir.” denilmektedir. Buna göre basitleştirilmiş sermaye azaltılmasında, Yönetim Kurulu’nun alacaklılara çağrıda bulunmaktan vazgeçebilmesi mümkündür.

C. Sermayenin Azaltılması ile Artırılmasının Aynı Anda Yapılması

Mevcut bilanço açığının sermayenin azaltılması işlemiyle kapatılması ve aynı anda azaltılan miktar kadar sermaye artırılması olanağına TTK m. 473/1, c.1’de işaret edilmiştir. Bu şekilde sermaye azaltılmasının en önemli özelliği esas sözleşmenin değişmemesidir. Sermaye tutarı sonuç olarak aynı kaldığı için, sadece yapılan işlem ve sermayenin tamamen ödenmiş olduğunu belirten Yönetim Kurulu beyanı tescil edilir⁸.

V. SERMAYENİN AZALTILMASINA İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR

A. Şirket Alacaklılarının Haklarını Tamamen Karşılacak Miktarda Aktifin Şirkette Bulduğuna Dair Raporu Kimin Hazırlayacağı Sorunu

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette bulunduğuna dair raporu hazırlama görevi, mahkeme tarafından atanan üç kişilik bilirkişi heyetine devredilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun kabul edilen ilk metninde ise bu raporun işlem denetçisi tarafından hazırlanacağı hükmü yer alıyordu. 6335 sayılı Kanun ile söz konusu hükümdeki işlem denetçisine yönelik ifadeler fıkra metninden çıkarıldığı için bugün raporu kimin hazırlayacağı sorusunun cevabı askıda kalmıştır.

Kendigelen’e göre⁹, açık bir düzenleme olmaması sebebiyle rapo-

⁸ Tekinalp, a.g.e., s.123.

⁹ Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk

run bizzat yönetim kurulu tarafından hazırlanacağı ileri sürülebileceği gibi, raporun objektifliğini sağlamak amacıyla 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu dönemindeki uygulamaya benzer bir şekilde mahkemece bilirkişi atanması gerektiği görüşü de savunulabilir.

Tekinalp ise¹⁰, Yönetim Kurulunun sermaye azaltılmasındaki önemli işlevinin doğal sonucu olarak raporun Yönetim Kurulu tarafından hazırlanması gerektiğini belirtmiştir.

Şunu belirtmek gerekir ki, oluşan bu boşluğun ikincil düzenlemeler ile giderilmesi mümkündür¹¹. Nitekim, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanan “Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Aşgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ” ile Bakanlık iznine tabi şirketler belirlenmiş ve bu şirketlerde sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette mevcut olduğunun yeminli mali müşavir raporu, denetime tabi şirketlerde ise denetçi raporu ile ispatlanması öngörülmüştür.

Dolayısıyla anılan Tebliğ kapsamına giren bankalar, finansal kiralama şirketleri, factoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, Sermaye Piyasası Kanununa tabi şirketler ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketler açısından bir belirsizlik olmadığını söyleyebiliriz.

Yukarıda sayılan şirketler dışında kalan anonim şirketlerde ise, yeni bir yasal düzenleme yapıp boşluk giderilinceye kadar bu raporun hazırlanmasının yönetim kurulunun sorumluluğunda olduğunu kabul etmek gerekir.

Tespitler, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2012, s.378.

¹⁰ Tekinalp, a.g.e., s.118.

¹¹ Soner Altaş, “TTK’nın Anonim Şirketlerde Sermaye Azaltılması İçin Öngördüğü Temel Yenilikler ve Değişiklikler”, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı:115, Ocak-Şubat 2013, s.175.

B. Toplantı ve Karar Nisabının Yüksek Olması Sorunu

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde Genel Kurul ilk toplantıda sermayenin yarısı ve ikinci toplantıda üçte biri ile toplanıp mevcut oyların çoğu ile sermayenin azaltılmasına karar verebilmekteydi.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre ise, m. 473/3'te, m. 421/3'e yapılan atıf gereği sermayenin azaltılmasına karar verilebilmesi için sermayenin en az %75'ini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyları gerekir.

Nisabın bu kadar yüksek belirlenmiş olmasının nedeni ise Ön-Tasarı aşamasında gönderme yapılan TTK m. 421/4'ün sonradan metinden çıkarılması ve istisnalar dışında tüm sözleşme değişikliklerinin TTK m.421/1'deki nisaplara tabi tutulmasına rağmen yapılan bu değişikliğin gözden kaçırılarak TTK m.421/3'e gönderme yapılmış olmasıdır.

Bu haliyle, bazen ihtiyaç nedeniyle zorunlu olarak başvurulması gerekecek sermaye azaltılmasına ilişkin hükümlerin uygulanma kabiliyeti oldukça güçleştirilmiştir¹². Bu yanlışlığın bir kanun değişikliği ile düzeltilmesi ve atfın 421/1'e yapılması gerekmektedir.

C. Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkarılmış Sermayenin Ne Şekilde Azaltılacağı Sorunu

TTK m. 473/6'da; *"Bu madde ile 474 ve 475. maddeler, kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılmış sermayenin azaltılmasına kıyas yoluyla uygulanır."* denmektedir. Bu hüküm, kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin ne şekilde azaltılacağı sorusuna net bir cevap verememektedir.

Tasarı ve Adalet Komisyonu aşamasında Türk Ticaret Kanunu'nda, kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin azaltılması konusunda bir hüküm bulunmamaktaydı. TBMM aşamasında verilen bir önerge sonucu TTK m. 473'e altıncı fıkra eklenmiş ve TTK m. 473 - 475 hükümlerinin kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılmış sermayenin azaltılmasına kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

¹² Kendigelen, a.g.e., s.379.

TBMM tarafından verilen önerenin gerekçesinde; TTK m. 473 - 475 hükümlerinin kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılmış sermayenin azaltılmasına uygulanıp uygulanmayacağı tereddütlerini ortadan kaldırmak amacıyla TTK m. 473'e altıncı fıkranın eklenmesinin uygun görüldüğü belirtilmiştir. Önerge gerekçesine bakıldığında, madde başlığının esas sermayenin azaltılması olmasına rağmen aynı hükümlerin kıyas yoluyla kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılmış sermayenin azaltılmasına da uygulanacağı sonucunu çıkarmak mümkündür. Bu durumda kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin azaltılmasının, aynı esas sermaye sisteminde olduğu gibi genel kurul kararıyla olacağını söylemek gerekir.

Kara Avrupası ülkelerinin hukuk sistemlerinde öngörülen kayıtlı sermaye sistemi, Genel Kurulun Yönetim Kurulunu yetkilendirme kararı ile hem sermaye artırımını hem de azaltılması olanağını sunmaktadır¹³. İsviçre Borçlar Kanunu'nda da 16.03.2012 tarihinde yapılan değişiklikle Genel Kurul tarafından belirlenen tavan sermaye ve taban sermaye arasında Yönetim Kurulunun sermayeyi artırmasını ya da azaltmasını sağlayan "*kayıtlı sermaye bandı sistemi (Kapitalband)*" kabul edilmiştir¹⁴.

Acaba Türk Ticaret Hukuku'nun mehzazını oluşturan İsviçre Hukuku'nda yapılan değişikliğe paralel olarak, TTK m. 473'e eklenen altıncı fıkra ile kayıtlı sermaye bandı sisteminin Türk Hukuku'nda da kabul edildiğini söylemek mümkün müdür?

Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermayeyi azaltabilmesi için, tıpkı kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin artırılmasında olduğu gibi, bu değişikliği yapma yetkisinin yönetim kuruluna devredilebileceğini öngören açık bir yasal düzenleme bulunması gerekir¹⁵. Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararıyla sermayenin azaltılabilmesi için gerekli kanuni dayanak TTK m.473'e eklenen altıncı fıkra hükmüyle sağlanamamıştır.

¹³ Pulaşlı, a.g.e., s.1711.

¹⁴ Hayrettin Çağlar, "Sınırlı Esnek Sermaye Sistemi (Kapitalband)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2013, s. 354.

¹⁵ Keskin, a.g.m., s.410-411.

Tekinalp de¹⁶; TTK m.473/6 uyarınca, belli bir tabana kadar sermayenin azaltılması yetkisinin Yönetim Kuruluna devredildiği bir kayıtlı sermayenin azaltılmasının mümkün olamayacağını, kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin azaltılmasının ancak Genel Kurul kararı ile yapılabileceğini belirtmiştir.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Fransa, Lüksemburg, Belçika ve Hollanda gibi Kara Avrupası ülkelerinin hukuk sisteminde var olan ve son olarak Mehaz İsviçre Hukuku'nda kabul edilen, kayıtlı sermaye bandı sisteminin Türk Hukuku'nda da kabul edilmesi gerekir. Bu şekilde yapılacak bir reform, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve 6102 Türk Ticaret Kanunu ile sağlanmaya çalışılan; kayıtlı sermaye sistemini uygulayan şirketlerin ihtiyaca göre sermaye değişikliği yapmalarına esneklik getirmek, uzun ve külfetli formaliteleri ortadan kaldırmak amaçlarına daha uygun düşer.

SONUÇ

6762 sayılı TTK'da sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette var olduğunu tespit etme görevi "mahkeme tarafından atanan üç kişilik bir bilirkişi heyetine" verilmiş iken, 6102 sayılı TTK'da bu görev üstü kapalı bir şekilde yönetim kuruluna bırakılmıştır.

Diğer yandan, 6762 sayılı TTK'da sermayenin azaltılmasından önce üç defa ilan yapılması şartına yer verilmiş olmasına rağmen bu ilanlar arasında asgari bir süre öngörülmemiş olması, uygulamada aralıksız olarak yapılan ilanlarla alacaklıların sermaye azaltılmasından haberdar olmaları olanağının ortadan kaldırılmasına yol açıyordu. 6102 sayılı TTK'da bu eksiklik de giderilmiş ve yönetim kuruluna, sermayenin azaltılması kararını Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ve şirket esas sözleşmesinde gösterilen şekilde, yedişer gün arayla, üç defa ilan etme yükümlülüğü getirilmiştir.

6102 sayılı TTK hazırlanırken yapılan bir hata sonucu, atfın yanlış maddeye yapılmış olması sebebiyle sermayenin azaltılması için gereken toplantı ve karar nisapları, sermayenin artırılması için gereken

¹⁶ Tekinalp, a.g.e., s.119.

nisaplara oranla yüksek belirlenmiştir. Sermayenin azaltılması işleminin yapılması için belirlenen bu yüksek nisapların düşürülmesi gerekmektedir.

Son olarak kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılmış sermayenin azaltılmasının ne şekilde olacağı sorunu incelenmiş ve mevcut sistemde çıkarılmış sermayenin de genel kurul kararıyla azaltılacağı sonucuna varılmıştır. Ancak en kısa sürede gerekli yasal düzenlemeler yapılarak ve Kara Avrupası hukuk sistemlerinde kabul edildiği şekilde kayıtlı sermaye bandı sistemine geçilerek, kayıtlı sermaye sistemlerinde sermaye azaltımı esnekleştirilmelidir.

Kaynakça

- Altaş Soner, "TTK'nın Anonim Şirketlerde Sermaye Azaltılması İçin Öngördüğü Temel Yenilikler ve Değişiklikler", *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı:115, Ocak-Şubat 2013, s.171-179.
- Çağlar Hayrettin, Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2010.
- Çağlar Hayrettin, "Sınırlı Esnek Sermaye Sistemi (Kapitalband)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2013, s. 353-370.
- Kendigelen Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2012.
- Keskin Harun, "Sermaye Azaltımının Esnekleştirilmesi: Kayıtlı Sermaye Azaltımı İçin Bir Öneri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt:25, Sayı:2, Ankara, Sözkese Matbaacılık, Eylül 2009, s.405-422.
- Pulaşlı Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Şirketler Hukuku Şerhi, 2.Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi, Kasım 2011.
- Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, Temmuz 2013.

YURT DIŞINDA ÇALIŞAN VEYA BULUNANLAR İLE GÖÇMENLERİN SOSYAL GÜVENLİĞİ

SOCIAL SECURITY OF CITIZENS WHO RESIDING OR WORKING ABROAD AND EMIGRANTS

Recep LEVENT*

Özet: Yurt dışında çalışan/bulunan Türk vatandaşları, çalışma/bulunma sürelerinin sonunda Türkiye'ye dönmekte, dönüş sonrasında yurt dışındaki çalışma süreleriyle Türkiye'deki çalışmalarını birleŐtirerek, ya da Türkiye'de hiç çalışması olmayanların da yurt dışındaki çalışma/buldukları süreleri borçlanarak Türkiye'de ikinci bir emeklilik hakkı elde etmek istemektedirler.

Borçlanma yapmak için borçlanma süresinde ve borçlanma tarihinde Türk vatandaşı olma Şartı aranmakla birlikte, buldukları ülkeden göçe/zorunlu göçe tabi tutulan ve çalışma veya buldukları süreler içerisinde Türk vatandaşı olmayan soydaşlarımızdan, sadece Bulgaristan'dan zorunlu göe tabi tutulanlara borçlanma hakkı tanınmıştır.

Anahtar Kelimeler: “Yurt Dışında alıŐan/Bulunan Vatandaşların Sosyal Güvenliği”, “Borçlanma” ve “Bulgaristan'dan Zorunlu Göe Tabi Tutulanlar”

Abstract: When Turkish citizens residing or working abroad return to Turkey at the end of their working time, their periods of work abroad can be combined with periods of work performed in Turkey or people who have no working days at all in Turkey can apply to get into debt for working days abroad. By doing so they are entitled to get a second pension in Turkey.

In order to apply to get into debt, it is required to be a Turkish citizen both during the working periods and on the date of application. However, our cognates from only Bulgaria who are subjected to migration/forced migration from their country and who do not have Turkish citizenship while residing or working in Bulgaria, are entitled to make crediting.

Keywords: “Social Security Of Citizens Who Residing Or Working Abroad”, Crediting (For The Services Abroad) “People Who Forced Migration From Bulgaria”

1-GİRİŞ

Birçok vatandaşımız yurt dışında çalışmakta ve çalışma süresinin tamamlanması sonucunda Türkiye'ye dönmektedirler.

Yurt dışında çalıştıkları/buldukları süreler için buldukları ülkenin mevzuatına göre emeklilik hakkını elde etmelerinin yanı sıra, özellikle Türkiye'ye döndüklerinde yapılan sosyal güvenlik sözleşmeleri veya borçlanma yapmak suretiyle ikinci bir emeklilik hakkı elde etmektedirler.

23 ülkeyle yapılan sosyal güvenlik sözleşmeleri gereğince ya çalışmalar birleştirilmekte ya da sözleşmeli veya sözleşmesiz ülkelerdeki çalışmalar borçlanılabilmektedir.

Borçlanmada; hem yurt dışında çalışılan/bulunulan süre içerisinde hem de borçlanma tarihinde Türk vatandaşı olma şartı aranmaktadır. Bu şart, diğer vatandaşlarımız için pek fazla sorun teşkil etmemekle birlikte, muhtelif tarihlerde Ülkemize sonradan göç etmiş/zorunlu göçe tabi tutulmuş olanların borçlanması açısından sorun teşkil etmiştir. Zira, göçe/zorunlu göçe tabi tutulanlar borçlanma tarihinde Türk vatandaşı olmakla birlikte, göçe/zorunlu göçe tabi tutuldukları ülkelerde buldukları süre içerisinde Türk vatandaşı sayılmadığından, bunlar esasen borçlanma hükümleri kapsamında değerlendirilmemiştir.

Bu kapsamda olan göçmen/soydaşlarımızın bu tür mağduriyetlerini gidermek için 8/5/2008 tarihinde yürürlüğe giren 5754 sayılı Kanunun¹ 79 uncu maddesiyle yapılan değişiklikle sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelere zorunlu göçe tabi tutulduktan sonra Türk vatandaşı olup Türkiye'de ikamet edenlere geldikleri ülkedeki hizmetlerini borçlanma imkanı sağlanmıştır. Yalnız, Ülkemize gelen soydaşlarımızın iskana tabi tutulması ile ilgili yasalarda sadece Bulgaristan'dan gelen soydaşlarımız için "zorunlu göç" ifadesi kullanılmış olduğundan, bu haktan sadece Bulgaristan'dan Ülkemize zorunlu göçe tabi tutulan soydaşlarımız yararlandırılmıştır.

¹ Bkz. 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G... 8/5/2008, 26870

2- KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yurt dışında çalışan vatandaşlarımızın, yurt dışındaki çalışmaları/ buldukları süreleri sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan ülkelerdeki çalışma sürelerinin birleştirilmesi veya birleştirilen sürelerin ayrıca borçlanılması, diğer yandan sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde bulunan vatandaşlarımızın ise yurt dışındaki çalışmalarını/ buldukları sürelerinin borçlanabilmesine imkan tanınmıştır.

Borçlanma 3201 sayılı Kanun² hükümlerine göre yapılmakta ve borçlanma yapmak için, borçlanma süresi içerisinde ve borçlanma tarihinde Türk vatandaşı olma şartı arandığından, göçe/zorunlu göçe tabi tutulan soydaşlarımız bir süre bu borçlanma hakkından yararlandırılmamıştır. Ancak, 2008 yılı içerisinde 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle zorunlu göçe tabi tutulan soydaşlarımıza buldukları ülkede Türk Vatandaşı olma şartı kaldırılmış veya ters anlatımla, bunlar yurt dışında buldukları ülkelerdeki süreler içerisinde de Türk Vatandaşı sayılarak bunlara borçlanma imkanı tanınmıştır. Dolayısıyla, soydaşlarımızdan sadece Bulgaristan'dan gelenler "zorunlu göç" kapsamında sayıldığından, bu hak sadece Bulgaristan'dan zorunlu göçe tabi tutulan vatandaşlarımıza verilmiş bulunmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde; konu, "Yurt dışında çalışan/bulunan vatandaşların sosyal güvenliği" ve "Göçmen vatandaşların sosyal güvenliği" olarak iki ana başlıkta açıklanacaktır.

2.1- Yurt dışında çalışan/bulunan vatandaşların sosyal güvenliği

Yurt dışında bulunan/çalışan vatandaşların sosyal güvenliği de üç ayrı şekilde sağlanabilmektedir.

2.1.1- Sözleşmeli ülkelerdeki çalışmaların sözleşme hükümlerine göre birleştirilmesi

Çalışma faaliyetleri sadece ülke sınırları içerisinde değil, ülke sınırları dışında da yapılması sonucunda, karşılıklı çalışma olan ülkeler arasında yapılan ikili çalışma ve sosyal güvenlik sözleşmelerinin imzalanmasına sebebiyet vermiştir. Asıl olarak konuya geçmeden önce ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinin dayandığı ilkeler, dayanağı ve kapsamından bahsetmek yararlı olacaktır.

² Bkz. 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, R.G... 22/5/1985, 18761

a) İkili sosyal güvenlik sözleşmelerinin dayandığı ilkeler

Sosyal güvenlik sözleşmelerinin dayandığı temel ilkeler aşağıda açıklanmıştır:

-Mevzuatın teklifi ilkesi: İki ülkede çalışmanın bulunması halinde, bazı istinaları olmakla birlikte kural olarak bir kişi yalnızca bir ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olmaktadır. Ancak, bu kuralın aksine;

-Eşit işlem görme ilkesi: Bu ilkeyle sözleşmeye taraf ülke sigortalıları, karşılıklı olarak, sigorta hak ve yardımları bakımından, diğer akit taraf ülke sosyal güvenlik sistemi uygulamalarında o ülke vatandaşları ile aynı işlemlerden yararlanabilmesi sağlanmaktadır.

-Kazanılmış hakların korunması ilkesi: Sözleşmeler aracılığıyla, "Taraf ülkelerde kazanılan sosyal güvenlik hakları, ikamet değişikliği, mevzuat farklılığından, ikamet ve vatandaşlık değişikliğinden kaynaklanan sebeplerle oluşan kayıpların önlenmesi" amaçlanmıştır.

-Yardımların transferi ilkesi: bu ilke yoluyla, ikili sosyal güvenlik sözleşmeleriyle çalışılan ülke mevzuatına göre kazanılan hakların, sigortalıların ikametlerini diğer sözleşmeli ülkeye nakletmeleri durumunda dahi korunacağı kabul edilmiştir.

-Süre birleşimi ilkesi: "Yardımların hak kazanılmasında, sözleşmeye taraf ülkelerden birinde geçen sosyal güvenliğe esas hizmet süreleri, aynı zamana rastlamamak koşuluyla diğer taraf ülkede geçmiş gibi değerlendirilmek üzere birleştirilmesi" bu ilkeyle gerçekleştirilmektedir.

-Koordinasyon ilkesi: Bu ilkeyle, ülkeler arasında, iç mevzuat için geçerli olan sosyal güvenlik kanun ve uygulamalarına müdahale edilmeksizin sözleşmeli ülkeler arasında işbirliği sağlanmaktadır.

b) Türk hukuku açısından ikili sosyal güvenlik sözleşmelerinin dayanağı

Anayasamızın; 40 ıncı maddesinde, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin bu güvenliği sağlayacak tedbirleri alacağı ve gerekli teşkilatı kuracağı öngörülmüş, 62 nci maddesi ile de yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması için gereken tedbirleri alma görevi Devlete verilmiştir.³

³ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, R.G... 7/11/1982, 2709

Anayasamızda yer verilen bu düzenlemelere bağlı olarak, yurtdışında çalışan vatandaşlarımızın sosyal güvenlikleri, aile bireylerini de kapsayacak şekilde başlıca iki yöntemle yerine getirilmekte olup, bunlardan birincisi, Anayasamızın 90 uncu maddesine göre uluslararası sözleşmeler kapsamında kanun hükmünde sayılan ve günümüze kadar 23 ülke ile imzalanarak usulüne göre yürürlüğe konulan ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri⁴, ikincisi de bir iç mevzuat düzenlemesi olan ve 22/5/1985 tarihinde yürürlüğe giren 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun ile 5510 sayılı Kanunun 5/g ve 10 uncu maddeleridir.⁵

c) Sözleşme Yapılan Ülkeler ve Sözleşmelerin Kapsamı

Ülkemizle, 23 ülke arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmaktadır. Değişik tarihlerde imzalanan sosyal güvenlik sözleşmeleri, genel olarak Ülkemiz yönünden 5510 Kanuna ve 1/10/2008 tarihinden önce memur olanlar için de ilgili mülga kanunun öngördüğü mevzuata, taraf ülke yönünden de o ülkenin sosyal sigorta mevzuatına uygulanmaktadır.

Bütün sözleşmelerde, akit tarafların, sözleşmelerde belirtilen mevzuatı değiştiren, yeniden düzenleyen veya mevzuatın yerine geçen ya da bu mevzuata ek hükümler getiren her türlü mevzuata da uygulanacağına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Bu nedenle, sözleşmelerin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan sosyal sigorta kanunlarının (günümüz itibarıyla mülga haline gelen 506⁶, 1479⁷, 2925⁸, 2926⁹ ve 5434¹⁰ sayılı kanunlar) 5510 sayılı Kanunla

⁴ Bkz. İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri (23 İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmesi)

⁵ Bkz. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, R.G... 31/5/2006, 26200

⁶ Bkz. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, R.G... 1/7/1964, 11766 ve 1/8/1964, 11779

⁷ Bkz. 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, R.G... 2/9/1971, 13956

⁸ Bkz. 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, R.G... 20/10/1983, 18197

⁹ Bkz. 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu, R.G... 20/10/1983, 18197

¹⁰ Bkz. 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, R.G... 8/6/1949, 7325

yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi sözleşmelerin uygulanması bakımından bir sorun teşkil etmemektedir.

Sözleşmelerde, Ülkemiz yönünden işçiler için kısa vade ve uzun vade sigorta kollarından (emeklilik aylığı bağlanması) sağlanan yardımlar, bağımsız çalışanlar ve devlet memurları için ise sadece uzun vade sigorta kollarından sağlanan yardımlar kapsama alınmıştır. Bu durumda, uzun vade sigorta kollarına ilişkin hükümler; işçi (5510 SK.na göre 4/a), bağımsız çalışan (5510 SK.na göre 4/b) ve devlet memuru (5510 SK.na göre 4/c) statüsündeki sigortalılar, kısa vade sigorta kollarına (iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık) ilişkin hükümler ise sadece işçiler yönünden uygulanmaktadır.

Sağlık yardımlarını kapsamına alan Hollanda, Belçika, Avusturya, Fransa, K.K.T.C, Makedonya, Azerbaycan, Romanya, Bosna-Hersek, Çek Cumhuriyeti, Arnavutluk, Lüksemburg ve Hırvatistan ile imzalanan sosyal güvenlik sözleşmelerine göre, Ülkemiz açısından sadece işçi statüsüne tabi sigortalılar ve bu statüden gelir ve aylık alanlarla bunların aile bireylerinin sağlık yardımlarından yararlanma hakları vardır. Ancak, Almanya ile varılan mutabakata göre 5510 sayılı Kanuna göre bağımsız çalışan ve devlet memuru statüsünde sigortalı olanlar ile bu statülerden gelir ve aylık alanlarla bunların aile bireyleri de, işçiler gibi Türkiye-Almanya Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin sağlık yardımlarına ilişkin hükümlerinden yararlanmaktadırlar.

-İngiltere, İsviçre, Danimarka, İsveç, Norveç, Libya, Gürcistan, Kanada ve Kebek ile yapılan sosyal güvenlik sözleşmelerinde, sağlık yardımları kapsama alınmamıştır. Bundan dolayı bu ülkelerde çalışan ve aylık veya gelir alan vatandaşlarımızla bunların aile bireylerinin geçici veya daimi olarak ülkemizde bulunmaları halinde, 5510 sayılı Kanunda belirtilen sağlık yardımlarından yararlanma hakları bulunmamaktadır. Aynı şekilde, 5510 sayılı Kanuna tabi olanlarla bu Kanuna göre gelir ve aylık alan sigortalılarla bunların aile bireyleri bu ülkelerde buldukları sırada sosyal güvenlik sözleşmeleri kapsamında sağlık yardımlarından yararlanamazlar.

-İkili sosyal güvenlik sözleşmeleri, yürürlük tarih sırasına ve ülkemiz bakımından kapsadığı sigorta kollarına göre aşağıdaki tabloda belirtilmiştir:

ÜLKE ADI	İMZA TARİHİ	YÜRÜRLÜK TARİHİ	KAPSAMI (SİGORTA KOLU)		
			Uzun Vade (1)	Kısa Vade (2)	Sağlık Sigortası (3)
İngiltere	9/9/1959	1/6/1961	+	+	-
F. Almanya	30/4/1964	1/1/1965	+	+	+
Hollanda	5/4/1966	1/2/1968	+	+	+
Belçika	4/7/1966	1/5/1968	+	+	+
Avusturya	12/10/1966	1/10/1969	+	+	+
İsviçre	1/5/1969	1/1/1972	+	+	-
Fransa	20/1/1972	1/8/1973	+	+	+
Danimarka	22/1/1976	1/2/1978	+	+	-
İsveç	30/6/1978	1/5/1981	+	+	-
Norveç	20/7/1978	1/6/1981	+	+	-
Libya	13/9/1984	1/9/1985	+	+	-
K.K.T.C	9/3/1987	1/12/1988	+	+	+
Makedonya	6/7/1998	1/7/2000	+	+	+
Azerbaycan	17/7/1998	9/8/2001	+	+	+
Romanya	6/7/1999	1/3/2003	+	+	+
Gürcistan	11/12/1998	20/11/2003	+	+	-
Bosna-Hersek	27/5/2003	1/9/2004	+	+	+
Kanada	19/6/1998	1/1/2005	+	+	-
Kebek	15/10/1998	1/1/2005	+	+	-
Çek Cumhuriyeti	28/6/2001	1/1/2005	+	+	+
Arnavutluk	15/7/1998	1/2/2005	+	+	+
Lüksemburg	8/12/2004	1/6/2006	+	+	+
Hırvatistan	12/6/2006	1/6/2012	+	+	+

(1) İşçileri, bağımsız çalışanları ve devlet memurlarını kapsamaktadır.
(2) İşçileri kapsamaktadır.
(3) Almanya sözleşmesine göre Türk mevzuatı bakımından işçileri, bağımsız çalışanları ve devlet memurlarını; diğer ülke sözleşmelerine göre sadece işçileri kapsamaktadır.
(+) Kapsamdadır.
(-) Kapsamda değildir.

d) İkili sözleşmelerin sosyal güvenlik (emekli aylığı bağlanması) açısından sonuçları

İkili sözleşmelerle, yurt dışındaki çalışmalarla mensubu bulunulan ülkedeki çalışmaların birleştirilerek, mensubu bulunulan ülkenin mevzuatına göre emekli aylığı bağlanması imkanı getirilmiştir.

Bu çerçevede, mensubu bulunulan ülkenin mevzuatına göre yurt dışındaki çalışmalar, Türkiye’de geçmiş gibi sayılarak, çalışmalar birleştirilmekte ve kişiye Türk mevzuatına göre şartları sağlanması durumunda emekli aylığı bağlanmaktadır. Yalnız, çalışmaların birleştirilmesinde, emekli aylığı hesaplanırken, hem yurt dışı hem de yurt içindeki çalışmalar dikkate alınarak miktar tespit edilmekle birlikte, daha sonra kişiye ödenecek miktar, bulunan aylığın, Türkiye’de geçen hizmetlerin, yurt dışı ve içi çalışmalar toplamına bölünmesi suretiyle oranlanarak tespit edilmekte ve bu aylık da kısmi aylık olarak adlandırılmaktadır.

İkili sözleşmelerin bir başka sonucu da, eğer yurt dışındaki çalışma başlangıcı Türkiye’deki çalışma başlangıcından önce, yurt dışındaki bu çalışma başlangıcı Türk mevzuatı açısından da çalışma başlangıcı sayılmakta ve emeklilik açısından bu başlangıca göre şartlar belirlenmektedir.

2.2.1- Sözleşmeli ülkelerdeki çalışmaların sürelerin borçlanması

İkili sosyal güvenlik sözleşmeleri gereğince çalışmalarını birleştirenlerin borçlanma yaparak kısmi aylıklarını tama çıkarmaları veya birleştirme yapmadan doğrudan borçlanma yapmaları da mümkündür.

Bu bölümde, borçlanma konusuna ayrıca girilmeyecek, bir konu dışında başka bir fark bulunmadığından, borçlanma konusuna asıl olarak “2.2.3” bölümde değinilecektir.

Sözleşmeli ülkeler açısından borçlanmadaki farka gelince; eğer yurt dışındaki çalışma Türkiye’den önce ise çalışma başlangıcının nasıl dikkate alınacağı hususudur. Sözleşmeli ülkelerde özellikle iki sözleşmeler gereğince hizmetlerini birleştirmeden doğrudan borçlan-

ma yapanların, Türkiye' den önceki yurt dışı çalışmaları başlangıç sayılmayarak, Türkiye'de sonradan çalışma varsa bu tarihten, yoksa borçlanma tarihinden borçlanma süresi geriye götürülerek sigortalılık başlangıcı tespit edilmekte iken, kamuoyunda torba kanun olarak adlandırılan 6552 sayılı Kanununun 29 uncu maddesiyle 3201 sayılı Kanununun 5 inci maddesine eklenen "Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ülkelerde çalışan ve bu ülkelerdeki çalışma başlangıcı Türkiye'deki çalışma tarihinden önce olanların, söz konusu sözleşmede hüküm olması durumunda yurt dışındaki çalışma başlangıçlarının emeklilik şartlarının belirlenmesinde Türkiye'de çalışma başlangıcı sayılacağı" hükmüyle, sözleşmelerde hüküm bulunması kaydıyla borçlanmalarda başlangıç olarak sayılması öngörülmüştür.¹¹

2.2.3- Sözleşmesiz ülkelerdeki çalışma/bulunma sürelerinin borçlanması

Başlangıçta, 2147 sayılı Yurtdışında Çalışan Türk Vatandaşlarının, Yurtdışında Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunla yurt dışında çalışan vatandaşlarımıza borçlanma yoluyla Ülkemiz mevzuatına göre emeklilik veya kısmi olan aylıklarını tam aylığa çıkarmaları imkanı tanınmıştır.¹²

Daha sonra, 3201 sayılı Kanunla 2147 sayılı Kanun hükümleri kaldırılmış ve bu konuda yeni bir düzenlemeye gidilmiş olup, dolayısıyla, bu yazımızda önceki uygulamalara değil, sadece konu hakkında son duruma bakılarak değerlendirmeler yapılacaktır.

a) Borçlanma süreleri: "Yurtdışında geçen sigortalılık süreleri", "Yurt dışında geçen sigortalılık (bulunulan ülke mevzuatına göre ikamet süreleri hariç çalışma) süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri" "Medeni durumlarına bakılmaksızın ev kadını olarak geçen (sigortalılık haricindeki) süreleri" borçlanılabilmektedir.

¹¹ Bkz. 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, R.G... 11/9/2014, 29116

¹² Bkz. 2147 sayılı Yurtdışında Çalışan Türk Vatandaşlarının, Yurtdışında Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, R.G... 7/6/1978, 16309

Bu sürelerin tamamı borçlanılabileceği Türkiye’de aylık bağlanmasına yetecek ve talep edilen süre kadar, yani kısmi borçlanma yapılması da mümkündür. Yalnız kısmi borçlanma yapılması durumunda bunun mutlaka talepte belirtilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

b) Borçlanma kapsamında olmayan süreler: “Yurtdışında 18 yaşın doldurulmasından önce”, “Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra” geçen sigortalılık, işsizlik ve ev kadını olarak geçen sürelerinin borçlanılmasına imkan bulunmamaktadır.

c) Borçlanma şartları: Yurtdışı sürelerinin borçlanmasında bulunabilmesi için yurda kesin dönüş şartı söz konusu olmadan; “Borçlanma sürelerinde ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olmak”, “Borçlanma kapsamındaki yurtdışı sürelerini belgelendirmek” ve “Yurt içinde SGK birimleri, yurt dışında ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Müşavirliği ya da Ataşeliklerinden temin edilebilen ya da SGK “www.sgk.gov.tr” internet adresinde bulunan “Yurtdışı/ Form ve Dilekçeler” bölümünden indirilebilen “Yurtdışı Borçlanma Talep Dilekçesi”nin usulüne göre doldurulup imzalandıktan sonra doğrudan ya da posta yolu SGK’nın ilgili birimine verilmesiyle yazılı talepte bulunmak” şartları aranmaktadır.

ç) Borçlanma için aranan belgeler:

Sözleşmeli ülkeler için;

- Yurt dışı ülke sigorta merciinden alınacak hizmet cetveli veya sigorta kartı,
- Sigortalıların çalıştıkları iş yerlerinin resmi kuruluşlara ait olması veya resmi kuruluşlarca yada kamu kurumu olarak kabul edilen kuruluşlarca ayrıca tasdike gerek olmaksızın düzenlenmesi halinde, belgelerin ayrıca tasdikine gerek kalmaksızın; çalışılan ülkede işyerinin ait olduğu belediyelerce düzenlenmiş hizmet belgeleri, vergi dairelerince çalışılan sürelere ilişkin düzenlenmiş belgeler, iş bulma kurumlarınca işsizlikte geçen sürelere ilişkin verilen belgeler, ilgili meslek kuruluşları veya birliklerince veya diğer resmi kuruluşlarca verilen hizmet belgeleri,
- Yurtdışında kendi adına ve hesabına çalışanların bağlı oldukları

vergi dairesi, ilgili meslek kuruluşu veya birliklerince verilen hizmet belgesi,

- Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerinden,

Sözleşmesiz ülkeler için;

- Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgesi,
- Yurtdışında çalıştıkları iş yerlerinden alacakları hizmet sürelerini gösterir bonservisleri ile birlikte pasaportlarında bulunan çalışma izinlerinin tercümeleri,
- Gemi adamları, çalıştıkları geminin bayrağını taşıdıkları ülkelerde bulunan Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerinden alacakları ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerini veya iş yerlerinden alacakları sigortalılık sürelerini gösterir bonservisleri ile gemilerde çalıştıklarını gösterir belgelerde kayıtlı bulunan çalışma izinlerinin tercümeleri ya da pasaportlarında çalışma süreleri ile örtüşen giriş-çıkış tarihlerini gösterir sayfaların örneklerinden,

Ev kadını olarak geçen süreler için;

- Ev kadınlarının yurtdışında oturduklarına dair alacakları ikamet belgesi,
- Türkiye’de yeminli tercüme bürolarınca veya yurtdışında bulunan Türk temsilciliklerince akredite edilmiş tercümanlarca yapılmış ve ilgili temsilcilikçe onaylanmış tercümesi,
- Çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlik veya ataşeliğinin bulunduğu Türk temsilciliklerince ikamet belgesine istinaden düzenlenecek belge,

- Yukarıdaki belirtilen ikamet belgesi temin edilemiyorsa yurtdışı-na çıkış ve yurda giriş tarihlerinin, fotoğraf ve künye bilgilerinin bulunduğu pasaport sayfalarının fotokopisi ya da emniyet müdürlüklerinden alacakları yurda giriş-çıkış çizelgesinden, duruma uygun bir belgeyle belgelenmesi gerekmektedir.

d) Borçlanmaların statüsü ve statüye göre başvuru yerleri

Borçlanma statüsünün belirlenmesinde genel kural, Türkiye’de en son çalışma statüsü dikkate alınmaktadır.

Buna göre;

- En son çalışma 4/a (eski SSK) kapsamında ise borçlanma statüsü 4/a (eski SSK) sayılmakta ve başvurunun ikametgahın bulunduğu sosyal güvenlik il/merkez müdürlüğüne,
- En son çalışma 4/b (eski Bağ-Kur) kapsamında ise borçlanma 4/b (eski Bağ-Kur) sayılmakta ve başvurunun ikametgahın bulunduğu sosyal güvenlik il/merkez müdürlüğüne,
- En son çalışma 4/c (eski Emekli Sandığı) kapsamında ise borçlanma statüsü 4/c (eski Emekli Sandığı) sayılmakta ve başvurunun “SGK Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Kamu Görevlileri Emeklilik İşlemleri Daire Başkanlığı Mithatpaşa Cad. No: 7 Sıhhiye/ANKARA” adresine,
- En son çalışma banka/borsa/oda/sigorta sandığı kapsamında ise borçlanma statüsü 4/a (eski SSK) sayılmakta ve başvurunun ilgili sandığa,
- Türkiye’de çalışma yoksa borçlanma statüsü 4/b (eski Bağ-Kur) sayılmakta ve başvuru ikametgahın bulunduğu sosyal güvenlik il/merkez müdürlüğüne,
- Ev kadınlığında geçen süreler için borçlanma statü 4/b (eski Bağ-Kur) sayılmakta ve başvurunun ikametgahın bulunduğu sosyal güvenlik il/merkez müdürlüğüne, yapılması gerekmektedir.

e) Kısmi aylık bağlanmış olanların borçlanma yerleri

Kısmi aylık alanların borçlanma yapma halinde borçlanmayla birlikte kısmi aylıkları tam aylığa dönüştürülmektedir.

Buna göre borçlanma yaparak kısmi aylıklarını tama çıkarmak isteyenler;

- 4/a (eski SSK) veya 4/b (eski Bağ-Kur) statüsünde aylık bağlananlar başvurularını "SGK Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Yurtdışı İşlemleri Daire Başkanlığı/ Mithatpaşa Cad. No: 7 Sıhhiye /ANKARA",
- 4/c (eski Emekli Sandığı) statüsünde aylık bağlananlar başvurularını "SGK Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Kamu Görevlileri Emeklilik İşlemleri Daire Başkanlığı Mithatpaşa Cad. No: 7 Bakanlıklar - ANKARA",

adresine başvuru yapmaları gerekmektedir.

f) Borçlanma miktarının belirlenmesi ve ödenme süresi

- Daha önce borçlanma döviz üzerinden (günlüğü 3,5 ABD Doları) yapılmakta iken, 8/5/2008 tarihinden sonra borçlanma miktarı borçlanma başvuru tarihindeki 5510 sayılı Kanuna göre belirlenen prime esas asgari ve azamî günlük kazanç (16 yaşından büyükler için belirlenen asgari ücret ile asgari ücretin 6,5 katı) arasında seçilecek günlük kazancın % 32'si olarak belirlenmektedir. Buna göre, 4/a (eski SSK) ve 4/b (eski Bağ-Kur) ile 2008 yılı Ekim ayından itibaren ilk defa 4/c (eski Emekli Sandığı) kapsamında olanların bu sınırlar arasında belirlen miktarın % 32'si alınarak borçlanma yapılacak gün sayısı ile çarpılarak ödenmesi gereken borçlanma miktarı bulunmaktadır.
- 2008 yılı Ekim ayı başından önce başlaması nedeniyle 5434 sayılı Kanuna tabi iştirakçi olanların borçlanma tutarı ilgililerin Türkiye'den ayrılmadan önce Sandığa tabi hizmetlerinden en son bıraktıkları derece ve kademelerine yurtdışında geçirdikleri ve borçlanmak istedikleri sürenin her üç yılına bir derece ve her yılına bir kademe verilmek ve öğrenim durumları itibarıyla yüksele-

bilecekleri dereceleri geçmemek üzere tespit edilecek derece, kademe ve ek göstergeleri ile emekli keseneğine esas aylığın hesabına ait tüm unsurların toplamının başvuru tarihinde yürürlükte olan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarlar esas alınarak, yine o tarihteki kesenek ve karşılık oranlarına göre hesaplanmaktadır.

Diğer yandan, 8/5/2008 tarihinden önce borçlanma için süre şartı aranmamakta iken, bu tarihten sonra borçlanma başvurularında tahakkuk ettirilen prim borcunun tebliğ edildiği tarihten itibaren 3 ay içinde ödenmesi gerekmektedir. Borcun, yukarıda belirtilen tebliğ tarihinden itibaren 3 ay içinde ödenmemesi halinde, borçlanma işlemi geçersiz sayılmakta ve 3 aylık süre içerisinde borcun bir kısmının ödenmesi halinde, ödenen miktara isabet eden süre sadece geçerli sayılmaktadır.

Tahakkuk ettirilen borcun tamamını veya bir kısmını ödeyenlerden borçlanmalarının iptal edilmesi için başvuruda bulunanların ödedikleri borçlanma tutarının tamamı faiz uygulanmaksızın TL olarak iade edilmektedir. Yine, borçlandıkları halde aylık bağlanamayanların da talepleri halinde borçlanma miktarları aynı şekilde iade edilebilmektedir.

g) Borçlanma ve sigortalılık başlangıcı

Borçlanma durumunda Türkiye’de sigortalılık olup olmadığına ve Türkiye’deki sigortalılığın başlangıcının borçlanma başlangıç tarihinden önce veya sonra olmasına göre değişiklik arz etmektedir.

Buna göre;

- Türkiye’deki sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler borçlanılmış ise sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülmektedir.
- Türkiye’de çalışması bulunmayanların sigortalılıklarının başlangıç tarihi, borçların tamamen ödendiği tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülmek suretiyle tespit edilmektedir.
- Türkiye’deki borçlanma süresinden daha önce çalışma varsa bu durumda sigortalılık başlangıcında herhangi bir değişiklik olmamaktadır.

ğ) Borçlanmayla aylık bağlanma şartları ve aylığın başlama tarihi

Borçlanmayla malullük, yaşlılık veya emekli aylığı bağlanabilmesi için Türk vatandaşı olma şartı aranmaksızın;

- Yurt dışındaki çalışma süresi, ikamete dayalı sosyal sigorta veya sosyal yardım ödeneğinin sona ermesiyle Türkiye'ye dönüş yapılmış olması,
- Aylık için borçlanma miktarının tamamen ödenmesi,
- Sosyal güvenlik mevzuatı hükümlerine göre aylığa hak kazanılmış olması,
- Yazılı başvuruda bulunulması,

şartları aranmaktadır.

Burada, yukarıda şartlar sayılırken özellikle "kesin dönüş" yerine "dönüş" ibaresi kullanılmıştır. Dolayısıyla, burada "dönüş" ibaresi, aylık tahsis talebinde bulunanların yurtdışındaki çalışmalarının sona ermesini, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği almamaları durumunu ifade etmektedir. Yani, mutlak olarak yurda giriş yaptıktan sonra bir daha yurtdışına çıkmama durumu kastedilmemektedir.

h) Aylık bağlanması için istenen belgeler

Borçlanma yoluyla aylık bağlanması için;

- Malullük, yaşlılık ve emekli aylığı bağlanabilmesi için "Tahsis Talep, Beyan ve Taahhüt Belgesi"yle birlikte "3201 sayılı Kanuna Göre Aylık Talebinde Bulunanlara Mahsus Beyan ve Taahhüt Belgesi" ve yurtdışında çalıştığı işyerinden ayrıldığını, varsa ikamete dayalı bir sosyal sigorta yada sosyal yardım ödeneğinin sona erdiğini gösterir belgenin,
- Ölüm aylığı bağlanabilmesi için "Tahsis Talep, Beyan ve Taahhüt Belgesi" ile birlikte aylık bağlanacak olan hak sahibinin durumuna uygun olan belgelerin (öğrenci belgesi, kazanç belgesi, sağlık kurulu raporu),

ibraz edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Beyan taahhüt belgeleri SGK'nın ilgili birimlerinden bizzat temin edilebileceği gibi SGK'nın "www.sgk.gov.tr" internet adresinden alınabilmektedir.

Başvuru için bizzat başvuru şartı aranmamakta ve belgeler posta veya kargoyla da gönderilebilmektedir.

1) Borçlanma yoluyla bağlanan aylıkların kesilme halleri

Borçlanma yoluyla bağlanan aylıklar; Türkiye'de veya ülkeyle sözleşme imzalanmış olup olmadığına bakılmaksızın herhangi bir ülkede çalışmaya, ikamete dayalı bir sosyal sigorta yada sosyal yardım ödeneği almaya başladıkları tarihten itibaren kesilmektedir.

Borçlanma yoluyla aylık bağlanmasında sosyal güvenlik destek primi uygulaması

2010 yılı öncesinde 3201 sayılı Kanuna göre borçlanılan yurtdışı süreleri de dikkate alınmak suretiyle bağlanan malullük, yaşlılık ya da emekli aylığı almakta iken çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmesi zorunluluğu bulunmaktaydı.

Ancak, 5997 sayılı Kanunun¹³ 15 inci maddesiyle 3201 sayılı Kanunun ilgili maddesinde değişiklik borçlanma suretiyle aylık bağlanarlardan Türkiye'de sigortalı olarak çalışmaya başlayanların sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışılmalarına imkan tanınmıştır.

2.2- Göçe tabi tutulan soydaşlarımızın borçlanması

3201 sayılı Kanuna göre borçlanma hakkından, yurt dışından göçe tabi tutulan soydaşlarımızdan sadece "zorunlu" göç kapsamında sayılan Bulgaristan göçmenleri yararlandırılmıştır. Buna göre; 1/1/1989 ile 8/5/2008 tarihleri arasında zorunlu göç nedeniyle Bulgaristan'dan Ülkemize gelip ilgili İskan Kanununa göre ülkemize yerleşen ve daha sonra Türk vatandaşlığına alınan soydaşlarımız yararlanabilmektedir.

¹³ Bkz. 5997 sayılı Bazı Kanunlarda ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G... 19/6/2010, 27616

Uygulamada, nüfus kayıtlarında "... tarih ve... Sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve 2510¹⁴ veya 5543¹⁵ sayılı İskan Kanunlarına istinaden Türk vatandaşlığına alınmıştır." ibaresi bulunanlar, SGK tarafından borçlanma kapsamında kişiler olarak değerlendirilmektedir.

Bulgaristan soydaşlarımızın borçlanma hakkında yararlanabilmesi için, ilgilinin aşağıda sayılan şartları yerine getirmesi gerekmektedir:

- 1/1/1989 ile 8/5/2008 tarihleri arasında zorunlu göçe tabi tutulma,
- Zorunlu göçten sonra Türk vatandaşlığına geçip, Türkiye'de ika-
met ediyor olmak,
- 2022 sayılı Kanun dahil olmak üzere ülkemizdeki sosyal güvenlik
kuruluşlarından gelir ve aylık almamak,
- Bulgaristan'daki hizmet sürelerinin belgelendirmek,
- Borçlanma için yazılı istekte bulunmak.

Zorunlu göç nedeniyle yurtdışı sürelerini borçlanmak isteyenlerden, son defa;

- İşçi (5510 SK.na göre 4/a) ve bağımsız çalışan (5510 SK.na göre 4/b)
kapsamında sigortalılığı olanların bağlı buldukları SGK il mü-
dürlüğüne/merkezine,
- Defa devlet memuru (5510 SK.na göre 4/c) statüsünde çalışması
olanların SGK Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğüne (Yurtdışı
Hizmetler Daire Başkanlığı),

başvurmaları gerekmektedir.

Borçlanma başvurusu, ekinde borçlanılan süreye ait belgenin bulunduğu "Bulgaristan Hizmetlerini Borçlanma Talep Dilekçesi" ile yapılmalıdır.

¹⁴ Bkz. 2510 sayılı İskan Kanunu, R.G... 21/6/1934, 2733

¹⁵ Bkz. 5543 sayılı İskan Kanunu, R.G... 26/9/2006, 26301

Bulgaristan Hizmetlerini Borçlanma Talep Dilekçe örnekleri, SGK birimlerinden temin edilebilmektedir. Ayrıca, SGK'nın "www.sgk.gov.tr" internet adresinde bulunan "Emeklilik/ Form ve Dilekçeler" bölümünün 62 inci ekinde de indirilebilmektedir.

Borçlanılan süreler ilgililerin Türkiye'de geçen hizmetleri ile birleştirilerek tabi oldukları sigortalılık statüsüne göre yaşlılık aylığı bağlanması sırasında değerlendirilmektedir. Malullük ve ölüm aylıkları bağlanırken bu şekilde borçlandırılan sürelerin dikkate alınmasına imkan bulunmamaktadır.

Ancak, borçlanma hakkından yararlanarak yaşlılık aylığı bağlanmaların ölümü halinde hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanmaktadır.

Diğer yandan, Bulgaristan'dan aylık almakta olan vatandaşlarımızın aylıklarının Türkiye'de ödenebilmesine de imkan tanınmıştır.

4/11/1998 tarihinde Ankara'da imzalanan ve 1/3/1999 tarihinde yürürlüğe giren Anlaşma¹⁶ ile 1/5/1989 tarihinden sonra Türkiye'ye gelenlerin Bulgaristan kanunlarına göre almakta oldukları görev süresi, yaşlılık, malullük ve ölüm aylıkları ile iş kazası veya meslek hastalığından dolayı malullük aylıkları, Türkiye'de ödenebilmektedir.

Söz konusu aylıkların transfer yoluyla Türkiye'de ödenebilmesi, ilgilinin bir dilekçe ile SGK'dan yazılı istekte bulunmasına bağlıdır.

Türkiye'ye transfer edilen aylıkların düzenli olarak ödenebilmesi için, her yıl Ocak ve Temmuz aylarında doğru ve eksiksiz doldurulacak olan "Bulgaristan Yaşam Belgesi"nin Türkiye'de ikamet edilen yer muhtarlığına veya SGK il müdürlüğü/merkezi yetkililerine tasdik ettirilerek "SGK Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü Yurtdışı Hizmetler Daire Başkanlığı 06437 sıhhiye / Ankara" adresine gönderilmesi gerekmektedir.

Bulgaristan Yaşam Belgesi örnekleri, SGK birimlerinden temin edilebilmekte, ayrıca SGK'nın "www.sgk.gov.tr" internet adresinde bulunan "Emeklilik/Form ve Dilekçeler" bölümünün 64 üncü ekinde de indirilebilmektedir.

3- SONUÇ

Yurt dışında çalışan vatandaşlarımıza, ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri gereğince çalışmaların birleştirilmesi ve 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanma yoluyla, yurt dışındaki çalışmalarının sosyal güvenlik açısından değerlendirilmesi imkanı getirilmiş, diğer yandan borçlanma süresinde Türk vatandaşı olma zorunluluğu nedeniyle, sadece zorunlu göçe tabi tutulan Bulgaristan'dan gelenlere borçlanma hakkı tanınmıştır.

Kaynakça:

- 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun R.G... 8/5/2008, 26870
- 3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurtdışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlik Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, R.G... 22/5/1985, 18761
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, R.G... 7/11/1982, 2709
- İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri (23 İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmesi)
- 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu R.G... 31/5/2006, 26200
- 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu R.G.. 1/7/1964, 11766 ve 1/8/1964, 11779
- 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal sigortalar Kurumu Kanunu R.G... 2/9/1971, 13956
- 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu R.G. 20/10/1983, 18197
- 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu, R.G... 20/10/1983, 18197
- 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu R.G... 8/6/1949, 7325
- 6552 sayılı 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, R.G... 11/9/2014, 29116
- 2147 sayılı Yurtdışında Çalışan Türk Vatandaşlarının, Yurtdışında Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun R.G.. 7/6/1978, 16309

5997 sayılı 5997 sayılı Bazı Kanunlarda ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun R.G.. 19/6/2010, 27616

2510 sayılı İskan Kanunu R.G... 21/6/1934, 2733

5543 sayılı İskan Kanunu R.G... 26/9/2006, 26301

Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan Cumhuriyeti Arasında Bulgaristan Emekli Aylıklarının Türkiye’de Ödenmesine İlişkin Anlaşma R.G... 4/1/1999, 23573

HUKUKSAL AÇIDAN ÇOCUK VE GENÇ İŞÇİLİĞİ

LEGAL FRAMEWORK OF CHILD AND YOUNG LABOR

Hande Bahar AYKAÇ*

Özet: Ulusal ve uluslararası düzeyde bir sorun olarak kabul edilen çocuk işçiliğinin sebepleriyle ilgili araştırmalar göstermektedir ki çocuk işçiliğinin en önemli nedenleri arasında yoksulluk, düşük eğitim düzeyi, göçler, geleneksel bakış ve ailenin rolünün yanı sıra mevzuatın eksiklikleri ve etkin uygulanamaması bulunmaktadır. Türkiye, çocuk işçiliğine ilişkin uluslararası sözleşmelerin büyük çoğunluğunu onaylamış ve konuya ilişkin uluslararası standartların iç hukukta uygulanması konusunda önemli yasal değişiklikler yapmıştır. Buna karşılık bu konuda bütün çocuk ve genç işçileri kapsayıcı bir düzenleme yapılmaması, önemli sayıda çocuk ve genci çağdaş standartlara uygun bir yasal güvenceden yoksun bırakmaktadır.

Anahtar Kelimeler: çocuk işçi, genç işçi, çocuk işçilerin korunması, genç işçilerin korunması

Abstract: Researches on the child labor which is accepted as a problem in national and international level show that the lack of legislation and effective implementation of the legislation are the most important reasons of child labor besides poverty, low levels of education, immigrations, traditional views and the role of the family. Turkey ratified on most of the international conventions about child labor and made important legal amendments on implementation of the international legal standards. On the contrary, the lack of legislation covering all of the child and young workers, deprives important numbers of children and youngs of the legal coverage convenient with modern standards.

Keywords: child workers, young workers, protection of child workers, protection of young workers

* Dr., Gazi Üniversitesi İİBF Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü
Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Çocuk işçilerin çalıştırılmaları tüm dünyada tarih boyunca görülmüş bir olgudur. Ancak sanayi devrimiyle birlikte çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasının niteliğinde ve niceliğinde önemli bir değişim olmuştur. Bu dönemde yetişkinlere göre daha ucuz, uysal ve güçsüz görülen küçük yaştaki çocuk ve genç işçilerin uzun çalışma saatlerinde her türlü eğitimden ve güvenlikten uzak bir biçimde ağır koşullarda çalıştırılmaları söz konusu olmuştur. Özellikle 2000'li yıllardan sonra çocuk işçiliği uluslararası düzeyde çok sayıda hukuki düzenlemeye konu olmuştur. Buna karşılık tüm dünyada halen 200 milyonu aşkın çocuğun yeterli eğitimden, güvenlikten, sağlık hizmetlerinden yoksun biçimde çalışma yaşamında olduğu, bunlardan 115 milyonunun da çocuk işçiliğinin en kötü biçimlerine maruz kaldığı belirtilmektedir¹. Dolayısıyla sorunun hala ilk günkü önemiyle devam ettiğini söylemek mümkündür.

Türkiye İstatistik Kurumu 2012 yılı çocuk işgücü anketi sonuçlarına göre² Türkiye'de ekonomik faaliyette çalışan 6-17 yaş grubundaki çocukların istihdam oranı %5,9'dur. Bu yaş grubundaki istihdam oranı 2006 yılı sonuçlarına göre aynı düzeyde kalırken, çalışan çocuk sayısında 3 bin kişilik artış gerçekleşmiştir. Oysa 2006 yılında 1994 ve 1999 yıllarına oranla 6-17 yaş grubu çalışan çocuklar istihdam oranında belirgin bir düşüş yaşanmışken, 2012 yılına gelindiğinde bu sayı artış göstermiştir. Yine aynı anket sonuçlarına göre Türkiye'de çalışan çocukların en yoğun olduğu sektör % 44,7 ile tarım sektörüdür³. 2006 yılıyla kıyaslandığında tarım sektörünün istihdam edilenler içindeki payı 8,1 puan artarken; sanayi ve hizmet sektörlerinin payları azalmıştır.

Ulusal ve uluslararası düzeyde bir sorun olarak kabul edilen çocuk işçiliğinin sebepleriyle ilgili araştırmalar göstermektedir ki, çocuk işçiliğinin en temel/büyük nedenleri arasında başta yoksulluk⁴ olmak

¹ Joan M. Smith, "North American Free Trade and The Exploitation of Working Children", 4 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 57 1994-1995, 57. Akın, Levent Akın, "Working Conditions of The Child Worker in Turkish Labor Law", *Employee Responsibilities & Rights Journal*, March 1 2009, 53.

² TÜİK Çocuk İşgücü Anketi Sonuçları, 2012, Haber Bülteni, 2 Nisan 2013, Sayı: 13659, <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13659>

³ Ankete göre Türkiye'de çalışan çocukların %44,7'si (399 bin kişi) tarım, %24,3'ü (217 bin kişi) sanayi ve %31'i (277 bin kişi) hizmet sektöründe yer almıştır.

⁴ Yoksulluk, çocuk işçiliğinin en önemli nedeni olmasının yanı sıra çocuk işçiliğinin

üzere, eğitimle ilgili nedenler, göçler, geleneksel bakış ve ailenin rolünün yanı sıra mevzuatın eksiklikleri ve etkin uygulanamaması bulunmaktadır⁵. Çalışmamızda çocuk işçiliğinin en önemli nedenlerinden biri olarak kabul edilen “mevzuatın eksiklikleri ve etkin olarak uygulanamaması” olgusu irdelenecektir.

I. Çocuk Kavramı:

Çocuk işçiliğine ilişkin temel problemlerden biri, söz konusu kavramın tanımlanmasına ilişkindir. “Çocuk” kavramı için doktrinde yapılan tanımlardan biri, “kimli veya kimsesiz, varlıklı veya varlıksız, suçlu veya suçsuz, beden veya ruh yahut düşünce yönünden arızası olması veya olmaması gibi kişisel özellikleri veya nitelikleri göz önünde bulundurulmaksızın sağ ve tam doğduğu andan reşit olduğu ana kadarki devrede bulunan (insan yavrusu) gerçek kişi”⁶ şeklindedir. Diğer bir tanıma göre çocuk “yetişkinler dünyasına bağımsız bir birey olarak katılma yeteneğini kazanıncaya kadar bedensel, zihinsel ve kültürel gelişmesi için yetişkinin korumasına ihtiyacı olan kişidir”⁷. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük’e göre çocuk, “bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız, uşak”tır⁸. Hukuki açıdan çocuk kavramı için yapılabilecek tanımlardan bir diğeri, “yasalarca tespit edilen belirli bir yaşın altında olduğu için fiziksel, zihinsel, sosyal, psikolojik ve ahlaki gelişimini tamamlamamış, bu nedenle özel olarak korunmaya muhtaç olan kişi” olabilir.

hem nedeni hem de sonucu olarak kabul edilmektedir (Smith, a.g.e., 62. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çocuk İşçiliği (2), 15).

⁵ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çocuk İşçiliği (1), 21 vd. Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Genişletilmiş 2. Baskı, Mart 2012, Ankara, 472 vd. Kadriye Bakırcı, Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması (Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından), Beta Yayınları, İstanbul 2004, 20 vd. Barış Şahin, Çocuk İşçilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, 47 vd. Çocuk ve gençlerin çalıştırılmasının nedenleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akyüz, a.g.e., 472 vd. Bakırcı, a.g.e., 20 vd. Şahin, a.g.e., 47 vd. Murat Engin, “Gençlerin İş Güvenliği”, Çimento İşveren, C.8, S.5, Eylül 1994, 11.

⁶ Ali Naim İnan, Çocuk Hukuku, İstanbul 1968, 10. Akyüz’e göre çocuk “masum, duyarlı, bağımlı ve gelişmekte olan bir insan varlığıdır; aynı zamanda da meraklı, canlı ve umut doludur...” (Akyüz, a.g.e., 1).

⁷ Engin, a.g.e., 11. Psikoloji, tıp ve günlük dilde çocuk kavramı için bkz. Akyüz, a.g.e., 94 vd. Etimolojik ve sosyolojik anlamda çocuk kavramı için bkz. Rona Serozan, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, 3 vd.

⁸ Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>

Esasen ulusal ve uluslararası hukuki belgelerde “çocuk” kavramının tanımlanmasında kişinin belirtilen gelişim süreçlerini tamamlayıp tamamlamadığı tespiti bakılmaksızın “yaş” ölçütü esas alınmaktadır. Çocuk kavramını belirleyen yaş ölçütünün de her dönemde ve her yerde geçerli, kesinlik arz eden bir yaş sınırı olmadığını görmekteyiz. Bu yaş sınırı toplumlara, kültürlere, sosyal çevreye ve zamana göre değişiklik gösterebildiği gibi; aşağıda ayrıntılı olarak da değinileceği gibi farklı hukuksal belgelere ve farklı konulara göre de değişiklik arz edebilmektedir⁹. Örneğin Türk hukuku bakımından 4721 sayılı Medeni Kanun¹⁰ uyarınca erginlik 18 yaşın doldurulmasıyla başlarken (m.11), evlenme yaşı olarak 17 yaşın doldurulması aranmakta, olağanüstü hallerde 16 yaşın doldurulması da kabul edilebilmektedir (m.124). Yine oy kullanmak, parti üyesi olmak için 18 yaşın doldurulması aranırken (Anayasa m.67/3, m.68/1), milletvekili seçilmek için 25 yaşını doldurmak (Anayasa 76/1) gerekmektedir. Buna karşılık ceza hukukunda cezai ehliyet açısından 12 yaşın doldurulması aranmaktadır (TCK m.31/1).

II. Çocuk-Genç Ayrımı

“Çocukluk” ve “gençlik” dönemleri arasında kapasite, beceri ve ihtiyaç farkları bulunduğundan bu kavramların birbirinden ayrılması ve bu ihtiyaçlara uygun farklı hükümlerin öngörülmesi gerekmektedir¹¹. Bu ayrımın yapıldığı uluslararası sözleşmelerden biri 1973 tarihli 138 sayılı ILO Sözleşmesi olmuştur. Bu Sözleşmenin yanı sıra 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı’nda ve 1999 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında da (m.7) çocuk-genç işçi ayrımına rastlanmaktadır. Buna karşılık anılan belgelerde bu kavramlara ilişkin net bir tanım yapılmamıştır.

Bu konudaki en net ayrım ve tanım Avrupa Birliği’nin 1994 tarihli 94/33/EC Sayılı *Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Yönerge*’sinde¹²

⁹ Bakırcı, a.g.e., 85. Akın, a.g.e., 56.

¹⁰ R.G. 8.12.2011, 24607.

¹¹ Bakırcı, a.g.e., 81. Kadriye Bakırcı, “Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık”, Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları, Yayına Hazırlayan: Berrin Ceylan-Ataman, Ankara 2007, 104.

¹² Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31994L0033> Ayrıca bkz. Ertan İren, Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu, Ankara 2008, 244.

yapılmıştır. Yönerge “çocuk”, “genç” ve “ergen” kavramlarını ayrı ayrı tanımlamıştır. Söz konusu Yönergenin 3. maddesine göre genç (young person), 18 yaşın altındaki herhangi bir kişiyi, çocuk (child), 15 yaşın altındaki herhangi bir kişiyi veya ulusal mevzuat uyarınca halen zorunlu tam zamanlı eğitime tabi kişiyi, ergen (adolescent) en az 15 en fazla 18 yaşında olup ulusal mevzuat uyarınca tam zamanlı eğitime tabi olmayan genç işçiyi ifade etmektedir (m.3).

Alman Hukukunda Çalışan Gençlerin Korunmasına Dair 1976 tarihli Yasa’da 15 yaşını doldurmamış olanlar çocuk; 15 ve 18 yaş arasındakiler ise “genç” olarak tanımlanmış ve farklı hükümler öngörülmüştür¹³. Bununla birlikte tam zamanlı zorunlu eğitime tabi olan “gençler” hakkında da çocuk işçiler için geçerli olan hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir.

Türk İş Hukukunda da 4857 sayılı İş Kanununda yukarıda anılan yönergeye uygun olarak çocuk işçi ve genç işçi kavramları kullanılmıştır. Ancak bu kavramlara ilişkin tanıma yasa da değil, 6.4.2004 tarihli “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te yer verilmiştir. Buna göre genç işçi, “15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişiyi” ifade etmektedir (Yön.m.4). Çocuk işçi ise, “14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi” olarak tanımlanmıştır (Yön. m.4).

III. Çocuk İşçi- Çalışan Çocuk Ayrımı

Konuyla ilgili yapılan ayırmalardan bir diğeri “çocuk işçi” ve “çalışan çocuk” ayrımıdır. Çocuk işçi kavramının “işçi” kavramından hareketle “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan yasalarca öngörülmüş belirli bir yaşın altındaki kişi” olarak tanımlanması mümkündür. Buna karşılık “çalışan çocuk” denildiğinde bundan daha geniş kapsamlı bir kavram akla gelmektedir. Buna göre çalışan çocuk: “Ücret karşılığında bir işverene bağımlı olarak veya kendi hesabına ya da ücretsiz aile işçisi şeklinde çalışan belirli bir yaşın altındaki kişidir”¹⁴.

¹³ Muhittin Astarlı, Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, 117, dn.275. Susan Mayne/ Susan Malyon, Employment Law in Europe, Butterworths, London, Dublin and Edinburgh 2001, 459.

¹⁴ Türkiye İstatistik Kurumu 2012 yılı çocuk işgücü anketi sonuçlarına göre, Türkiye’de çalışan çocukların % 52,6’sı ücretli veya yevmiyeli, % 46,2’si ücretsiz

Belirtmek gerekir ki uluslararası kaynaklarda çocuğun yaptığı işin niteliğine göre “çocuğu sömürücü nitelikte olan ve olmayan” işler şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Bu doğrultuda çocuğun her türlü çalışması mutlaka ona zarar verici nitelikte görülmemekte, hatta bazıları onun gelişimi için faydalı kabul edilmektedir¹⁵. Buna göre çocuğun sağlığına, kişisel gelişimine ve eğitimine zarar vermeyen bu tür çalışmalar “çocuk çalışması” (child work) olarak tanımlanmakta ve engellenmeye çalışılmamaktadır. Buna karşılık çocuk işçiliği (child labour) ile kastedilen ve önüne geçilmeye çalışılan çalışma türü, çocuğun çocukluğunu yaşamasının önüne geçen, başta eğitim hakkı olmak üzere onun diğer haklarına sahip olmasını engelleyen, onun fiziksel ve psikolojik gelişimine zarar veren çalışmadır¹⁶. Uluslararası Çalışma Örgütü, çocuk için zararlı kabul edilen bu çalışmaları şu şekilde tanımlamıştır: “çocuğa çok ağır bir yük yükleyen işler; onun sağlığını, güvenliğini tehlikeye sokan işler; çocuğun savunmasızlığından çıkar sağlayan işler, yetişkin emeğinin ucuz bir ikamesi olarak çocuğu sömüren işler; çocuğun emeğinin kullanıldığı ama onun gelişimi için hiçbir fayda sağlamayan işler, onun eğitime veya yetişmesine ve dolayısıyla geleceğine engel olan işler”¹⁷. Doktrinde söz konusu ayırımın çocuk işçiler için gerekli yasal düzenlemeleri yapmada eksik kalacağı, hangi çalışmanın çocukların hayatları üzerinde olumlu etki bıraktığını belirlemenin güç olduğu ve subjektif nitelik taşıdığı isabetli olarak ifade edilmiştir¹⁸.

Türk hukuku bakımından ise İK m.71’de 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmalarının yasak olduğu düzenlendikten sonra, 14 yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış olan çocukların, be-

aile işçisi, % 1,1’i ise kendi hesabına çalışmaktadır.

15 Madeleine Grey Bullard, “Child Labor Prohibitions are Universal, Binding, and Obligatory Law: The Evolving State of Customary International Law Concerning The UnEmpowered Child Laborer”, Houston Journal of International Law, Vol 24:1,2001, 147. Şahin, a.g.e., 28. Smith, a.g.e., 57. Jessica Selby, “Ending Abusive and Exploitative Child Labour Through International Law and Practical Action”, Australian International Law Journal, January 1, 2008, 170. Christopher M. Kern, “Child Labor: The International Law and Corporate Impact”, Syracuse J. Int’l L. & Com., Vol 27:177, 183. Buna göre çocuğun gelişimini ve eğitimini engellemeyen okul sonrası kısmi süreli (part time) işlerin çocuğa gelir ve deneyim sağlaması bakımından faydalı olabileceği iddia edilmektedir (Bullard, a.g.e., 147).

16 Şahin, a.g.e., 28. Selby, a.g.e., 167.

17 ILO Report Of The Director General 37, 69th Sess. 1983 (Bullard, a.g.e., 148’den).

18 Şahin, a.g.e., 25.

densel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak “hafif işlerde” çalıştırılabilecekleri öngörülmüştür. O halde belirtilen nitelikte olan hafif işlerde asgari yaş sınırı düşürülmüş olsa da korunmuştur.

IV. Uluslararası Düzenlemelerde Çocuk ve Genç İşçiliği

Çocuk işçiliği doğrudan veya dolaylı olarak çok sayıda uluslararası belgeye konu oluşturmıştır. Belirtmek gerekir ki bu uluslararası düzenlemeler pratik uygulanabilirliklerinden ziyade, çocuk işçiliğinin global bir sorun olarak kalmasını sağlamak hususunda sembolik öneme haizdirler¹⁹.

1. Birleşmiş Milletler Belgeleri:

Uluslararası anlamda çocuk haklarını koruma altına alan ilk metin, 1924 tarihli *Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi*'dir. Bu bildirmede, “çocukların açlığa, hastalıklara, her türlü istismara ve kimsesizliğe karşı korunması, felaket anında yardımın öncelikle çocuğa yapılması ve çocukların kardeşlik duyguları içinde eğitilmeleri gerektiği” belirtilmiştir. Bu bildirme Gazi Mustafa Kemal tarafından 1931 yılında onaylanmıştır²⁰.

Çocuk hakları konusunda uluslararası düzeyde atılan ikinci adım, 1956 yılında *“Birleşmiş Milletler Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme”* ile gerçekleşmiştir. Bu sözleşme uyarınca “18 yaşından küçük çocukların, veli ya da vasileri tarafından çocuğun şahsını veya çalışmasını istismar amacı ile karşılıklı veya karşılıksız şekilde başka kişilere verilmesi” yasaklanmıştır. Türkiye anılan Ek Sözleşmeyi 04.04.1964 tarihinde onaylamıştır²¹.

Birleşmiş Milletler Örgütü 1959 yılında Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'nin esas alındığı *BM Çocuk Hakları Bildirgesi*; 1989 yılında ise çalışan-çalışmayan 18 yaş altındaki bütün çocukları ve onların “yaşama hakkı”, “isim hakkı”, “vatandaşlık kazanma hakkı”, “düşüncesini

¹⁹ Selby, a.g.e., 169.

²⁰ Şahin, a.g.e., 95.

²¹ 11674 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi, RG 6.1.1964, 11599.

özgürce açıklama hakkı" "eğitim hakkı" gibi haklarını güvence altına alan *Çocuk Hakları Sözleşmesini* kabul etmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi Türkiye tarafından 1994 yılında bazı çekinceler koymak suretiyle onaylanmış²², 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe konulmuştur²³. Bu Sözleşmenin çalışan çocuklara ilişkin düzenlemesi 32. maddesinde yer almıştır: Bu maddeye göre: "1. Taraf Devletler, çocuğun ekonomik sömürüye karşı veya her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine engel olacak ya da sağlığı veya fiziksel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ya da sosyal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler. 2. Taraf Devletler, bu maddenin hayata geçmesini sağlamak için yasal, idari, sosyal ve eğitsel her türlü önlemi alırlar. Bu amaç için ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, taraf devletler özellikle şu önlemleri alırlar: a) İşe kabul için bir veya birden çok asgari yaş sınırı tespit ederler, b) Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeler yaparlar, c) Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için cezai veya başka uygun yaptırımlar öngörürler"²⁴. Görüldüğü gibi BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocukların çalışması konusunda herhangi bir asgari yaş sınırı belirlenmeyip "asgari yaş sınırı tespit etme yükümü" taraf devletlere bırakılmıştır²⁵. Ancak Sözleşmenin esas önemi çocukları ailelerinin malı veya yardımseverliğin bir objesi olarak görmek yerine "haklarından" söz edilmeye başlanmasıdır²⁶.

Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen çocuk işçiliğine ilişkin hükümlere yer verilen diğer bir sözleşme "Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi"dir. Bu sözleşmenin

²² RG 11.12.1994, 22138. Sözleşmenin çekince konulan maddeleri 17, 29 ve 30. maddelerdir (Bakırcı, a.g.e., 91. Adnan Tuğ/Ulaş Baysal, "İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt II, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2011, 1872).

²³ RG, 27.01.1995, 22184.

²⁴ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuklara tanıdığı haklara ilişkin olarak bkz. Akyüz, a.g.e., 58 vd.

²⁵ Bununla birlikte bu konuda asgari çalışma yaşına ilişkin öteki uluslararası belgelere göndermede bulunulmuştur. Bu belgelerin de esas itibarıyla -başta 138 sayılı Sözleşme olmak üzere- ILO'nun asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemeler olduğu ifade edilmektedir (Tankut Centel, "Sekiz Yıllık Temel Eğitim ve Asgari Çalışma Yaşı", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 296).

²⁶ Selby, a.g.e., 166. Bakırcı, a.g.e., 90-91.

“Ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunması” başlıklı 10. maddesine göre “Çocuklar ve gençler ekonomik ve toplumsal sömürüye karşı korunur. Çocukların ve gençlerin ahlaklarına veya sağlıklarına zararlı bulunan veya onların yaşamları için tehlikeli olan veya onların normal gelişmelerine engel olan işlerde çalıştırılmaları kanunla cezalandırılır. Devlet ayrıca, çocukların ücretli olarak çalıştırılmasının hukuken yasaklandığı ve cezalandırıldığı asgari yaş sınırını tespit eder”²⁷.

2.Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri

A. İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin 138 Sayılı Sözleşme

Kabul ettiği ILO Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları ile uluslararası iş hukukunun temel kaynağını oluşturan Uluslararası Çalışma Örgütü, çocuk işçilere ilişkin olarak 1919 yılından başlamak üzere belirli sektörlerde veya meslek gruplarına yönelik olmak üzere çok sayıda sözleşmeyi kabul etmiştir. Bu sözleşmelerde tarım, sanayi, sanayi dışı, deniz işleri, balıkçılık, yer altı işleri gibi iş ve sektörlerde asgari çalıştırma yaşı ayrı ayrı tespit edilmiştir²⁸. Ancak bu sözleşmeler genel nitelik taşımayıp sadece belirli işler ve sektörleri kapsamına almışlardır. Bu sebeple ILO tarafından 1973 yılında, sektör sınırlaması olmaksızın genel nitelik taşıyan bir asgari yaş sınırının belirlendiği ve temel ILO Sözleşmeleri arasında yer alan “İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin 138 Sayılı Sözleşme”²⁹ ve “Asgari Çalıştırma Yaşına İlişkin 146 Sayılı Tavsiye Kararı”³⁰

²⁷ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf

²⁸ Bu sözleşmeler: 1921 tarihli “Tarımda Çocukların Çalıştırılmaları Hakkında 10 sayılı Sözleşme”, 1921 tarihli “Trimci ve Ateşçi Sıfatıyla Gemilerde İşe Alınacaklarda Asgari Yaşın Tespitine Dair 15 Sayılı Sözleşme”, 1937 tarihli “Sanayi İşyerlerine Alınacak Çocukların Asgari Yaş Sınırını Belirleyen 59 Sayılı Sözleşme”, 1936 tarihli “Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkında 58 Sayılı Sözleşme”, 1937 tarihli “Sanayi Dışı İşlerde Çocukların Asgari Çalıştırılma Yaşı Hakkındaki 33 sayılı Sözleşme”, 1959 tarihli “Balıkçıların Asgari Çalışma Yaşı Hakkında 112 Sayılı Sözleşme”, 1960 tarihli “İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkında 115 sayılı Sözleşme”, 1965 tarihli “Yeraltı Madenlerinde İşe Alınmada Asgari Yaş Hakkında 123 Sayılı Sözleşme” dir.

²⁹ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>. Resmi Türkçe çevirisi için bkz. http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_138.htm. Türkçe çevirisi için ayrıca bkz. Centel, ILO Sözleşmeleri, 352 vd.

³⁰ Tavsiye Kararı için bkz. <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>

kabul edilmiştir. 138 Sayılı Sözleşme Türkiye tarafından 23.1.1998 tarih ve 4334 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile onaylanmıştır³¹.

Anılan sözleşmenin asgari çalışma yaşına ilişkin en temel düzenlemesi, asgari yaş sınırının “zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında ve her halükarda 15 yaşın altında olmayacağı”na ilişkin 2. madde hükmüdür. Bununla birlikte bu Sözleşmeyi onaylayan devletlere, çocuk işçiliğini³² etkin bir şekilde ortadan kaldırmayı ve asgari çalışma yaşının giderek gençlerin fiziksel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine olanak tanıyacak bir düzeye yükseltilmesini sağlayan ulusal bir politika takip etme yükümlülüğü de yüklenmiştir (m. 1). Asgari çalışma yaşının giderek artırılması hedefi -ilk etapta 16 yaşına çıkarılma şeklinde- “Asgari Çalıştırma Yaşına İlişkin 146 Sayılı Tavsiye Kararı”nda da daha da somutlaştırılarak ortaya konmuştur (m.7/1). Sonuç itibariyle ILO’nun asgari çalışma yaşının belirlendiği temel düzenlemesi olan 138 Sayılı Sözleşmede belirlenen yaş sınırı, her dönem için geçerli olacak sabit bir sınır olmayıp zamanla “gençlerin fiziksel ve zihinsel yönden tam olarak gelişmelerine olanak tanıyacak bir düzeye (ilk etapta 16)” artırılması gereken bir sınır olarak tespit edilmiştir³³.

³¹ RG, 27.1.1998, 23243. Öğretide çalışma ve çalıştırmada asgari yaşa ilişkin en kapsamlı uluslararası tanımı yapan 138 Sayılı Sözleşmenin özellikle gelişmekte olan ülkeler için aşamalı ve esnek bir yaklaşımı içerdiğinden yenilikçi olduğu ifade edilmektedir (Bakırcı, a.g.e., 95).

³² Doktrinde, 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi’nde yer alan “Child Labour” kavramının Türkçe’ye hatalı şekilde “çocuk işçiliği” olarak çevrildiği, buna karşılık doğru çevirinin “çalışan çocuk” olduğu ve bu nedenle de sözleşmede öngörülen asgari çalışma yaş sınırının hem bağımlı hem bağımsız çalışma ilişkisi için geçerli olduğu ileri sürülmektedir (Bakırcı, a.g.e., 95. Şahin, a.g.e., 120). Sözleşmedeki asgari yaş sınırının hem bağımlı hem de bağımsız çalışma ilişkileri için geçerli olduğu yönünde Rufaro Audrey Mavunga, “A Critical Assessment of The Minimum Age Convention 138 of 1973 and The Worst Forms of Child Labour Convention 182 of 1999”, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Volume 16, No:5, December 1, 2013, 130.

³³ Uluslararası Çalışma Örgütü’nün kabul ettiği sözleşmelerin genellikle -mümkün olduğu kadar fazla sayıda devletçe onaylanması amacı doğrultusunda- farklı ekonomik ve sosyal koşullara sahip devletlerin de uyum sağlayabilmeleri için esnek nitelik taşıyan düzenlemeler içermesi özelliği, 138 Sayılı Sözleşme için de geçerli olmuştur. Bu doğrultuda, 2. maddenin 4. fıkrasında ekonomik ve eğitim olanakları yeterli derecede gelişmemiş olan ülkelere, asgari çalışma yaşını (15 yerine) 14 olarak belirleme imkanı tanınmıştır (m.2/4). Ancak bu durumda dahi, söz konusu ülkenin zaman içerisinde bu yaş sınırını 15’e çekmek konusunda gerekli adımları atmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (m.2/son).

138 Sayılı Sözleşmenin asgari yaş sınırına ilişkin diğer bir önemli düzenlemesi, gençlerin *“sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek işlerde”* belirlenen asgari yaş sınırınıdır. Buna göre bu nitelikte işlerde asgari yaş sınırı 18 olarak belirlenmiştir (m.3/1). Buna karşılık aynı maddenin son fıkrasında -belirtilen nitelikte işlerde 18 olarak belirlenen asgari yaş sınırına- bir istisna hükmü öngörmüştür. Buna göre *“Ulusal mevzuat yahut yetkili makam bu maddenin 1. fıkrası hükümlerine bakılmaksızın, varsa işveren ve işçi örgütlerine danışarak, söz konusu genç kişilerin sağlığı, güvenliğinin ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması ve genç kişilerin ilgili faaliyet dalında yeterli özel öğrenim veya mesleki eğitim görmeleri koşuluyla 16 yaşından itibaren istihdamlarına veya çalışmalarına izin verebilir”* (m.3/3). O halde sağlığı, güvenliği veya ahlakı tehdit eden işlerde kural olarak 18 olan asgari çalışma yaş sınırı, genç işçilerin sağlığı, güvenliği ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması ve ilgili faaliyet alanında yeterli özel öğrenim veya mesleki eğitim görmeleri koşullarının birlikte sağlanmasıyla 16’ya çekilebilecektir. Öte yandan 146 Sayılı Tavsiye Kararında, anılan nitelikteki işlerde asgari yaş sınırının 18’in altında belirlendiği durumlarda dahi bu sınırın zaman içerisinde 18 yaş sınırına çekilmesi hususunda ivedi adımların atılması gerekliliği ifade edilmiştir (m.9).

138 Sayılı Sözleşmenin diğer bir önemli düzenlemesi, *“Yetkili makamın gerektiğinde, varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerine danıştıktan sonra özel ve önemli uygulama sorunlarının çıktığı sınırlı istihdam ve çalışma kategorilerini bu sözleşmenin uygulama alanı dışında tutabileceğine”* ilişkin hükmüdür (m.4/1). O halde bu hüküm doğrultusunda sözleşmeyi onaylayan bir devlet özel ve önemli uygulama sorunlarının çıktığı alanlarda olmak üzere sınırlı bir alanda 15 yaş sınırı konusunda istisna öngörebilecektir. Ancak yine aynı hüküm uyarınca, istisna bırakılacak alan gençlerin *“sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek işler”* olamayacaktır (m.4/son). Diğer yandan yine Sözleşmeye göre, kapsam dışında bırakılan bu alanların zaman içerisinde kapsama alınması hususunda gerekli adımların da atılması gerekmektedir (m.4/2).

Benzer şekilde, Sözleşmede, ekonomisi ve idari yapısı yeterince gelişmemiş bir üye bu sözleşmenin uygulama alanını, varsa ilgili işçi ve işveren örgütlerine danışarak başlangıç aşamasında sınırlayabileceği öngörülmüştür (m.5/1). Ancak Sözleşmede, bu Sözleşme hükümlerinin her halükarda uygulanacağı alanlar da tespit edilmiştir (m.5/3).

Bu alanlar; madencilik ve maden çıkarımı; imalat; inşaat; elektrik, gaz ve su; temizlik hizmetleri; ulaştırma, depolama ve haberleşme; düzenli olarak ücretli işçi istihdam etmeyen ve yerel tüketim amacıyla üretim yapan küçük ölçekli aile işletmeleri hariç ticari amaçlı üretimde bulunan diğer tarım işletmeleri ve plantasyonlardır. O halde belirtilen bu alanlar açısından Sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağıının öngörülmesi –az gelişmiş ülkeler için dahi- mümkün değildir³⁴.

Sözleşmenin bir diğer istisna düzenlemesi “hafif işlere” ilişkindir. Bu düzenlemeye göre, 13-15 arası yaşlardaki kişilerin, sağlıklarına veya gelişmelerine zarar vermesi ihtimali bulunmayan ve okula devamlarını, yetkili makamın onayladığı mesleğe yöneltme veya mesleki eğitim programlarına katılmalarını veya derslerden yararlanmalarını engellemek koşuluyla hafif işlerde çalışmalarına veya istihdamlarına izin verilebilecektir³⁵ (m.7). O halde maddede öngörülen koşulları taşıyan “hafif işler”de asgari çalışma yaşı 13’e kadar düşürülebilecektir. Ayrıca yine aynı maddede, en az 15 yaşında olmak koşulu ile zorunlu eğitimlerini tamamlamamış kişilerin belirtilen koşulları taşıyan hafif işlerde çalışmasına izin verilebileceği de hükme bağlanmıştır.

B. Çocuk İşçiliğinin Önlenmesi Uluslararası Programı (International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC))

ILO tarafından 1992 yılında uygulamaya konulan “Çocuk İşçiliğinin Önlenmesi Uluslararası Programı”nın amacı kısa ve orta-uzun vadede olmak üzere iki doğrultuda belirlenmiştir. Buna göre programın uzun vadeli amacı çocuk çalışmasının sona erdirilmesi, kısa ve orta vadeli hedefi ise çocukların çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve

³⁴ Sözleşmenin 4. ve 5. maddeleri arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. 4. madde, bazı mesleklerin kapsam dışında bırakılmasına izin verirken; 5. madde bazı ekonomik sektörlerin tümüyle kapsam dışında bırakılabileceğini öngörmüştür. İki arasındaki ayırma göre, 4. maddenin hem gelişmiş hem gelişmemiş tüm üye devletler için uygulama alanı olmasına rağmen, 5. madde sadece az gelişmiş ülkeler için uygulanabilecek bir maddedir (Mavunga, a.g.e., 137).

³⁵ Söz konusu düzenlemede “hafif iş” in net bir tanımı verilmemiştir. Bu durum üye devletlere kendi koşullarına uygun bir biçimde düzenleme yapmak hususunda esneklik sağlamaktadır. Nitekim bu konuda yapılacak tanım, ülkenin içinde bulunduğu çevresel, kültürel, sosyal, siyasal ve ekonomik koşullardan etkilenecektir (Mavunga, 138-139).

en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin önlenmesidir³⁶. Türkiye IPEC'e 1992 yılında ilk imza atan ülkelerden biri olmuş ve bu çerçevede çok sayıda projeyi hayata geçirmiştir.

C. 182 Sayılı Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerinin Önlenmesi Acil Eylem Sözleşmesi

ILO'nun IPEC kapsamında acil olarak ortadan kaldırılmasını öngördüğü "en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği" kavramı, 1999 yılında -temel ILO Sözleşmelerinden bir diğeri olarak kabul edilen- Sözleşmeye konu oluşturmuştur. Gerçekten de ILO tarafından 1.6.1999 tarihinde kabul edilen ve Türkiye tarafından 26.1.2001 tarihinde onaylanan³⁷ "*Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimlerinin Önlenmesi Acil Eylem Sözleşmesi* Adlı 182 Sayılı Sözleşme"³⁸, 18 yaşın altındaki herkes çocuk olarak tanımlanmış ve bu Sözleşmeyi onaylayan üye devletlere, en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını sağlayacak ivedi ve etkin önlemleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir.

Sözleşme uyarınca 18 yaşın altındaki bütün çocuklar için acil olarak yasaklanması gereken "en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği" kavramı şu çalıştırma biçimlerini içermektedir: "a) çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburi çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini, b) çocuğun fuhuşta, pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ve sunumunu, c) çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ve sunumunu d) doğası ve gerçekleştirdiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işleri kapsar".

³⁶ Bkz. <http://www.ilo.org/ipecc/programme/lang--en/index.htm>. Türkiye'de ILO-IPEC kapsamında 1992-2001 Döneminde yürütülen çalışmalara ilişkin olarak bkz. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çocuk İşçiliği ile Mücadele, 6 vd.

³⁷ 4623 Sayılı Uygun Bulma Kanunu, RG, 3.2.2011, 24307.

³⁸ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>. Sözleşmenin resmi Türkçe çevirisi için bkz: http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_182.htm.

Görüldüğü gibi ilk üç bentte yasalarca esasen “suç” olarak tanımlanan durumlar belirtilmiştir. Bu çerçevede bu bentlerde sıralananlar “şarta bağlı olmayan en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği” olarak tanımlanmaktadır³⁹. Nitekim çalışma koşullarının iyileştirilmesi burada sayılanları “yasal” hale getirmeyecektir. Buna karşılık d bendi ise “şarta bağlı en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği” olarak tanımlanmaktadır. Nitekim bu bent kapsamına giren bir iş, koşullarının değiştirilmesi ve çocuğun gelişimi için güvenli hale getirilmesi koşuluyla “en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği” kapsamından çıkacaktır.

Doktrinde 18 yaşından küçüklerin fuhuş, pornografi, dilencilik veya uyuşturucu sektörü gibi yasadışı faaliyetlerde kullanılmasının “çalışma” olarak kabul edilmesinin, çocukların bu tür faaliyetlerine meşruluk kazandırılmasına yol açabileceği için son derece tehlikeli olduğu ve Sözleşmenin bu düzenleme biçiminin uygun olmadığı ifade edilmektedir⁴⁰. Buna göre bu tür faaliyetler “çalışma” olarak kabul edildiği takdirde yasadışı olduğu için geçersiz bile olsa bir iş sözleşmesinin varlığı ve çalışma karşılığında ücret talebi de gündeme gelebilecektir. Yine bu görüşe göre çocuklar bu tür faaliyetlerde aslında sömürü konusu oldukları için mağdurdur ve bu mağduriyetlerine “çalışma” denmesi yerinde değildir. Bu sebeple çalışma ile çocukluğa karşı insanlık suçu oluşturan yasadışı faaliyetler arasında kalın bir çizgi çizilmesi şarttır.

Esasen Türk hukuku açısından konusu çocuğun fuhuş, pornografi, dilencilik veya uyuşturucu sektörü gibi yasadışı faaliyetlerde kullanılması olan iş sözleşmeleri, yürürlükteki hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı düşen, kamu düzenini, ahlakı ağır biçimde ihlal eden nitelikte olduğundan geçmişe yönelik olarak geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır. Buna göre bu tür iş akitleri yürürlüğe girmiş olsa bile

³⁹ Mavunga, a.g.e., 145.

⁴⁰ Bakırcı, 169-170. Yine doktrinde 182 sayılı Sözleşmede “en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği” olarak tanımlanan a, b ve c bentlerinin geleneksel olarak bir çalışma meselesinden çok “suç” olarak kabul edildiğini, bu doğrultuda normal çalışma hayatına ilişkin adımların/uygulamaların bu alanda etkili olmasını beklemenin güç olduğu ifade edilmektedir (Mavunga, a.g.e., 146). Sözleşmenin çalışma hayatına ilişkin meselelerden daha çok kriminal bazı konular üzerinde durması bakımından olağandışı bir nitelik taşıdığı, her ne kadar geniş ölçüde kabul görmüş olsa da sözleşmenin pratik uygulanabilirliğinin büyük ölçüde güç olduğu belirtilmektedir (Mavunga, a.g.e., 143, 148).

geçersizlik geçmişe yürür. Bu tür iş sözleşmeleri baştan itibaren geçersizdir; hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz⁴¹.

3. Avrupa Konseyi Düzenlemeleri

Çocuk işçiliğini ilgilendiren önemli Avrupa Konseyi düzenlemeleri olarak, kölelik ve zorla çalıştırma yasağının düzenlendiği 1950 tarihli “*İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi*” (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), 1961 tarihli *Avrupa Sosyal Şartı* ve 1 Temmuz 1999 tarihinde Sosyal Şartın yerine geçen *Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartını* sıralamak mümkündür.

Türkiye tarafından 27 Eylül 2006 yılında bazı maddelerine çekince konularak⁴² onaylanan⁴³ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı⁴⁴ çocuk ve gençlerin korunmasına ilişkin önemli bir düzenlemeyi barındırmaktadır. “Çocuk ve gençlerin korunması hakkı” başlıklı 7. maddeye göre, “Akit Taraflar, çocukların ve gençlerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; 1- Çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşınının 15 olmasını sağlamayı; 2- Tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde,

⁴¹ Öner Eyrenci/ Savaş Taşkent/ Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014, 101. Bakırcı, a.g.e., 424. İştah Urhanoglu Cengiz, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlanmasına Yönelik Düzenlemeler”, *TBB Dergisi* 2012 (98), 226.

⁴² 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı Türkiye tarafından onaylanırken çekince konulan maddeler arasında, 7. maddede yer alan “çocuk ve gençlerin korunma hakkına” ilişkin bazı fıkralar da yer alırken, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında 7. maddeye ilişkin konulan bu çekinceler tamamen kaldırılmıştır (Tuğ /Baysal, a.g.e., 1872-1873. Şahin Çil, “Avrupa Sosyal Şartı ve Yargıtay Kararları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.18, Haziran 2010, 61. Nurseli Tarcan, “Avrupa Sosyal Şartı’ndan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’na”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.4, Aralık 2006, 223-224. Selim Gündüz, “Türkiye’de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt:22, Sayı:1-2-3, Şubat-Mayıs-Ağustos 2009, 3. Fevzi Şahlanan, Sanayide Yaş Sınırı Bakımından Çocukların Korunmaları, Mesleki Eğitim ve Yönlendirme Açılarında Onaylanan ILO Sözleşmeleri, *İHD*, C.III, Nisan Haziran 1993, 194).

⁴³ 5547 Sayılı Kanun, RG. 3.10.2006, 26308.

⁴⁴ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut Gülmez, “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’na Uyum Sağlayabilecek miyiz?” *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2007/1, 28 vd. Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014, 88-89. Avrupa Sosyal Şartı’ndan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’na geçiş sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tarcan, a.g.e., 217 vd.

asgari çalışma yaşının 18 olmasını sağlamayı; 3- Henüz zorunlu eğitim çağında olanların, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarını engelleyecek işlerde çalıştırılmamalarını sağlamayı; 4-18 yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını sağlamayı; 5- Çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücret ve diğer uygun ödemelerden yararlanma hakkını tanımayı; 6- Gençlerin, işverenlerin izniyle normal çalışma saatlerinde mesleki eğitimde geçirdikleri sürenin, günlük çalışma süresinden sayılmasını sağlamayı; 7- 18 yaşın altındaki çalışanlara yılda en az dört haftalık ücretli izin hakkını tanımayı; 8- 18 yaşın altındaki kişilerin, ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenen işler dışında gece işinde çalıştırılmamalarını sağlamayı; 9-Ulusal yasalar veya yönetmeliklerle belirlenen işlerde çalışan 18 yaşın altındaki kişilere düzenli sağlık kontrolü yapılmasını sağlamayı; 10- Çocukların ve gençlerin özellikle doğrudan veya dolaylı olarak işlerinden doğan tehlikeler başta olmak üzere, uğradıkları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel olarak korunmalarını sağlamayı; taahhüt ederler"⁴⁵.

4. Avrupa Birliği Düzenlemeleri

Avrupa Birliği'nde 9 Aralık 1989 tarihinde kabul edilen Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı⁴⁶ asgari çalışma yaşının zorunlu eğitimi bitirme yaşının altında ve her durumda 15 yaşın altında olamayacağı (m.20), çalışma süresinin sınırlandırılması, 18 yaşından küçükler için gece çalışmasının yasaklanmasına (m.22) ilişkin hükümler içermektedir.

Avrupa Birliğinde çocuklara ilişkin hükme yer verilen diğer bir düzenleme Avrupa Birliği Temel Haklar Şartıdır⁴⁷. Bu Şartın 32. mad-

⁴⁵ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=559:gden-germ-avrupa-sosyal-rti&catid=6:uluslararasıylge&Itemid=36. Avrupa Sosyal Şartı'nın söz konusu hükmüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tankut Centel, "Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçi Haklarının Avrupa Sosyal Şartı ile Korunması", İnsan Hakları Yıllığı, C.XII, 1990, 125 vd. Faruk Baştürk, "Avrupa Sosyal Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması ve Türk Hukuku", Hukuk ve Adalet, Bahar 2004, 240 vd.

⁴⁶ Şartın İngilizce metni için bkz. http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions%20internationales/Community_Charter_of_the_Fundamental_Social_Rights_of_Workers.pdf

⁴⁷ Şartın İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389>

desine göre “Çocukların çalıştırılması yasaktır. Asgari çalışma yaşı -gençler için öngörülmüş daha elverişli kurallara saklı kalmak kaydıyla ve sınırlı istisnalar dışında- zorunlu eğitimi bitirme yaşından daha aşağıda belirlenemez. Gençler için yaşlarına uygun çalışma koşulları belirlenmeli ve ekonomik sömürüye karşı ve güvenliklerine, sağlıklarına veya fiziksel, zihinsel, ahlaki veya sosyal gelişmelerine zarar verecek veya eğitimlerini engelleyecek her türlü işten korunmaları sağlanmalıdır”.

Avrupa Birliği, 22 Haziran 1994 tarihinde 94/33/EC Sayılı Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Yönerge’yi⁴⁸ kabul etmiştir. Yönerge’nin amacının düzenlendiği 1. maddeye göre, “Üye Devletler çocukların çalışmasını önlemek için gerekli tedbirler alacaktır. Asgari çalışma veya istihdam yaşının, ulusal mevzuatta öngörülen zorunlu tam zamanlı öğrenim yaşının altında veya her durumda 15 yaşın altında olmamasını sağlayacaklardır...”. Yönergeye göre ayrıca gençlerin yaşına uygun çalışma koşullarının sağlanması; gençlerin ekonomik istismarı ile sağlık, güvenlik, fiziksel, zihinsel, ahlaki, sosyal gelişimleri veya öğrenimlerini tehlikeye sokacak işlerde çalıştırılmasının önlenmesi yönergenin amacını oluşturmaktadır.

Yönerge kapsam olarak ILO tarafından kabul edilen 138 ve 182 sayılı Sözleşmelerden farklılık arz etmekte ve bu sözleşmelere göre daha sınırlı kapsamdaki işçiler açısından uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre Yönergenin “kapsam” başlıklı 2. maddesi bağımlı ve bağımsız çalışan ayırımına giderek, bu yönergenin sadece 18 yaşından küçük ve bir iş sözleşmesiyle çalışan veya üye devletlerin ulusal mevzuatı veya idari düzenlemelerine göre bir iş ilişkisi içerisinde bulunan işçilere uygulanacağı öngörülmüştür.

Yukarıda anıldığı gibi Yönergede, çocuk-geç-ergen ayırımı yapılarak bu kavramlar tanımlanmış (m.3), genç işçilerin çalıştırılmayacakları işler belirlenmiş (m.7), çocuk ve genç işçilerin çalışma sürelerine (m.8), dinlenme sürelerine (m.10, m.11), gece çalışmasına (m.9) ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir⁴⁹. Çocuk ve genç işçilere ilişkin 94/33/

:0403:en:PDF

⁴⁸ Yönergenin İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31994L0033> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İren, a.g.e., 242 vd.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İren, a.g.e., 243 vd.

EC sayılı Avrupa Birliği Yönerge'sinde kabul edilen düzenlemeler, 4857 sayılı İş Kanunu ile bu kanuna dayanılarak çıkarılan çocuk ve genç işçilerin korunmasına ilişkin yönetmeliklere de yansiyarak mevzuatımızı büyük ölçüde etkilemiştir.

V. Ulusal Düzenlemelerde Çocuk ve Genç İşçiliği

1. Çocuk İşçilerin Korunmasının Anayasal Dayanağı

Diğer hukuk dallarında olduğu gibi iş hukukunda da resmi kaynakların başında ve tüm kaynakların üstünde yer alan Anayasa, ulusal düzeyde çocuk işçilerin korunması konusunda temel kaynağı oluşturmaktadır. Çocuk işçilerin korunmasının Anayasa'daki temel dayanağı ise, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "*sosyal devlet ilkesi*"dir. Bu ilke, 1982 Anayasası'nın "Devletin Temel Amaç ve Görevleri" başlıklı 5. maddesinde anlatımını bulmuştur⁵⁰. Bu maddeye göre, "*Devletin temel amaç ve görevleri...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*". Bu doğrultuda devleti, "herkes için insanlık onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlama amacı doğrultusunda, milli gelirin adalete uygun bir biçimde dağılmasını sağlamak, ekonomik ve sosyal farklılıkları gidererek toplumsal dengeyi kurmak, toplumdaki güçsüzleri ve yardıma ihtiyacı olanları korumak ve bu yönde gerekli önlemleri almakla görevli kılan"⁵¹ sosyal devleti ilkesi, çocukların korunmasının başlıca Anayasal dayanağını oluşturmaktadır.

Diğer yandan Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı 3. bölümünün ilk maddesi "*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları*" başlığını taşımaktadır (m.41). Bu madde uyarınca, "*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar*" (m.41/2). Yine Anayasa'nın 50. maddesine göre, "*Kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak*

⁵⁰ Süzek, a.g.e., 51.

⁵¹ Süzek, a.g.e., 51-52. Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, 1. Baskı, Ankara 1985, 16-17.

korunurlar". Anayasa'nın 41/2 hükmü, çalışan-çalışmayan tüm çocukların özel olarak korunmasını güvence altına alırken 50.madde, çalışan çocukların ve gençlerin yaşları nedeniyle kendilerine uymayan ve iş sağlığına aykırı çalışma koşullarında çalıştırılmalarını engellemekte ve çalışma koşulları bakımından özel olarak korunmalarını güvence altına almaktadır.

Öte yandan, 12.9.2010 tarihinde halkoylamasına sunulan 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Yasa⁵² ile 1982 Anayasasında yapılan değişikliklerde, çocuk işçilerin özel olarak korunmasına ilişkin hükümler de öngörülmüştür. Buna göre Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" başlıklı "*Herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit*" olduğu hükmünün yer aldığı 10. maddenin üçüncü fıkrasına, "*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz*" hükmü eklenmiştir. Bu madde ile çocuklara yönelik olarak yapılacak pozitif ayrımcılığın ve özel düzenlemelerin, eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı açıkça düzenlenmiştir⁵³. Söz konusu değişikliğin olumlu olduğunda şüphe olmamakla birlikte esasen söz konusu hüküm öngörülmeseydi de, "kanun önünde eşitlik" ilkesinin düzenlendiği madde, farklı konum ve statüde olan kişilerin ve bu arada çocukların korunması yönünde özel hükümler öngörülmesinin önünde bir engel oluşturmamaktaydı. Ayrıca bu düzenlemeden önce de yürürlükte olan "sosyal devlet ilkesi" ve yukarıda andığımız Anayasa'nın 41/2 ve 50. maddeleri çocukların özel olarak korunması konusunda devlete görev yüklemekteydi.

Çocuklara özel olarak öngörülen bu hükmün dışında çocuk işçilerin Anayasada tüm kişiler ve tüm çalışanlar için öngörülen "Düşünce ve Kanaat Hürriyeti" (m.24), "Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi" (m.42) "Ücrette Adaletin Sağlanması" (m.55), "Sosyal güvenlik hakkı"(m.60) gibi haklardan da kuşkusuz ki yararlanmaları söz konusudur⁵⁴.

⁵² RG, 13.5.2010, 27580. Anayasa Mahkemesi'nin bu yasaya ilişkin kısmi iptaline ilişkin gerekçeli kararı 1.8.2010, 27659 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵³ Bu değişikliğin olumlu olduğu yönünde bkz. Can Tuncay, "Anayasa'nın İş Hukukuna İlişkin Bazı Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.18, Haziran 2010, 154.

⁵⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akyüz, a.g.e., 339 vd.

Anayasa'nın çocuk işçiliğine ilişkin mevzuatı ilgilendiren diğer bir düzenlemesi, uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yerini belirleyen hükmüdür. Nitekim çocuk işçiliğine ilişkin çok sayıda uluslararası belge ve sözleşme Türkiye tarafından onaylanmış durumdadır. Anayasa'nın "Milletlerarası Antlaşmaları Uygun Bulma" başlıklı 90. maddesinin son fıkrası uyarınca, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır". Görüldüğü gibi bu hüküm uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar yasaların üstünde kabul edilmektedir⁵⁵. Bu doğrultuda örneğin "en az çalışma yaşı", örgütlenme (sendikalaşma) özgürlüğü, zorla çalıştırma yasağı kişi temel hak ve özgürlükleri ile ilgili olduğundan, buna ilişkin uluslararası sözleşmelerle bir iş yasası kuralının çelişmesi durumunda uluslararası sözleşme hükmünün uygulanması gerekir. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından "temel insan haklarına ilişkin" olduğu kabul edilen sözleşmeler arasında 138 sayılı İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşme ve 182 Sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması Hakkında Sözleşme de bulunmaktadır⁵⁶.

2. Ulusal Mevzuatta Çocuk ve Genç İşçiliği

İş Kanununa tabi çocuk ve genç işçilerin çalışma yaşı ve çalışma koşulları esas olarak 4857 sayılı İş Kanunu, 2004 tarihli "Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"te düzenlenmiştir. Buna karşılık söz konusu düzenlemeler İş Kanunu m.4'te "istisnalar" başlıklı hükümde yer alan deniz ve hava taşıma işlerinde, 50'den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinde, ev hizmetlerinde, üç kişinin çalıştığı esnaf ve sanatkar işyerlerinde çalışan çocuk

⁵⁵ Süzek, a.g.e., 84. Çil'e göre, Avrupa Sosyal Şartı kişilere değil doğrudan devlete yükümlülük getirdiğinden bu düzenlemelerinin işverenlere doğrudan uygulanması mümkün olmaz ancak işverenin kamu kurumu (devlet) olması ihtimalinde Şart hükümlerinin doğrudan uygulanması gündeme gelebilir (Çil, a.g.e., 61).

⁵⁶ Süzek, a.g.e., 84. ILO sözleşmelerinin doğrudan uygulanabilirliği sorununa ilişkin bkz. Süzek, a.g.e., 85 vd.

ve genç işçilere uygulanmayacaktır. İş Kanununa tabi olmayan çocuk ve genç işçiler için ise 6098 sayılı Borçlar Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁵⁷, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu uygulama alanı bulmaktadır.

Çocuk- Genç- Çıracak Kavramları

1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak 4857 sayılı İş Kanununda, Avrupa Birliğinin Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Yönergesine uygun şekilde çocuk ve genç işçi ayrımı öngörülmüştür⁵⁸. Buna karşılık bu kavramlara ilişkin tanıma yasada değil, 6.4.2004 tarihli "Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"te yer verilmiştir. Buna göre genç işçi, "15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişiyi" ifade etmektedir (Yön.m.4). Çocuk işçi ise, "14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi" olarak tanımlanmıştır (Yön. m.4). Bu tanımlarda bir eksiklik bulunmaktadır. İşçiden söz edebilmek için "iş sözleşmesiyle" çalışma zorunludur. Bu doğrultuda çocuk işçi, "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi"; Genç işçi ise, "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişi" şeklinde tanımlamak daha doğru olacaktır. Yine bu tanımlara bakıldığında "çocuk" işçilik döneminin 14 yaş ve 15 yaş arasındaki sadece bir yıllık dönemi kapsadığını görüyoruz. 14 yaş altında (yasadışı da olsa) iş sözleşmesiyle çalışan kişilerin "çocuk" işçi olarak tanımlanmaması kuşkusuz bunların "çocuk" sayılmaması nedeniyle değil, bu çalışmaların "yasal" kabul edilmemesi nedeniyle olsa gerektir.

Çocuk işçi kavramından ayrılması gereken kavramlardan biri "çıracak" kavramıdır. Çıracak, çıracıklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişidir (Mesleki Eğitim Kanunu m.3/c). Bir ülkede istihdamın sağlanması, üretimde verimliliğin artırılabilmesi için ihtiyaç duyulan vasıflı ve eğitilmiş işgücünü sağlayan çıracıklık sözleşmesi-

⁵⁷ RG. 6.5.1930, 1489.

⁵⁸ Akın, a.g.e., 61. Özge Tuçe Gökçalp, "Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma", *Electronic Journal of Vocational Colleges*, Mayıs 2011, 127.

nin konusu bir meslek ve sanatın öğretilmesidir⁵⁹. Çıraklar işçi niteliği taşımazlar bu sebeple İş Kanununa değil, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununa⁶⁰ tabidirler. Çırak olabilmek için a) 14 yaşını doldurmuş, 19 yaşından gün almamış olmak, b) En az ilköğretim okulu mezunu olmak, c) Bünyesi ve sağlık durumu gireceği mesleğin gerektirdiği işleri yapmaya uygun olmak koşullarının bulunması gerekmektedir (Mesleki Eğitim Kanunu m.10). Görüldüğü gibi çırak niteliği taşıyanlar için de bir asgari çalışma yaşı (14 yaşın doldurulması) belirlenmiştir. Buna karşılık çıraklar “işçi” niteliği taşımadığından iş mevzuatından yararlanma hakları olmadığı gibi bu kişilere asgari ücret ödeme yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Çırağa sadece asgari ücretin % 30’undan aşağı ücret ödenemeyeceği hükme bağlanmıştır (Mesleki Eğitim Kanunu m.25/1).

Bu sebeple “çıraklıktan” söz edebilmek için çocuğun çalışmasının “meslek ve sanatın öğrenilmesi” amacına dayanması önem taşımaktadır. Buna karşılık çıraklar ve çocuk işçiler arasında “kağıt üstünde” yapılan bu açık ayrımın, uygulamada aynı netlikte ortaya çıktığını iddia etmek güçtür. Nitekim ülkemizde çıraklar meslek ve sanatın öğretimi amacından çok, işyerinde üretim amacıyla kullanılmakta, diğer bir ifadeyle çırak adı altında işçi çalıştırılmaktadır⁶¹. Bu tür uygulamalar karşısında Yargıtay isabetli olarak, sözleşmede yer alan ifadelerden ziyade ilişkinin gerçek hukuki niteliğinin araştırılmasını istemektedir⁶².

⁵⁹ Süzek, a.g.e., 125. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul Temmuz 2013, 37. Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, 160. M. Fatih Uşan, Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994, 7 vd. Engin, a.g.e., 23. Tankut Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982, 42 vd. Gökalp, a.g.e., 127. Öz Seçer, “Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 28/2010, 1429-1431.

⁶⁰ R.G., 19.06.1986, 19139.

⁶¹ Süzek, a.g.e., 125. Engin, a.g.e., 25. Uşan, a.g.e., 8. Akyüz, a.g.e., 501. Centel, Çocuklar ile Gençler, 49. Gökalp, a.g.e., 127. Seçer, a.g.e., 1430.

⁶² Y9HD, 28.06.2006, 39175/19031, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 13/2007, 354-355. Y9HD, 14.9.1977, 9778/13293, Karara ilişkin incelemesi için bkz. Murat Demircioğlu, Karar İncelemesi, *IHU İş K. 5*, (No.2), 1 vd. Bu soruna ilişkin çözüm önerisi hususunda doktrinde iki yaklaşım bulunmaktadır. Birinci görüş çıraklığın hizmet ilişkisinin -birçok yabancı ülke hukukundan olduğu gibi- özel bir türü olarak kabul edilip çırakların iş hukuku mevzuatından yararlanmasının sağlanmasını savunmaktadır (Centel, Çocuklar ile Gençler, 50. Demircioğlu, a.g.e., 3. Uşan, a.g.e., 10). Diğer görüşe göre ise, çıraklık sözleşmesi özel bir tür iş

B. Çalıştırma Yaşı:

a. Genel Kural: 15 Yaşın Doldurulması

4857 sayılı İş Kanununun “Çalıştırma Yaşı ve Çocukları Çalıştırma Yaşı” başlıklı 71. maddesine göre “Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır...”. O halde İş Kanununa tabi çocuklar bakımından genel çalıştırma yaşı 15 yaşın doldurulmasıdır. Söz konusu hüküm ILO’nun 138 Sayılı Asgari Yaş Sözleşmesine (m. 2, m.7), Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’na (m.7/1) ve Avrupa Birliğinin 94/33 sayılı Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Yönergesine uygundur.

İş Kanununa tabi olmayan çocuklar bakımından ise, Borçlar Kanununda bir düzenleme yer almadığından 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun⁶³ 173. maddesi uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu hükme göre “On iki yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çırak olarak istihdamı memnurdur”. Buna göre İş Kanununun 4. maddesinde yer alan istisnalar arasında yer alıp bu kanuna tabi olmayan işçiler bakımından asgari çalıştırma yaş sınırı 12’dir. Bu yaş sınırı, ILO’nun 138 sayılı Sözleşmesine (m.2) ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’na (m.7/1) ve Avrupa Birliğinin 94/33 sayılı Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Yönergesine aykırıdır⁶⁴.

ILO’nun 138 sayılı İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşmesine göre “Yetkili makam gerektiğinde, varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerine danıştıktan sonra özel ve önemli uygulama sorunlarının çıktığı sınırlı istihdam ve çalışma kategorilerini bu sözleşmenin uygulama alanı dışında tutabilir (m.4/1)”. Ancak bu durum özel ve önemli uygulama sorunlarının olduğu sınırlı bir çalışma alanı için söz konusu olabilir. Böyle bir durumda dahi Sözleşmeyi onaylayan devlet zaman içinde Sözleşmenin uygulama alanını genişletecek tedbirleri almak durumundadır

ilişkisi kabul edilse bile Borçlar Kanununa tabi çıraklar İş Kanunu hükümlerinden yararlandırılmadıkça böyle bir düzenlemenin katkısı az olacağı gibi çıraklık ilişkisini zaten meslek öğretmekten çok üretim amacıyla kullanma zihniyetindeki işverenlere daha kolay ve yasal dayanağı da olan bir sömürme imkanı sağlar. Bunun yerine Borçlar Kanununa tabi çırakların da öğrenci niteliği vurgulanmalı ve bu çıraklar da 3308 sayılı Yasa kapsamına alınmalıdır (Engin, a.g.e., 24-25).

⁶³ RG. 6.5.1930, 1489.

⁶⁴ Bu durumun İş Kanunu kapsamında olan ve olmayan çocuk ve genç işçiler bakımından ayrımcılığa yol açtığı görüşü için bkz. Bakırcı, Ayrımcılık, 105.

(m.4/2). Diğer yandan anılan Sözleşmenin 5/3 hükmü belirli işlerde her halükarda Sözleşme hükümleri uygulanacağını öngörmüştür. Bu işler: madencilik ve maden çıkarımı; imalat; inşaat; elektrik, gaz ve su; temizlik hizmetleri; ulaştırma, depolama ve haberleşme; düzenli olarak ücretli işçi istihdam etmeyen ve yerel tüketim amacıyla üretim yapan küçük ölçekli aile işletmeleri dışında kalan ticari amaçlı üretimde bulunan diğer tarım işletmeleri ve plantasyonlardır. Oysa Türkiye’de İK 4/b hükmü uyarınca 50’den az işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri veya işletmelerin İş Kanunu kapsamı dışında olması nedeniyle bu işlerde çalıştırma yaşının 12 olması bu hükme de aykırılık taşımaktadır.

Öte yandan –Avrupa Birliğinin Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Yönerge hükümlerine uygun şekilde- İş Kanunu ve ilgili yönetmelikte çocuk ve genç işçilerin gördüğü işin okula normal ve mesleki eğitimlerine zarar vermeyecek nitelikte olması gerekliliği düzenlenmiştir. Buna göre “Çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremez” (İK 71/2). “Çocuk ve genç işçiler, okula devam edenlerin okula devamları ile okuldaki başarılarına engel olmayacak, meslek seçimi için yapılacak hazırlıklara ya da yetkili makamlar tarafından yeterliliği kabul edilen mesleki eğitime katılmasına engel olmayacak işlerde çalıştırılabilirler” (Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Esasları Hakkında Yön m.5/2).

İşveren, çocuk ve genç işçinin velisi veya vasisi ile yazılı iş sözleşmesi yapmak zorundadır⁶⁵ (Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Esasları Hakkında Yön. m. 12/c). Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre Yönetmelikte getirilen “yazılılık” koşulu geçerlilik değil ispat koşuludur⁶⁶.

b. Çalıştırma Yaşına İlişkin Özel Durumlar

Yasada yer alan çalışma yaşına temel düzenlemenin yanı sıra yasadaki bazı özel durumlar için yaş sınırı farklı olarak belirlenmiş, bazı

⁶⁵ Çocuk ve genç işçilerin iş sözleşmesi ehliyetlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Urhanoglu Cengiz, a.g.e., 209 vd. M. Tufan Ögüz, “Çocuk ve Genç İşçiler İle Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.9, Mart 2008, 23 vd. Seçer, a.g.e., 1432 vd.

⁶⁶ Bakırcı, a.g.e., 161. Seçer, a.g.e., 1436-1437.

işlerde ise genç ve çocuk işçilerin hiçbir şekilde çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir.

aa. Hafif İşler:

1475 sayılı İş Kanununda “Çalıştırma Yaşı ve Çocukları Çalıştırma Yaşı” başlıklı 67. maddesinde, *15 yaşından aşağı çocukların çalıştırılmalarının yasak olduğu, ancak çocukların sağlık ve gelişmelerine, okul veya mesleki eğitim ve mesleğe yöneltme programlarına devamlarına yahut öğrenimden faydalanma kabiliyetlerine zarar vermeyecek nitelikteki hafif işlerde 13 yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılmalarının mümkün olduğu* düzenlenmişti. 4857 sayılı kanunda ise *“...ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler”* (71/1) hükmü öngörülmüştür. Görüldüğü gibi, 1475 sayılı Kanunda hafif işlerde çalıştırılabilecek işçiler için asgari yaş koşulu 13 yaşının doldurulması iken, bu yaş sınırı 14 yaşının doldurulması olarak belirlenmiştir. Hafif işler için öngörülen asgari yaş koşulu, ILO’nun 138 Sayılı Asgari Yaş Sözleşmesine (m. 2, m.7) ve Avrupa Birliğinin 94/33 sayılı Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Yönergesine uygundur. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu gerekçeye göre “Çalıştırma yaşı ve çocukların çalıştırılması yasağı bakımından madde Avrupa Birliği’nin 2 Haziran 1994 tarih ve 94/33 sayılı Direktifi’ne uygun olarak yeniden düzenlenmiştir”⁶⁷. Buna karşılık hafif işlerde 14 yaşında işçilerin çalıştırılabileceğine ilişkin hüküm, Türkiye tarafından çekince koyulmaksızın onaylanan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 7/1 hükmüne aykırılık taşımaktadır⁶⁸. Nitekim söz konusu hüküm bir istisnadan söz etmeksizin asgari çalışma yaşının 15 yaşının doldurulması olması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

14 yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılabilmelerinin temel koşullarından birisi “ilköğretimin” tamamlanmasıdır. Nitekim zorunlu temel öğrenim yükümü, çocukların çalışma yaşamından uzak tutula-

⁶⁷ 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara 2009, 122.

⁶⁸ Çil, a.g.e., 61.

bilmesinin bir ön-koşuludur⁶⁹. Zorunlu temel öğrenim süresi ile asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemeler arasında bağlantı kurulması, çocuğun erken yaşta istihdamı önlenmesi ve asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemelerin hayata geçirilmesi için büyük önem taşımaktadır⁷⁰. 1997 yılında 4306 sayılı Yasa ile hukukumuzda “sekiz yıllık kesintisiz zorunlu temel eğitim” esasını benimsenmişken⁷¹, 2012 yılında 6287 sayılı yasa ile ise 12 yıllık kesintili (4+4+4) zorunlu eğitim esasına geçilmiş ve okula başlama yaşı düşürülmüştür. 6287 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle ilköğretim yeniden tanımlanmıştır Buna göre; “İlköğretim; 1 inci maddede belirtilen amacı gerçekleştirmek için kurulmuş dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumudur” (İlköğretim ve Eğitim Kanunu m.7). Kanımıza göre çocuk işçiliğinin önlenmesi bakımından zorunlu eğitim süresinin uzatılması olumlu olsa da okula başlama yaşının düşürülmesi isabetli olmamıştır.

14 yaşını doldurmuş çocukların çalıştırılabilmelerinin temel koşullarından bir diğeri çalışılacak işin “hafif iş” niteliğinde olmasıdır. Hafif işlerin nelerden ibaret olduğu “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te (Ek 1) tek tek 10 madde halinde sayılmıştır⁷².

bb. Tehlikeli veya Çok Tehlikeli İşler

Çalıştırma yaşı konusunda genel kuraldan ayrılan diğer bir konu, tehlikeli işlere ilişkindir. Nitekim tehlikeli işler çocuk ve genç işçinin sağlık ve güvenliğini olumsuz etkileyen işlerdir.

⁶⁹ Centel, Sekiz Yıllık Temel Eğitim, 293. Jessica Selby, “Ending Abusive and Exploitative Child Labour Through International Law and Practical Action”, *Australian International Law Journal*, January 1, 2008, 178.

⁷⁰ Centel, Sekiz Yıllık Temel Eğitim, 293. Bakırcı, Ayrımcılık, 106.

⁷¹ Bu değişikliğin çocuk işçiliğinin önlenmesi bakımında olumlu olduğu yönünde bkz. Centel, Sekiz Yıllık Temel Eğitim, 299, 302. Bakırcı, Ayrımcılık, 106.

⁷² Bunlar; 1.Düşme ve yaralanma tehlikesi olabilecek şekilde çalışmayı gerektirecek olanlar hariç meyve, sebze, çiçek toplama işleri, 2. Kümes hayvanları besiciliğinde yardımcı işler ve ipek böcekçiliği işleri, 3.Esnaf ve sanatkarların yanında satış işleri, 4. Büro hizmetlerine yardımcı işler, 5. Gazete, dergi ya da yazılı matbuatın dağıtım ve satımı işleri (yük taşıma ve istifleme hariç), 6. Fırın, pastane, manav, büfe ve içkisz lokantalarda komi ve satış elemanı olarak yapılan işler, 7. Satış eşyalarına etiket yapıştırma ve elle paketleme işleri, 8. Kütüphane, fuar, panayır ve sergi yerlerinde yardımcı işler (yük taşıma ve istifleme hariç), 9. Spor tesislerinde yardımcı işler, 10. Çiçek satışı, düzenlenmesi işleridir.

aaa. Yaş Sınırının “16 Yaşın Doldurulması” Olarak Uygulandığı İşler

Önceden İK 85/1’de “Onaltı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ile çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış kişiler ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz” şeklinde yer alan düzenleme 2012 yılında kabul edilen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun⁷³ 37/ç hükmüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu doğrultuda ağır ve tehlikeli işlerin düzenlendiği 2004 tarihli Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği de 2013 yılında yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁴. Bunun yerine 2004 tarihli Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te değişikliğe gidilmiştir⁷⁵. Buna göre daha önce Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğine ekli çizelgede karşısında (Gİ) harfleri bulunmayan işlerde 16 yaşını doldurmuş ve fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılmasını yasaklanırken, aynı konu artık Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Ek 3’te düzenlenmektedir. Anılan Yönetmelik Ek 3’te “16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş Genç İşçilerin Çalıştırılabilecekleri İşler” tek tek sıralanmıştır. O halde burada sayılan işlerde çalıştırma yaşı 16 yaşın doldurulması olarak uygulanacaktır⁷⁶. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.5/5 hükmüne göre ise “...16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler ise Ek 1, Ek 2 ve Ek 3’te yer alan işler dışında çalıştırılmaz...”.

⁷³ R.G. 30.06.2012, 28339.

⁷⁴ Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği’nin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik, R.G. 8.2.2013, 28553.

⁷⁵ RG. 21.2.2013, 28566.

⁷⁶ Buna göre 16 yaşını doldurmuş ve fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılabilecekleri ağır ve tehlikeli işler; “Toprağın pişirilmesi suretiyle imal olunan kiremit, tuğla, ateş tuğlası işleri ile boru, pota, künk ve benzeri inşaat ve mimari malzeme işleri. 2. Kurutma ve yapıştırma işleri, kontrplak, kontratabla, yonga ağaçtan mamul suni tahta ve PVC yüzey kaplamalı suni tahta imali işleri ile empenye işleri.3. Parafinden eşya imali işleri. 4. Kuş ve hayvan tüyü kıllarının temizlenmesi, didiklemesi, ayrılması ve bunlara benzer işler.5. Plastik maddelerin şekillendirilmesi ve plastik eşya imali işleri. (PVC’nin imali ve PVC’den mamül eşyaların yapımı hariç) 6. Mensucattan hazır eşya imali işleri (Perde, ev tekstili, otomobil ürünleri ve benzerleri). 7. Kağıt ve odun hamuru üretimi işleri. 8. Selüloz üretimi işleri. 9. Kağıt ve kağıt ürünlerinden yapılan her türlü eşya ve malzemenin imali işleri. 10. Zahire depolarındaki işler ile un ve çeltik fabrikalarındaki işler. 11. Her türlü mürekkep ve mürekkep ihtiva eden malzeme imali işleri” olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Daha önce 16 yaşını doldurmuş ve fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işler arasında sayılan “çırçır fabrikalarındaki” işler bu kapsamdan çıkarılmıştır. Daha önce

2010 yılında Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde yapılan bir değişiklikle⁷⁷ Yönetmelik Ek 1'de sıralanan ağır ve tehlikeli işlerin sayısı azaltılmış ve böylece dolaylı olarak çocuk ve genç işçilerin çalışacağı ağır ve tehlikeli işler artırılmıştı. Yani listeden çıkarılan işler bakımından isabetsiz olarak çalışma yaşı genel kurala (15) tabi kılınmıştı. Buna karşılık yeni düzenlemede yer alan "...16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler ise Ek 1, Ek 2 ve Ek 3'te yer alan işler dışında çalıştırılmaz..." hükmü bu yaş aralığındakilerin çalışamayacakları işler grubunu isabetli olarak genişletmiştir.

Öte yandan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.17/3 hükmüne göre "*Mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığı belgeleyemeyenler çalıştırılmaz*". Söz konusu hükme göre, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışan tüm kişilerin ve bu arada çocuk ve genç işçilerin mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunmaktadır. Söz konusu hüküm doğrultusunda "*Tehlikeli ve Çok Tehlikeli Sınıfta Yer Alan İşlerde Çalıştırılacakların Mesleki Eğitimlerine Dair Yönetmelik*"⁷⁸ yayınlanmış ve bu yönetmelik ekinde mesleki eğitim alınacak işlere ilişkin çizelge yer almıştır. O halde eskiden olduğu gibi tehlikeli bazı işlerde çalışma bakımından yaş sınırı 16 yaşın doldurulması olarak belirlenirken, bu yaşı doldurmuş olsa da *çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış tüm işçilerin* bu tür işlerde çalışamayacakları öngörülmüştür⁷⁹.

Belirtmek gerekir ki İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kapsamı İş Kanununa göre çok daha geniş tutulduğundan (m.2/2) İş Kanunu kapsamında yer almayan pek çok çocuk ve genç işçinin söz konusu yasa ve bu yasa çerçevesinde çıkarılan yönetmeliklerde sağlanan korumadan yararlanmaları isabetli olarak mümkün olabilecektir⁸⁰.

⁷⁷ R.G. 7.3.2010, 27514.

⁷⁸ R.G. 13.07.2013, 28706.

⁷⁹ Süzek, a.g.e., 881.

⁸⁰ Bundan önce İş Kanunu kapsamında olmayan işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaları bakımından 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 179/4 hükmü uygulama alanı bulmaktaydı: "*Kadınlarla 12 den 16 yaşına kadar çocukların istihdamı memnu olan sıhate muğayir ve muhataralı işlerin neden ibaret olduğu iş kanununda tasrih edilecektir*". Hükümde 12-16 yaş ağır ve tehlikeli işler konusunda İş Kanununa gönderme yapılmıştır. İş Kanununa tabi olmayan 16-18 yaş arası gençler için düzenleme yapılmaması bu kişilerin herhangi bir sınırlama olmaksızın ağır ve tehlikeli işlerde çalışabilmelerinin önünü zımnen açması doktrinde eleştirilmekte ve buradaki yaş sınırının 16'dan 18'e çekilmesi gerekliliği

Öte yandan, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.5/5, 2. cümle hükmüne göre "...5.6.1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarından mezun olan meslek sahibi 16 yaşını doldurmuş genç işçiler; sağlığı, güvenliği ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması şartıyla bu Yönetmeliğin eklerinde belirtilen sınırlamalara bağlı kalmaksızın ihtisas ve mesleklerine uygun işlerde çalıştırılabilirler". Nitekim 138 Sayılı ILO Sözleşmesi m.3'te "Doğası ve yapıldığı koşullar bakımından genç işçilerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü istihdam veya çalışmaya kabul için asgari yaşın 18'in altında olamayacağı" düzenlenmiş; aynı maddenin son fıkrasında ise "söz konusu genç işçilerin sağlığı, güvenliği ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması ve genç kişilerin ilgili faaliyet dalında yeterli özel öğrenim veya mesleki öğrenim görmeleri koşuluyla 16 yaşından itibaren istihdamlarına veya çalışmalarına izin verilebileceği" düzenlenmiştir.

Türkiye'nin de onaylamış olduğu Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda Sözleşmeyi onaylayan devletlere tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde asgari çalışma yaşının 18 olmasını sağlamak (m.7/2) yüklenmiştir. Yine 182 sayılı "En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Önlenmesine İlişkin" ILO Sözleşmesinde, öncelikli olarak yasaklanması gereken "en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği" kavramı içerisinde "sağlık, güvenlik veya ahlak gelişimleri açısından zararlı olan işler" sayılmıştır. O halde kural; bu gibi işlerde yaş sınırının 18 olması, istisnai olarak belirli koşullarla 16'ya inmesidir⁸¹.

bbb. Yaş Sınırının "18 Yaşın Doldurulması" Olarak Uygulandığı İşler

aaaa. Genel Olarak

18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmayacakları işler, daha önce Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Ek 3'te tek tek sayılmışken, artık aynı Yönetmeliğin 5. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; "yaş kayıtlarına bağlı olarak müsaade edilen işlerden olsalar dahi hazırlama,

⁸¹ ifade edilmekteydi (Engin, a.g.e., 16). Aynı yönde Baştürk, a.g.e., 260.

tamamlama ve temizleme işlerinde, alkol, sigara ve bağımlılığa yol açan maddelerin üretimi ve toptan satış işlerinde, parlayıcı, patlayıcı, zararlı ve tehlikeli maddelerin toptan ve perakende satış işleri ile bu gibi maddelerin imali, işlenmesi, depolanması işleri ve bu maddelere maruz kalma ihtimali bulunan her türlü işlerde, gürültü ve/veya vibrasyonun yüksek olduğu ortamlarda yapılan işlerde, aşırı sıcak ve soğuk ortamda çalışma gerektiren işlerde, sağlığa zararlı ve meslek hastalığına yol açan maddeler ile yapılan işlerde, radyoaktif maddelere ve zararlı ışınlarla maruz kalınması ihtimali olan işlerde, fazla dikkat isteyen ve aralıksız ayakta durmayı gerektiren işlerde, parça başı ve prim sistemi ile ücret ödenen işlerde, eğitim amaçlı işler hariç iş bitiminde evine veya ailesinin yanına dönmesine imkan sağlamayan işlerde, işyeri hekimi raporu ile fiziki ve psikolojik yeterliliklerinin üzerinde olan işlerde, eğitim, deney eksikliği, güvenlik konusunda dikkat eksikliği getirme ihtimali olan işlerde, para taşıma ve tahsilat işleri ile 4857 sayılı İş Kanununun 69 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerde 18 yaşını doldurmayan işçiler çalıştırılmaz”.

Burada sayılan işler esas itibariyle çocuk ve genç işçilerin sağlığı ve güvenliğini tehlikeye sokacak nitelikte ve Avrupa Birliği'nin 2 Haziran 1994 tarih ve 94/33 sayılı direktifinin m.7/2 hükmünde sayılan işlerdir. Bununla birlikte, Yönerge'deki işler daha da genişletilmiştir. Buna göre Yönerge'de değinilmeyen örneğin parça başı ve prim sistemi ile ücret ödenen işler, Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği kapsamındaki işler⁸², para taşıma ve tahsilat işleri, iş bitiminde evine veya ailesinin yanına dönmesine olanak sağlamayan işler (eğitim amaçlı işler hariç), fazla dikkat isteyen ve aralıksız ayakta durmayı gerektiren işler de bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Çocuk ve genç işçilerin parça başı ve prim sistemi ile ücret ödenen işlerde çalıştırılmayacakları hükmünden, çocuk ve genç işçilerin asıl (temel) ücretinin mutlaka zaman esasına göre (günlük, haftalık, aylık gibi) ücret türüne göre tespit edilebileceği sonucu çıkarılabilir. Buna

⁸² 18 yaşın altındaki çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmayacağı işlerden olan Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği (R.G. 28.04.2004, 25446) kapsamındaki işler, bir işyerinde yürütülen asıl işin düzenli, sağlıklı ve güvenli bir şekilde sürdürülebilmesi için yapılması zorunlu olan hazırlama, tamamlama ve temizleme işleridir. Söz konusu işler, sadece bu işleri yapmak için işe alınmış işçilere değil de, işyerinde çalışmakta olan işçilere ek iş olarak yapıldığı takdirde adı geçen yönetmelik hükümleri uygulama alanı bulmaktadır (Hazır. Tam. Tem. İş. Yön 2/1). O halde bu işler çocuk ve genç işçilere ek iş olarak yaptırılmayacaktır.

karşılık çocuk işçiyeye verilecek asıl ücrete ek olarak sağlanacak menfaatlerin prim, ikramiye olarak belirlenebilmelidir.

Öte yandan daha önce 18 yaşını doldurmayan işçilerin yapamayacağı işler arasında sayılan “Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik”⁸³ kapsamında yer alan işler hükümden çıkarılmıştır. Ancak Yönetmelik Ek 3’te “16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş Genç İşçilerin Çalıştırılabilecekleri İşler” tek tek sıralandığından ve bu kişilerin “Ek 1, Ek 2 ve Ek 3’te yer alan işler dışında çalıştırılmayacağı” düzenlendiğinden dolayı olarak bu kapsamdaki işlerde de 18 yaş sınırının uygulanacağı sonucuna varılabilir. Ancak önceden olduğu gibi, bu durumun açıkça hükümde yer alması isabetli olurdu.

Hukukumuzda 18 yaşın altındakiler için çalışma yasağının getirildiği diğer bir düzenleme, Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 176. maddesinde yer almıştır. Buna göre, “Mahallî belediyelerince bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda on sekiz yaşından aşağı çocukların istihdamı menolunur”. Doktrinde, bu hükümde sayılan yerlerin sınırlı olmadığı, benzeri yerlere de teşmil edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁸⁴. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu m.12 uyarınca da “Kanuni istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde onsekiz yaşından küçükler çalıştırılmamaz” hükmü de bu görüşü doğrulamaktadır.

Öte yandan çocuk ve genç işçileri bazı işverenlerin çalıştıramayacağı isabetli olarak hükme bağlanmıştır. Bu kişiler çocuklara karşı işlenmiş suçlardan hüküm giyenler ve yüz kızartıcı suçlardan hüküm giymiş olanlardır (Yön m. 11).

bbbb. Yer ve Su Altında Yapılan İşler:

İş Kanununda 18 yaş sınırının getirildiği diğer bir konu, yer ve su altında yapılan işlerdir. Bu düzenlemeye göre “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır” (İK m. 72). Hükümde geçen “gibi” ibaresinden de

⁸³ R.G.16.07.2013, 28709.

⁸⁴ Tuğ/Baysal, a.g.e., 1877.

anlaşılacağı gibi, burada yasak sadece belirli bir iş türüne ilişkin olmayıp, yer ve su altında yapılan bütün işleri kapsamaktadır⁸⁵. Bu doğrultuda örneğin, deniz veya iç suların altında bulunan bitkiler, hayvanlar ile bunların yumurtalarının (yani su ürünlerinin) çıkarılması işleri de bu kapsamdadır⁸⁶.

cccc. Gece Çalışması

Çalıştırma yaşına ilişkin diğer bir özel düzenleme gece çalışmasına ilişkindir. Çocuk ve genç işçilerin gece döneminde uykuya ihtiyaçları olduğundan gece çalışmaları sakıncalıdır; ayrıca iş sağlığı ve güvenliği ile üretim açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır⁸⁷. Bu sebeple “*Sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır*”(İK m.73/1). Görüldüğü gibi burada sektör sınırlaması yapılarak “sanayie ait işlerde” 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılması yasaklanmıştır. Oysa Türkiye’nin de onayladığı Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nda sözleşmeyi onaylayan devletler “18 yaşın altındaki kişilerin, ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenen işler dışında gece işinde çalıştırılmamalarını sağlama” yükümlülüğü altına girmiştir. Görüldüğü gibi burada gece çalışmasının yasaklanması kural olarak öngörülürken ancak sınırlı olarak bazı işlerin istisna tutulabileceği kabul edilmiştir⁸⁸.

Avrupa Birliği’nin 1994 tarihli 94/33/EC Sayılı *Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Yönerge*’sinde ise 9. madde konuyu ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Bu hükme göre üye devletler, çocukların 20:00-6:00 arasında; ergenlerin ise 22:00-6:00 arasında veya 23:00-7:00 arasında çalışmalarını yasaklayan önlemleri almakla yükümlüdürler. Üye devletler, yasalar veya idari düzenlemelerle ergenlere yukarıda belirtilen süreler içinde belli işlerde çalışmalarına izin verebilirler. Ancak bu durumda, ergenin korunmasını sağlamak için işin bir yetişkinin gözetiminde yapılması hususunda uygun tedbirlerin alınması gerek-

⁸⁵ Tuğ/Baysal, a.g.e., 1876. Bakırcı, a.g.e., 244. Ünal Narmanlıoğlu, “İş Hukukunda Çocukların Korunması”, Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, 677.

⁸⁶ Centel, Çocuklar ile Gençler, 149-150. Bakırcı, a.g.e., 244.

⁸⁷ Bakırcı, Ayrımcılık, 111.

⁸⁸ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’na aykırılık konusunda bkz. Gülmez, a.g.e., 50.

mektedir. Ayrıca bu durumda da yasak yine de geceyarısı ve 4:00 saatleri arasında devam ettirilmelidir. Diğer yandan, gece çalışma yasağı süresinde ergenlerin çalışmasını gerektirecek objektif nedenler bulunmaktaysa –yasal veya idari düzenlemelerle- uygun telafi edici bir dinlenme süresi vermek koşuluyla belirli işlerde ergenlerin çalışması izni verilebilir. Bu işler; gemicilik veya balıkçılık sektörleri, silahlı kuvvetler veya polislikle ilgili işlerde, hastane veya benzeri yerlerdeki işlerde ve kültürel, sanatsal, sportif veya reklamcılık işleridir. Görüldüğü gibi anılan Yönerge, “15 yaşın altındaki herhangi bir kişi veya ulusal mevzuat uyarınca halen zorunlu tam zamanlı eğitime tabi kişi” olarak tanımlanan “çocuk”lar için gece çalışmasını her halükarda yasaklar; “en az 15 en fazla 18 yaşında olup ulusal mevzuat uyarınca tam zamanlı eğitime tabi olmayan” “ergen”ler için ise ancak sınırlı bazı durumlarda ve belirli koşullarla gece çalışmasına izin verilebileceğini öngörmüştür.

Türkiye’de İş Kanununda yasada sadece sanayi sektörü için öngörülen yasaklama, yönetmeliklerde tüm sektörler için geçerli olacak şekilde genişletilmiştir. “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” m.5/son’da “çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmayacakları işler” arasında –sektör ayrımı yapılmaksızın- 4857 sayılı İş Kanununun 69 uncu maddesinde belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işler sayılmıştır. Yine *Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliği*’nin 5. maddesine göre “4857 sayılı İş Kanununun 69 maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan gece dönemine denk düşen 20.00-06.00 saatleri arasındaki işçi postalarında, 18 yaşını doldurmuş çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmaları yasaktır” hükmü öngörülmüştür⁸⁹. Ancak yasada öngörülme-yen bir kurala yönetmelikte yer verilmesi kaynaklar hiyerarşisi açısından sorun yaratmaktadır. Bu nedenle yasal düzeyde bir değişiklik yapılarak tüm sektörler için geçerli olacak şekilde çocukların gece çalışmasının yasaklanması uygun olacaktır.

⁸⁹ Doktrinde belirtildiği gibi, Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliği m.7/2 hükmü “çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan bir postanın çalışmasının gece çalışması sayılacağından” söz etmesine rağmen Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.174 ile İK 69/1 gece döneminde çalıştırmayı mutlak olarak yasakladığından, gece döneminde yapılan bir iş yarısından çok süresinin gündüz döneminde gerçekleşmesi nedeniyle gündüz işi sayılsa bile, çocuk ve genç işçiler çalıştırılmayacaktır (Centel, Çocuklar ile Gençler, 170-171. Bakırcı, Ayrımcılık, 111).

Öte yandan İş Kanununa tabi olmayan çocuk ve genç işçilerin gece çalışması bakımından Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 174. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Anılan hükme göre, *“On iki yaş ile on altı yaş arasında bulunan çocukların saat yirmiden sonra gece çalışmaları memnundur”*. O halde İş Kanununa tabi olmayan işçiler bakımından 16 yaşın doldurulmasıyla birlikte gece çalıştırılma mümkün olabilecektir⁹⁰. Doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi gece çalışması 18 yaşından küçük bütün çocuk ve gençlere yasaklanmalıdır⁹¹.

C. Çocuk İşçilerin Çalışma Koşulları

İş Yasası ve ilgili yönetmelikler kapsamında yer alan çocuk işçilerin çalışma koşulları, Anayasadaki hüküm doğrultusunda yetişkinle-rinkinden daha ayrıcalıklı olarak düzenlenmiştir.

a. Çocuk İşçilerin Çalışma Süreleri

4857 sayılı İş Kanununda ve ilgili yönetmelikte çocuk işçiler için Avrupa Birliğinin Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Yöner-gesine uygun olarak *“kısaltılmış iş süreleri”* öngörülmüştür⁹². Buna göre, *“Temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamaz. Ancak, onbeş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir”* (İK 71/4. Yön.m.6/1)⁹³. Yasada, okula devam eden çocuk-ların günlük ve haftalık çalışma süreleri ise daha farklı şekilde dü-zenlenmiştir. *“Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma*

⁹⁰ Bakırcı, Ayrımcılık, 109.

⁹¹ Bakırcı, Ayrımcılık, 111.

⁹² Süzek, a.g.e., 840. Astarlı, a.g.e., 117 vd.

⁹³ Kanımıza göre bu düzenlemede terminolojik bir sıkıntı bulunmaktadır. Nitekim İK 71/4 ve 71/5 hükümlerinde *“çocuk”*lardan söz edilmekte genç kavramına değinilmemektedir. Oysa ilgili yönetmelikte *“çocuk”* 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış kişi olarak; *“genç işçi”* ise, *“15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişi”* olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlara göre İK 71/4’te geçen *“15 yaşını tamamlamış çocuklar”* kavramı yerinde olmadığı gibi, okula devam eden *“çocukların”* eğitim dönemindeki çalışma sürelerinin düzenlendiği İK 71/5 hükmünün hem çocuklar hem de gençler için getirilmiş süreler olduğunun kabulü gerekir. Nitekim Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te yer alan dinlenme sürelerine ilişkin düzenlemelerde isabetli olarak *“çocuk ve genç işçi”* kavramlarına yer verilmiştir (m.8, 9, 10).

süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri yukarıda birinci fıkrada⁹⁴ öngörülen süreleri aşamaz” (İK 71/son. Yön. m.6/3). Nitekim çocuğun gördüğü işin onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamayacağı, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremeyeceği İş Kanununda açıkça hükme bağlanmıştır. (İK 71/2). “Çocuk ve genç işçilerin günlük çalışma süreleri, yirmidört saatlik zaman diliminde, kesintisiz on dört saat dinlenme süresi dikkate alınarak uygulanır”.

Öte yandan çocuk işçilerin çalışma süresinden sayılan haller, yetişkinlere göre daha genişletilmiştir. Buna göre, “4857 sayılı İş Kanununun 66 ncı maddesine göre çalışma süresinden sayılan hallerin yanısıra; a) İşverenin vermesi gereken eğitimlerde geçen süreler, b) İşverenin işyeri dışında gönderdiği kurslar ve toplantılarda geçen süreler ile yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından düzenlenen mesleki eğitim programlarında geçen süreler, c) Ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından çalışan çocuk ve gençler ile ilgili olarak düzenlenen konferans, kongre, komisyon ve benzeri toplantılara temsilci olarak katılmaları nedeniyle işlerine devam edemedikleri süreler, çalışma süresinden sayılır” (Yön. m.7).

Söz konusu hükümlerin lafzını ve amacını dikkate aldığımızda, “nispi emredici” nitelikte olduğu, yani ancak çocuk ve genç işçi lehine olmak üzere aksinin kararlaştırılabileceği fakat aleyhine değişiklik yapılamayacağı sonucuna varılmalıdır. 2004 tarihli “İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma” Yönetmeliğinde, 18 yaşını doldurmamış işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır (m.8/a). Yine anılan Yönetmeliğe göre bu Yönetmelikte geçen fazla çalışma “İş Kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmaları” ifade etmektedir (m.3/a). Bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesi sonucunda 18 yaşın altındaki işçilere 45 saati aşan fazla çalışma yaptırılmayacağı şeklinde bir anlam çıkarılabilirse de, (nispi) emredici nitelikteki 71. madde hükmü doğrultusunda

⁹⁴ Burada geçen “Yukarıda birinci fıkrada” ifadesinin “yukarıdaki fıkrada” veya “IV. fıkrada” şeklinde olması gerektiği isabetli olarak ifade edilmektedir. Nitekim “birinci fıkrada” çalışma sürelerine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır (Ömer Ekmekçi, “4857 Sayılı İş Kanunu’nda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler”, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Çeşme 2003, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, 195).

yasada çocuk ve gençler için belirlenen azami günlük ve haftalık çalışma sürelerinden (35-40-10 saat) fazla çalışma yaptırılmayacağı kabul edilmelidir⁹⁵. Yine bu doğrultuda, çocuk ve genç işçiler için –denkleştirme esasının uygulanması suretiyle- bazı haftalarda, belirlen haftalık çalışma sürelerinin aşılması da söz konusu olamaz. Ayrıca bu işçilere telafi çalışması da yaptırılmaz⁹⁶.

Çocuk veya genç işçiye yasaya aykırı olarak fazla çalışma yaptırıldığında ise, her ne kadar % 50 zamlı ücret 45 saatin üzerindeki çalışmalar için öngörülmüşse de doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi onlar için öngörülmüş yasal sürelerin üzerine çıkıldığında % 25 değil, % 50 zamlı ücrete hak kazandıkları sonucuna varılmalıdır⁹⁷. Nitekim fazla sürelerle çalışmaya ilişkin yasada öngörülen % 25 zamlı ücret, haftada 45 saat çalıştırılmasına sakınca olmayıp da, çalışma süreleri 45 saatin altında kararlaştırılmış işçiler için öngörülmüştür. Kanımıza göre bu işçiler için “fazla sürelerle çalışma” hükmü ve % 25 zamlı ücret ancak onlar için yasada belirlenmiş sürelerin altında haftalık çalışma süresinin kararlaştırıldığı ve işçiye bu sınırları geçmemek üzere fazla çalışma yaptırıldığında söz konusu olabilir⁹⁸.

Borçlar Kanununa tabi çocuk ve genç işçilerin çalışma süreleri bakımından Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 173/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, “On iki yaş ile on altı arasında bulunan kız ve erkek çocuklar günde azami sekiz saatten fazla çalıştırılmaz”. Bu doğrultuda Borçlar Kanununa tabi 16 yaşından küçük çocuklar ve gençler günde sekiz saatten fazla çalıştırılmayacak; 16 yaşından büyükler için ise bu sınırlama uygulanmayacaktır. Söz konusu düzenleme doktrinde, 12-16 yaş çocuk ve gençlerin yetişkinler gibi günde sekiz saat çalışma süresine tabi tutulması ve haftalık çalışma süresinin sınırlandırılması bakımından eleştirilmektedir⁹⁹.

⁹⁵ Ekmeççi, a.g.e., 195.

⁹⁶ Ekmeççi, a.g.e., 195.

⁹⁷ Ekmeççi, a.g.e., 195.

⁹⁸ Kanımıza göre fazla sürelerle çalışmaya ilişkin çocuğun rıza göstermesi –ayrıca yasal temsilcisinin rızası aranmaksızın- yeterli olacaktır. Nitekim doktrinde belirtildiği gibi yasal temsilcinin küçüğün iş sözleşmesi yapması hususunda verdiği rıza, iş sözleşmesi kapsamında küçük tarafından gerçekleştirilecek –söz gelimi fesih gibi- diğer olağan işlemleri de kapsar (Öğüz, a.g.e., 25-26).

⁹⁹ Bakırcı, Ayrımcılık, 112-113. Bakırcı’ya göre herhangi bir yasal düzenleme olmamakla birlikte ilköğretime devam edenlerin ders saatlerinin çalışma süresinden sayılması şarttır; aksi takdirde çocuk veya gencin ders saatlerine ek

b. Çocuk İşçilerin Dinlenme Süreleri:

İşçilerin fiziksel ve zihinsel olarak serbest kalarak sağlıklarının korunması amacını güden dinlenme süreleri özellikle çocuk işçiler için çok büyük önem taşımaktadır. Çocukların fiziksel olarak daha güçsüz olmaları ve gelişme çağında bulunmaları yetişkinlerden daha fazla dinlenmelerini zorunlu kılmaktadır. Bu doğrultuda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te yetişkinlere oranla daha ayrıcalıklı dinlenme süreleri öngörülmüştür. Ancak bu yönetmelikteki hükümler sadece İş Kanununa tabi çocuk ve genç işçiler için uygulanabilecektir.

Anılan yönetmelikte çocuk ve işçilerin ara dinlenmesini düzenleyen hükme göre *“İki saatten fazla dört saatten az süren işlerde otuz dakika, dört saatten yedi buçuk saate kadar olan işlerde çalışma süresinin ortasında bir saat olmak üzere ara dinlenmesi zorunludur”* (Yön 6/son). Böylece çocuk ve genç işçiler için ara dinlenmesi, yetişkinler için belirlenen (68/1) sürenin iki katı olarak belirlenmiştir. Ancak ara dinlenmesi çocuk ve gençler için de çalışma süresinden sayılmamaktadır. (İK 68/son). Bu düzenleme de Avrupa Birliği'nin *“Gençlerin İşyerinde Korunmasına İlişkin Yönerge”*sine uygun bir şekilde düzenlenmiştir.

18 yaş ve altındakiler için -yıllık izne hak kazanma koşulu yetişkinlerle aynı olmakla birlikte (İK m.53/-) yıllık ücretli izin süreleri de ayrıcalıklı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre *“Onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz”* (İK 53/5). *“Çocuk ve genç işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi 20 günden az olamaz. Yıllık ücretli iznin kesintisiz kullandırılması esastır. Ancak, yararına olduğu durumlarda çocuk ve genç işçinin isteği üzerine en fazla ikiye bölünerek kullandırılabilir”* (Yön 10/1). Burada yıllık ücretli izni kesintisiz kullandırma kuralının uygulanmaması ancak çocuk ve genç işçinin isteği ile onun yararına olduğu durumlarda söz konusu olabilecek ve izin süresi en fazla ikiye bölünebilecektir. Burada da amaç çocuğun dinlenmesi amacı doğrultusunda onun sağlığının ve güvenliğinin korunmasıdır¹⁰⁰.

olarak günde 8 saat çalıştırılması gündeme gelir ki yetişkinlerin bile bu kadar uzun süreler çalıştırılması söz konusu değildir (Bakırcı, Ayrımcılık, 112-113).

¹⁰⁰ “Okula veya eğitime devam eden çocuk ve genç işçilere yıllık ücretli izinleri okulların tatil olduğu, kursa ve diğer eğitim programlarına devam edilmediği

6098 sayılı Borçlar Kanununda ise isabetli olarak İş Kanununa tabi olmayan çocuk ve gençlerin yıllık izin hakkı ayrıcalıklı olarak düzenlenmiştir. Buna göre işveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür (m.422).

Belirtmek gerekir ki İş Kanununun ve Borçlar Kanununda yer alan çocuk ve genç işçilere en az 20 gün/3 hafta yıllık izin hakkı tanıyan düzenlemeleri Türkiye tarafından onaylanan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 7. maddesinde yer alan "18 yaşın altındaki çalışanlara yılda en az dört haftalık ücretli izin hakkını tanınmasını" öngören düzenlemesine aykırıdır¹⁰¹.

İş Kanununa tabi çocuk ve genç işçilerin ulusal bayram ve genel tatil günlerine ilişkin düzenlemeye göre, "Çocuk ve genç işçiler, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştırılmazlar. Ayrıca bugünlere ilişkin ücretler bir iş karşılığı olmaksızın ödenir" (Yön m. 9).

İş Kanununa tabi çocuk ve genç işçilerin hafta tatillerini düzenleyen hükme göre ise "Çocuk ve genç işçilerin hafta tatili izinleri kesintisiz kırk saatten az olamaz. Ayrıca hafta tatili ücreti bir iş karşılığı olmaksızın ödenir" (Yön. 8-9). Buna göre yasada yetişkin işçiler için kesintisiz en az 24 saat hafta tatili öngörülmüşken çocuk ve genç işçiler için yaklaşık iki katı bir süre hafta tatili süresi belirlenmiştir¹⁰². Kanunun 49. maddesi gereğince çocuk işçilere ödenecek hafta tatili ücreti yetişkinlerde olduğu gibi çalışılan günlere göre bir güne düşen ücrettir. Bu hüküm emredici niteliktedir ama buna rağmen işveren çocuk işçiyi hafta tatilinde çalıştırırsa buna da bir sonuç bağlanması gereği ortaya çıkar¹⁰³. Bu durumda çocuk işçinin hafta tatilinden önceki çalışmalarının toplamı -kendileri için öngörülen yasal çalışma süresini aşıyorsa- hafta tatili günü için çalışmadan yasa gereği almaya hak kazandığı bir gün-

dönemlerde verilir" (Yön. 10/2).

¹⁰¹ Tuğ/Baysal, a.g.e., 1873. Çil, a.g.e., 61. Tarcan, a.g.e., 223-224. Çil'e göre, Avrupa Sosyal Şartı kişilere değil doğrudan devlete yükümlülük getirdiğinden bu düzenlemenin işverenlere doğrudan uygulanması mümkün olmaz ancak işverenin kamu kurumu (devlet) olması ihtimalinde Şart hükümlerinin doğrudan uygulanması gündeme gelebilir (Çil, a.g.e., 61).

¹⁰² Süzek, a.g.e., 840. Gündüz, a.g.e., 13.

¹⁰³ Süzek, a.g.e., 833.

delik ücretine, hafta tatilinde fiilen çalışması nedeniyle fazla çalışmaya giren yüzde elli zamlı ücret yani işçinin 1,5 gündeliği daha eklenecek ve hafta tatilinde çalışan çocuk işçiye o gün için toplam 2,5 gündelik ödenmesi gerekecektir. Buna karşılık, işçinin haftalık çalışma süresi, sözleşmelerle (35/40) saatin altında belirlenmişse, çalışmadan hak ettiği bir günlük ücretine ek olarak, hafta tatili günündeki çalışmasının (35/40) saate kadar olan bölümü fazla sürelerle çalışma sayılarak % 25, (35/40) saati aşan bölümü için % 50 zamlı ücret ödenmelidir. Buna karşılık hafta tatilinden önce yasal veya sözleşmeyle belirlenen haftalık çalışma süresi kadar bir çalışma yapılmamışsa, hafta tatilinde çalışan işçiye çalışmadan hak kazandığı yasal hafta tatili ücretine ek olarak, sözleşmeyle belirlenen saatin altı için normal çalışma ücreti, bunu aşan çalışmalar fazla sürelerle ve/veya fazla çalışma sayılarak buna uygun zamlı ücret ödenecektir.

c. Çocuk ve Genç İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği

Çocuklar ve gençler, iş sağlığı ve güvenliği konusunda yetişkinlere göre daha güçsüz ve savunmasız durumdadırlar. Bunun nedenleri arasında deneyim azlığı, tehlike bilincinin yeterince gelişmemiş olması, üretime yönelik araç gereçlerin yetişkinler için tasarlanmış olması gibi olgular bulunmaktadır¹⁰⁴.

İş Kanunu madde 71/2 hükmü uyarınca “Çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır”. Ayrıca Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.5/3 uyarınca, “İşverenler çocuk ve genç işçilerin tecrübe eksikliği, mevcut veya muhtemel riskler konularında bilgisizlik veya tamamen gelişmiş olmamalarına bağlı olarak gelişmelerini, sağlık ve güvenliklerini tehlikeye sokabilecek herhangi bir riske karşı korunmalarını temin edeceklerdir” Yine anılan Yönetmeliğe göre “İşveren, çocuk ve genç işçilere, çalıştırmaya başlamadan önce işyerindeki riskler, işe uyum ve kanuni hakları ile işin niteliğine göre gerekli iş başı eğitimlerini verir” (Yön m.13/1). Ayrıca işveren “çocuk ve genç işçinin velisi veya vasisine, çocuk ve genç işçinin çalıştırılacağı iş, karşılaşılabileceği riskler ve alınan önlemler hakkında bilgi verir” (Yön m. 12/a).

¹⁰⁴ Süzek, a.g.e., 840. Bakırcı, a.g.e., 245.

Anılan Yönetmelik'te ayrıca devletin yükümlülükleri de düzenlenmiştir. Buna göre Çalışma Bakanlığına ailelerin, işçi ve işveren sendikalarının, meslek kuruluşlarının, işverenlerin, toplum ve bireylerin duyarlılaştırılması ve eğitimi, çocuk ve genç işçilerin sağlık durumları, fiziksel, zihinsel, sosyal ve mesleki gelişimleri, iş sağlığı ve güvenliği koşulları ve çalışma ilişkileri konularında inceleme-araştırma, çocuk ve genç işçiler ile ilgili kamu kurum ve kuruluşları, işçi ve işveren kuruluşları, meslek kuruluşları, üniversiteler ve gönüllü kuruluşlar ile işbirliği ve koordinasyon sağlama görevi verilmiştir (m. 14, m.15, m.16).

Yukarıda da ifade edildiği gibi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kapsamı İş Kanununa göre çok daha geniş tutulduğundan (m.2/2) İş Kanunu kapsamında yer almayan pek çok çocuk ve genç işçinin söz konusu yasa ve bu yasa çerçevesinde çıkarılan yönetmeliklerde sağlanan korumadan yararlanmaları isabetli olarak mümkün olabilecektir¹⁰⁵. Buna karşılık anılan Kanunda "çocuk işçi" kavramına yer verilmiş sadece "genç çalışan"dan söz edilmiştir. Buna göre genç çalışan "Onbeş yaşını bitirmiş ancak onsekiz yaşını doldurmamış çalışan" şeklinde tanımlanmıştır (3/e). Yönetmelikte çocuk işçi kavramına yer verilmeyişinin nedeni yasa gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre "...Çocuk çalışan tanımı bu Tasarıda özellikle tanımlanmamış olup mesleki eğitim dışında çocuk çalışanların istihdamının kısıtlanması Kanunun amaçlarından biridir. Ancak çocuk işçi için İş Kanununun getirdiği kısıtlamalar çerçevesinde çalışmaya izin verilen işlerde çalışanlarda bu Kanunun kapsamı dışında mütalaa edilemez. Bunun yanında genç çalışan tanımı, daha önce İş Kanununda yer aldığı şekilde ve Avrupa Birliğinin 2 Haziran 1994 tarihli ve 94/33 sayılı Direktifine uygun olarak düzenlenmiştir..." Kanımıza göre çocuk çalışanların istihdamının kısıtlanmasının yolu İş Sağlığı ve Güvenliği Yasasında bu kişileri tanımlamamak olmasa gerektir. Nitekim halihazırda İş Yasası ve ilgili Yönetmelikte "14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi"ler çocuk işçi olarak tanımlanmakta

¹⁰⁵ Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 170. maddesine göre, "Süreklilik arz etmek üzere en az 50 işçi çalıştıran işverenler, işçilerini sağlık kontrolünden geçirmek ve hastalıkları olanları tedavi ettirmekle yükümlü tutulmuştur". Aynı maddede kaza riski taşıyan işlerde doktorun sürekli işyerinde veya civarında bulundurulması, hastanesi olmayan mahallerde kurulan işyerlerinin bir hasta odası ve ilk yardım araçlarını barındırması ve 100-500 arası işçi çalıştıran işyerlerinde bir revir açılması ile 500'ün yukarısında işçi çalıştıran işyerlerinde ise 100 kişiye bir yatak hesabıyla bir hastane oluşturulması zorunlu tutulmuştur.

ve bu kişilerin hafif işlerde çalışmalarına izin verilmektedir (Yön. m.4). Durum böyleyken “çocuk işçilere” gerekçede değinmek yerine açıkça İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu içinde özel koruyucu hükümler öngörülmesi daha yerinde olurdu kanısındayız.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun “risk değerlendirmesi, kontrol, ölçüm ve araştırma” başlıklı maddesinde işverene risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü düzenlenmiş ve maddenin ç bendinde “Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu” dikkate alınması gereken hususlar arasında sayılmıştır.

Değişiklikten önce İK 87 hükmünde ondört yaşından onsekiz yaşına kadar (onsekiz dahil) çocuk ve genç işçilerin işe alınmalarından önce ve on sekiz yaşını dolduruncaya kadar altı ayda bir defa doktor muayenesinden geçirilerek bu işte çalışmaya devamlarında bir sakınca olup olmadığının kontrol ettirilmesi yükümlülüğünü öngörmekteydi. 20.06.2012 yılında kabul edilen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu söz konusu hükmü yürürlükten kaldırmıştır (m.37). Anılan Kanunun “Sağlık Gözetimi” başlıklı 15. maddesi uyarınca “İşveren; a) Çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. b) Aşağıdaki hallerde çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır: 1) İşe girişlerinde. 2) İş değişikliğinde. 3) İş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde. 4) İşin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla...”. Yine anılan maddeye göre “Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılmaz”. Bu doğrultuda çıkarılan “İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik”¹⁰⁶ uyarınca “...Çalışanın kişisel özellikleri, işyerinin tehlike sınıfı ve işin niteliği öncelikli olarak göz önünde bulundurularak uluslararası standartlar ile işyerinde yapılan risk değerlendirmesi sonuçları doğrultusunda; a) Az tehlikeli sınıftaki işyerlerinde en geç beş yılda bir, b) Tehlikeli sınıftaki işyerlerinde en geç üç yılda bir, c) Çok tehlikeli sınıftaki işyerlerinde en geç yılda bir defa olmak üzere periyodik muayene tekrarlanır. Ancak işyeri hekiminin gerek görmesi halinde

¹⁰⁶ R.G. 20.07.2013, 28713.

bu süreler kısaltılır..." (m.9/2,c). İşyerlerinin yer aldığı tehlike sınıfları ise "İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği"¹⁰⁷ Ek-1'de yer alan "İşyeri Tehlike Sınıfları Listesi"nde belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi önceden, tehlike derecesine bakılmaksızın 18 yaşından küçüklerin altı ayda bir sağlık muayenesinden geçirilmeleri öngörülmüşken, artık çocuk veya genç işçinin çalıştığı işyerinin tehlike derecesine göre yılda bir, üç yılda bir veya beş yılda bir sağlık muayenesinden geçmeleri söz konusu olacaktır. Her ne kadar işyeri hekimi bu süreleri kısaltabileceksede, konunun onun insiyatifine bırakılması isabetli değildir. Diğer yandan, ILO'nun Türkiye'nin 1984 yılında onaylamış olduğu¹⁰⁸ 1946 tarihli "Çocukların ve Gençlerin Sanayide İşe Elverişlilikleri Yönünden Sağlık Muayenesine Tabi Tutulmaları Hakkında 77 Sayılı Sözleşme"¹⁰⁹si sanayi işyerlerinde işe girişte ve en fazla bir yıl aralıklarla çocuk ve genç işçilerin sağlık muayenesinden geçirilmelerini öngörmektedir (m.2, m.3)¹⁰⁹. Söz konusu düzenleme Türkiye'nin onayladığı bu Sözleşme'de aykırılık taşımaktadır.

Sağlık kontrolleri sonucunda çocuk işçilerin çalışmaya devam etmeleri bakımından sağlıklarında bir olumsuzluk tespit edilirse, işveren gözetme borcuna uygun olarak çocuk işçiye sağlığına uygun bir iş vermelidir¹¹⁰. Böyle bir imkan yaratılamıyorsa çocuk iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

Öte yandan, önceden yürürlükte olan "işin durdurulması veya işyerinin kapatılması" başlıklı İK 79/6 hükmü uyarınca "...Bir işyerinde işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumları böyle bir işyerinde çalışmalarına engel teşkil ediyorsa, bunlar da çalışmaktan alıkonulur...". Söz konusu hüküm de (bütünüyle 79. madde) 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile yürürlükten kaldırmıştır (m.37). Konunun düzenlendiği 6331 sayılı Kanun m.25'te anılan düzenlemeye isabetsiz olarak yer verilmemiştir. 2012 yılında yayınlanan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Tef-

¹⁰⁷ R.G. 26.12.2012, 28509.

¹⁰⁸ RG. 15.08.1984, 18490.

¹⁰⁹ Centel, ILO Sözleşmeleri, 99-100. Anılan Sözleşme dışında ILO'nun çocuk ve gençlerin sağlık kontrolünden geçirilmelerine ilişkin diğer sözleşmeleri Türkiye tarafından onaylanmamıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Bakırcı, a.g.e., 268. Centel, Çocuklar ile Gençler, 123 vd. Şahin, a.g.e., 184-185).

¹¹⁰ Centel, Çocuklar ile Gençler, 195. Bakırcı, a.g.e., 276. Seçer, a.g.e., 1439.

tiş Kurulu Yönetmeliği'nin¹¹¹ "müfettişlerin görev ve yetkileri" başlıklı 11. maddesinin g bendinde ise "İşyerlerinde işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına ilişkin mevzuata aykırılıklar tespit edilmesi halinde, ilgili mülki amire gönderilecek bir yazı ile bu işçilerin çalışmaktan alıkonulmasını talep etmek" hükmü yer almıştır. Anılan hüküm doğrultusunda müfettişlerin bu işçileri doğrudan çalışmaktan alıkoymaları söz konusu olmayacak ancak yazı ile mülki amirden talep etmeleri mümkün olmaktadır. Bu durumun süreci isabetsiz olarak uzatacağı açıktır.

3. Yaptırımlar

A. Hukuki Yaptırım

İş mevzuatında çocuk işçilerin korunmasına ilişkin hükümler emredici niteliktedir. Bu doğrultuda örneğin asgari yaş sınırına uyulmaksızın yapılan bir sözleşmenin genel kurallar uyarınca geçersizliği (hükümsüzlük) söz konusu olacaktır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu m.27 uyarınca "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür...". Buna göre bir sözleşmenin kanunun emredici kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkansız olması sözleşmenin yapılması durumu sözleşmenin baştan itibaren geçersizliği sonucunu doğurur¹¹².

Bu noktada iş sözleşmesi açısından geçersizlik yaptırımının özelliğinden söz etmek gerekir. Kanunun emredici kurallarına aykırı olarak kurulmuş bir iş akdinin hüküm ve sonuçlarının geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması tarafların edimlerini sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade etmesi gereği "çözülmesi olanaksız bir tasfiye sistemi" yaratır¹¹³. Ayrıca sözleşme üzerindeki böyle bir yaptırım, işçinin çalıştığı süre boyunca iş ve sosyal güvenlik yasalarından doğan haklarını talep edemez hale getirmek suretiyle işçinin korunması ilkesine aykırılık oluşturur. Bu sebeple doktrinde ve bir Yargıtay İçtihadı Birleştir-

¹¹¹ R.G. 31.10.2012, 28453.

¹¹² Süzek, a.g.e., 318. Aynı yazar, İş Güvenliği, 181. Bakırcı, a.g.e., 422. Mollamahmutoglu/Astarlı, a.g.e., 501. Urhanoglu Cengiz, a.g.e., 218. Seçer, a.g.e., 1440.

¹¹³ Süzek, a.g.e., 320. Aynı yazar, İş Güvenliği, 182. Seçer, a.g.e., 1441. Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, a.g.e., 318 vd. Aynı yazar, İş Güvenliği, 182 vd.

me Kararında¹¹⁴ belirtildiği üzere, yaş küçüklüğü, işin ağır ve tehlikeli işlerden olması gibi iş akdi yapma yasağına rağmen sözleşme taraflar arasında kurulmuşsa iş yasalarının koruyucu amacına uygun olarak geçersizlik ancak geleceğe dönük etki gösterir; geriye yürümez¹¹⁵. Bu doğrultuda sözleşme, geçersizlik anına kadar tıpkı geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğurur. Bu durum yeni Borçlar Kanununda da açıkça öngörülmüştür (m. 394/son). Gerçekten de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 394/3 hükmüne göre, *“Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”*¹¹⁶.

Çocuk işçiliğine ilişkin düzenlemelere aykırılıkta Borçlar Kanununun “kısmi geçersizlik” yaptırımını da uygulama alanı bulabilir. Kanunun düzenlendiği B.K. 27/2 hükmüne göre *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”*. Buna göre iş sözleşmesinde sözleşmenin sadece bazı hükümleri batıl ise “kısmi geçersizlik”ten

¹¹⁴ Yargıtay İBK, 18.06.1958, 20/9, R.G. 30.09.1958, S.10020. Aynı yönde Y9HD, 28.6.2006, 39175/19031.

¹¹⁵ Süzek, a.g.e., 319. Aynı yazar, İş Güvenliği, 182. Levent Akın, “İş Sağlığı ve Güvenliği”, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, 327. Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., 504. İbrahim Aydın, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, 135. Gökalp, 133. Doktrinde çocuk ve genç işçilerle yapılan iş sözleşmelerinin geçersizliği konusunda iş sözleşmesinin yerine getirilip getirilmemesine göre bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre iş sözleşmesinin ifasına geçilmişse sözleşmenin geleceğe yönelik hükümsüzlüğü uygun bir çözümdür. Buna karşılık çocuk veya genç işçiyle geçersiz bir sözleşme yapılmış ancak henüz çalışmaya başlanmamışsa iş sözleşmesi baştan itibaren geçersiz sayılacak hükümlerini doğurmayacaktır (Bakırcı, a.g.e., 423. Urhanoglu Cengiz, a.g.e., 221. Seçer, a.g.e., 1441).

¹¹⁶ Söz konusu madde gerekçesine göre “... Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkra da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır. Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır. Maddenin düzenlemesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 320’nci maddesi göz önünde tutulmuş; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan “iyiniyetle işgörmeye” koşulu Tasarıda yer verilmemiştir.”. Söz konusu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Süzek, a.g.e., 319. Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., 505 vd. Urhanoglu Cengiz, a.g.e., 224.

söz edilmeli ve böylece sadece kanuna aykırı olan hükmün geçersizliği sonucuna varılmalıdır. Nitekim bazı durumlarda iş akdini mümkün olduğu ölçüde ayakta tutmak işçinin korunması amacına ve iş güvencesi ilkesine uygun düşer¹¹⁷. Kısmi geçersizlik sonucunda geçersiz sayılan hükmün oluşturduğu boşluğun doldurulmasında uygulanabilecek bir yasa veya toplu iş sözleşmesi yoksa boşluk işverenin işçiyi gözetme borcu ile doldurulur¹¹⁸. İşveren gözetme borcu nedeniyle örneğin, yaşı nedeniyle ağır ve tehlikeli bir işte veya sağlığına aykırı bulunduğu için gece işinde çalıştırılmamaları gereken işçilere daha hafif bir iş ya da gündüz işi vermek durumundadır¹¹⁹.

Öte yandan yürürlükteki hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı düşen, kamu düzenini, ahlaki ağır biçimde ihlal eden iş akitleri yürürlüğe girmiş olsa bile geçersizlik geçmişe yürür. Örneğin konusu fuhuş, kaçakçılık, kalpazanlık olan iş sözleşmeleri baştan itibaren geçersizdir; hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz¹²⁰.

Son olarak öğretide de isabetli olarak belirtildiği gibi, iş sözleşmesinin geçersizliğine neden olan durum öne sürüldüğü veya belirlendiği anda ortadan kalkmışsa artık iş sözleşmesini ayakta tutmak ve sözleşmenin sadece geçmişe yönelik değil geleceğe yönelik olarak da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir¹²¹. Örneğin, yasağa rağmen 15 yaşından küçük biri çalıştırılmaya başlanmış ancak bu durumun belirlendiği anda gerekli yaş koşulunu doldurmuşsa butlan söz konusu olmaz.

B. İdari Yaptırım

Yasada ve ilgili mevzuatta çocuk işçiliğine ilişkin hükümlere aykırılık durumunda uygulanacak idari yaptırımlar esas itibarıyla, idari para cezaları ve yukarıda değinildiği gibi çocuk işçilerin çalışmaktan alıkonulması şeklinde yer almıştır.

¹¹⁷ Süzek, a.g.e., 323-324. Aydın, a.g.e., 135. Seçer, a.g.e., 1440. Şahin, a.g.e., 215.

¹¹⁸ Süzek, a.g.e., 323-324. Aynı yazar, İş Güvenliği, 185-186. Aydın, a.g.e., 135. Akın, İş Sağlığı, 327. Urhanoğlu Cengiz, a.g.e., 219. Gökalp, 133. Aydın, a.g.e., 135. Şahin, a.g.e., 215.

¹¹⁹ Süzek, a.g.e., 324. Aynı yazar, İş Güvenliği, 185-186. Akın, İş Sağlığı, 327. Aydın, a.g.e., 135. Şahin, a.g.e., 215.

¹²⁰ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 101. Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., 504. Bakırcı, a.g.e., 424. Urhanoğlu Cengiz, a.g.e., 226. Seçer, a.g.e., 1443.

¹²¹ Bakırcı, a.g.e., 424. Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., 505. Urhanoğlu Cengiz, a.g.e., 223.

İş Kanunu madde 104 uyarınca asgari çalıştırma yaşı yasağına uymayan işveren veya işveren vekiline 1200 TL, çocuklar için öngörülen çalışma sürelerine (tümüyle m.71'e) aykırı hareket eden işveren veya işveren vekiline 1200 TL, sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmayan küçükleri gece çalıştıran işveren veya işveren vekiline 1200 TL, yer ve su altında onsekiz yaşını doldurmamış küçükleri çalıştıran işveren veya işveren vekiline 1200 TL idari para cezası öngörülmüştür.

İK 108/1 uyarınca, "Bu Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101 ve 106 ncı maddelerdeki idari para cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verilir" Bu cezalara karşı 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27. maddesi uyarınca, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesinde¹²² itiraz edilebilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir.

Öte yandan, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu m.59 uyarınca "İlköğretim çağında olup da mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmeyenler, hiçbir resmi ve özel iş yerinde veya her ne surette olursa olsun çalışmayı gerektiren başka yerlerde ücretli veya ücretsiz çalıştırılmazlar. İlköğretim kurumlarına devam ettiklerini belgeleyenler ise, çocukların çalıştırılmasını düzenleyen kanun hükümleri uygulanmak şartıyla ancak ders zamanları dışında bu gibi yerlerde çalıştırılabilirler. İlköğretim çağında bulunan ve mecburi ilköğretim kurumlarına devam eden çocukların bu kanunda gösterilen ve Milli Eğitim Bakanlığınca açılmasına izin verilmiş olunanlar dışında, her ne ad altında kurulmuş olursa olsun, özel kurs ve dershanelere kabulü yasaktır. Yukarıdaki hükümlere aykırı davranışlara dört yüz Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir...".

Son olarak, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nda öngörülen "Kanuni istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde onsekiz yaşından küçükler çalıştırılmaz" (m.12) hükmüne aykırılık durumu için anılan yasada idari para cezası getirilmiştir. Buna göre "Bu işyerlerinin işletmecilerine beşyüz milyon Türk Lirası ile bir milyar Türk Lirası arasında idarî para cezası verilir. Ayrıca bu kişiler karakola götürülüp haklarında tanzim olunacak evrakla beraber adliyeye verilirler" (m.17).

¹²² Söz konusu hükmün eleştirisi için bkz. Süzek, a.g.e., 860-861. Akın, İş Sağlığı, 329-330.

Cezai Yaptırım

Çocuk işçi çalıştıran işverenler iş mevzuatında öngörülen emredici kurallardan bazılarında aykırı hareket ettiklerinde cezai yaptırımlarla da karşılaşabilirler. Çocuk işçilerin cezai yaptırımlarla korunmasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹²³ genel kanun niteliğindedir. Çocuk işçileri iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan ölüm ya da yaralama suçu, Türk Ceza Kanunu'na göre, taksirli ölüm ya da yaralama suçunu oluşturmaktadır (TCK 85-89)¹²⁴.

Ayrıca Türk Ceza Kanununun "İnsan Ticareti" başlıklı 80. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzerî uygulamalara tâbi kılmak amacıyla onsekiz yaşını doldurmamış olanların tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hâllerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezası verilir".

"İş ve çalışma hürriyetinin ihlâli" başlıklı 117. maddenin 2. fıkrasına göre de, "Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tâbi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz gündenden az olmamak üzere adlî para cezası verilir".

Öte yandan Umumi Hıfzıssıhha Kanununda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlar hakkında; Kanunda ayrıca bir ceza hükmü gösterilmediği ve fiilleri Türk Ceza Kanununda daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, üç aydan altı aya kadar hapis cezası ve 1.1.2005 tarihinden önceki Türk Lirası karşılığı ile beşbin liradan otuzbin liraya kadar hafif para cezası verilir. Ayrıca, fiilin işleniş şekli ve niteliğine göre failin suça vasıta kıldığı meslek ve sanatın yedi günden üç aya kadar tatiline ve aynı süre kadar işyerinin kapatılmasına da hükmedilebilir (m.282).

¹²³ R.G. 26.9.2004, 25611.

¹²⁴ Süzek, a.g.e., 113. Akın, İş Güvenliği, 330 vd.

Sonuç

Öncelikle genel bir değerlendirme yapıldığında, 4857 sayılı İş Kanunu ve bu kanun kapsamında çıkarılan yönetmeliklerin çocuk işçiliği konusundaki hükümlerinin -bazı eksikliklerine rağmen- genel olarak uluslararası standartlara uygun olduğunu söylemek mümkündür. Bu konudaki esas sorun, mevzuatın etkin bir biçimde uygulanmamasıdır. Bu sebeple, bu kuralların hayata geçmesini sağlayacak etkin bir iş denetiminin sağlanması büyük önem taşımaktadır.

İş Yasasında asgari çalışma yaşı olarak belirlenmiş olan 15 yaş sınırının, Türkiye'nin de onaylamış olduğu Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, ILO'nun 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelere uygunluk açısından yerinde bir sınır olduğu görülmektedir. Ancak ILO'nun "Asgari Çalıştırma Yaşına İlişkin 146 Sayılı Tavsiye Kararı"nda da belirtildiği gibi bu sınırı *zaman içerisinde daha da yükseltecek* bir ulusal politikanın izlenmesi zorunludur. Ayrıca asgari çalışma yaş sınırının 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi'nde öngörül­düğü şekilde bağımlı-bağımsız çalışan tüm çocuklar için geçerli olacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Diğer yandan çocukların gece çalışmasının -uluslararası standartlara uygun olarak- kural olarak sektör sınırlaması olmaksızın yasaklanması hususunda yasal düzeyde düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

4857 sayılı Kanun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikler sadece bir iş sözleşmesine dayanarak ücret karşılığında çalışan çocuk işçileri kapsamına almaktadır. Yine 4857 sayılı Kanun'un "istisnalar" başlıklı maddesinde yer alan ve bu kanunun uygulanmayacağı işler kapsamında olan çocuk işçiler de kapsam dışında kalmaktadır. Örneğin çocuk işçiliğinin çok yoğun olduğu 50'den az işçi çalıştıran (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerde, aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işlerinde, ev hizmetlerinde, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2. maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde 4857 sayılı İş Kanunu ve ilgili yönetmelikler uygulanmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında kalanlar için Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin kuralları; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, İlköğretim ve Eğitim Kanunu gibi kanunlar,

gazetecilik mesleğini ifa eden çocuk işçiler için Basın İş Kanunu, deniz taşıma işindeki çocuk işçiler için Deniz İş Kanunu uygulanmaktadır. Bu kanunlar ise İş Kanunu kadar etkili ve yeterli bir koruma sağlamamaktadır. Çocuk işçilere yönelik mevzuata ilişkin eksiklik, İş Kanunu ve ilgili yönetmelikler kapsamındaki çocuklar yönünden değil, bu kanun kapsamı dışında bulunan ve çocuk işgücünün yoğun olduğu alanlarda yaşanmaktadır. Bu durum ise Türkiye'nin de onaylamış olduğu uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple doktrinde belirtildiği gibi olması gereken hukuk bakımından, bütün çocuk ve genç çalışanlara ilişkin tek bir yasal düzenleme yapılmalı ve işin özelliğinin gerektirdiği hallerde farklı çalışma koşulları öngörülmemelidir¹²⁵.

Kaynakça

- Akın Levent, "Working Conditions of The Child Worker in Turkish Labor Law", *Employee Responsibilities & Rights Journal*, March 1 2009, 53-68.
- Akın Levent, "İş Sağlığı ve Güvenliği", III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, 302-348. (İş Sağlığı)
- Aktay Nizamettin/Arıcı Kadir/Senyen-Kaplan E.Tuncay, İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Mart 2013.
- Akyüz Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Genişletilmiş 2. Baskı, Mart 2012, Ankara.
- Astarlı Muhittin, Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Aydınlı İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- Bakırcı Kadriye, Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması (Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından), Beta Yayınları, İstanbul 2004.
- Bakırcı Kadriye, "Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık", Cahit Talas Anısına, Güncel Sosyal Politika Tartışmaları, Yayına Hazırlayan: Berrin Ceylan-Ataman, Ankara 2007, 101-134 (Ayrımcılık).

¹²⁵ Bakırcı, a.g.e., 215 vd. Aynı yazar, Ayrımcılık, 103.

- Baştürk Faruk, "Avrupa Sosyal Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması ve Türk Hukuku", *Hukuk ve Adalet*, Bahar 2004, 236-261.
- Bullard Madeleine Grey, "Child Labor Prohibitions are Universal, Binding, and Obligatory Law: The Evolving State of Customary International Law Concerning The UnEmpowered Child Laborer", *Houston Journal of International Law*, Vol 24:1,2001, 139-185.,
- Centel Tankut, "İş Hukukunda Çocukların Korunması", Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, 669-681.
- Centel Tankut, "Sekiz Yıllık Temel Eğitim ve Asgari Çalışma Yaşı", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 293-304 (Sekiz Yıllık Temel Eğitim).
- Centel Tankut, "Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçi Haklarının Avrupa Sosyal Şartı ile Korunması", İnsan Hakları Yıllığı, C.XII, 1990, 125-138 (Sosyal Şart).
- Centel Tankut, Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, İstanbul 1999 (ILO Sözleşmeleri).
- Centel Tankut, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982 (Çocuklar ile Gençler)
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışan Çocuklar Bölümü, Türkiye'de Çocuk İşçiliği, Bilgilendirme Materyali (1), Ankara 2005 (Türkiye'de Çocuk İşçiliği (1)).
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışan Çocuklar Bölümü, Türkiye'de Çocuk İşçiliği, Bilgilendirme Materyali (2), Ankara 2005 (Türkiye'de Çocuk İşçiliği (2)).
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışan Çocuklar Bölümü, Türkiye'de Çocuk İşçiliğiyle Mücadele, Ankara 2006. (Çocuk İşçiliğiyle Mücadele)
- Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, Temmuz 2013.
- Çil Şahin, "Avrupa Sosyal Şartı ve Yargıtay Kararları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.18, Haziran 2010, 56-69.
- Demircioğlu Murat, Karar İncelemesi, İHU İş K. 5, (No.2), 1-4.
- Ekmekçi Ömer, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler", Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Çeşme 2003, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, 177-195.
- Engin Murat, "Gençlerin İş Güvenliği", Çimento İşveren, C.8, S.5, Eylül 1994, 11-30.
- Eyrenci Öner/ Taşkent Savaş/ Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Gökalp Özge Tuçe, "Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma", *Electronic Journal of Vocational Colleges*, Mayıs 2011, 125-135.

- Gülmez Mesut, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na Uyum Sağlayabilecek miyiz?" *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2007/1, 27-52.
- Gündüz Selim, "Türkiye'de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt:22, Sayı:1-2-3, Şubat-Mayıs-Ağustos 2009, 1-28.
- İnan Ali Naim, *Çocuk Hukuku*, İstanbul 1968.
- İren Ertan, *Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu*, Ankara 2008.
- Kern Christopher M., "Child Labor: The International Law and Corporate Impact", *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, Vol 27:177, 176-198.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Mavunga Rufaro Audrey, "A Critical Assessment of The Minimum Age Convention 138 of 1973 and The Worst Forms of Child Labour Convention 182 of 1999", *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Volume 16, No:5, December 1, 2013, 122-168.
- Mayne Susan/ Malyon Susan, *Employment Law in Europe*, Butterworths, London, Dublin and Edinburgh 2001.
- Narmanlıoğlu Ünal, "İş Hukukunda Çocukların Korunması", Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, 669-681.
- Öğüz M. Tufan, "Çocuk ve Genç İşçiler İle Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.9, Mart 2008, 23-26.
- Seçer Öz, "Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 28/2010, 1426-1451.
- Selby Jessica, "Ending Abusive and Exploitative Child Labour Through International Law and Practical Action", *Australian International Law Journal*, January 1, 2008, 165-180.
- Serozan Rona, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Smith Joan M, "North American Free Trade and The Exploitation of Working Children", 4 *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.* 57 1994-1995, 57-116.
- Süzek Sarper, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- Süzek Sarper, *İş Güvenliği Hukuku*, Savaş Yayınları, 1. Baskı, Ankara 1985 (İş Güvenliği).
- Şahin Barış, *Çocuk İşçilerin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Şahlanan Fevzi, *Sanayide Yaş Sınırı Bakımından Çocukların Korunmaları, Mesleki Eğitim ve Yönlendirme Açıklarından Onaylanan ILO Sözleşmeleri*, İHD, C.III, Nisan Haziran 1993, 184-196.
- Tarcan Nurseli, "Avrupa Sosyal Şartı'ndan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.4, Aralık 2006, 217-236.

Tuncay Can, "Anayasa'nın İş Hukukuna İlişkin Bazı Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.18, Haziran 2010, 151-158.

Tuğ Adnan/Baysal Ulaş, "İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt II, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2011, 1869-1880.

TÜİK Çocuk İşgücü Anketi Sonuçları, 2012, Haber Bülteni, 2 Nisan 2013, Sayı: 13659, <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=13659>

Urhanoglu Cengiz İftar, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler", *TBB Dergisi* 2012 (98), 203-230.

Uşan M. Fatih, Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994.

YARDIM KURULUŞU OLMANIN ÖTESİNDE BİR ÖRGÜT: ULUSLARARASI KIZILHAÇ KOMİTESİ

AN ORGANISATION BEYOND BEING A RELIEF AGENCY: INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS

Esra KATIMAN*

Özet: Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Ankara irtibat bürosunun 2012 yılında kapatılmasından sonra konunun ulusal basında hemen hiç yankı yapmamış olması işbu makalenin hareket noktasını oluşturmaktadır. Kuruluşun genel olarak kamuoyunda yeterli ölçüde tanınmıyor olması konuya ilgisizliğin nedeni olarak düşünülebilir. Diğer yandan, bazı politik nedenlerin de, kuruluşun Türkiye'deki faaliyetlerinin sınırlı oluşunu açıklayabileceği ileri sürülebilir. Bu nedenle, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin bilinirliğinin artmasına ihtiyaç vardır. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin genel anlamda yürüttüğü insani yardım çalışmaları ve bu alanda diğer kuruluşlarla yapmış olduğu işbirliği, onun zaman zaman insancıl hukuk alanındaki gerçek görev ve rolünü perdelemektedir: *silahlı çatışma ve şiddet ortamında insani yardım*. Oysaki gerek insancıl hukuk kurallarının derlenmesi ve pozitif hukuka geçirilmesi çalışmalarındaki rolü gerekse bu kuralların denetlenmesinde üstlendiği görev, onu, insancıl hukukun baş garantörlerinden biri yapmaktadır. Uluslararası toplumda kesintisiz devam eden silahlı çatışma tehlikesi, dünyanın geniş bir bölümünde halen devam eden ulusal ve uluslararası çatışma ortamları, genel olarak silahsızlanma ve uluslararası barış konusunda kat edilmesi gerekli mesafeler dikkate alındığında, bugüne kadar özveriyle çalışmış olan Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin görev ve misyonunun henüz tamamlanmadığı açıkça görülecektir. Bunun için, özellikle, Komite'nin görev tanımını oluşturan *yansızlık* ve *tarafsızlık* ilkelerinin bilinmesi, diğer yandan denetimlerinde uyguladığı *gizlilik* ilkesinin, Devletlerle işbirliğini sürdürebilmek için, bir çalışma yöntemi olarak korunması önem taşımaktadır. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin uluslararası kurum ve kuruluşlarla olan organik bağı ve onların çalışmaları içindeki rolü göz önüne alındığında, uluslararası topluluğun ve tek tek Devletlerin, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ne katkı ve desteğinin üst seviyede devam etmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan sığınmacı sorunu ile baş etmeye çalışan Türkiye'nin bir an evvel kuruluşun konuyla ilgili deneyim ve bilgisinden yararlanmasında azımsanmayacak fayda bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi, Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Federasyonu, Ulusal Kızılhaç ve Kızılay Toplulukları, insancıl hukuk, insani yardım, silahlı çatışma, iç savaş, uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalar, Kızılay, sığınmacılar.

* Yrd. Doç. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi; Avukat, İzmir Barosu.

Abstract: This article stems from the fact that the closure of Ankara liaison office of the International Red Cross Committee (ICRC) in 2012 has attracted almost no attention on the national media. Organization's not being adequately known by the public can be considered as a reason for the lack of interest in the subject. On the other hand, it can be argued that some political reasons as well can explain the Organization's restricted activities in Turkey. Therefore, it is necessary to increase public awareness of the ICRC. Humanitarian aid works that the ICRC has carried out in general and its collaborations with other organizations in this field veil sometimes the real mission and the role the ICRC in the field of humanitarian law: humanitarian aid in environments of armed conflict and violence. However, both its role in compiling rules of humanitarian law and transmitting these rules into positive law and the duty it has undertaken in overseeing these rules makes the ICRC one of the foremost guarantors of humanitarian law. When we consider the nonstop threat of armed conflict hanging on the head of international community, the national and international conflicts ongoing throughout a significant part of the world, and the length of the road still to be travelled on the way to disarmament and international peace, it is evident that the duty and mission of the ICRC that has worked with devotion up to date has not been completed yet. To this end, it is especially important to raise awareness regarding the principles of neutrality and impartiality which comprise the mission statement of the Committee, while maintaining the principle of confidentiality implemented in all oversight works as a standard procedure in order to continue collaborations with governments. When we take into consideration the ICRC's organic ties with the international institutions and establishments as well as its role in their works, it is clear that both international community and individual governments should continue to give top level aid and support to the ICRC. It will be significantly beneficial to Turkey, which has been dealing with the refugee problem, if it makes use of the experience and knowledge of the ICRC immediately.

Keywords: International Committee of the Red Cross, The International Red Cross and Red Crescent Movement, the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, National Red Cross and Red Crescent Societies, international humanitarian law, humanitarian aid, armed conflict, civil war, non-international armed conflict, the Red Crescent, refugees.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin¹, Ankara'da 2003 yılından beri faaliyette olan İrtibat Bürosu'nun², 2012 yılı Mart ayında, çalışmaları-

¹ İngilizce adı "The International Committee of the Red Cross (ICRC), Fransızca da ise, "Comité international de la Croix-Rouge (CICR)" olan Uluslararası Kızılhaç Komitesi, işbu makalede zaman zaman Komite olarak anılmakta olup, zaman zaman ise, "UKK" olarak kısaltılmıştır.

² Bkz. 58 Numaralı 8 Nisan 2003 tarihli, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin (ICRC) Ankara'da geçici bir misyon açmasına dair Anlayış Muhtırası. Muhtıra'nın İçeriğine, Dışişleri Bakanlığı internet sitesinden ulaşılabilir: <http://www.mfa.gov.tr>

na son vermiş ve ardından temsilcilerini geri çekmiş olmasının³, daha genel olarak ise, “Türkiye’de Kızılhaç” konusunun, medyanın/basının bugüne kadar ilgisini yeterince çekmemesi biraz düşündürücüdür.

Bu ilgisizliğin, toplumumuzdaki Kızılhaç ile ilgili genel bir bilgi eksikliğinden kaynaklanabileceği olasılığı, makalenin kaleme alınma nedenini oluşturmaktadır. Türkiye’de resmi olarak faaliyeti olmayan ve Türk toplumu tarafından, Hristiyan dünyasına aitliği ile bilinen⁴ ve daha çok afet zamanlarında yapmış olduğu yardımlarıyla tanınan Uluslararası Kızılhaç Komitesi hakkında eksik olan bazı bilgileri tamamlamanın, bu örgütün görev ve çalışmalarının bilinirliğinin artmasına⁵, böylelikle, insancıl hukukun Türkiye’deki gelişimine fayda sağlayacağı düşünülmüştür.⁶

³ UKK tarafından Kıbrıs Kızılhaç Örgütünün 188. Üye olarak kabul edilmesinin, dış basın tarafından bu gelişmenin tek nedeni olarak görüldüğü, ancak TC. Dış İşleri Bakanlığı tarafından bu yoldaki bir kabulün bu güne kadar söz konusu olmadığı notunu burada ayrıca düşmek gerekir: <http://journal.tdg.ch/ankara-renvoiecicr-turquie-2012-04-16>. Bkz., ayrıca:

<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/2012/cyprus-interview-2012-02-23.htm>. Bu arada belirtmek gerekir ki, 25. Uluslararası Kızılhaç Konferansı’nda (1986) kabul edilen ve 26. Uluslararası Kızılhaç Konferansı’nda (1995) değişikliğe uğrayan Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi Tüzüğü’nün 4. Maddesi üyelik kabul koşullarına ilişkindir.

⁴ Benzer şekilde, “Türk Kızılayı’nın kan bağıışı ile tanınır oluşu” benzetmesi de yapılabilir. Bkz. Demir Mehmet Kaan, Arı Ercan, “Üniversite Öğrencilerinin Sivil Toplum Kuruluşlarına İlişkin Bilgi Düzeylerinin Değerlendirilmesi: Kızılay Örneği”, Ekev Akademi Dergisi, Yıl 17, Sayı 56, Yaz 2013. Araştırma, Kızılay’ın tanınırlığı konusunda üniversite öğrencilerinin orta seviyede bir bilgiye sahip olduğunu ortaya koymaktadır.

⁵ Belirtmek gerekir ki, gerek Kızılhaç gerek insancıl hukuk üzerine, kütüphanelerimizde bazı yayınlar bulunmakla birlikte, bu kitapların büyük kısmı İngilizce olup, önemli bir kısmı da, Kongre belgeleri gibi, düzenlenmiş organizasyonlara ait derlemelerden oluşmaktadır. Örneğin, Bennett Angela, *The Geneva Convention: the hidden origins of the Red Cross*, Yayın Yılı: 2006, Bası: Pbk. ed.

⁶ UKK hakkında genel bilgi için, bkz.: Boissier, Pierre, *Histoire du Comité international de la Croix-Rouge, Volume 1, De Solferino à Tsushima* 2e éd., Genève: Institut Henry-Dunant, 1978;

Bugnion François, “Birth of an idea: the founding of the International Committee of the Red Cross and of the International Red Cross and Red Crescent Movement: from Solferino to the original Geneva Convention (1859-1864)”, *International review of the Red Cross*, vol. 94, no. 888 (winter 2012), s. 1299-1338; Forsythe, David P., *The humanitarians: the International Committee of the Red Cross*, Cambridge University Press, 2005. - 372 s.; Durand, André, “Le premier Prix Nobel de la Paix (1901): candidatures d’Henry Dunant, de Gustave Moynier et du Comité international de la Croix-Rouge”, *Revue internationale de la Croix-Rouge=International Review of the Red Cross*. Vol. 83, n° 842 (juin 2001), s. 275-285; El Kouhene Mo-

Henry Dunant'ın, Fransızlarla Avusturyalıları karşı karşıya getiren ve tarihte *Solferino* (1859) adı ile anılan savaşta yaşanmış savaş mağduriyetleri ve acılarına olan tanıklığı üzerine kurmuş olduğu "Yaralılara Yardım Uluslararası Komitesi"⁷ (17 Şubat 1863) ve Komite'nin çağrısı ile toplanan Uluslararası Konferans (26 Ekim-29 Ekim 1863), Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin ilk oluşum adımlarıdır. Bu girişimler öylesi yenilikçi ve önemlidir ki, Henry Dunant'ın insani yardım konusunda uzun yıllara yayılan bu çalışmaları, daha sonra, 1901 yılında, *Nobel Barış* ödülünün ilk kez ona verilmesi ile onurlandırılmış olacaktır.

Tarafsızlık, bağımsızlık, yansız olma, insaniyet (*humanité*), gönüllülük, birlik ve evrensellik gibi prensipler⁸ üzerinden hareket eden Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin kendisine yüklemiş olduğu ana görev, şiddetin ve savaşın olduğu durumlarda insan hayatını ve onurunu korumak, savaş ve şiddet mağdurlarına yardım etmektir. Yüklendiği ana görevin çizdiği geniş saha karşısında, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin genel insani yardım çalışmaları içindekini rolünü belirlemek (A) ve Komite'yi insancıl hukukun bir öznesi olarak ele almak (B) bu kendine özgü kuruluşu kavramak için gerekli ana çerçeveyi sağlayabilir.

hamed, Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme, Dordrecht; Boston; Lancaster: Martinus Nijhoff, 1986; European seminar on humanitarian law: Jagellonean University of Krakow, 27 August - 1 September 1979, International Committee of the Red Cross, Genève; International Committee of the Red Cross; Feyter, K. De, "The Red Cross and raising human rights awareness in Europe", Netherlands quarterly of human rights 1, 1991, s. 36-49; Forsythe, D.P., "Human rights and the international committee of the Red Cross", Human rights quarterly 2, May 1990, s. 265-289. UKK hakkında genel bilgi ve güncel gelişmeler konusunda, ayrıca UKK'nin resmi internet sitesinden de yararlanılabilir:

<http://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/index.jsp>. Diğer yandan, bkz.: Türk Kızılayı, ICRC, "Uluslararası İnsancıl Hukuk, Sorularınıza Cevaplar"; Parlamenteler için el ki-tabı:<http://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancil-hukuka-saygi-respect-ihl.pdf>;

Uluslararası insancıl hukukta örf ve adet hukuku incelemesi konusunda geniş çaplı bir araştırmanın özeti sayılabilecek bir çalışma:

<http://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancil-hukuka-saygi-respect-ihl.pdf>

7 "Beşli Komite" ("Comité de Cinq") olarak adlandırılan, Dunant'ın kurucusu olduğu ve aralarında iki cerrahın bulunduğu grupta yer alan diğer Ceneveliler: Gustave Moynier, Dr. Louis Appia, Dr. Théodore Maunoir, General Guillaume-Henri Dufour'dur.

8 Bu prensipler UKK'nin Viyana'da yapılan XX. Konferansı'nda dile getirilmiş ve daha sonra da Tüzü-ğü'ne de girmiştir. UKK Tüzük (fransızca) metni için, bkz.: <http://www.cicr.org/fre/resources/documents/misc/icrc-statutes-080503.htm>

A. Bir insani yardım hareketi olarak Uluslararası Kızılhaç Komitesi

Uluslararası Kızılhaç Komitesi her şeyden önce bir insani yardım hareketi oluşumudur⁹. Ancak sadece terimsel olarak değil, yapısal olarak da başka oluşumlarla olan bağı nedeniyle, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin tam olarak ne olduğu konusunun, zihinlerde bazı karışıklıklara sebep olabileceği kabul edilmelidir. Bu nedenle, öncelikle, Komite'nin yapısal yönden insani yardım çalışmaları ve aktörleri içinde nerede bulunduğunu belirlemek (1), onun, genel olarak, insani yardım çalışmaları içindeki faaliyetlerini, konunun siyasal ve hukuki boyutu da dahil olmak üzere anlamaya yardımcı olacaktır (2).

1. Diğer yardım kuruluşları ve hareketleri ile olan yapısal bağ

1863 yılında kurulan, Kızılay ve Kızılhaç Uluslararası Hareketi'nin öncüsü olan bu örgüt, ayrıca Ulusal Kızılay ve Kızılhaç Toplulukları (a) ile Ulusal Kızılay ve Kızılhaç Toplulukları Federasyonu (1919) (b) olmak üzere, iki önemli yapının kurucu unsurudur. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin bu yapılar içindeki yeri, her şeyden önce, yapısal özellikler taşır. Aralarında sadece bir esinlenme veya etkileşim ilişkisi yoktur, bu kuruluşlar, belirgin bir biçimde sistemli bir yapının parçaları olarak hareket etmektedirler. Ulusal ve uluslararası yapıların bir arada oluşturduğu karma bir mekanizma örneği vermektedirler.

a) Ulusal Kızılay ve Kızılhaç Toplulukları

Ulusal Kızılay¹⁰ ve Kızılhaç Toplulukları, uluslararası insani yardım hareketinin temel taşlarıdır ve bu mekanizmanın ulusal parçalarını oluşturur. Cenevre'de bulunan ve İsviçre hukukuna göre kurulmuş olan UKK gibi, ulusal Kızılay ve Kızılhaç toplulukları da ulusal oluşumu olan yapılardır: kuruldukları ülke hukukuna tabi olup, esasen kurulu oldukları ülkede faaliyet gösterirler.¹¹

⁹ Zira kuruluşla ilgili politik yaklaşımlar ve gerginlikler her dönemde gündeme gelebilmektedir. Örneğin Güney Afrika Cumhuriyeti'nin Uluslararası Kızılhaç Konferansı'ndan ihraç edilmesi ve bu karar üzerine misilleme niteliğinde, UKK'nin Güney Afrika Cumhuriyeti'ni terk etmesinin istenmesi, Devletlerin kuruluşun çalışmalarında gördüğü siyasi yöne örnektir (Bkz. Milliyet Gazetesi, 27.10.1986, s. 5).

¹⁰ Türkiye'de faaliyette olan Türkiye Kızılay Derneği'dir. Bu kuruluş, "Türk Kızılayı" ve "Kızılay" adlarıyla da tanınır.

¹¹ Bkz. Türkiye Kızılay hareketi hakkında: <http://www.kizilay.org.tr>.

Ulusal Kızılay ve Kızılhaç Topluluklarının en önemli görevi, Kızılay ve Kızılhaç Uluslararası Hareketi'nin amaç ve prensiplerinin üye yüz seksen dokuz (189¹²) ülkede uygulanır halde olmasını sağlamaktır. İnsani yardım, afet hallerinde acil yardım, sosyal yardım, sağlık hizmetleri gibi alanlarda ulusal düzeyde sorumlu olan yetkililere ikinci planda yardım rolünü üstlenen Ulusal Kızılay ve Kızılhaç Toplulukları, savaş zamanında savaştan etkilenen sivillere yardım ile birlikte, aynı zamanda, savaşanların sağlık personeline destek çalışmalarında da bulunmaktadır.

Kızılay ve Kızılhaç Uluslararası Hareketi içinde olabilmek için öncelikle Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından tanınmış olmak gerekmektedir. Ancak bu aşamadan sonra, bir ulusal yardım kuruluşu tüm Ulusal Kızılay ve Kızılhaç Topluluklarını bünyesinde barındıran Ulusal Kızılay ve Kızılhaç Toplulukları Federasyonu içinde yer alabilir. Kızılay ve Kızılhaç Uluslararası Hareketi Tüzüğü'nün 4. maddesinde sayılı şartları taşıyan ulusal örgütlenmeler, Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından tanınır. Ulusal toplulukların Uluslararası İnsani Yardım Hareketi (UIYH) içinde olabilmeleri de bu şarta bağlıdır. Tüzüğün 4. maddesine göre bu şartlar özetle:

Silahlı kuvvetlerde hasta ve yaralıların durumunun iyileştirilmesi konulu Cenevre Sözleşmesini kabul etmiş¹³, bağımsız bir Devletin toprakları üzerinde kurulmuş olması; bu devlette olan, tek Kızılay veya Kızılhaç kuruluşu olması ve uluslararası hareket içindeki diğer unsurlar nezdinde temsil gücü olan merkezi organ tarafından yönetiliyor olması; ülkesinin meşru hükümeti tarafından Cenevre Sözleşmeleri ve yürürlükteki yasalar gereği, insani yardım alanında kamu gücünün yardımcısı sıfatıyla, gönüllü yardım kuruluşu olarak tanınmış olması; Hareketin temel prensiplerine uygun olarak faaliyette bulunmasına izin verecek bir bağımsız konuma sahip olması; Cenevre Sözleşmelerine uygun ayırt edici bir amblem ve isim sahibi olmak; tüzüğünde geçen görevleri yapmaya imkan veren bir düzenlemeye sahip olması; tüm ülke topraklarında faal olması; ayrımcılık uygulamadan gönülleri tayin etmek, tüzüklere katılmak ve Hareketin diğer unsurları ile bir-

¹² Güney Sudan Kızılhaç'ı 18 Haziran 2013 tarihinde Harekete katılan son kuruluştur.

¹³ Harp halindeki silahlı kuvvetlerin hasta ve yaralıların vaziyetlerinin ıslahı hakkında Cenevre Sözleşmesi, (Cenevre, 12 Ağustos 1949), Onay Kanunu, 21 Ocak 1953 gün ve 6020 sayılı Kanun, Resmi Gazete, 30 Ocak 1953, Sayı: 8322, Düstur: III., Tertip, C.34.

leşmek üzere çalışmalarda bulunması; Hareketin temel prensiplerine saygılı olması ve insancıl hukuk kurallarının vereceği yön dahilinde çalışma yapması olarak sayılabilir.

Bu çerçevede, Türkiye Kızılay Derneği'nin de bu yapı içinde yer alan bir kuruluş olduğunu anımsamak gerekecektir. Bu nedenle, Türkiye Kızılay Derneği'nin hukuksal statüsünün, Türkiye'nin 1954 tarihinde imzaladığı Savaş Halinde Sivillerin Korunmasına İlişkin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1986 yılında 25. Uluslararası Kızılhaç Kızılay Konferansında kabul edilmiş 31 no.lu Kararları dikkate alınmadan değerlendirilmesi eksik bir değerlendirme olacaktır.

Türkiye Kızılay Derneği, Kızılay adı altında faaliyet gösteren, "Uluslararası Kızılay-Kızılhaç Hareketinin diğer unsurlarıyla ilişkilerinde kendisini temsil edecek merkezi yönetimi mevcut ve hareketin temel prensiplerine göre faaliyette bulunan özerk" bir organizasyon¹⁴ olarak, Tüzüğü'nün 4-ç) maddesine göre, "savaş durumunda sivillerin korunmasına yönelik IV üncü Cenevre Sözleşmesinin 63 üncü maddesinin (a) ve (b) fıkralarında tanımlandığı üzere, uluslararası düzeyde tanınan Uluslararası Kızılay-Kızılhaç Konferansında tarif edilen prensiplere dayalı olarak, savaş alanlarında insani faaliyetlerini gerçekleştirebilir".¹⁵ Türkiye Kızılay Derneği, Uluslararası Kızılay-Kızılhaç Hareketi'ne dâhildir¹⁶ ve insancıl hukuk alanındaki birçok düzenlemeden doğrudan doğruya etkilenmektedir¹⁷. Kızılay Derneği, Uluslararası Kızılhaç Hareketinin temel prensiplerini benimseyerek, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Kızılay-Kızılhaç Dernekleri Federasyonu ile işbirliği ve çalışmalar yapmak görevini üstlenmiştir¹⁸. Bu nedenle, her ne kadar, neredeyse baştan aşağı bir kamu kurumu olarak görülen Türk Kızılayı'nın, gerçekte bağımsız bir kurum olduğunu ve uluslararası Kızılay-Kızılhaç Hareketi temel ilkelerine uygun hareket etme özerkliğine sahip olduğunu unutmamak gerekir.

¹⁴ Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğü 4, 1 a) maddesi (Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğü, İçişleri Bakanlığının 24.12.2008 tarihli ve 4094 sayılı yazısı üzerine, 5253 sayılı Dernekler Kanununun 27. maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 02.02.2009 tarihinde kararlaştırılmıştır: 19.02.2009 tarihli Resmi Gazete, Sayı No: 27146, 2009/14633).

¹⁵ Savaş durumunda sivillerin korunmasına yönelik görev sınırı, IV üncü Cenevre Sözleşmesinin 63 üncü maddesinin (a) ve (b) fıkralarında tanımlanmaktadır.

¹⁶ Türkiye Kızılay Derneği (TKD) üzerine, bkz., Hatipoğlu Osman Gökhan, "Türkiye Kızılay Derneği'nin Kamusalılığı: Bir Çözümleme Denemesi", Yönetim Bilimleri Dergisi, 2013, Cilt 11, Sayı:22, ss. 167-189, 2013.

¹⁷ İbidem, s. 172.

¹⁸ TKD Tüzüğü 4- ç) maddesi.

b. Kızılay ve Kızılhaç Toplulukları Federasyonu

Ulusal Kızılay ve Kızılhaç Toplulukları Federasyonu ise, Ulusal Kızılay ve Kızılhaç Toplulukları tarafından yapılan insani yardım ve destek çalışmalarını takip etmekte, kolaylaştırmakta ve yürüttüğü koordinasyon çalışmaları ile insani yardım faaliyetlerinde çeşitliliği, verimliliği arttırmaya çalışmaktadır.

Genel olarak, her durumda insan hayatını ve sağlığını koruyucu tedbirleri almak ve insan acısını hafifletmek amacıyla olan Hareket, özellikle silahlı çatışma ve diğer acil durumlarda insana ve insan onuruna saygıyı koruma amacı içeren faaliyetler gösterir. Hastalıkların yayılmasını önleme, sağlık ve sosyal alanlarda gelişime yardım etme, gönüllü çalışmaları destekleme, özellikle de yardıma ve korunmaya ihtiyacı olan kişiler etrafında bir evrensel bir dayanışma çemberi kurmak, Kızılay ve Kızılhaç Uluslararası Hareketin (KKUH) yürüttüğü görevler arasındadır.



Yukarıda özetlendiği gibi, Kızılay ve Kızılhaç Uluslararası Hareketi (KKUH)¹⁹- ki Uluslararası Kızılhaç olarak da anılır-, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Kızılay ve Kızılhaç Toplulukları Uluslararası Federasyonu ve Ulusal Kızılay ve Kızılhaç Topluluklarından meydana gelmektedir.

XXV. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı'nda (1986) kabul edilen Tüzüğü'ne göre, Kızılay ve Kızılhaç Uluslararası Hareketi'nin organlarını, Kızılay ve Kızılhaç Uluslararası Konferansı, Delegeler Konseyi ve Daimi Komisyon oluşturur²⁰.

¹⁹ Bkz. Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi Tüzüğü (Cenevre 1986-1995 ve 2006 değişiklikleriyle): <http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/statutes-fr-a5.pdf>

²⁰ Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi Tüzüğü madde 8 ve devamı.

UKK, Ulusal Kızılay ve Kızılhaç Toplulukları ile sıkı bir ilişki içindedir ve aynı amaca hizmet edecek çalışmalarda teması sağlar, bu topluluklarla anlaşmalar yapar. Tüzüğü'nün 5. maddesine göre, Hareketin ulusal ayağı ile Cenevre Sözleşmelerinin kabulü, geliştirilmesi ve Sözleşmelere saygı gösterilmesi, insancıl hukukun ve temel kurallarının yayılması için onlarla ortak çalışmalar yapma yükümlülüğü vardır.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Dernekleri Federasyonu arasında Uluslararası Federasyonun ve Onun Türkiye Cumhuriyetindeki Temsilciliğinin Statüsüne İlişkin Anlaşma, 4215 no.lu, 28.11.1996 tarihli Kanun ile onaylanmıştır²¹.

2. Bağımsız bir kuruluş olarak Uluslararası Kızılhaç Komitesi

Beyaz fon üzerine kırmızı kalın bir haçtan oluşan bayrağı kendine belgi? alan²², ayrıca "insanîyetle barışa" *Per humanitatem ad pacem*, ilkesini yol gösterici kabul eden örgüt, en başta insanîyet, tarafsızlık, yansızlık, bağımsızlık, gönüllülük ve evrensellikten oluşan insani yardım hareketinin temel kurallarını korumak ve yaymak ile görevlidir. Uluslararası Kızılhaç Komitesi aynı zamanda, Ulusal Kızılay ve Kızılhaç örgütlenmelerinin bir onay merciidir.

Savaş zamanında sivillerin korunmasına ilişkin (I) Cenevre Sözleşmesi (Cenevre, 12 Ağustos 1949) birçok hükmünde Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ne görev ve sorumluluk yüklemektedir²³. Bu hükümlerle UKK, insancıl hukukun Devletlerle birlikte en önemli öznesi olmuştur²⁴.

²¹ Bkz. Resmi Gazete, 3.12.1996, Sayı: 22836.

²² Kızılay ve Kızılhaç amblemleri, Cenevre Sözleşmelerinde yer alan çeşitli hükümlerin konusunu oluşturmaktadır. Bu hükümler, amblemin özelliklerini, kullanımını, kullanıma bağlı korumayı ve kullanacak kişiler ile kötüye kullanımın sonuçlarını düzenler. Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğü 'de konu ile ilgili ayrıntılı hükümler içerir: Bkz. 19 Şubat 2009 Tarihli Resmi Gazete, Sayı: 27146, Karar Sayısı:- 2009/14633. Tüzüğü'nün 3 ve devamı maddelerine göre, amblem ve bayrak, bir tarafsızlık ve koruma belirtisi olarak, uluslararası sözleşmelerle kabul edilen bütün hak ve bağımsızlıklardan yararlanır. Bkz. ayrıca, Kosuge Margaret N., "The "non-religious" red cross emblem and Japan", *Revue internationale de la Croix-Rouge* = *International review of the Red Cross*, Vol. 85, n° 849 (mars 2003), s. 75-93; Pictet Jean S., *The sign of the Red Cross and the repression of abuses of the Red Cross emblem*, Geneva: International Committee of the Red Cross, 1949.

²³ *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 3e ed.*, Comité International de la Croix-Rouge, Genève: Comité International de la Croix-Rouge, 1951; *Les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949: les résolutions de la conférence diplomatique, extraits de l'acte final de la conférence diplomatique*, Comité international de la Croix-Rouge (CICR) Genève: CICR, 1977.

²⁴ Savaş zamanında sivillerin korunmasına ilişkin Cenevre Sözleşmesi (I) (Cenevre, 12

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, yansız bir kuruluş olarak, silahlı çatışma ve iç karışıklık ortamlarında bu olaylardan etkilenen sivil ve asker kişilere yardım ve koruma sağlama görevini üstlenmiştir. Bu amaçla da, silahlı çatışma durumunu öngörmek suretiyle, gerek personel, gerek donanım yönünden ulusal planda çalışan insani yardım kuruluşlarına, askeri sağlık kuruluşlarına ve bu konuda yetkili olan diğer kurumlara destek olmaktadır.

Ayrıca Komite, Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Konferansı tarafından kendisine yüklenen görevleri de yerine getirmektedir. Böyle olmakla birlikte yansız ve tarafsız biçimde hareket etmenin gerekli olduğu ve kendi görev alanına giren konularda her şekilde inisiyatif kullanarak inceleme başlatabilir. Uluslararası İnsani Yardım Hareketi dışında da UKK'nin sürdürdüğü ilişkiler vardır. Bu birçok ulusal ve uluslararası kuruluşu, hükümetleri kapsar geniş bir ağıdır²⁵.

UKK'nin uluslararası niteliği, onun hukuksal olarak ulusal olan yapısını değiştirmez. İsviçre hukukuna göre bir özel hukuk tüzel kişisidir²⁶. Tüzüğü'ne göre²⁷, sadece İsviçre vatandaşlarının üyeliği kabul

Ağustos 1949), birçok maddesinde Uluslararası Kızılhaç Komitesine gönderme yapmıştır. Örneğin, madde 3/2: "Beynelmilel Kızılhaç Komitesi gibi bitaraf insani bir teşkilât, ihtilâfa dahil Taraflara hizmetlerini arz ve teklif edebilecekler"; madde 10: "İşbu sözleşme hükümleri, Beynelmilel Kızılhaç Komitesinin ve keza bitaraf diğer her hangi bir insani teşekkülün, ihtilâfa dahil alâkalı tarafların muvaffakiyetiyle, sivil şahısları himaye ve bunlara yardım için girişecekleri insani faaliyetlere bir mani teşkil etmez". Aynı şekilde, madde 11; Aile Haberleri başlıklı 25. madde; Yardım Cemiyetleri ve Koruyucu Devletlerin Tatbikatı başlıklı madde - 30; Millî Kızılhaç ve Diğer Yardım Cemiyetleri başlıklı, madde - 63: "Tutuklulara Yapılacak Muamele" madde - 76; "İş Müfrezeleri" başlıklı madde - 96, bu hükümlerden bazılarıdır.

²⁵ Bkz. Dip not no. 34 ve devamı.

²⁶ 17 Şubat 1863 tarihinde, İsviçre'nin Cenevre Kantonu'ndan değişik meslek gruplarından beş İsviçreli tarafından bir dernek statüsü içinde kurulmuştur. Ancak bu ulusal yapı, önce Avrupa merkezli, daha sonra ise, evrensel olma ülküsüne sahip bir oluşum yönünde dönüşüme uğrayarak tamamen uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Tarihsel gelişimi ile ilgili, bkz. The International Committee of the Red Cross: A Neutral Humanitarian Actor (Global Institutions), David P. Forsythe and Barbara Ann J. Rieffer-Flanagan, Routledge, London and New York (3 May 2007); Palmieri Daniel, "Une institution à l'épreuve du temps ? Retour sur 150 ans d'histoire du Comité international de la Croix-Rouge", Comité international de la Croix-Rouge, 31.12.2012, No: 888; bkz. Ayrıca, Sogno-Bezza Richard, La Personnalité juridique du Comité International de la Croix Rouge, Thèse (Droit), Paris II, 1974; Mercier Michèle, Le Comité International de la Croix-Rouge: L'action humanitaire dans le nouveau contexte mondial, 2004, Coll. Le savoir suisse; Türkçe çok az yayın arasından bkz. Coursier Henri, Milletlerarası Kızılhaç, Türkiye Kızılay Derneği, 1964.

²⁷ 3 Ekim 2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olan bu UKK Tüzüğü, UKK'nin 21 Haziran 1973 tarihli Tüzüğü'nün 20 Temmuz 1988 ve 8 Mayıs 2003 tarihlerinde gözden geçirilmiş metnidir. Orijinal metnini, UKK'nin resmi İnternet sayfasında görmek

edilebilir. Üyeler mevcut üyeler tarafından seçilir ve sayıları on beş ile yirmi beş arasında değişen bu üyelerin görevleri iç yönetmelikte ayrıntılarıyla belirtilmiştir. Dört yılda bir seçilirler ve üç kez göreve gelmeleri halinde bir sonraki seçimlerde, oy nisabında, mevcut üyelerin dört üçünün salt çoğunluğu şartı aranır.

Meclis, Meclis Konseyi, Başkanlık, Yönetim ve iç denetleme (audit interne) UKK'nin organlarını oluşturur. UKK'nin üst organı Meclis'tir. Tüm üyelerin oluşturduğu Meclis, Kuruluşun denetimini yapar, temel işleyişi, genel hedefleri, kurumsal stratejileri, bütçeyi ve hesaplarını belirler. Meclis Konseyi'ni bu alanlarda ayrıca yetkilendirebilir. UKK Tüzüğü'nün uygulanmasından sorumludur. Tüzük üzerinde yapılacak değişiklikler de Meclis kararıyla yapılabilir. Meclis Başkanı ve yardımcıları aynı zamanda UKK'nin Başkanı ve yardımcılarıdır. Meclis Konseyi ise Meclis'in bir organıdır. Meclis çalışmalarını hazırlar, danışmanlık yapar ve Yönetim ile Meclis arasındaki bağı sağlar. Meclis tarafından seçilen beş üyeye sahiptir. Başkanlığını ise, UKK Başkanı yapar. UKK'nin dış ilişkilerinin yönetimi sorumluluğu Başkan'a aittir. Meclis ve Meclis Konseyi Başkanı olarak Başkan, her iki organın da yetki ve sorumluluklarını gözetir.

Komite'nin icra organı ise, Yönetim'dir. Meclis ve Meclis Konseyi tarafından belirlenen genel hedefleri ve kurumsal izlemleri hayata geçirmekle görevlidir. İyi işleyişten, İdarenin etkinliğinden sorumludur. Yönetim, Meclis tarafından atanmış bir genel müdür ve sayıları beşe kadar çıkabilen müdürlerden oluşur, genel müdür tarafından temsil edilir. UKK'nin temsili ise, Başkan ve Yönetimden olan iki kişi ile gerçekleşir. Bu kişilerin karar ve işlemleri UKK'ni bağlayıcı niteliktedir. Komite'nin finansal kaynakları esas olarak bağışlardır. Bu kaynakların denetimi, iç ve dış kontrollere tabi tutulmuştur.

B. İnsancıl Hukukun lokomotifi olarak Uluslararası Kızılhaç Komitesi

Hukuksal statüsünden ileri geldiği üzere, Uluslararası Kızılhaç Komitesi kendine özgü özellikleri olan bir insani yardım örgütüdür. Hem Cenevre Sözleşmelerinin garantörü hem insancıl hukukun (bir diğer adıyla, savaş hukukunun) bekçisidir. Cenevre Sözleşmeleri ile yetkilendirilmiş olması, onu tüm diğer uluslararası sivil hareketler-

den ayırır. UKK, gerek modern insancıl hukukun ortaya çıkışına sebep olucu katkısı (1), gerek insancıl hukukun hayata geçirilmesinde yük-lendiği misyon (2) ile, açık bir biçimde, Devletlerin baş aktör olduğu bir hukuk dalında (uluslararası hukuk), sivil hareket olarak ayrıcalıklı ve özel bir yere sahiptir²⁸.

1. İnsancıl hukukun oluşumundaki çalışmalar içinde UKK

İnsancıl hukukun belli başlı kaynakları²⁹ UKK'ne açıkça yer veri-

²⁸ Pictet Jean, Le Comité international de la Croix rouge: une institution unique en son genre, Genève: Institut Henry-Dunant; Paris: A. Pedone, 1985.

²⁹ İnsancıl hukukun başlıca kaynakları tarih sırasına göre şöyle özetlenebilir: Kara savaşı kuralları ve örf ve adet hukuku hakkında La Haye Sözleşmesi, 1899 29.07.1899; Boğucu gazların yasaklanmasına dair La Haye Bildirisi 1899, 29.07.1899; Genişleyen/yassılaştıran mermilerin kullanımının yasaklanmasına dair Bildiri La Haye Bildirisi (IV,3), 1899, 29.07.1899; Sağlık yapıları hakkında La Haye Sözleşmesi 21.12.1904; Savaş anlaşmazlığının başlangıcı hakkında La Haye Sözleşmesi 1907,18.10.1907; Kara savaşı kuralları ve örf ve adet hukuku hakkında (IV) La Haye Sözleşmesi 18.10.1907; Kara savaşı sırasında yansız Güçler hakkında (V) La Haye Sözleşmesi, 18.10.1907; Düşman ticaret gemileri rejimi hakkında (VI) La Haye Sözleşmesi, 18.10.1907; Ticaret gemilerinin savaş gemilerine dönüşümü hakkında (VII) La Haye Sözleşmesi 18.10.1907; Deniz mayınları hakkında (VIII) La Haye Sözleşmesi 18.10.1907; Deniz Kuvvetleri bombardımanları hakkında (IX) La Haye Sözleşmesi 18.10.1907; yakalama/ele geçirmelerin sınırlanması hakkında (XI) La Haye Sözleşmesi 18.10.1907; 1907,18.10.1907; deniz savaşı sırasında yansız Güçler üzerine (XIII) La Haye Sözleşmesi,18.10.1907; balondan atılan mermilerin yasaklanmasına dair La Haye bildirisi (XIV) 18.10.1907; bakteri araçlarını ve boğucu gazları yasaklayan Cenevre Protokolü 17.06.1925; denizde yansızlık üzerine Havana Sözleşmesi 1928, 20.02.1928; deniz kuvvetleri silahlanmasının azaltılması ve sınırlandırılmasına dair Londra Andlaşması 1930,22.04.1930; Bilimsel ve sanatsal kuruluşların korunmasına dair Roerich Paketi, 1935,15.04.1935; Londra Andlaşması ile düzenlenen denizaltı savaşlarının kurallarına ilişkin tutanak, 06.11.1936; Nuremberg Mahkemesi Şartı, 1945,08.08.1945; Nuremberg Mahkemesi için Birleşmiş Milletler Kuralları 1946, 11.12.1946; Soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması Sözleşmesi 1948,09.12.1948; Cenevre Diplomatik Konferansı Sonuç Belgesi 1949,12.08.1949; Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin İslahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949 (Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Nations Unies, Recueil des Traités, No: 970, Vol.75); Onay Kanunu, 21 Ocak 1953 gün ve 6020 sayılı Kanun, Resmî Gazete, 30 Ocak 1953, Sayı: 8322, Düstur: III., Tertip, C.34.

Silahlı Kuvvetlerin denizdeki yaralı ve kazazedelerinin durumlarının iyileştirilmesi ile ilgili Cenevre Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949, (Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Nations Unies, Recueil des Traités, No: 971, Vol.75).

Savaş esirlerine yapılacak işlemlerle ilgili Cenevre Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949, (Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Nations Unies, Recueil des Traités, No: 972, Vol.75).

yorsa bunun nedeni, UKK'nin insancıl hukukun kurallarının derlenmesi, bu kuralların pozitif hukuka geçmesi ve bu kuralların gelişimi için, kısaca insancıl hukukun oluşumu için göstermiş olduğu benzersiz çalışmalarıdır.

Savaş zamanında sivillerin korunmasına ilişkin Cenevre Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949, (Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Nations Unies, Recueil des Traités, No: 973, Vol.75, s. 289).

Uluslararası niteliği olan silahlı çatışma mağdurlarının korunmasına dair 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (I), 08.06.1977 (Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des vic-times des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, Recueil des Traités, No: 17512, Vol.1125).

Uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışma mağdurlarının korunmasına dair 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (II), 08.06.1977 (Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des vic-times des conflits armés non internationaux (Protocole II), Nations Unies, Recueil des Traités, No: 17513, Vol.1125).

12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek ve bir ayırt edici amblem kabulüne dair Protokol (III), (08.12.2005), (Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel, Protocole III, Nations Unies, Recueil des Traités, No: 43425, Vol. 2404); Kültürel varlıkların korunmasına ilişkin Konferansın Sonuç Belgesi 1954,14.05.1954; Silahlı çatışma sırasında insan haklarına saygı üzerine Tahran Kararı,12.05.1968; Savaş suçlarında zamanaşımı yokluğuna dair Sözleşme 26.11.1968; silahlı çatışma sırasında insan haklarına saygı üzerine BM Kararı,19.12.1968; Askeri amaçlar üzerine Uluslararası Hukuk Enstitüsü Kararı, 09.09.1969; Biyolojik silahların yasaklanmasına dair Sözleşme,16.12.1971; Savaş suçlarında zamanaşımı yokluğuna dair Avrupa Sözleşmesi, 25.01.1974; Çevre değişimi teknikleri üzerine Sözleşme (ENMOD),10.12.1976; Cenevre Diplomatik Konferansı Sonuç Belgesi, 1974-1977,10.06.1977; Cenevre Diplomatik Konferansı Kararları, 09.06.1977; Lejyonerlik(mercenariat) hakkında Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi, 03.07.1977; Küçük çaplı silah sistemleri üzerine Karar, 28.09.1979; Bazı klasik silahlar hakkında Konferansın Sonuç Belgesi (CAC), 1980, 10.10.1980; Bazı klasik silahlar hakkında Sözleşme (CAC), 1980; 10.10.1980; Yeri saptanamayan parçacıklar üzerine Protokol (I) (CAC) 10.10.1980; Mayın, tuzak ve benzeri araçların yasaklanması üzerine Protokol (II) 10.10.1980; Lejyonerlik (mercenariat) Sözleşmesi, 04.12.1989; Çocuk Hakları Sözleşmesi, 20.11.1989; Kimyasal silahların yasaklanmasına dair Sözleşme, 13.01.1993; Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü, 25.05.1993; Denizde silahlı çatışmalar hakkında San Remo kuralları, 1994, 12.06.1994; Rwanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü, 08.11.1994; Kör edici lazer silahları üzerine 4 No.lu Protokol, 13.10.1995; Mayın, tuzak ve diğer savaş araçlarıyla ilgili gözden geçirilmiş Protokol (II), 03.05.1996; Kişisel mayınları yasaklayan Sözleşme 18.09.1997; UAD Tüzüğü 17.07.1998; Kültürel varlıkların korunması hakkında 2. La Haye Protokolü, 26 Mart 1999; silahlı çatışmalara çocukların sokulması hakkında İhtiyari Protokol 25 Mayıs 2000; Bazı klasik silahların yasaklanması hakkında gözden geçirilmiş Sözleşme 21.12.2001; Sierra Leone için Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü, 16.01.2002, savaş patlayıcıları artıkları hakkında (V) Protokol, 28 Kasım 2003.

Bugün hala insancıl hukukun, örf ve adet kurallarından oluşan bölümünün derleme ve kayda alınma çabaları devam etse de³⁰, bu konudaki asıl önemli çalışma on dokuzuncu yüzyılın son çeyreğinde yapılmıştır. İnsancıl hukukun doğuşu olarak alınan I. Cenevre Sözleşmesinin ilk versiyonunun kabul edildiği 1864 yılının, gerçekte uluslararası insancıl hukukun bir metinsel başlangıç tarihi olduğu açıktır. Çünkü on dokuzuncu yüzyılda başlayan bu çalışmalar, dağınık, düzensiz bulunan savaş hukuku kurallarının esasen kodifikasyon (derleme) çalışmalarıdır.

Dört Cenevre Sözleşmesinde (1949) ve bağlantılı Protokollerinde³¹ olduğu gibi, insancıl hukuk alanında birçok özel nitelikli sözleşmenin arkasında da UKK'nin çalışmaları yer almaktadır. İnsancıl hukuk alanında sözleşmelerin hazırlığı ve imzalanması amacına yönelmiş Uluslararası Konferansların toplanabilmesi UKK'nin sürdürdüğü çalışmalar ile mümkün olmuştur.

Örneğin, 1864 yılında kabul edilen, savaş alanında yaralanmış askeri personele sağlık yardımını öngören ilk Cenevre Sözleşmesi³², 1863 yılında UKK'nin baskıları ile harekete geçen İsviçre'nin önderliğinde toplanmış olan bir Uluslararası Konferansın sonucudur. Bunu izleyen yıllarda da, UKK çalışmalarını sürdürmüş ve uluslararası topluluğa insancıl hukuk alanındaki sözleşmelerin hazırlanması ve kabulleri konularında gerekli hareketi sağlayacak ivmeyi verebilmiştir.

Uluslararası niteliği olmayan, bir başka deyimle, tek bir Devletin topraklarında meydana gelen silahlı çatışma hallerinde uygulanacak kuralların kabulü gereğinin belirmesi, insancıl hukukun bu erken dönem evresinde, UKK'nin çalışmaları sonucudur. Osmanlı İmparatorluğu içinde, 1875-1878 yılları arasında gerçekleşen Balkan Savaşları sırasında UKK, insancıl hukuk kurallarının iç savaş niteliği olan bu çatışmalarda uygulanma imkanı olmamasına karşın, yaralı ayaklanma-

³⁰ Şu an için saptanmış olan 161 kural ile, bu kuralların örf ve adet hukukuna aitliğine dair referanslar için, bkz.: <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>. Kuralların genel olarak gelişimi hakkında, bkz. Henckaerts Jean-Marie (ed.) Customary international humanitarian law, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2005.

³¹ Cenevre Sözleşmelerine Ek (I) No.lu Protokol, 1977; Cenevre Sözleşmelerine Ek (II) No.lu Protokol, 1977; Cenevre Sözleşmelerine Ek (III) No.lu Protokol, 2005.

³² Savaş alanında yaralanmış askeri personele sağlık yardımı yapılması konusundaki 22 Ağustos 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi (Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, Genève, 22 août 1864).

cılara yardım ve tedavi konusunda fiilen çalışmalarda bulunmuştur³³.

UKK, politik sebeplerden uzak, tamamen insani amaçlar içinde yapılan yaralılara yardım faaliyetlerine, Balkan Savaşları'ndan sonra da devam etmiştir³⁴. Böylelikle fiilen, savaş alanında yaralanmış askeri personele sağlık yardımını öngören ilk Cenevre Sözleşmesinin (1864) uygulama alanı genişletilmiştir. 1912 yılında Washington'da düzenlenen Uluslararası Kızılhaç Konferansı'nda, uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalar halinde uygulanacak bir uluslararası sözleşme hazırlanması önerisinde bulunulmuştur. Fakat Rusya'nın iç çatışmalarda yer alan kişilerin *suçlu* oldukları ve bu nedenle bir uluslararası koruma hak etmeyecekleri savı karşısında UKK'nin bu önerisi tartışmaya dahi açılmamıştır³⁵.

Böyle olmakla birlikte, UKK'nin konu ile ilgili çalışmalarına hız kazandıran yine Rusya olmuş ve Lenin tarafından imzalan üç genelge ile Rusya'da Çar yanlısı beyaz Ruslara karşı yapılan mücadelede 1864 tarihli Sözleşme'nin uygulanacağı kabul edilmiş ve iç savaşta yaralıların UKK tarafından tedavi edileceği konusu imza altına alınmıştır³⁶. 1921 yılındaki UKK'nin X. Uluslararası Kongresinde, "İç Savaş" başlığı ile XIV no.lu Kararında yazılı metne dökülecek olan "iç savaş, ayaklanma, iç karışıklık mağdurlarına UKK tarafından yardım edilmesi" kuralı, böylelikle yirmi yıl boyunca fiilen uygulanabilmiştir. XIV no.lu Karar, UKK'ye, iç savaş, ayaklanma, iç karışıklık mağdurlarına önceliği olan ulusal Kızılay veya Kızılhaç Topluluklarının yetersizliği halinde, UKK ve diğer ulusal Kızılay veya Kızılhaç Topluluklarına insani yardım müdahalesi hak ve imkanı vermekteydi. 1928'de, UKK Tüzüğü'nü, bu yeni görev alanına göre gözden geçirmiş ve böylelikle,

³³ Sultan Abdülaziz, 22 Ağustos 1864 tarihli 1864 tarihli savaş alanında yaralanmış askeri personele sağlık yardımını öngören Cenevre Sözleşmesi'ni onayladığını ilan eden ilk Avrupa hükümdarlarından biri olarak kabul edilmektedir. Kabulün etkileri kısa sürede hissedildi ve Sözleşmenin yürürlüğe konabilmesi amacıyla, Albay Dr. Abdullah Bey'in öncülüğünde, İstanbul'da Osmanlı İmparatorluğu Yarıklı Kara ve Deniz Askerleri İçin Merkezî Yardım Derneği'nin Örgütlenmesi ve bu konudaki çalışmaları yürütecek Geçici Komite Oluşturulmasına 11 Haziran 1868 tarihinde İstanbul'da karar verildi. Bkz. Kızılay'ın kuruluş belgesi kabul edilen metin: <http://arsiv.kizilay.org.tr/index.php?sf=cntnt&id=16>

³⁴ Djanchid Momtaz, " Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux", in Eisemann D.M., Koskenniemi M., La succession d'États la codification à l'épreuve des faits, Académie de droit international de la Haye, Kluwer Law international, 2002, [21-138],s. 25.

³⁵ İbidem.

³⁶ İbid.

yansız bir kuruluş olarak, iç savaş, ayaklanma, iç karışıklık hallerinde de mağdurlara yardım götürme yetki ve görevini açıkça üstlenmiştir³⁷.

1948 yılında gerçekleşen XVII Konferansa kadar, uluslararası hukuka iç savaş halinde uygulanacak kuralları yerleştirme çalışmalarına devam eden UKK, II. Dünya Savaşı'nın çıkmasıyla birlikte, konu ile ilgili önerilerinde, Devletlerin nerdeyse tamamına yakınının reddi ile karşı karşıya kalmıştır³⁸. Ancak Komite, bu ısrarlı çalışmaları, sonuç verebilecek kadar verimli sürdürmeyi bilmiştir³⁹.

Nitekim, bugün, kabul edilen dört Cenevre Sözleşmesi ve üç Protokol ile birlikte oluşan insancıl hukuk ana *corpus*'un en büyük bekçisi UKK'dir. Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nun 16 Ekim 1990 tarihli, 45/6 numaralı kararı ile BM'de gözlemci statüsünü elde etmiş olan UKK, birçok uluslararası kuruluş nezdinde de resmi katılımcı statüsüne sahiptir. Birleşmiş Milletler⁴⁰, Avrupa Konseyi, özellikle, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi⁴¹, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı⁴² (OSCE) bünyeleri içinde birçok çalışmaya katılmakta, rapor ve gözlemleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası mahkemeler tarafından dikkatle değerlendirilmektedir.

³⁷ G. Abi-Saab, "Non international armed conflicts", in International Dimension of Humanitarian Law, Henry Dunant Institute, Genève, Paris, Unesco, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, Londres, 1988, s. 219.

³⁸ Djamchid Momtaz, " Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux", op.cit., s. 27.

³⁹ Ampferl M., " La recherche des Allemands prisonniers ou portés disparus au cours de la Seconde Guerre mondiale: une page de l'histoire du Service de recherches de la Croix-Rouge allemande ", Revue internationale de la Croix-Rouge, vol. 81, n° 834, s. 387-402 Genève: Croix Rouge, 1999. BEN-TOV, A., Facing the holocaust in Budapest: the International Committee of the Red Cross and the Jews in Hungary, 1943-1945, Geneva; Dordrecht; Boston; London: Henry Dunant Institute; Nijhoff, 1988; Rapport du Comité international de la Croix-Rouge sur son activité pendant la seconde guerre mondiale (1er septembre 1939 - 30 juin 1947), Conférence internationale de la Croix-Rouge (17e: 1948: Stockholm).

⁴⁰ Bkz., Questions relatives aux droits de l'homme: Rapport du Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, 10-11-1998, Assemblée générale des Nations Unies, 53e Session, Troisième Commission, point 110(e) de l'ordre du jour. Déclaration du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), New York, 10 novembre 1998.

⁴¹ Bkz. Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Document de séance, session ordinaire de 2003, Doc. No. 9674, s. 225.

⁴² UKK'nin katılımının sözkonusu olduğu OSCE bünyesindeki kurumsal toplantılar, Devlet ve Hükümet Başkanları zirvesi, Bakanlar Komitesi, inceleme toplantıları ve Daimi Komitenin toplantılarından oluşmaktadır.

Böyle olmakla birlikte, UKK, çalışma prensipleri arasında yer alan “gizlilik ilkesinden” hiçbir koşulda taviz vermez⁴³. Bu ilke, kuruluşun sıkı sıkıya uyguladığı bir kural olup, üzerinde öğreti bağlamında çalıştığı, uygulama alanının, sınırlarının bu nedenle dikkatle çizildiği ve UKK’nin kendine biçtiği görev tanımının *olmazsa olmaz* niteliğidir⁴⁴. UKK görevini yerine getirmek amacıyla bu güne kadar Devletler ile kurabildiği işbirliğini, bu ilkeyi sıkı sıkıya hayata geçirebilmesine borçludur. UKK’nin sahip olduğu bilgilerin ifşa edilmeme özelliği, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Usul ve Deliller Tüzüğü’nce de kabul edilmiştir⁴⁵. Daha önceden, diğer uluslararası ceza mahkemelerin kararlarıyla onanan bu durum, artık bir uluslararası insancıl hukuk kuralı halini almıştır.

2. Uluslararası insancıl hukukun uygulama aktörü olarak UKK

Silahlı çatışmanın varlığı halinde, çatışmanın ve savaşın etkilerini en aza indirmeye amacı içinde kurallar getiren insancıl hukuk, UKK’ye açıkça yetki ve sorumluluk vermiştir. Bu nedenle, kuruluşun Tüzüğü de, benzer hükümlerle, silahlı çatışma ortamlarında insancıl hukukun uygulanması konusunda çalışmalar yürütme ve insancıl hukuka saygı sorumluluğunu denetleme görevini açıkça düzenlemektedir.

Bu görevlere ek olarak, Komite, insancıl hukukun ihlali iddiaları ile ilgili şikâyetlerin alınması sorumluluğunu da yetki alanı içinde saymaktadır. Cenevre Sözleşmelerine göre kurulması kararlaştırılan Araştırma Merkezi Ajansı’nın işleyiş sorumluluğu UKK’ye aittir. Pedagojik alanda ise, Komite, özellikle, insancıl hukuk kurallarının öğrenilmesi, uygulanması amaçlı bilgilendirme ve çatışma olasılığı barındıran gelişmelere karşı hazırlık yapılması alanında önleyici faaliyetlerin yönetim merkezidir⁴⁶.

⁴³ Pictet Jean S., *Les principes de la Croix-Rouge*, Genève: Comité International de la Croix-Rouge, 1955.

⁴⁴ ICRC, *Doctrine sur l’approche confidentielle du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Moyen spécifique du CICR pour obtenir des autorités étatiques et non étatiques le respect du droit*, 10-04-2013 Article, No. 887.

⁴⁵ Bkz. Kural no. 73.

⁴⁶ Sayapin Sergey, “The International Committee of the Red Cross and international human rights law”, *Human rights law review*, vol. 9, no. 1 (2009), s. [95]-126; The Geneva Conventions of August 12, 1949 Reprint, International Committee of the Red Cross, Geneva: International Committee of the Red Cross, 1970; Tissot Robert

UKK, bir yüzyılı geçkin tarihindeki en zorlu görevini, II. Dünya savaşı sırasında yerine getirmiştir. Beş kıtaya yayılması gerekli olan daimi bir yardım ağını örmek insan gücü, parasal kaynak yönlerinden birçok güçlük barındıran zor bir çalışmadır. Bunun için Komite elliden fazla delegasyon oluşturmak zorunda kalmıştır. Genel olarak savaş esirleri konusunda çalışmaları olan Komite, II. Dünya Savaşı sırasında, savaştan etkilenen sivil halka dönük çalışmalar yapmış, açlıktan ve yokluktan etkilenen ülkelerde ayrıca insani yardım çalışmalarını yoğunlaştırmıştır⁴⁷. UKK, savaş sonrası, özellikle savaş esirlerine dönük çalışmaları nedeniyle, kurucusu Henry DUNANT'dan kırk üç yıl sonra, 1944'te, bu kez kurum olarak Nobel Barış ödülü ile ödüllendirilmiştir.

II. Dünya Savaşı sırasında sivillere dönük çalışmalar her ne kadar başarı ile anılsalar da, savaş esirlerine, tutuklularına ulaşabilme konusunda bir anlaşmanın savaşın taraflarınca kabulü mümkün olmuştur. Bu nedenle, savaşın tarafların konuya dönük reddedici duruşlarından ötürü, II. Dünya Savaşı sırasında, UKK, örneğin, Alman veya Sovyet savaş esirlerine ulaşabilme imkanı bulamamıştır.

Benzer şekilde, Japonlar tarafından esir edilmiş askerlerle de Tokyo'nun muhalefeti nedeniyle bağlantıya geçememiştir. Ancak en önemlisi, UKK'nin savaş sırasında Nazilerin elinde olan sivillere yapılan zulüm ve soykırıma karşın, yardımda, etkisiz kalmış olmasıdır ki, bu durum, bugün, kuruluşun ortak hafızasında ayrı bir yere sahiptir⁴⁸.

Savaşın sonu ve doğu batı dünyasındaki değişimlerle birlikte çalışma yöntem ve araç seçimi de değişen UKK, özellikle 1949 yılında, Cenevre Sözleşmeleri konusundaki Konferansın toplanma çalışmalarına damgasını vurmuştur. UKK'nin sivillere dönük hukuki koruma kalkını kurulmasına olan katkısı büyüktür⁴⁹. Aynı doğrultuda, savaşın sonuç-

J.P. Document de travail pour les représentants de la ligue des sociétés de la Croix Rouge à la table ronde sur le thème "La protection des droits de l'homme en cas de calamités naturelles", Notiziario: Congresso di Grado, 22-26 Settembre 1968. - Pesaro: Centro internazionale di studi per la protezione dei diritti dell'uomo, [1969]. - s. 385-389; Zielinski Henryk L., Health and humanitarian concerns: principles and ethics: guidelines for Red Cross, Red Crescent health professionals, Dordrecht; Boston; London: Nijhoff, 1994.

⁴⁷ Savaş sonrası çalışmalar için bkz. Françoise Perret, François Bugnion, Jakob Kellenberger, Histoire du Comité international de la Croix-Rouge: Tome 4, De Budapest à Saïgon (1956-1965), CICR, (3 février 2010).

⁴⁸ Bkz.: <http://www.icrc.org>

⁴⁹ Rapport sur la protection des victimes de la guerre, Conference internationale pour la protection des victimes de la guerre, Genève: CICR, 1993; Ratner Steven R., Law promotion beyond law talk: the Red Cross, Persuasion, and the Laws of

larını dikkate alan UKK, ardı arkasına, yeni uluslararası sözleşmelerin hazırlıklarının arkasında durmuştur. Bu dönemde toplu imha silahlarının kullanımı, bombalanmaya yasak bölge oluşumu ile ilgili çalışmalar UKK'nin savaş sonrası çalıştığı alanlardan sadece bir kaçıdır.

UKK'nin tarafsız ve yansız olma özelliği onun, özellikle siyasi açıdan hassas olan noktalarda, önemli roller üstlenmesine neden olmuştur⁵⁰. Bu nedenle örgüt, Filistin Savaşında, Hindistan-Pakistan arasındaki paylaşım sorunlarında, soğuk savaş döneminde, Kore savaşında, Süveyş Kanalı krizinde, Macar ayaklanmasında, Küba'daki misil krizinde, Cezayir savaşında⁵¹, yansız ve tarafsızlığını koruyarak yerini almayı bilmiştir. UKK aynı zamanda değişen koşullara da kendini uyarlayabilmiştir. Özellikle, 1945 sonrası, sömürge devleti olan devletlerin bağımsızlık kazanımları sürecinde UKK, yürütülen ulusal mücadeleler içinde, görev tanımına uygun bir biçimde yerini almıştır. Halen ağırlıklı olarak Afrika kıtasında olmak üzere Sudan, Somali, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Çad, Irak, Afganistan, İsrail ve Filistin, Kolombiya, Sri Lanka ve Pakistan'da çalışmaktadır⁵².

War, European journal of international law, vol. 22, no. 2 (May 2011), s. [459]-506; Refugees: the trauma of exile: the humanitarian role of Red Cross and Red Crescent: based on a Red Cross Workshop at Vitznau, Switzerland, October 1987, Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Dordrecht, Boston, London: Nijhoff, 1988; Rieffer-Flanagan Barbara Ann, "Is neutral humanitarianism dead?: Red Cross neutrality: walking the tightrope of neutral humanitarianism", Human rights quarterly, vol. 31, no. 4 (Nov. 2009), s. [888]-915; Rosenne Shabtai, "The Red Cross, Red Crescent, Red Lion and Sun and the Red Shield of David", Israel yearbook on human rights, vol. 5 (1975), s. 9-54; Ryniker Anne, "Position du Comité international de la Croix-Rouge sur l'intervention humanitaire", Revue internationale de la Croix-Rouge, Vol. 83, n° 842 (juin 2001), s. 521-532; Sandoz Yves, Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève: Nijhoff, 1986.

⁵⁰ Girod, C., Tempête sur le désert: le Comité international de la Croix-Rouge et la guerre du Golfe 1990-1991, Paris: L.G.D.J., 1995; Harroff-Tavel, Marion, "Do wars ever end? The work of the International Committee of the Red Cross when the guns fall silent", Revue internationale de la Croix-Rouge = International review of the Red Cross, Vol. 85, n° 851 (sept. 2003), s. 465-496; International review of the Red Cross: humanitarian debate: law, policy, action, International Committee of the Red Cross, 2 Vol. 94 No. 888 (WIN 2012); Ketri Pandora, "La Croix-Rouge albanaise face à la crise du Kosovo", International review of the Red Cross, Vol. 83 no. 843 (September 2001), s. 807-825; Knitel Hans G. "Le rôle de la Croix-Rouge dans la protection internationale des droits de l'homme", Centre de droit international de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles (Centre Henri Rolin). Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1977, s. 137-171.

⁵¹ Perret Françoise ve Bugnion François, "Between insurgents and government: the International Committee of the Red Cross's action in the Algerian War (1954-1962)", International Review of the Red Cross, September 2011, No. 883.

⁵² Bkz. Slutsky Leonid, Raportör, Rusya, Sosyalist Grup, "Activités du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)", Nüfus, Sığınmacılar ve Göç Komisyonu

Guantanamo Körfezinde (Küba) bulunan ve ABD askeri yetkililerin denetimindeki tarihin en kapalı ve en ulaşılmaz tutukevleri arasında sayılabilecek olan Guantanamo kampına, 7 Şubat 2014 tarihi itibarıyla 100. ziyaretini yapan UKK'nin, bu kampa girme iznine sahip tek kuruluş olduğunu belirtmek gerekir⁵³. 2002 yılından beri UKK yetkilileri kampta, yaşam ve tutulma koşullarının uluslararası standartlara uygunluğunu denetleme görevlerini düzenli bir biçimde sürdürmektedirler⁵⁴. Bu çalışmaların sonucu olan raporların çoğu gizlilik kaydı nedeniyle bilinemez olsa da⁵⁵, UKK yetkililerinin, bugüne kadar sürdürülen çalışmalarla, tutuklu bulunan kişiler ile dış dünya arasında mevcut tek bağ olmalarının önemi yadsınamaz. Örgütün bu tarafsız aracılık rolü, onun özellikle rehin tutulan kişilerin salıverilmelerinde rol üstlenmesine neden olmaktadır. Hatırlamak gerekirse, 2012 yılında Sudan'ın Darfour bölgesinde kaçırılmış olan beş Türk vatandaşının serbest bırakılmalarında UKK, tarafsız aracılık rolü gereği, taraflar arasında bağlantı kurulmasına yardımcı olmuştur⁵⁶. 2005 yılında Tunuslu yetkililerle yapılan bir anlaşma ile Tunus ceza ve tutukevleri, gözaltı yerleri de dahil olmak üzere- UKK'nin ziyaretlerine açık hale gelmiştir. Tutulma şartlarının düzeltilmesi amaçlı yapılan bu girişimde de, başka hiç bir kuruluş bu yetkiye sahip değildir. Benzer durum, ABD'nin Irak'a müdahalesiyle Irak'ta da geçerli olmuş, geçici koalisyon, ceza prosedürlerine dair bir memorandumunda UKK'ye, tutuklulukları cezaevinde görme hakkı tanımıştır⁵⁷.

UKK'nin üstlendiği rol, onun çoğu zaman çatışmaların tam or-

Raporu, 20 Mart 2002; bkz. ayrıca, Hancock, Michael, Raportör, Birleşik Krallık, Avrupa için Liberaller ve Demokratlar Birliği, "Activités du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)", Doc. 11608, 5 Mayıs 2008.

⁵³ UKK'nin Amerika'daki çalışmalarından sorumlu yetkilisi olan Patricia Danzi'nin basına vermiş olduğu bir röportaj da bu çalışmaların önemini özetlemektedir: Bkz.: <https://www.youtube.com/watch?v=BuAlf4GTVw>

⁵⁴ CICR, Annual Report 2002, International Committee of the Red Cross External Resources Division, Geneva, Switzerland, June 2003.

⁵⁵ UKK'nin çalışma ilkeleri arasında "gizlilik kaydı" hakkında, bkz. Doctrine sur l'approche confidentielle du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), 10 Nisan 2013, No. 887.

⁵⁶ Aynı şekilde, örneğin, 2007 yılında, Afganistan'da rehin alınan Koreli sivillerin, Etyopya'da ve Nijerya'daki Çinli rehinelere, Kolombiya'da bulunan onlarca rehinenin serbest bırakılmasında UKK aracı rolü üstlenmiştir (UKK operasyon sorumlusu Pierre Kraehenbuehl'in demeci: <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/neutral-intermediary-interview-070708.htm>)

⁵⁷ Irak geçici yetkili Koalisyonu, Memorandum no. 3, 18 Haziran 2003.

tasında bulunmasını gerektirmektedir⁵⁸. İnsancıl hukuk alanında UKK'ye tanınmış olan koruma kalkanına rağmen, özellikle silahlı çatışmanın olduğu ortamlarda UKK görevlileri çok büyük tehlikeler altında çalışmalarını sürdürmek durumunda kalabilmektedir. 29 Ekim 1999 tarihinde, Grozni'de (Çeçenistan-Rusya), aralarında UKK'ye ait ve Kızılhaç bayrağı taşıyan beş arabanın da bulunduğu insani geçiş koridorunun, Rus uçakları tarafından atılan misillerle hedef alınması neticesi, çok sayıda sivilin yanı sıra iki Kızılhaç görevlisi hayatını kaybetmiş, bir diğeri ise yaralanmıştır⁵⁹. 2001 yılında, Burundi de üç, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde altı UKK görevlisi, Sudan'da ise, UKK'ye ait bir uçağın düşürülmesi ile bir pilot hayatını kaybetmiştir. Afganistan'da meydana gelen birçok trajik olay da Komite'nin görevlilerini geri çekmesine neden olmuştur⁶⁰. Fakat tüm bu olumsuzluklara karşın, uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalarda uluslararası "insancıl hukukun bekçisi" görülen UKK'nin yardımlarının Devletler tarafından genel olarak kabulü, insancıl hukuk alanında bir örf ve adet kuralının oluşması noktasına varmıştır⁶¹. Eklmek gerekir ki, UKK, Devletlerin yetki ve görevlendirmelerinden başka, ayrıca Birleşmiş Milletler için de, silahlı çatışma ortamlarında rol alan baş aktördür⁶². Irak-Kuveyt-ABD savaşı ile ilgili, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Kuveytliler hakkında alınan koruma tedbirlerine ilişkin 1483 (2003) no.lu, 23 Mayıs 2003 tarihli Kararında, UKK doğrudan doğruya konu ile ilgili yetkilendirmiştir.

⁵⁸ Mackintosh Kate, "Beyond the Red Cross: the protection of independent humanitarian organizations and their staff in international humanitarian law", *International review of the Red Cross*, vol. 89, no. 865 (March 2007), s. 113-130.

⁵⁹ Savaşta kaçan sivilin geçişi için açılan koridorun içinde bulunan konvoyun Rus askeri uçakları tarafından Grozni yakınlarında hedef alınması ile ilgili olayların konu edildiği başvuru için, bkz., AIHM, Issaieva, Youssouпова ve Bazaieva/Rusya, 57947/00 57948/00 57949/00, 24/02/2005 tarihli karar.

⁶⁰ Bkz. Slutsky Leonid, Raportör, Rusya, Sosyalist Grup, "Activités du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)", Nüfus, Sığınmacılar ve Göç Komisyonu Raporu, 20 Mart 2002, Doc. No. 9388.

⁶¹ Yves Sandoz, *Les moyens de mise en œuvre du droit international humanitaire, Etat des lieux, analyse des problèmes et éléments de réflexion* (Uluslararası insancıl hukukun uygulanma araçları), Institut international du droit humanitaire, Cenevre, 2005, s. 43.

⁶² Bkz. Kuveytliler hakkında alınan koruma tedbirlerine ilişkin, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 1483 (2003) no.lu, 23 Mayıs 2003 tarihli Kararı. Silahsızlanma konusunda da imzası olan örgütün bu alandaki katkıları için bkz.: A guide to the legal review of new weapons, means and methods of warfare: measures to implement article 36 of Additional Protocol 1 of 1977, International Committee of the Red Cross, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, no. 864 (Dec. 2006), s. 931-956.

UKK'nin Uluslararası topluluk içinde kamuoyu oluşturulmasındaki rolünün ise altının ayrıca çizilmesi gerekmektedir. Somut olaylar karşısında, kamuoyunun dikkatini çekici açıklamalar UKK Başkan'ı tarafından yapılır. Örneğin, UKK Başkan'ının uluslararası askeri operasyonlar neticesi artan sayıda gerçekleşen tutma ve tutuklamalar ile ilgili basın açıklamaları buna örnektir. 16 Ocak 2004 tarihli 04/03 numaralı basın açıklamasında, UKK Başkanı, terörizme karşı başlatılan bir dünya savaşı içinde, gizli tutulan yerlerde sayısı bilinmeyen tutuklular hakkında endişelendiklerini belirterek bu kişilerin durumları hakkında bilgi almak ve daha sonra görüşme imkânı elde etmek; ayrıca, Guantanamo ve Afganistan'da özgürlüklerinden mahrum olan kişilere kuruluşun yaptığı ziyaret izinlerinin uzatılması konularında resmi taleplerini yinelemiştir. Bilindiği üzere bu yönde açıklamalar uluslararası hukukta etki gücüne sahiptir.

Komite, özellikle, uluslararası kuruluşlarla kurmuş olduğu organik bağ ile çalışmalarına ivme katar. Değişik statüler içinde, hükümetler arası veya uluslararası kuruluşların çalışmalarına aktif olarak katılır. Örneğin, Avrupa Konseyi'nin Parlamenterler Meclisi çalışmaları bu faaliyetlerine örnek olarak gösterilebilir: özellikle, Meclis içinde kurulmuş olan ve çalışmaları ile ilgili Komisyonların toplantılarına ve rapor çalışmalarına doğrudan doğruya katılabilmektedir. Bu çerçevede, örneğin Parlamenterler Meclisi içinde çalışmalar sürdüren Nüfus, Sığınmacılar ve Göç Komisyonu'nun toplantılarına düzenli olarak gözlemci statüsüyle katılmakta, raporlama çalışmalarına, toplantı ve konferanslara deneyimleriyle ve sahip olduğu paylaşılabilir nitelikteki bilgi ve tanıklıklarıyla çok önemli katkılar sunmaktadır⁶³. Somut bir örnek vermek gerekirse, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından "Balkanlarda, silahlı çatışma ve iç şiddet ortamında kaybolmuş olan kişiler" konusunda alınan 1414 numaralı Karar ile hazırlanan 1684 (2004) 9 numaralı Önerge, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin çalışmaları ışığında tamamlanmıştır.

İnsancıl hukukun gelişimine katkı çalışmalarında UKK, özellikle hukuk teoriği alanında destek sağlamaya devam etmektedir. Bu çalış-

⁶³ Bu alandaki çalışmalar hakkında, bkz. Bender Philippe, "La Croix-Rouge suisse et l'aide aux réfugiés et aux migrants", International review of the Red Cross, Vol. 83 no. 843 (September 2001), s. 827-839; Bugnion François, Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre, Genève: Comité international de la Croix-Rouge, 1994.

maların büyük kısmını, üstlendiği yayınlar oluşturmaktadır⁶⁴. Uluslararası hukukta mevcut hukuksal boşlukları gözler önüne seren yakın tarihli acı deneyimlerden sonra⁶⁵, uluslararası askeri operasyonlar dahilinde gerçekleşen yakalama ve tutuklamalarla ilgili yasal çerçevenin oluşturulması ve tutma koşulları üzerine kurallar getirilmesi hedeflenen Kopenhag Süreci'ne, UKK yirmi sekiz Devletin yanında katılmak suretiyle destek vermiştir⁶⁶.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin "sığınma talebinde bulunanların idari tutulmaları ve Avrupa'da yasal olmayan biçimde bulunan göçmenler" hakkındaki 1900 (2010) sayılı Önergesi'nde kurulması kararlaştırılan uzman komitesine, Birleşmiş Milletler, Avrupa

⁶⁴ Kimi yayınlara örnek olarak: Max Huber. *Principes, tâches et problèmes de la Croix-Rouge dans le droit des gens*, CICR, Genève, 1944; Max Huber, *Principes d'action et fondement de l'œuvre du Comité international de la Croix-Rouge (1939-1946)*, CICR, Genève, 1947; Jean-G. Lossier, *Solidarité, signification morale de la Croix-Rouge*, La Baconnière, Neuchâtel, 1947; Jean-G. Lossier, *La Croix-Rouge et la Paix*, CICR, Genève, 1951; Jean S. Pictet, *La Croix-Rouge et la Paix*, CICR, Genève, 1951; Max Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, CICR, Genève, 1954; Jean S. Pictet, *Les principes de la Croix-Rouge*, E. Droz et CICR, Genève, 1955; Jean-G. Lossier, *Les civilisations et le service du prochain*, V. Colombe, Paris, 1958; Jean S. Pictet. *La doctrine de la Croix-Rouge*, CICR, Genève, 1962; Jean S. Pictet, *Les principes du droit international humanitaire*, CICR, Genève, 1967; CICR, *Annual Report 2002*, International Committee of the Red Cross External Resources Division, Geneva, Switzerland, June 2003, sayılabilir. UKK içinde görev alan hukukçuların desteğiyle yapılan (insancıl hukukta belli bir konu üzerine, "Règles et Principes de Droit International Humanitaire Applicables dans la Guérilla", *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, 2/1971, pp. 505-539 veya genel araştırmalara uzanan, Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Volume 1, Règles, Bruylant, ICRC, 2006) birçok yayın, 888. sayısı basılan Uluslararası Kızılhaç Komitesi ve Cambridge University Press'in birlikte çıkarmakta olduğu UKK Dergisinde yayınlanan makaleler (International Revue of Red Cross), insancıl hukukun teorik gelişimine Komite'nin desteğinin açık ifadeleridir.

⁶⁵ Bkz. 12 Haziran 2006 tarihli Raportör Dick Marty'e ait, Avrupa Konseyi'ne üye Devletler içinde gizli gözaltılar konusunda ilk rapor ("Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des Etats membres du Conseil de l'Europe Rapport, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Rapporteur: M. Dick Marty, Suisse, Alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=11527&lang=fr>; http://issuu.com/councilofeurope/docs/guantanamo_violation_droits_de_l_homme

⁶⁶ Örgüt gelecek ile ilgili belirgin hedefler koymayı ihmal etmemektedir. Ali Said Ali, "Globalization and the future of humanitarian action: new priorities for the International Red Cross and Red Crescent Movement ?" *International review of the Red Cross*, Vol. 83 no. 843 (September 2001), s. 841-846.

İnsan Hakları Mahkemesi temsilcilerinin yanı sıra, UKK'nin da dahil edildiği hatırlandığında⁶⁷, kuruluşun insancıl hukukun çatışma ortamı dışında şiddetin sonuçlarının meydana geldiği ülkeler de dahil olmak üzere geniş bir alanda, konusunda yetkin olduğu kabul edilmelidir.

Bu nedenle, uzun zamandan beri, savaştan ve bir şiddet biçimi olan yoksulluktan kaçan binlerce insanın uğrak ve geçit yeri olan Türkiye'nin, sığınmacı sorununda ve genel olarak insancıl hukuk alanında, UKK'nin bir yüzyıla geçkin deneyimlerinden yararlanmaya esaslı biçimde ihtiyacı vardır. Ege denizinde kaybolan bir hayat, oluşturulan mülteci kamplarındaki tek bir çadır, bu adımları atmamak için fazlasıyla neden sağlamaktadır. Son otuz yılda, güneydoğunun çatışma ortamı içinde gerekli yeri almamış olan ulusal (Kızılay) ve uluslararası insani yardım kuruluşlarının, şiddetin olduğu ortamlarda insanlık için yapacağı hâlâ çok şey bulunmaktadır⁶⁸. Tüm bu sebeplerden ötürü, Kızılhaç Ankara Temsilciliği'nin kapanmış olması, sınırlarında silahlı çatışmaların eksik olmadığı Türkiye açısından bir kayıp olarak değerlendirilmelidir.

Kaynakça

I- Monogrofiler

- Bennett Angela, *The Geneva Convention: the hidden origins of the Red Cross*, Yayın Yılı: 2006, Bası: Pbk. ed.
- Ben-Tov A., *Facing the holocaust in Budapest: the International Committee of the Red Cross and the Jews in Hungary, 1943-1945*, Geneva; Dordrecht; Boston; London: Henry Dunant Institute; Nijhoff, 1988.
- Boissier Pierre, *Histoire du Comité international de la Croix-Rouge, Volume 1, De Solferino à Tsoushima, 2e éd.*, Genève: Institut Henry-Dunant, 1978.
- Bugnion François, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Genève: Comité international de la Croix-Rouge, 1994.
- Byrnes Andrew (ed.), *The right to fair trial in international and comparative perspective: proceedings of a seminar convened on 9 November 1996*, Hong Kong:

⁶⁷ Önerge'nin 5.2 no.lu paragrafı (Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, "Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe" başlıklı, 1900 (2010) sayılı Önerge).

⁶⁸ Silahlı çatışma riski üzerine yapılan bir çalışma, riskin gelecekte düşerek seyreden bir ivme göstermesine rağmen, Afrika ve Asya kıtaları için yüksek olduğunu ortaya koymaktadır: Håvard Hegre, Karlsen Joakim, Håvard Mokleiv Nygård, "Predicting Armed Conflict", 2010-2050, *International Studies Quarterly* (2013), 57, 250-270.

- Centre for Comparative and Public Law-University of Hong Kong, 1997, The Problems and Prospects Series.
- Coursier Henri, Milletlerarası Kızıllaç, Türkiye Kızıllaç Derneği, 1964.
- El Kouhene Mohamed, Les garanties fondamentales de la personne en droit humanitaire et droits de l'homme, Dordrecht; Boston; Lancaster: Martinus Nijhoff, 1986.
- Forsythe David P.; Rieffer-Flanagan Barbara Ann J., The International Committee of the Red Cross: A Neutral Humanitarian Actor (Global Institutions), Routledge, London and New York (3 May 2007).
- Forsythe David P., The humanitarians: the International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, 2005. - 372 s.
- Girod Christophe, Tempête sur le désert: le Comité international de la Croix- Rouge et la guerre du Golfe 1990-1991, Paris: L.G.D.J., 1995.
- Henckaerts Jean-Marie, DOSWALD-BECK Louise, Droit international humanitaire coutumier, Volume 1, Règles, Bruylant, ICRC, 2006.
- Henckaerts Jean-Marie (ed.), Customary international humanitarian law, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2005.
- Huber Max La pensée et l'action de la Croix-Rouge, CICR, Genève, 1954.
- Huber Max Principes d'action et fondement de l'œuvre du Comité international de la Croix-Rouge (1939-1946), CICR, Genève, 1947.
- Huber Max Principes, tâches et problèmes de la Croix-Rouge dans le droit des gens, CICR, Genève, 1944.
- Lossier Jean-G, La Croix-Rouge et la Paix, CICR, Genève, 1951.
- Lossier Jean-G, Les civilisations et le service du prochain, Paris, Ed. Du Vieux-Colombier, 1958.
- Lossier Jean-G., Solidarité, signification morale de la Croix-Rouge, La Baconnière, Neuchâtel, 1947.
- Mercier Michèle, Le Comité International de la Croix-Rouge: L'action humanitaire dans le nouveau contexte mondial, Coll. Le savoir suisse, 2004.
- Miserez Diana, Refugees: the trauma of exile: the humanitarian role of Red Cross and Red Crescent: based on a Red Cross Workshop at Vitznau, Switzerland, October 1987, Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Dordrecht, Boston, London: Nijhoff, 1988.
- Perret Françoise; Bugnion, François; Kellen-Berger, Jakob, Histoire du Comité international de la Croix-Rouge, Tome 4, De Budapest à Saigon (1956-1965), CICR, (3 février 2010).
- Pictet Jean S., Les principes de la Croix-Rouge, Genève: Comité International de la Croix-Rouge, 1955.
- Pictet Jean S., The sign of the Red Cross and the repression of abuses of the Red Cross emblem, Geneva: International Committee of the Red Cross, 1949.
- Pictet Jean S., La Croix-Rouge et la Paix, CICR, Genève, 1951.
- Pictet Jean S., La doctrine de la Croix-Rouge, CICR, Genève, 1962.
- Pictet Jean S., Les principes de la Croix-Rouge, E. Droz et CICR, Genève, 1955.

- Pictet Jean S., *Les principes du droit international humanitaire*, CICR, Genève, 1967.
- Pictet Jean, *Le Comité international de la Croix rouge: une institution unique en son genre*, Genève, Institut Henry-Dunant, Paris, A. Pedone, 1985.
- Sandoz Yves, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève: Nijhoff, 1986.
- Sayapin Sergey, *The International Committee of the Red Cross and international human rights law*, *Human rights law review*, vol. 9, no. 1 (2009), s. [95]-126.
- Sogno-Bezza Richard, *La Personnalité juridique du Comité International de la Croix Rouge*, Thèse (Droit), Paris II, 1974.
- Zielinski Henryk L., *Health and humanitarian concerns: principles and ethics: guidelines for Red Cross, Red Crescent health professionals*, Dordrecht; Boston; London: Nijhoff, 1994.

II- Makaleler

- Ali Ali Said, " Globalization and the future of humanitarian action: new priorities for the International Red Cross and Red Crescent Movement ? ", *International review of the Red Cross*, Vol. 83 no. 843 (September 2001), s. 841-846.
- Ampferl M., " La recherche des Allemands prisonniers ou portés disparus au cours de la Seconde Guerre mondiale: une page de l'histoire du Service de recherches de la Croix-Rouge allemande ", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 81, n° 834, s. 387-402 Genève: Croix Rouge, 1999.
- Bender Philippe, " La Croix-Rouge suisse et baide aux réfugiés et aux migrants ", *International review of the Red Cross*, Vol. 83 no. 843 (September 2001), s. 827-839.
- Bugnion François, *Birth of an idea: the founding of the International Committee of the Red Cross and of the International Red Cross and Red Crescent Movement: from Solferino to the original Geneva Convention (1859-1864)*, *International review of the Red Cross*, vol. 94, no. 888 (winter 2012), s. 1299-1338.
- Demir Mehmet Kaan; Arı, Ercan, " Üniversite Öğrencilerinin Sivil Toplum Kuruluşlarına İlişkin Bilgi Düzeylerinin Değerlendirilmesi: Kızılay Örneği ", *Ekev Akademi Dergisi*, Yıl 17, Sayı 56, Yaz 2013.
- Djamchid Momtaz, " Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux ", *in* Eisemann D.M., Koskenniemi M., *La succession d'États la codification à l'épreuve des faits*, Académie de droit international de la Haye, Kluwer Law international, 2002. [21-138],s. 25.
- Durand André, " Le premier Prix Nobel de la Paix (1901): candidatures d'Henry Dunant, de Gustave Moynier et du Comité international de la Croix-Rouge ", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 83, n° 842 (juin 2001), s. 275-285.
- Feyer K. De, " The Red Cross and raising human rights awareness in Europe ", *Netherlands quarterly of human rights* 1, 1991, s. 36-49.
- Forsythe D.P., " Human rights and the international committee of the Red Cross ", *Human rights quarterly* 2, May 1990, s. 265-289.
- G. Abi-Saab, " Non international armed conflicts ", *in* *International Dimension of Humanitarian Law*, Henry Dunant Institute, Genève, Paris, Unesco, Martinus

- Nijhoof Publishers, Dordrecht, Boston, Londres, 1988, s. 219.
- Hatipoğlu Osman Gökhan, " Türkiye Kızılay Derneği'nin Kamusalılığı: Bir Çözümleme Denemesi ", *Yönetim Bilimleri Dergisi*, 2013, Cilt 11, Sayı 22, ss. 167-189,2013.
- Havard Hegre; Karlsen, Joakim; Havard, Mokleiv Nygard, " Predicting Armed Conflict ", 2010-2050, *International Studies Quarterly* (2013), 57, 250-270.
- Harroff-Tavel Marion, "Do wars ever end ? The work of the International Committee of the Red Cross when the guns fall silent", *Revue internationale de la Croix-Rouge = International review of the Red Cross*, Vol. 85, n° 851 (sept. 2003), s. 465-496.
- Ketri Pandora, " La Croix-Rouge albanaise face à la crise du Kosovo ", *International review of the Red Cross*, Vol. 83 no. 843 (September 2001), s. 807-825.
- Knitel Hans G. " Le rôle de la Croix-Rouge dans la protection internationale des droits de l'homme ", *Centre de droit international de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles (Centre Henri Rolin)*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1977. - s. 137-171.
- Kosuge Margaret N., " The "non-religious" red cross emblem and Japan ", *Revue internationale de la Croix-Rouge = International review of the Red Cross*, Vol. 85, n° 849 (mars 2003), s. 75-93.
- Mackintosh Kate, " Beyond the Red Cross: the protection of independent humanitarian organizations and their staff in international humanitarian law", *International review of the Red Cross*, vol. 89, no. 865 (March 2007), s. 113-130.
- Palmieri Daniel, " Une institution à l'épreuve du temps ? Retour sur 150 ans d'histoire du Comité international de la Croix-Rouge ", *Comité international de la Croix-Rouge*, 31.12.2012, No: 888;
- Perret Françoise, Bugnion François, " Between insurgents and government: the International Committee of the Red Cross's action in the Algerian War (1954-1962)", *International Review of the Red Cross*, September 2011, No. 883.
- Ratner Steven R., " Law promotion beyond law talk: the Red Cross, Persuasion, and the Laws of War ", *European journal of international law*, vol. 22, no. 2 (May 2011), s. [459]-506.
- Rieffer-Flanagan Barbara Ann, "Is neutral humanitarianism dead?: Red Cross neutrality: walking the tightrope of neutral humanitarianism", *Human rights quarterly*, vol. 31, no. 4 (Nov. 2009), s. [888]-915.
- Rosenne Shabtai, " The Red Cross, Red Crescent, Red Lion and Sun and the Red Shield of David ", *Israel yearbook on human rights*, vol. 5 (1975), s. 9-54.
- Ryniker Anne, " Position du Comité international de la Croix-Rouge sur l'"intervention humanitaire" ", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 83, n° 842 (juin 2001), s. 521-532.
- Sandoz Yves, " Les moyens de mise en œuvre du droit international humanitaire, Etat des lieux, analyse des problèmes et éléments de réflexion ", *Institut international du droit humanitaire*, Cenevre, 2005, s. 43.
- Veuthey Michel, " Règles et Principes de Droit International Humanitaire Applicables dans la Guérilla", *Revue Belge de Droit International*, Bruxelles, 2/1971.

III- Uluslararası Andlaşma, Belge, Kararlar ve Çalışmalar

- 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek ve bir ayırt edici amblem kabulüne dair Protokol (III), (08.12 2005), (Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel, Protocole III, Nations Unies, Recueil des Traités, No: 43425, Vol.2404).
- A guide to the legal review of new weapons, means and methods of warfare: measures to implement article 36 of Additional Protocol 1 of 1977, International Committee of the Red Cross, International review of the Red Cross, vol. 88, no. 864 (Dec. 2006), s. 931-956.
- AİHM, Issaieva, Youssoupova ve Bazaieva/Rusya, 57947/00 57948/00 57949/00, 24/02/2005 tarihli karar.
- Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, "Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe" başlıklı, 1900 (2010) sayılı Önerge.
- Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Document de séance, session ordinaire de 2003, Doc. No. 9674, s. 225.
- Avrupa Konseyi, Hancock, Michael, Raportör, Birleşik Krallık, Avrupa için Liberaler ve Demokratlar Birliği, "Activités du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)", Doc. 11608, 5 Mayıs 2008.
- Avrupa Konseyi, Slutsky Leonid, Raportör, Rusya, Sosyalist Grup," Activités du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)", Nüfus, Sığınmacılar ve Göç Komisyonu Raporu, 20 Mart 2002, Doc. No. 9388.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 1483 (2003) no.lu, 23 Mayıs 2003 tarihli Kararı.
- CICR, Doctrine sur l'approche confidentielle du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Moyen spécifique du CICR pour obtenir des autorités étatiques et non étatiques le respect du droit, 10-04-2013 Article, No. 887.
- Draft additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949: commentary, International Committee of the Red Cross, Geneva: International Committee of the Red Cross, 1973.
- European seminar on humanitarian law: Jagellonean University of Krakow, 27 August - 1 September 1979, International Committee of the Red Cross, Genève: International Committee of the Red Cross.
- Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949 (Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Nations Unies, Recueil des Traités, No: 970, Vol.75); Onay Kanunu, 21 Ocak 1953 gün ve 6020 sayılı Kanun, Resmi Gazete, 30 Ocak 1953, Sayı: 8322, Düstur: III., Tertip, C.34.
- International review of the Red Cross: humanitarian debate: law, policy, action, International Committee of the Red Cross, 2 VOL. 94 NO. 888 (WIN 2012);
- Irak Geçici Yetkili Koalisyonu, Memorandum no. 3, 18 Haziran 2003.
- Les Conventions de Genève du 12 août 1949 3e ed., Comité International de la Croix-Rouge, Genève: Comité International de la Croix-Rouge, 1951.

- Les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949: les résolutions de la conférence diplomatique, extraits de l'acte final de la conférence diplomatique, Comité international de la Croix-Rouge (CICR) Genève: CICR, 1977.
- Manuel de la Croix-Rouge internationale: conventions, statuts et règlements, résolutions de la Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Conseil des Gouverneurs de la Ligue 11e éd., Comité international de la Croix-Rouge, Genève: CICR, 1971.
- Manuel du soldat: à l'usage des forces armées de terre, de mer et de l'air, Comité International de la Croix-Rouge, Genève: Comité International de la Croix-Rouge, 1972.
- Protocols additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949: resolutions of the diplomatic conference, extracts from the final act of the diplomatic conference, Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Geneva: ICRC, 1970.
- Rapport du Comité international de la Croix-Rouge sur son activité pendant la seconde guerre mondiale (1er septembre 1939 - 30 juin 1947), Conférence internationale de la Croix-Rouge (17e: 1948: Stockholm).
- Rapport du Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, 10-11-1998, Assemblée générale des Nations Unies, 53e Session, Troisième Commission, point 110(e) de l'ordre du jour. Déclaration du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), New York, 10 novembre 1998.
- Rapport sur la protection des victimes de la guerre, Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre, Genève: CICR, 1993.
- Savaş esirlerine yapılacak işlemlerle ilgili Cenevre Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949, (Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Nations Unies, Recueil des Traités, No: 972, Vol.75).
- Savaş zamanında sivillerin korunmasına ilişkin Cenevre Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949 (Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Nations Unies, Recueil des Traités, No: 973, Vol.75, s. 289).
- Silahlı Kuvvetlerin denizdeki yaralı ve kazazedelerinin durumlarının iyileştirilmesi ile ilgili Cenevre Sözleşmesi, 12 Ağustos 1949 (Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Nations Unies, Recueil des Traités, No: 971, Vol.75).
- The Geneva Conventions of August 12, 1949 Reprint, International Committee of the Red Cross, Geneva: International Committee of the Red Cross, 1970.
- Tissot Robert J.P., Document de travail pour les représentants de la ligue des sociétés de la Croix Rouge à la table ronde sur le thème "La protection des droits de l'homme en cas de calamités naturelles", Notiziario: Congresso di Grado, 22-26 Settembre 1968. - Pesaro: Centro internazionale di studi per la protezione dei diritti dell'uomo, [1969]. - s. 385-389.
- UKK (CICR), Annual Report 2002, International Committee of the Red Cross External Resources Division, Geneva, Switzerland, June 2003.
- Uluslararası niteliği olan silahlı çatışma mağdurlarının korunmasına dair 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (I), 08.06.1977 (Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des

victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, Recueil des Traités, No: 17512, Vol.1125).

Uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışma mağdurlarının korunmasına dair 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (II), 08.06.1977 (Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), Nations Unies, Recueil des Traités, No: 17513, Vol.1125).

IV. İç Hukuka İlişkin Metinler

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Dernekleri Federasyonu arasında Uluslararası Federasyonun ve Onun Türkiye Cumhuriyetindeki Temsilciliğinin Statüsüne İlişkin Anlaşma, 4215 no.lu, 28.11.1996 tarihli Kanun, Resmi Gazete, 3.12.1996, Sayı: 22836.

Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Hareketi Tüzüğü (Cenevre 1986-1995 ve 2006 değişiklikleriyle), 19 Şubat 2009 Tarihli Resmi Gazete, Sayı: 27146, Karar Sayısı: 2009/14633.

V. İnternet Siteleri

58 Numaralı 8 Nisan 2003 tarihli "Anlayış Muhtırası": <http://www.mfa.gov.tr>

<http://arsiv.kizilay.org.tr/index.php?sf=cntnt&id=16>

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=11527&lang=fr;>

http://issuu.com/councilofeurope/docs/guantanamo_violation_droits_de_l_homme

<http://journal.tdg.ch/ankara-renvoie-cicr-turquie-2012-04-16>.

<http://www.cicr.org/fre/resources/documents/misc/icrc-statutes-080503.htm>

<http://www.icrc.org>

<http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1>

[http://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancilhukuka-saygi-respect-ihl.pdf;](http://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancilhukuka-saygi-respect-ihl.pdf)

<http://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/uluslararasi-insancilhukuka-saygi-respect-ihl.pdf>

<http://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/index.jsp>.

<http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/statutes-fr-a5.pdf>

<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/2012/cyprus-interview-2012-02-23.htm>

<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/neutral-intermediary-interview-070708.htm>

<http://www.kizilay.org.tr>

<http://www.youtube.com/watch?v=BuAlf4GTVw>

BİREYSEL BAŞVURU İNCELEMESİNDE ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ SORUNU VE İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ MODELİ

Unutulmamalıdır ki, “kalıcı çözümler, bilimsel bilgi ile yaratıcı aklın meşru izdivacında saklıdır”. Hepimizin, beyinlerimizi terletme ortak yükümlülüğümüz vardır.

Ahmet İYİMAYA*

I. GİRİŞ

Teori ve tasarım olarak insan hakları çağında yaşadığımızı ifade etmek, ölçsüz bir abartı sayılmaz. Ancak küresel ve ulusal uygulamaların, insan hakkı değerlerinin çok gerisinde olduğu, henüz emekleme çağını aşmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Temel hak ve hürriyetleri **kamu gücüne** karşı hukuk yoluyla korumanın bir aracı olarak “**bireysel başvuru hakkı**”, üstün ve bağlayıcı norm (anayasa) ve Anayasa Mahkemesi fikrinin uygulamaya konması ile gelişen bir kurum olarak ortaya çıkmıştır.¹

* Ankara Milletvekili, TBMM Adalet Komisyonu Başkanı

¹ Ülkemizde Bireysel Başvuru ve Anayasa şikayeti alanında, önemli bir literatür birikimi oluşmuştur. Bir bibliyografya iddiası taşımaksızın, bunların başlıcalarına işaret edelim. Bunlardan önemli bir bölümü, Yüksek Anayasa Mahkememizin doğrudan düzenlediği (konferans, panel vb.) bilimsel etkinliklerle ortaya çıkmıştır: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ank.2011. Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAŞ Sempozyumu (Oradaki bilimsel yazılar), Ank.2011. Bireysel Başvuru İncelemeleri (Anayasa Mahkemesi Yayını) (Oradaki bilimsel yazılar), C.1, Ank.2013. Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, (editör), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme) (Oradaki yazılar), 3.Bası, İst.2103. Tolga Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması İle Mukayeseli Bir İnceleme), İst.2013. Dr. Öykü Didem Aydın, Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XV,Y.2011,S.4,s.121 ve dev. *Anayasa Yargısı Dergileri* (özellikle C.26/2009, C.25/2008, Anayasa Yargısı 26-27 Nisan

İnsan haklarının kristalleşmesi, gelişimi, mukayeseli etkileşim, hukukta paradigma değişimlerini tetikleme, yeni kurumlara keşif zemini oluşturması açılarından bu mekanizmanın özel ve ağırlıklı önemi inkar olunamaz.²

Bireysel başvuru mekanizmasının Türk Anayasasına kazandırılmasında kaderin bu kaleme biçtiği görev, Anayasa Mahkememizin bireysel başvuru bağlamındaki pratikleri ve anayasal kapasite konusunda bir değerlendirmede bulunmamı zorunlu kılmıştır.³ Bu zorunluluk,

2004 Sempozyumu ve diğerleri) (Bu dergilerdeki yazılar/tebliğler). İnsan Hakları Ulusal Koruma Mekanizması Olarak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı, Antalya 2014 (Bant çözümü ve yayınlama henüz gerçekleşmediğinden, elde edilen bildirimler ve müzakere notları kadarı ile). Prof. Dr. Zafer Gönen, Bireysel Başvuru, Ank.2014. Prof. Dr. Osman Doğru, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, İst.2013. Dr. Özcan Özbey Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Ank.2013. Prof. Dr. Ebru Karaman, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, İst.2013. Ece Göztepe, Anayasa Şikayeti, Ank.1998. Aliyev Cabir, Anayasa Şikayeti, İst.2010. Dr. Sezai Sami Ural, Bireysel Başvuru, Ank.2013. Kurumun Türkiye'deki dip-köklerin keşfi bağlamında Erdal Onar, Dr., Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ank.2003. Hüseyin Ekinci, Dr. Musa Sağlam, Dr., 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ank.2012.

2 Sözelimi 2010 anayasa reformunun yürürlüğünden hemen sonraki bir makalede ortaya konan görüşüm şöyledir: "2010 Anayasa reformu ile tanınan kişisel başvuru hakkı pratiğinin geçiş dönemi sonrasında, yargı alanında paradigmatları alt-üst edeceği ve temel hak ve hürriyetlerin üveylik konumundan adaletin özüne geçiş yapacağı söylenebilir (Any.m.148/3). Çünkü kararları, İHAS. temelinde ihlal yaptırımına uğrayan yargı organları -ki evleviyetle Yüksek Yargıtay ve Yüksek Danıştay-, zorunlu ve tek seçenek olarak temel hak ve hürriyetler eksenine sıçrayacaklardır. Bu, otoriter kültürün fosilleşmesi ve ortak demokrasinin yeniden keşfi anlamına gelir [Sözelimi Türk Yargısı ve hatta kimi zaman yasama, mülkiyet hakkı-devlet yararı çatışmasında, hak-paradigmasını yok sayan bir anlayışı benimser olmuştur. Osmanlıdan tevarüs ettiğimiz "nef'i hazine" teorisi, tanzimatın banilerinden Mustafa Reşit Paşa'nın emlakini dahi devlete intikal ettirme maharetleri(!), -yeni reformla- tarihe karışabilir (bkz. Prof. Dr. Fikret Eren- Prof. Veysel Başpınar, Toprak Hukuku, 3.Bası, Ank.2007, s.336 ve civ. Keza, orman-mülkiyet hakkı çatışması konusunda bkz. AİHM.'nin 8 Temmuz 2008 t, 1411/03 no'lu "Turgut ve Diğerleri-Türkiye Davası" kararı, aynı mahkemenin 13 Kasım 2008 tarih ve 17203/03 no'lu "Devecioğlu-Türkiye" davası kararı.)] Görevi temel hak ve hürriyetleri güce karşı korumak olan yasama organı ile aynı amaca odaklanmış yargı erkinin eksen özdeşliği, hukuk uygarlığının kendisi demek olacaktır. Paradoksal olan odur ki; hakem koltuğunda Anayasa Mahkemesi oturmaktadır. Yüklenen yükün nicelik ve nitelik olarak ağırlığı karşısında yeni bir Anayasa Mahkemesi reformu kaçınılmaz hale gelebilir." (Siyaset Kurumunun Ortak Günahı: Yasama Reformu, *TBBD Mart-Nisan 2011*, S.93, s.283-339).

3 2010 Anayasa Değişiklik Projesinin Partimiz aşamasındaki çalışmalarda komisyon üyesi olarak görev yaptım. Ayrıca teklifin Anayasa Komisyonuna parti adına sunuş konuşması da tarafımdan yapılmıştır. Komisyonunda görev alan üyeler, soyadı sırasına göre şöyledir: "Efkan Ala, Bülent Arınç, Beşir Atalay, Prof. Dr. Bekir Bozdağ, Cemil Çiçek, Sadullah Ergin, Haluk İpek (Komisyon Başkanı), Ahmet İyimaya, Burhan Kuzu, Prof. Dr. Hayati Yazıcı". Bazı üye arkadaşlar, çalışmalara

süreçteki tarihselliğe tanıklığı ve sonraki tasarımları da esas alan entelektüel bir sorumluluktur. Siyaset kurumunun yüklediği ve mutluluk duyduğum yasama görevinin benden esirgediği zaman, daha geniş tahlillerde bulunmamı engelliyor.

Seçim barajları konusunda bireysel başvuru hakkı ekseninde son günlerde yaşanan tartışma ve gündem,⁴ bu incelemeye bir vesile olmuş-

kesintisiz olarak devam edememiştir.

Anayasa teklifinin ruhunu ortaya koymak bakımından, hayli uzun olan sunuş konuşmamın kısa bir bölümü şöyledir:

“Kurucu komisyonun saygıdeğer üyeleri, Değerli Başkanım, komisyon üyesi olmayan değerli milletvekilleri, partilerimizin grup başkan vekilleri, değerli katılımcılar; sözlerimin başında yüksek kurulunuzu saygıyla selamlıyorum.

... Hukukun temel belgesini inşa ediyoruz. Normativist teoride bütün hukuklara kaynaklık eden, sosyolojiyle, siyasalla hukuk arasında orta çizgide yer alan bir büyük norm inşa ediyoruz, bunun idraki içerisindeyiz. Biz Gürün hanının bir kira akdini yapmıyoruz, toplumsal sözleşmeyi inşa ediyoruz ... Anayasa Komisyonunu kurucu komisyon olarak uzlaşmanın oluşabileceği önemli platform olarak görüyorum.

Arkadaşlar, bu Anayasa'nın, bu projenin temel hedefleri var. Aslında bu hedefler getirilen hükümleri okuyan mercelerdir bir anlamıyla. Bu projenin birinci temel hedefi temel hak ve hürriyetlerin Anayasa seviyesinde çeşitlendirilmesi -bilinçle söylüyorum- genişletilmesi ve güçlendirilmesidir. Pozitif ayrımcılık yasağını, bireysel başvuru, halk denetçisine başvuru gibi müracaat haklarını, çocuk haklarını, kişisel verilere erişme veya kişisel verileri işleme temel hak ve özgürlüğünü bu mercelerle okuyabiliriz” (TBMM Anayasa Komisyonu Tutanağı, 8.4.2010 tarih, 23.D., 4.YY, s.52 ve dev. TBMM 2010 t., 55.497)

4 Sorunu kamuoyunda gündeme getiren yazı için bkz. Muharrem Sarıkaya, “AYM'nin yüzde 10 kararı ...” adlı yazısı (Habertürk Gazetesi, 30.11.2014). Keza aynı yazarın “Kılıç: Yüzde 10'a süre de verebiliriz” (01 Aralık 2014 tarihli), “Biz ihlali belirleriz” (05 Aralık 2014 tarihli) köşe yazıları. Güncellik kazanan sorun, gazetelerde yoğun şekilde tartışılmıştır. Par. Ex. “Anayasa Mahkemesi Devrim Yapabilir Mi?” (Fuat Keyman, Radikal Gazetesi, 03.12.2014). Abdulkadir Selvi. Yeni Şafak Gazetesi (2,3,8.12.2014 tarihli nüshaları. “Haşim Kılıç Barajı Savunmuştu”, “Hukuk Darbesine Hazırlanılıyor”, “Haşim Bey AK Parti'ye Mi Çalışıyor” adlı köşe yazıları). Prof. Dr. Osman Can “Anayasa Mahkemesi ve Seçim Barajı” (10 Aralık 2014'te başlayan dört-dizi yazı) (Akşam Gazetesi). Tarhan Erdem, “Seçim Barajı Kararından Rejim Sorunu Çıkarmayalım” (Radikal Gazetesi, 04.12.2014). Prof. Dr. Burhan Kuzu (Doğan Haber Ajansı, 01.12.2014). Prof. Dr. Mustafa Şentop, (Radikal Gazetesi, 02.12.2014). Dr. Özhan Taha, “Siyaset Mühendisliğinden Siyaset Teknisyenliğine” (Star Gazetesi, 04.12.2014). Altan Öymen, “Bu terazi bu kadar sıkleti çekmez” (Radikal Gazetesi, 04.12.2014). Dr. Serdar Turgut “Anayasa Mahkemesi” (Habertürk Gazetesi, 05.12.2014). Haber-yorumların yoğunluğu üzerine, Yüksek Mahkeme bir basın açıklaması ihtiyacını duymuştur. Açıklama aynen şöyledir:

“Duyuru

27-28 Kasım 2014 tarihleri arasında Avrupa Konseyi'nin “Anayasa Mahkemesi'nde Bireysel Başvurunun etkinleştirilmesi” konusunda Antalya'da düzenlendiği konferans sonrasında bir gazeteci yemek sırasında “Anayasa Mahkemesine Demokratik Sol Parti, Saadet Partisi ve Büyük Birlik Partisi'nin seçim barajı ile ilgili yaptığı bireysel başvuruların ne aşamada olduğu konusunda” bir soru sormuştur.

Soruya karşılık Sayın Başkan Haşim Kılıç'ın verdiği cevapta aynen “Raportörün

tur. Benim üzerinde durduğum, % 10 ülke barajının hak ihlali yönünden durumu (Any.m.148/3) ve -belki de- bundan daha çok, bireysel başvuru incelemesinde yürürlükteki hukukumuz yönünden somut norm (anayasaya uygunluk) denetiminin yapılıp yapılamayacağı sorunudur. Dengeli ve normatif sınırlara özen gösteren, anti-aktivist Anayasa yargısı temel değeri bakımından bu soru (ve sorun), hayati önemdedir.

Bireysel başvuru hakkı konusunda, gerek Anayasa Mahkemesi'nin öncülüğünde, gerek kimi hukuk çevrelerinde ve bilimde yoğun bir çaba ve birikim gözlenmiş olmasına rağmen,⁵ bu incelemelerde anayasaya uygunluk denetimi sorunu, nerede ise tartışılmamıştır.⁶

Bu temel sorunun, en başta meşgul etmesi gereken, negatif yasama organı (Anayasa Mahkemesi) ve pozitif yasama organı (Türkiye Büyük Millet Meclisi) ikileminde büyük Meclisimiz olması gerekirken temel misyonun farkında olduğu söylenemeyecektir.⁷ Bir bütün ola-

raporunu tamamlayarak ilgili bölüm başkanlığına sunulduğu, bölümün konuyu görüşerek seçim barajı ile ilgili bireysel başvurularda önemli usuli sorunlar olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi Genel Kurul'un da görüşülmesinin daha isabetli olacağı düşüncesi ile dosyaların Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'na gönderildiği, Genel Kurul'un uygun olması halinde belki 2-3 hafta sonra görüşebileceği" belirtilmiştir. Bu bilgi dışında Başkan tarafından herhangi bir değerlendirme, yorum ve görüş belirtilmemiştir.

Yapılan başvuruların "kabul edilebilir" olup olmadığı konusu dahi karara bağlanmadan işin esası hakkında yorum yapılmasının anlamsızlığı açıktır.

Gazeteci arkadaşımızın teknik bilgi kapsamında sorduğu bazı sorulara Anayasa kuralları çerçevesinde verilen cevaplardan yorumlar yapılarak bir sonuç çıkarılması tamamen gazetecimizin kendi görüşü ve değerlendirmesinden ibarettir.

Görüşülmekte olan bir konu hakkında değerlendirme yapmak ne Başkan'ın ne de Üyelerimizin bu güne kadar başvurduğu bir yol olmadığı gibi, böyle bir açıklamanın olumsuz sonuçlarını öngörebilecek yeterli bilgi ve tecrübe sahibi oldukları da izahtan varestedir.

Yanlış anlamalara neden olmamak için bu açıklamanın yapılması zorunluluğu doğmuştur.

5 Kamuoyuna saygı ile duyurulur. 1 Aralık 2014 Anayasa Mahkemesi Başkanlığı" (Bkz. Bu incelemenin 1 nolu dipnotunda belirtilen kaynaklar ve diğerleri. Bireysel başvuru yolunu yürürlüğe girmesinden önce Anayasa Mahkememizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile de işbirliği içinde iç-eğitim dahil, yoğun bir alt-yapı çalışmasını gerçekleştirdiğine özellikle vurgu yapmak gerekir.

6 2014 Antalya konferansında konu üzerinde yoğunlaşıldığı ifade olunmaktadır. Fakat müzakere bantları yürürlüğe yayınlanmadığı için -izleyenlerin tuttuğu notlar dışındasomut görüşlere henüz ulaşabilmiş değiliz (bkz. bu incelemenin 4 nolu dipnotu).

7 Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanımız, güncellik kazanan sorun üzerine, 05 Aralık 2014 tarihinde Akşam Gazetesine bir röportajda bulunmuştur. Oysa Pozitif Yasama organı olan Meclis ile negatif yasama organı olan Anayasa Mahkememiz arasındaki riskler ve çatışma potansiyelleri ekseninde, en az Yüksek Mahkemenin gerçekleştirdiği kadar bilimsel etkinlikleri gerçekleştirmek; yasama misyonunun tabiatı gereğidir. Bu kapasite, Büyük Meclisce kullanılmalı, demokratik uygarlığa

rak siyaset kurumunun konjonktürel reaksiyonlar dışında, yapıcı ve akılcı (rasyonel) bir yaklaşım getirdiği de söylenemez.⁸ Oysa bu yöndeki ortak veya bağımsız akılcı çabalar, erkler çatışmasını veya krizini baştan önleyen ve demokrasimizi geliştirecek öncü-girişimlerdir.

Yürürlükteki Anayasa Hukukumuz bakımından açıkça düzenlenmeyen **“Bireysel Başvuruda Somut Norm Denetimi”** yolunun yorumla sisteme katılmasının, bunun bireysel başvuru mekanizmasının henüz sona ermeyen (hatta başında bulunduğumuz) geçiş sürecinde gerçekleştirilmesinin genel sistemdeki olası sonuçları üzerinde ciddiyle durulmalıdır. Sorunun tabiatı itibarı ile sadece hukuksal veya anayasal değil, aynı zamanda meta-juridik (hukuk-ötesi) bir sorun olduğu unutulmamalıdır.

Giriş bölümündeki bu anlatım, incelemenin temel amacını ortaya koymaktadır. Bu amaç: **“hak ihlali incelemelerinde anayasal sınırların aşılamazlığı değerine vurgu ve olası problemlerde çözüm seçeneklerinin neler olabileceğini tartışmaktır.”**

II. BİREYSEL BAŞVURU EKSENİNDE ANAYASA MAHKEMESİ DUALİZMİ (YAHUT EŞ-ZAMANLI İKİ ANAYASA MAHKEMESİ GÖRÜNTÜSÜ)

Anayasa Mahkemesinin asli yapısının (organizmanın) nasıl teşekkül edeceği ve görevlerinin neler olduğu sorunu, bir anayasa sorunudur. Bu, yalnızca anayasa normunun değil, aynı zamanda bu yargı kolundaki anayasa geleneğimizin de kaçınılmaz sonucudur (Any.m.146, 148/son fırka).⁹ Nitekim bireysel başvuru hakkı ve incelemesi de, Yüksek Mahkemeye anayasa ile verilmiş bir asal görevdir (12.9.2010 t., 5982 sayılı Anayasa Değişikliği K.m.18., Any. m.148/3).

katkı sağlanmalıdır.

⁸ Başta partiler olmak üzere siyaset kurumunun, konjonktürün hararetine fazla kapıldığını, aşkın-zaman perspektiflerine başvurmadığını, -hele- ortak alan refleksini geliştiremediğini belirtmeliyim. Söz gelimi, yakın ve uzak geçmişte bir muhtıra karşı “topyekun karşı duruş” un örneğini hatırlamıyorum. Yine üzerinde inceleme yapılan sorunun (bireysel başvuruda yasa iptali potansiyelinin) yol açacağı problemler temelinde ortak-siyasal refleksi geliştirmek, partilerin sorunudur. Bu öngörünün görünür işaretlerini henüz gözleyemiyoruz.

⁹ Diğer Mahkemelerde kurucu-norm, yasa olmasına karşın (1876 tarihli Kanun-u Esasî, m.81 ve dev. 1924 Any.m.53, 1961 Any.m.136, 1982 Any.m.142); Anayasa Mahkemeleri bakımından işin tabiatı gereği kurucu-norm, Anayasadır (1961 Any.m.145, 1982 Any.m.146).

Anayasamız, bireysel başvuru incelemelerinde Mahkemenin hangi iç-yapı organizasyonunun bakacağını da bir anayasa sorunu saymış ve bireysel başvuru incelemesinin bölümlerce karara bağlanması (görev) normunu ihdas etmiştir (Any.m.149/1-2). Kural aynen şöyledir:

“Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az oniki üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir.”

“Siyasi partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.”

Görüldüğü üzere, anayasamıza göre, bireysel başvurularda nihai inceleme ve karar verme yetkisi, münhasır şekilde bölümlerindir.

Anayasamızın sarih hükmünün gereği olarak (Any.m.11, 149/1-2) kurumsal yasa da, **“bireysel başvurularda bölümlerin görevli olduğu”** esası üzerinde kuruludur (6216 sayılı yasa, m.2/c, m.14/2-b, m.22/1, m.49/1,5). Anayasanın madde gerekçesi de görevin bölümde olduğunu ifade etmektedir. Gerekçede aynen: **“Bölümler; esas itibarıyla bireysel başvuruları incelemekle görevlendirilmektedir. Siyasi Partilere ilişkin dava ve başvuruların iptal ve itiraz davalarının ve Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamaların Genel Kurulca yapılması benimsenmektedir”** denmiştir (TBMM. 23.Dönem, 4.YY, SS.497, s.14).

Anayasanın bu hükmü kapsamında Genel Kurula verilen -sözgelemi- parti kapatma davalarına bakmak görevi, yasa veya içtüzükle (Any.m.149/5) bölümlere aktarılması nasıl mümkün değil ise, bölüme ait bir görevin yasa veya içtüzükle genel kurula aktarılması da aynı derecede imkansızdır. Anayasa koyucunun tercihi elbette ki eleştirilebilir, ancak hiçbir gerekçe, açık anayasa hükmünü ıskat edemez. Kaldı ki somut norm denetimi ile bireysel başvuru hakkının eş-değer önemi, incelemede farklı organların görevlendirilmesini zorunlu kılmış olabilir. Bu yönü ile bir yapı kusurundan değil, bilakis rasyonellik ve verimlilik esasında kurgulanan kurucu iktidar tercihinden söz etmek mümkündür.

Öte yandan, Anayasamız, Bireysel Başvuru yolu ekseninde m.149/2'de yer alan saf (pür)-Genel Kurul yerine, **“Bölümler Genel Kurulu”** adı ile, başka bir organ da ihdas etmiş değildir. Esasen yasa ve içtüzükle bu tür bir organın ihdası da mümkün olamaz (Any.m.149, 175). Yasa ile bölümler genel kurulu ihdas edilebilir mi? Bana göre, Anayasa Mahkemesi seviyesinde bu dahi mümkün olmamak gerekir. Öte yandan böylesi bir yapılanma, m.149'daki **“Genel Kurul”** otonom hükmünü dolanmak olur. Çünkü Anayasada yer alan pür (saf)-Genel Kurul ile -bilfarz- Bölümler-Genel Kurulunun üye terekkübü aynıdır. Anayasa, bölümlerin birlikte çalışması esasını öngörmemiştir. **Bölüm ile Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu arasındaki ilişki, bir görev ilişkisi; bölümlerin kendi aralarındaki ilişki ise bir iş bölümü ilişkisidir. İş bölümü ilişkisinde dahi iki bölüm, birlikte toplanarak bir işi sonuçlandıramaz** (ayrıntı için bkz. Bu incelemenin “III/C” Bölümü, özellikle dipnot 29).

Anayasal yapı ve fonksiyon bu yönde olmasına karşın, Yüksek Mahkeme 5.3.2014 tarihinde gerçekleştirdiği içtüzük değişikliği ile bireysel başvurularda, işin önemine göre Genel Kurulu görevli saymış, anayasaya rağmen ve ona aykırı olarak delegasyonda bulunmuştur. Bu bağlamda, sözü geçen içtüzük tadilinde başkanın görev ve yetkileri maddesinde (m.10) **“Bölümlerin kararları arasında içtihat uyumsuzluğunun olduğu ya da oluşacağı kanaatine varıldığı veya Bölümlerce Genel Kurul tarafından karar alınmasının gerekli görüldüğü hallerde Genel Kurulu toplantıya çağırarak”** biçiminde (m.10/1), Genel Kurulun görev ve yetkileri maddesinde (m.25), **“Bireysel başvuralara ilişkin olarak Bölümlerin kararları arasında oluşmuş veya oluşabilecek farklılıkları gidermek; Bölümlerce Genel Kurula sevk edilen konuları karara bağlamak”** biçiminde (m.25/d), bölümlerin görev ve yetkileri maddesinde (m.28) **“Bölümlerden birinin görülmekte olan bir başvuruya ilişkin olarak vereceği karar, Bölümlerin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecekse ya da konunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülürse ilgili Bölüm dosyadan el çekebilir. Bölüm Başkanı başvuruyu Genel Kurul önüne götürmek üzere Başkana iletir”** biçiminde (m.28/3) hükümler sevk edilmiştir.

Anayasamızın hükmü mutlaktır ve bu hüküm, bir görev normudur (Any.m.148/2). Anayasanın bölüme verdiği görev, bir içtüzük

hükmü ile Genel Kurula aktarılabilir mi? İçtüzük yoluyla bir anayasa hükmünü askıya almak ve etkiden düşürmek mümkün müdür? Bu sorulara olumlu cevap vermek ile anayasayı bu yolla kısmen yürürlükten kaldırmak arasında bir nitelik farkı yoktur (Any.m.11, 175).

Bireysel başvuru incelemelerinde, biri Anayasanın modellendirdiği "**Bölüm-Anayasa Mahkemesi**", öbürü içtüzüğün görev bağlamında modellendirdiği, "**Genel Kurul-Anayasa Mahkemesi**" biçiminde ortaya çıkan bir düalist yapı ile karşı karşıyayız. Bölümlere göre, Üst-Kurul olmasına rağmen Genel-Kurul Anayasa Mahkemesi, bir anayasal meşruiyet sorunu ile karşı karşıyadır. Meşru olan organ, bölüm-organdır. İkili yapının anayasa yargısında sürgit-yaşatılması, yapısal ihlalin devam ettirilmesi ile özdeştir.

Bu noktada 2010 anayasa değişikliğinin hazırlık aşamasına ve Yüksek Mahkememizin kurumsal kanununa, ayrıca içtüzük modellemesine zaman/sıra düzeni içinde atıfta bulunmamız gerekir:

1- 2010 Anayasa değişikliği projesinde, Anayasa Mahkemesinin yapısal dönüşümü ve bireysel başvuru hakkı bulunmamakta idi. Bu konudaki değişiklik talebi ve modellemesi, Yüksek Anayasa Mahkememizden gelmiştir.

2- Taslak-projede, "**Anayasa Mahkemesinin yargılama usullerinin yasa ile, iç-işleyişin içtüzükle düzenleneceği**" yönündeki önemli kayıt mevcut değildi. Parti-kurulu çalışmalarındaki uyarım üzerine, projeye "**Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir**" (m.149/5) hükmü eklenmiştir (Bu kayıt, Mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlığının ön koşulu olarak, Anayasa yargısı ile yaşıt-kıdemli ve rasyonel bir kayıttır).¹⁰

¹⁰ 1961 Anayasanın konuya ilişkin hükmü aynen şöyledir: "Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri kanunla; Mahkemenin çalışma tarzı ve üyeleri arasındaki işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir." (m.148/1) (Hüküm, maddenin 15.3.1973 tarihli değişikliğinde aynen korunmuştur. 1982 Anayasanın konuya ilişkin hükmü şöyledir: "Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usulleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları ve üyeleri arasındaki işbölümü kendi yapacağı içtüzükle düzenlenir." (m.149/2) (Hüküm, maddenin 23.7.1995 ve 3.10.2001 tarihli değişikliklerinde aynen korunmuştur). 1982 Anayasanın burada belirtilen hükmün, 12.09.2010 değişikliği ile aldığı şekil ve halen yürürlükteki

3- Anayasanın öngördüğü bağlayıcı usulün aşılmasının ilk-adımı, taslağını Yüksek Mahkememizin hazırladığı 30.03.2011 t. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 5 inci maddesi ile atılmıştır.

a) **“İçtüzük”** kenar başlıklı sözü geçen madde aynen şöyledir: **“... Mahkemenin çalışma, YARGILAMA USUL ve ESASLARI ... Genel Kurulca kabul edilecek İÇTÜZÜKle düzenlenir”** (m.5/c). Görüldüğü gibi yasama organı, anayasanın kendisine (yasama organına) verdiği yargılama usulünü düzenleme yetkisini, içtüzük formatında Anayasa Mahkemesine devretmiştir.¹¹ 1982 dönemi kurumsal yasanın düzenlemeye karşılık gelen hükmü aynen şöyledir: **“Anayasa Mahkemesinin çalışma esasları ve üyeleri arasındaki iş bölümü, mahkemenin yapacağı içtüzükle düzenlenir”** (10 Kasım 1983 t., 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, m.44). Yasanın 5 inci maddesindeki **“Bu kanun çerçevesinde”** kaydının, Anayasa Mahkemesine yapılan delegasyonu hükümsüz kıldığı, çünkü kanunun bireysel başvuruları inceleme görevini anayasa doğrultusunda bölümlere verdiği, Bölümler Genel Kurulu biçiminde bir organ öngörmediği söylenebilir.¹²⁽¹²⁾ (6216 S.K. m.2/c,14/2-b, 22/1, 49/1,5).

b) Anayasa taslağının ilk şeklinde **“yargılama usullerinin yasayla düzenleneceği”** hükmünün yer almaması, giderek yasa taslağına aynı eğilimin uzantısı olarak Anayasaya rağmen **“usulü yasa ile düzenleme”** ilkesi yerine, **“İçtüzükle düzenleme”** hükmünün öngörülmesi, üzerinde durulması gereken bir unsur olsa gerektir. Bu unsura, 2010 anayasa değişikliğinin Yüksek Mahkemeye tanıdığı **“bireysel**

metin aynen şöyledir: “Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı içtüzükle düzenlenir.” (md.149/5)

¹¹ 30.3.2011 t.,6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun tasarı aşamasındaki m.49/6 hükmü şöyledir: “(6) Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar.” fıkra hükmü, anayasaya aykırılık nedeniyle oybirliği ile metinden çıkarılmıştır. Aynı duyarlılığın, tasarının 5/c maddesinde gösterilmesi beklenirdi (TBMM, 23.Dönem, 696 Sıra sayılı rapor, s.10, 20, 64).

¹² Anayasa Mahkememiz, aykırı içtüzük normunu (usulü) uygulayarak gördüğü herhangi bir davada, dayanağı (uygulanan) yasa hükmü formatında, yasanın 5 inci maddesinin ilgili bölümünü (yargılama usulü kısmını) somut norm denetimi yoluyla iptal edebilir.

başvuru” yolunu yargısal aktivizme evrilme riskinin erken işaretleri olarak bakabilir miyiz? Samimi kanaatim, bireysel başvuru gibi dinamik, yaygın ve etkili bir yolun işleyişindeki zorluğu ve geçiş süreci psikolojisini göz ardı etmememiz gerektiği yönündedir.

c) İçtüzük modellemesindeki anayasaya aykırılıkların, karşıt ve anayasaya uygun yasal düzenlemelerle giderilmesi gereği açıktır. İçtüzük-düzenleme iktidarı, anayasayı hükümden düşürme ve yasa organının yetkilerini tanımama iktidarı olarak değerlendirilemez (Any.m.6).

Bireysel başvuru ekseninde ortaya çıkan iki Anayasa Mahkemesi (düalizm) patolojisini Yüksek Mahkememizin sürdürmeyeceğini, içtüzük düzenleme iktidarını kullanarak bu duruma son vereceğini düşünüyorum.

Bireysel başvuru bağlamında anayasa, yasa ve içtüzük arasında mevcut üçlü çatışma, temel norm (Any.m.149/2,5) doğrultusunda, hukukun üstünlüğünü esas alan bir yaklaşımla giderilmelidir. Bu, anayasa uygarlığı birikimimiz gözetildiğinde aşılabilir bir inşaa kusuru değildir.

III. BİREYSEL BAŞVURU İNCELEMESİNDE ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ SORUNU

Bireysel başvuru incelemesinde, hak-ihlaline yol açtığı düşünülen yasa kuralının anayasaya uygunluğu/aykırılığı incelenebilir mi? Anayasaya aykırı olduğu düşünülen yasanın bu inceleme sırasında iptal edilmesi mümkün müdür?

Peşinen belirtelim ki, bu soruya olumlu cevap arayışında olan, nerede ise yasama karşıtlığına yaklaşan bir eğilimin varlığına işaret edelim.¹³ Hatta Yüksek Mahkememizin gönlünde yatan seçeneğin de bu yönde olduğunu hazırladığı ve Anayasa Komisyonunun kabulüne mazhar olmayan yasa taslağından anlıyoruz.¹⁴ Giderek, mukayeseli bireysel başvuru hukukunun bu noktada argüman olarak kullanıldığı da gözlenmektedir.¹⁵

¹³ Bkz. bu incelemenin 1 nolu dipnotunda yer alan kimi kaynaklar. Özellikle, Dr. Tolga Şirin, age. s.286 ve dev. Didem Öykü Aydın, agm.s.142 ve civ.

¹⁴ Sözü geçen taslak/tasarı metni (m.49/6), bu incelemenin 11 nolu dipnotundadır.

¹⁵ Bireysel başvuru (anayasa şikayeti) incelemelerinde Almanya’da var olan anaya-

Bireysel başvuru incelemesinde anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesi veya yapılamaması sorunu; yorumla, mukayeseli verilerle ve hatta yasa ile çözülebilecek bir sorun değildir. Bu sorun, bir anayasa sorunudur. Anayasa Mahkemesine, anayasa normu dışında başka bir normla (sözelimi yasa veya Mahkeme-İçtüzüğü ile) görev verilemez (Any.m.148/son fıkra).

Yürürlükteki anayasamızın en geniş yorumu içinde, bu soruya olumlu ve somut bir cevabın bulunamaması durumunda, aykırı çözüm ve pratikleri hiçbir aktivizm açıklayamaz ve meşrulaştıramaz.

Soruna daha yakından bakmaya çalışalım:

1- Bireysel Başvuru Hakkının Cevheri Bakımından:

Bireysel başvuru hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (ve katıldığımız ek-protokollerde) düzenlenen temel hakların kamu gücü tarafından ihlaline karşı sağlanan ve belki de -ki doğrusu- Avrupa Mahkemesine ülkemizden yapılacak başvuruları elemeye yönelik ikincil bir yoldur. İhmal, işlem veya eylem biçiminde ortaya çıkan kamu gücü tasarrufları, tanımlı hakları ihlal etmekte midir sorusu (ihlalin tesbiti veya reddi), -varsa- ihlalin sonuçlarının kaldırılması, bireysel başvuru incelemesinin ana-konusudur. Bu incelemeye, doğal sınırlarının üstünde ve anayasanın öngörmediği bir misyon yüklemek, başvuru kurumunun gelişimini ve kökleşmesini önler (Any.m.148/3) (6216 sayılı Kanun, m.50).¹⁶

2- Tasarının 49/6 Hükmünün Metinden Çıkarılmamış Olması İhtimali Bakımından:

Kuruluş Kanunu tasarısının metinden çıkarılan *“(6) Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar”* (6216 sayılı Kanun Tasarısı, m.49/6) hükmü kabul edilse idi (metinden çıkarılmasa idi) dahi, Yüksek Mahkeme somut norm denetimi yapamazdı. Çünkü,

¹⁶ saya uygunluk denetiminin işletildiği örneğin azlığı bir yana bunun organik kanunda yer aldığı, sistemimiz yönünden böyle bir yola Anayasamızın veya yasanın izin vermediği (bu doğrultuda bir normun mevcut olmadığı) unutulmamalıdır. 1 nolu dipnottaki kaynaklar.

a) Somut norm denetimi, Anayasa Mahkemesine yasa ile verilebilecek bir görev değildir. Anayasa Mahkemesine, somut norm denetimi görev ve yetkisi, ancak anayasa ile verilebilir (Any.m.148/son fıkra hükmü). Aşağıda inceleneceği üzere, somut-norm denetimi yolunun, bireysel başvuru incelemelerinde uygulanması, bu halde kurucu-konullarının yokluğu sebebiyle imkansızdır.

b) Anayasa komisyonunun metinden çıkarma tasarrufu, tasarrufun gerekçesine normatif etki tanımaz. Komisyonun yapması gereken, metinden çıkarma değil, çıkarma işleminin amacını normlaştırma olmalıydı. Denebilirdi ki **“Bireysel başvuru incelemesinde kanun veya kanun hükmündeki kararnamenin anayasaya uygunluğu denetlenemez ve Genel Kurula bu yönde bir başvuru yapılamaz”**. Ayrıca kuralıçı hukuk boşluğunun doğduğu görüşüne katılmıyorum.¹⁷ Öyle olsa dahi oluşan bu boşluk, içtihatla kurucu iktidar yetkisi kullanımı anlamına gelen çözümlere zemin oluşturamaz. Anayasa normunun nasıl ihdas edileceği sorunu, bir kurucu iktidar sorunudur (Any.m.175).¹⁸

c) Yasama tasarruflarının ve buna eş değer metinlerin (KHK.lerin) iptallerinin (yahut uygunluk denetimlerinin) tabii yolu, şekil veya esastan iptal davası ikame etme yoludur. Belli bir süreye bağlı olan bu dava yolu, bu sürenin geçmesi ile düşer(Any.m.148/1).¹⁹

d) Anayasaya uygunluk denetimini, bireysel başvuru incelemelerine yorumla teşmil etmenin barındırdığı riskler göz ardı edilemez. Bireysel başvuru taleplerinin yoğunluğu, Yüksek Mahkeme içtihatlarındaki eğilim dönüşümleri ve yasal düzenlemelerin tür ve yoğunlukları birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkememizin bir yasa veya yasama-süpürgesi işlevini göreceği, ortaya çıkan aktivizmin, olayına ve konjonktüre göre jüristokrasi sınırlarına varabileceği hatırdan

¹⁷ Dr. Recep Kaplan, Kanuna Karşı Bireysel Başvuru. Bireysel Başvuru İncelemeleri (Anayasa Mahkemesi yayını, Ank.2013, s.155). Dr. Tolga Şirin age. s.283, 286, 290. Bu incelemenin 1 nolu dipnotu. TBMM. D.23, Y.2011, SS.696, s.20, Anayasa Komisyonu Raporu. Özellikle başkan Ayhan Sefer Üstün ve üye İsa Gök'ün görüşleri.

¹⁸ Anayasaya uygunluk denetimi yolları (tür), bir anayasa sorunudur. Mevcut denetim yollarının işletilemediği hallerde, -isteniyorsa- ancak anayasa değişikliği ile o doğrultuda bir çözüme ulaşılabilir (Any.m.11 ve 175). Prof. Dr. Kemal Gözler, Kurucu İktidar, Bursa 1998. , Dr. Abdullah Sezer 1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi, İst.2006.

¹⁹ Editörler: Prof. Dr. Mehmet Turhan, Dr. Hikmet Tülen, Anayasa Yargısı İncelemeleri. Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu Anayasa Yargısı, İst.2007.

çıkarılmamalıdır. Belirtilen ve daha da artırılacak nedenlerle, yorumla bu tür bir yol ihdası, hukuk güvenliği için sorunludur. Anayasa koyucunun farklı tercihte bulunması elbette ki mümkündür.

Bu noktada **anayasaya uygunluk karinesi** ve Yüksek Mahkemenin norm-denetimindeki içtihatlarından dönebilmesi dinamikleri, göz ardı edilmemelidir. Bireysel başvuru yoğunluğu karşısında, esasen anayasaya uygunluk karinesinden yararlanan yasalar yönünden somut-norm denetiminin anayasanın öngörmediği sonuçlara yol açacağı unutulmamalıdır (Anayasaya uygunluk karinesi ve içtihadın değiştirilmesi bağlamında bkz. Any.m.11/2, 148, 175/e. GÖZLER Kemal, Prof. Dr., *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa 2011, C.1,s.313 ve dev. ODER Bertil Emrah, Prof.Dr., *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İst.2010, s.152. ERMİŞ Emin, Dr., *Anayasa Uygun Yorum*, İst.2007, s.90 ve dev. CAN Osman, Prof.Dr., *Anayasa Yargısında Yokluk (Ergun Özbudun'a Armağan)*, Ank.2008, C.1, s.174 ve dev. AYMK. 9.4.1991 t., 36/8-E/K. KANADOĞLU Korkut, Prof.Dr., *Anayasa Mahkemesi*, İst.2004, s.76 ve dev., 186 ve dev. GÜRAN Sait, *ABD Yüksek Mahkemesinin Anayasaya Aykırılık Konusundaki İçtihadından Dönmesi Sorunu*, Kubalı Armağanı. İst.1974. İYİMAYA Ahmet, *Siyaset Hukuku Sorunları*, Ank.2007, s.9 vd., ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Doç.Dr., *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ank.1996). Bireysel başvuru incelemesinde somut norm denetimini mümkün kılan tasarı hükmünün (m.49/6) komisyonca oybirliği ile metinden çıkarılmasının anayasaya uygunluk karinesi bakımından anlamı, kurucu-iktidar yetkisinin muhtemel yönünü gösteren yasama işareti olmasıdır. Yasama organı, bu tür bir yetkinin Anayasa Mahkemesine verilmesinden yana bir tutum yerine, tersine bir tavır sergilemiştir (bkz. Alt-komisyon raporuna intikal eden komisyon üyesi İsa Gök ve başkan Ayhan Sefer Üstün reaksiyonu, bkz. dipnot 17). Anayasa koyucu, iptal yaptırımını, kanun ile anayasa arasında **“uzlaştırılmaz karşıtlık”**ın varlığı haline hasretmiştir. Anayasaya uygunluk karinesinin anlamı da budur. Anayasaya uygunluk testinde türlerin artırılması, hukuk güvenliği bakımından da sorunludur. Türk Anayasa Hukukunun tartışılmaz yıldızı, Prof. Ergun Özbudun’un konuya özel görüşleri de bu doğrultudadır (Habertürk Gazetesi, 02.12.2014 tarihli nüshasındaki demeci). Bu anlatım, anayasaya aykırılığı açık olan yasaların hukuk düzeninde yaşaması gerektiği düşüncesini savunmaz. Ancak anayasaya uygunluk karinesi ile Yüksek Mahkemenin içtihadından dönebilme dinamiklerini denkleştirmeyi amaçlar.

e) Esasen kurumsal yasadaki *“Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimini dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.”* m.45/3 hükmü, bu konudaki olası tartışmaları belli ölçüde söndürmektedir (Any.m.148/5). Yasama işlemlerinin doğrudan bireysel başvuruya konu kılınamaması ilkesi, yasanın geçerlik ve uygunluk koşullarının bu incelemede değerlendirilemeyeceğinin bir başka formatta ifadesinden başka bir şey değildir. Aksine yorum, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvuru yolunu kapatan hüküm fıkrasının da anayasaya uygunluk denetimini ve giderek iptalini zorunlu kılar (Any.m.148/3).

f) Esasen kurumsal kanunun 45/3 hükmüne yönelik iptal davasının redle sonuçlanmış olması, sorunun on yıl boyunca tartışılmasını önlemektedir.²⁰ Bu süre içinde yasama işlemlerine (evleviyetle yasaya)

²⁰ Anayasa Mahkemesi, kurumsal kanunun 45/3 hükmüne yönelik iptal istemini reddetmiş, anayasaya uygunluk yargısını oluşturmuştur (AYMK.1.3.2012 t., 59/34-E/K). Karar aynen şöyledir:

“Anayasa’nın 2.maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir.

Anayasa’nın 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkında sahip olduğu belirtilmiş; 148. maddesinde ise Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerine yer verilmiştir.

Kanun’un 45. maddesinin dava konusu olan (3) numaralı fıkrasında, bireysel başvuru konusu yapılamayacak işlemler belirlenmiştir. Fıkradaki düzenlemeye göre, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvuru konusu yapılamayacaktır. Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamaması, tamamen bireysel başvuru hakkının niteliği ile ilgili olduğu gibi bu işlemlerin uygulanmadıkları sürece bireylerin herhangi bir hakkının ihlaline yol açabilecek niteliğe sahip bulunmamlarından da kaynaklanmaktadır. Yasama işlemleri soyut veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tabi olduğu gibi uygulanmaları bir hak ihlaline yol açmış ise bu işlem nedeniyle hakkı ihlal eden kişi Anayasa Mahkemesine başvuru imkanına sahip bulunmaktadır. Aynı şekilde düzenleyici idari işlemlerle de doğrudan Danıştay denetimine tabi olmakla birlikte uygulanmaları bir hak ihlaline neden olmuş ise hakkı ihlal edilen açısından Anayasa Mahkemesine başvuru imkanı bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile başvurucuya somut bir olayda henüz uygulanmamış kanun veya düzenleyici idari işlemin sadece hukuk düzeninde var olması, kural olarak bireysel bir hakkın ihlaline neden olmayacağı, dolayısıyla da bu işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıktır.

Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru konusu yapılamaması Anayasa gereğidir. Kanun koyucunun dava konusu kuralda bu şe-

karşı yapılan bireysel başvuru incelemelerinin dinlenemeyeceği, dolayısıyla anayasaya uygunluk denetimlerinin yapılamayacağı söylenebilir. Süre kaydından bağımsız olarak, Yüksek Mahkeme uygulaması da aynı doğrultudadır.²¹

kilde bir düzenlemeye yer vermesi tamamen Anayasa'nın bu konudaki hükümlerinden kaynaklanmaktadır.

Dava konusu kuralda ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararlarının da bireysel başvuru konusu olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 149. maddesinin birinci fıkrası gereğince Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışan bir Mahkemedir. Maddenin ikinci fıkrasında, bireysel başvurular hariç diğer davaların Genel Kurul tarafından görüleceği, bireysel başvuruların ise bölümlerce karara bağlanacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinin dokuzuncu fıkrası ile 153. maddesinin birinci fıkrasında ise Anayasa Mahkemesinin kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir.

Kanun koyucu yukarıda belirtilen Anayasa hükümleri ile Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulüne ilişkin 149. maddesini göz önünde bulundurarak Genel Kurul tarafından verilen ve Anayasa gereği kesin olan kararların, bölümler tarafından yapılacak bir incelemenin konusu olamayacağını belirlemiştir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından verilen ve Anayasa'nın 148. ve 153. maddeleri hükmü gereğince kesin olan kararlar aleyhine bireysel başvuru yapılamaması hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması olarak değerlendirilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 148. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." (Anayasanın 152 nci maddesinde yer alan on yıllık sürenin soyut norm denetimi bağlamında durumu için bkz. Prof. Dr. Ergun Özbudun, age.s.436. Doç Dr. Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ank. 1996, s.165 ve dev.).

21 Anayasa Mahkemesi, yasaya dayandırılan hak-ihlali (bireysel) başvurusunu, özel yasanın 45/3 hükmü temelinde reddetmiştir. Karar aynen şöyledir:

"30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir: "Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz."

Bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespit edildiği ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvencedir. Ancak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, yasama işlemlerinin soyut biçimde Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzenlenmemiştir.

Bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmellere karşı başvuru yapılabilir. Bu şekilde bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için söz konusu işlem, eylem ve ihmellere karşı başvurulabilecek kanun yollarının da tüketilmiş olması gerekir.

Başvuru konusu olayda, başvuru 205 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "bir işle meşgul olmak imkanından kati surette mahrum kaldığı" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğunu ve iptali gerektiğini ileri sürmüştür. Bireysel başvuru kapsamında, bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz (B. No:2012/237, § 20, 26/3/2013).

Bireysel başvuruya konu kılınamayacak kategorilerin (istisnaların) (K.m.45/3) yasa ile değil, anayasa ile düzenlenmesinin daha doğru olacağını düşünüyorum.

3- Somut Norm Denetimi (Any.m.152) Yolunun Analoji Yöntemiyle Bireysel Başvuru İncelemelerinde Uygulanabilmesi (Normatif Kapasite) Sorunu:

Anayasamızın 152 nci maddesi hükmü şöyledir:

“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.”

Görülmekte olan (derdest) davalarda uygulanacak normun anayasaya aykırı olması, ciddi aykırılık olasılığı halinde bunun Anayasa Mahkemesinin denetiminden geçirilmesi, anayasanın üstünlüğünün ve bağlayıcılığının doğal sonucudur.²²

Açıklanan nedenlerle, doğrudan ve soyut olarak yasama işlemi aleyhine yapıldığı anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Başvurunun, “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle Kabul Edilemez Olduğuna, yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına, 30/9/2013 tarihinde kesin olarak Oy Birliğiyle karar verildi.” (AYMK.2.Bölüm, 30.9.2013 tarih, 2013/4061 Başvuru Numarası. Keza aynı şekilde, 2.Bölüm 16.4.2013 tarih, 2013/469 Başvuru Numarası).

²² 1961 Anayasası, m.151. Hüküm aynen şöyledir:

“Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi

Madde 151-Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hü-

Anayasamızın 152 inci maddesinde düzenlenen somut-norm denetimi istisnai bir yol olup uygulanabilmesi için, maddede öngörülen koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bu koşullar, davaya uygulanacak kural somutunda aykırılık kanaat veya iddiasının ciddiliğine ilaveten **“usulüne göre kurulmuş Mahkeme”nin (I) “görülmekte olan bir dava”nın (II) varlığı ve “davaya bakma görevinin o Mahkemeye ait olması” (III) koşullarıdır.** Bu koşullar, saf ve rafine koşullar olup eğilip bükülmeye, anlam sündürülmesine yatkın olmayan unsurlar olarak görülmektedir.²³

İleri tahlillere girmeden denebilir ki bu hüküm, Türk yargısının ana iskeletini oluşturan adli (hukuk-ceza) ve idari yargıda görülmekte olan ve adına dava denen uyuşmazlıkları (nizaları) kapsamaktadır. Bu **doğal kapsamı aşan yorum ve pratikler, anayasayı zorlayan ve duruma göre birer sapma niteliğine bürünmüş uygulamalar olarak görülebilir.**

Şimdi, somut norm denetiminin anayasal koşulları ekseninde bireysel başvuru talebine (incelemesine) bu yolun uygulanabilirliğini, hukuk hermonotiği içinde sorgulayalım.²⁴

A- Usulüne Göre Kurulmuş Mahkeme Koşulu Yönünden:

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, bireysel başvuru komisyonlarını (I), bölümleri (II) ve Genel Kurulu (III) mahkeme olarak tanımlamış-

kümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

(Değişik fıkra:20.9.1971-1488) Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere altı ay içinde kararını verir ve açıklar.

Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümlenerek davayı yürütür. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır.”

²³ Metin Kıratlı, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), Ank.1966, özellikle s.59-91. Prof. Dr. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 14.Bası, Ank.2013, s.428 ve dev. Prof. Dr. Kemal Başlar, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Ank.2005. Rona Aybay, Anayasanın 151.ci Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının Ciddiliği Sorunu, İÜHFİM,C.33,S.3-4 (1968), s.155 vd. Kadir Özkaya, Sınırlama Sorunu ve Davada Uygulanacak Kural Kavramıyla İlişkisi (Anayasa Yargısı İncelemeleri-editörler: Mehmet Turhan - Hikmet Tülen), Ank.2006, s.329 ve dev.

²⁴ Türk Anayasa Hukuku literatüründe özgün bir yorum kaynağı olarak, bkz. Prof. Dr. Mithat Sancar, Temel Hakların Yorumu (yayınlanmamış doktora tezi), Ank.1995.

tır. Hüküm aynen şöyledir: **“Mahkeme: Genel Kurul, Bölümler ve Komisyonlar ile bunlardan oluşan Anayasa Mahkemesini ... ifade eder”** (Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m.3/s) (Doğrusu bu tanımın kurumsal yasanada yapılması gerekirdi. 6216 sayılı Kanun, m.2/ğ).²⁵

Anayasa Mahkemesi bütünü haiz olduğu mahkemelik sıfatını, onun parça-unsurlarına aktarmak, üstelik bunu bir içtüzükle yapmak ne derece doğrudur sorusu (Any.m.146) önemlidir. Anayasanın 149 uncu maddenin normatif kapsamı dışında kalan unsurlar yönünden Anayasa Mahkemesinin içinin (parçanın) ondan ayrı Mahkemelermiş gibi görmek, içtüzükle başarılamayacak bir tasarım hatasını oluşturur. Usulüne göre oluşmuş ve Anayasa Mahkemesinden ayrı bir bireysel başvuru Mahkemesi yoktur. Özellikle, yukarda açıklandığı üzere, bireysel başvurulara de facto olarak Genel Kurulca bakıldığı işler (başvurular) yönünden, usulüne göre kurulmuş Mahkemeden söz edilmeyecektir. Çünkü bireysel başvuru Mahkemesi, Bölüm'dür, Genel Kurul değil (Any.m.149/2). Sonuç olarak Genel Kurulun baktığı bireysel başvuru incelemesi bakımından somut norm denetiminin 1 inci ön-koşulu gerçekleşmemiştir.

B- Görülmekte Olan Bir Davanın Varlığı Koşulu Yönünden:

a) Dava, genellikle taraflar arasında var olan nizanın (uymazlığın) yargı önünde çözümünü sağlayan bir mekanizmanın adıdır.²⁶ Adli yargıda ikame olunan el-atmanın önlenmesi, idari yargıda ikame olunan işlemin iptali birer davadır.

²⁵ Kurumsal yasanın alanını ilgilendiren konularda tanım normunun yasanada (m.2), kurumsal tüzüğün alanını ilgilendiren konularda tanım normunun tüzükte, her iki normun ortak alanını ilgilendiren konularda tanım normunu karşılıklı referanslarla bunlardan birinde (evleviyetle yasanada) yer alması, metodolojik duruluğun gereğidir. Bana göre Anayasanın 146. ve 149. maddelerindeki açıklık karşısında “Mahkeme” tanımı gerekli olmadıktan başka yapılan tanım, 146. ve 149. maddeler sistematigine de uygun değildir.

²⁶ Prof. Dr. Hakan Pekcanitez ve Arkadaşları. Medeni Usul Hukuku, Ank.2013, s.411 ve civ. Prof. Dr. Nurullah Kunter,- Prof. Dr. Feridun Yenisey ve Arkadaşları, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İst.2010, s.218 ve dev. Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük- Prof. Dr. Turgut Tan, İdare Hukuku/İdari Yargılama Hukuku, Ank.1999, C.2, s.257. Prof. Dr. Ragıp Sarıca, İdari Kaza, İst.1949, s.7.

b) Bireysel başvuru talebi, bir dava mıdır? Bu soruya olumlu cevap verebilme olanağı yoktur.

aa) Bireysel başvuru talebi, cevherini temel hakkın oluşturduğu ve Anayasanın 152 nci maddesinde değinilen dava kategorisine girmeyen bir türdür. Nitekim Anayasa, **“Siyasi partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır”** (Any.m.149/2) hükmünde, **“dava”** ile **“başvuru”**yu birbirinden ayırmıştır. **“Siyasi partilere ilişkin dava ve başvuru”, “bireysel başvuru”** tamlamaları bu şekilde anlamlandırılmaldır. Anayasa koyucunun muradı başka olsa idi aynen iptal veya partilere ilişkin davalarda olduğu gibi **“bireysel başvuru davası”** terimini tercih ederdi.

bb) Bireysel başvuru için bir tip aranacak ise, en yakın kurum, koruma tedbiri (koruma hukuku kurumu)dur.²⁷ Nitekim, dokunulmazlık hukukuna ilişkin Anayasa Mahkemesi denetimi de aynı anlayış içinde dava olarak görülmemiştir.²⁸ Kurumsal kanununun 50 nci maddesinin üzerine inşa edildiği temel de, koruma hukuku fikridir.

Bireysel başvuru talebinin Anayasanın 152 nci maddesinde somut-norm denetimi koşulu olarak anılan **“bakılmakta olan/görülen dava”** niteliğinde olmadığı açıktır. Somut-norm denetiminin 2 nci koşulu da gerçekleşmemiştir.

C- Davaya Bakma Görevinin O Mahkemeye Ait Olması Koşulu Yönünden:

a) Anayasa, bireysel başvuruyu nihai sonuca bağlama görevini, bölümlere vermiştir (Any.m.149/2). Bireysel başvuru ekseninde bölüm

²⁷ Koruma hukuku yaklaşımı konusunda, bkz. Ejder Yılmaz, Geçici Himaye Tedbirleri, Ank.2001. Evrim Erişir, Dr., İhtiyati Tedbirler, İst.2010. Dr. Mustafa Yıldız, Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, İst.1998. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez ve Arkd.age.s.1009 ve dev. Özellikle s.1058-1063 arasında yer alan monografi.

²⁸ Prof. Dr. Ergun Özbudun, age.s.432. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, parti tüzüklerine dayalı ihtar başvuruları incelemesinde de yapamaz (Ahmet İyimaya, age.s.307 ve dev. TBBD.2005/61, s.241 ve dev.)

ile genel kurul arasındaki ilişki, bir görev ilişkisidir. Tersine söyleyişle bireysel başvuru incelemesini Genel Kurul yapamaz.^{29 30}

b) Anayasa Mahkemesi çıkardığı içtüzükle, bireysel başvuruları belli durumlarda karara bağlama yetkisini Genel Kurul'a aktarmıştır (bkz. bu incelemenin "II-Bireysel Başvuru Ekseninde Anayasa Mahkemesi Dualizmi" bölümü). Bizzat anayasanın belirlediği görev, görev kuralında belli olan mekanizmadan başka bir mekanizmaya aktarılmaz. Anayasanın Genel Kurula vermediği görevi, içtüzükle ona nasıl verebiliriz?! Yasa, genel kurula yalnızca iki bölüm arasındaki içtihat aykırılıklarını giderme görevini vermiştir (K.m.50/4).

²⁹ Komisyonlarla bölümler arasındaki ilişkinin bir görev değil, iş bölümü ilişkisi olduğu, Anayasanın 149/5 hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. Bölümler arasındaki işbölümü ilkesinden, iki bölümün işbirliği (birlikte toplanması) sonucuna varılmaz. İş-bölümü, aynı tür işin dağıtım (tevzi) yoluyla o birimlerin her birinin bakabilmesini mümkün kılan bir yargılama hukuku mekanizmasıdır. Burada çalışmanın birlikteliği değil; aynı tür iş-gruplarına ayrı ayrı bakabilmeleri esası caridir. Aksine durum, yargı bağımsızlığı ilkesine ve mahkeme fikrine yabancıdır (Any. m. 138, 142, Any. Mah. İchtüzük m.3/5) Aynı tür anlaşmazlıklara bakan iki Yargıtay Dairesinin, herhangi bir işi birlikte toplantı ile sonuçlandıramayacakları (bifarfaz, tapu iptal davalarına bakan 1.Hukuk Dairesi ile 14.Hukuk Dairesinin benzer anlaşmazlıkta birlikte toplanamayacakları) gibi. Yargılama Hukukunda Görev ve İş-Bölümü kavramları için, (bkz. Any.m.142, 148/5, 6216 S.K. m.49/7. Hüküm aynen şöyledir: "Bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hallerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır." (m.49/7). Görev bağlamında; Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ank.2001, s.165 ve dev. P Hakan Pekcanitez ve Arkadaşları, age. s.138 ve dev. Oradaki monografi. Aynı müellif, Medeni Usul Hukukunda Görev Kurallarının Zaman İtibarıyla Uygulanması, Galatasaray Üniv. , S.2005/2, s.163,192. Şahan Havva Gül, Kuruluşu, İşlevleri ve İşleyişi Bakımından Medeni Yargılama Hukukunda Özel Görevli Mahkemeler, Ank.2012. İş bölümü bağlamında; Prof. Dr. Baki Kuru, age., s.675. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez ve Arkadaşları, age., s.191. AL Şengül, Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Asliye Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü İlişkisi (Prof. Saim Üstündağ'a Armağan). Ank.2009, s.27 ve dev.).

³⁰ Anayasa Hukuku literatürünün Anayasa Mahkemesi Yargılaması Hukuku bakımından büyük bir fakirlik yaşadığı, doldurulması gereken akademik boşluk bulunduğu söylenebilir. Merhum Prof. Kunter, yargılama hukukunun bütünlüğüne vurgu dili olarak, ünlü klasik eserine (Muhakeme Hukuku Dalı olarak) üst-adını vermiştir (Prof. Dr. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku.İst.1986). Eserin, aynı adla, aynı kürsünün haleflerince yayınına devam olunmaktadır. Anayasa Yargılaması Hukukunun felsefesi ve normatif temelleri, Genel Yargılama Hukukundan yararlanılmaksızın atılmaz. Yüksek Mahkemenin bu konuda düzenlediği bilimsel toplantılarda da bu açının gözetildiği söylenemeyecektir. Değerli bilim adamları Prof. Dr. Merih Öden ve Prof. Dr. Selin Esen'in üzerinde çalıştıkları bu dalda üretecekleri eserlerini, boşluk doldurucu öncüler olarak beklemekteyiz. Bu bağlamda "Conseil d'État" nın Yargılama usulleri konusunda Roger Latournerie tarafından telif olunan ve Merhum Örd. Prof. Sıddık Sami Onar'ın tavsiyeleri ile hukukumuzda kazandırılan "Conseil D'État'ın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme" adlı eser unutulmamalıdır. (Prof. Dr. Yıldızhan Yayla, İst.1982.)

Bireysel başvuru incelemesini yapan Genel Kurul, bu işlerde görevsiz Mahkeme konumunda olduğundan, uygulayacağı hukuk kuralını kendi önüne getirmesi, böylelikle ön-sorun oluşturabilmesi olancağı yoktur.

Bireysel başvuru incelemesinde görevsiz (Any.m.149/2) ve anayasaya uygunluk denetiminde yetkili genel kurulun bu paradoksal sıfat birleşmesi nedeni ile somut norm denetimi mekanizması işletilemez.

Bölmelerce yapılan bireysel başvuru incelemesi bakımından, diğer iki koşul gerçekleşse idi, somut norm denetimi yolu işleyebilirdi. Anayasa Mahkemesi, anayasanın çatısına ve ruhuna aykırı olarak Genel Kurulu bir güç-temerküzüne dönüştürmüş, bölümler dinamiğinin önüne geçilmek istenmiştir. Antropolojimizin derin köklerinde varolan merkezileşme ve gücü dağıtmama arzusunun burada da işlevini gördüğünü düşünmüyoruz. Ancak içtüzük inşasının ve kısa süreli içtüzük değişikliklerinin bu açıdan değerlendirilmesini ele alacak bir incelemenin öğretici veriler ortaya koyabileceği görülmektedir.

D- Davaya Uygulanacak Kanun Koşulu Yönünden:

Milletvekili Seçimi Kanununun %10 barajını öngören hüküm unsuru (m.33/1), Anayasamızın 152 nci maddesi kapsamında, **“uygulanacak kanun”** niteliğinde midir? Bireysel başvurular bakımından somut norm denetiminin koşullarının oluşmadığı bir yana, bir an için aksi öngörülse dahi, yasa, olaya uygulanacak hüküm niteliğinde değildir. Anayasamızın 152 inci maddesi, doğrudan uygulanma temeline oturmuştur. Oysa bireysel başvuruya konu serbest seçim hakkının cevheri (özü), baraj-ögesini bünyesine almamıştır. Bu temel hak cevherine uygulanacak kuralın aksine, bu cevherin dışında kalan alanla ilgili düzenlemeyi uygulanacak kural kapsamında göremeyiz. Demokrasi ve yerindelik standartları bakımından okunabilecek her sorun alanı, bireysel başvuru hukukunun yüklenemeyeceği bir kapasiteye işaret eder (farklı yaklaşımlar için, bkz. SEZER Abdullah, Prof.Dr., age. ÖZKAYA Kadir, agm. s.291, AYMK.1997 t.,2/2-E/K. Keza, 1997 t.,56/62-E/K).

Sonuç olarak bireysel başvuru incelemelerinde, hak ihlaline yol açtığı iddia olunan yasama işleminin (yasa veya KHK.nin) somut norm denetimi yoluyla veya başka bir yolla anayasaya uygunluğu/aykırılı-

ğı değerlendirilemez; giderek bu yolla kural iptal edilemez. Anayasa düzeyinde bu yönde bir düzenleme olmadıkça, yasa, içtüzük veya yorumla böyle bir mekanizma üretilemez. İstisnai hükümler, kıyasla teşmil olunamaz. Bu yükü, analogi kaldırmaz. Anayasa Mahkememiz de, anayasa ile sınırlı bir yargı-gücüdür. Anayasa ve hukuk, herkesin ve bu arada meşru güçlerin de ortak vatanıdır.

IV. BİREYSEL BAŞVURU BAĞLAMINDA SEÇİM BARAJI

Anayasa Mahkememizin (bölümlerin), seçim barajı iddiasına dayalı hak-ihlali başvurularını **gündeme almak**, incelemek, usul veya esastan karara bağlamak, anayasal görevidir (Any.m.148/3, AİHS. 1 nolu protokol m.3).

Eleştiri konusu olan, baraja ilişkin başvurunun gündeme alınması değil, baraja ilişkin başvuruların gündeme alınma zamanı (zamanlama)'dır.³¹ Başvuru tarihleri konusunda resmi bir bilgiye sa-

³¹ Seçim barajı (hak ihlali) bireysel başvurusunun gündeme alınma girişiminin kamuoyuna yansımaları üzerine, zamanlamayı esas alan ve kısmen de öze yönelik basın açıklamam şöyledir: "

Anayasa Mahkemesinden bağımsız bir "İnsan Hakları Mahkemesinin kurulması" ve "Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı da bireysel başvuru hakkının tanınması" modeli tartışılmalıdır.

BASIN AÇIKLAMASI

Genel seçimlere beş kala, %10 seçim barajının Anayasa Mahkemesi gündemine alınmış olması, baraj sorunundan bağımsız olarak özel bir anlam taşımaktadır.

Siyaseti tanzim hevesinin ve vesayet güdüsünün Anayasa Mahkememize sirayet etmeyeceği inancımızı koruyoruz... Ünlü 367 garabetinin Yüksek Mahkemeye verdiği zararın, kurumsal hafızadan silinmiş olabileceğini varsayamayız...

Yürürlükteki yasadaki kaynaklanan %10 barajının bireysel başvuru yoluyla hükümden düşürülebilmesi, bu yönde sonuç doğurabilecek çözüm üretilmesi, hukuken imkansızdır (6216 Sayılı Kanun, m.45/3). Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru sebebiyle ihlalin kaynağı olarak gördüğü bir yasa hükmünü iptal yetkisi bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme, anayasanın kendisine tanımadığı mevhum yetkiyi (Any.m.148 özellikle son fıkra.150,151, 152) kullanamaz. Kaotik potansiyeli yüksek böyle bir ihlali, hukuk (evleviyetle yargı) sistemi kaldırmaz. Anayasa Mahkemesinin haberin yayımlandığı gündeki kamuoyu duyurusu, Antalya konferansı ile birlikte değerlendirildiğinde arka plan olasılıklarını nötrleştirmektedir. Anayasa Mahkememizin bu konuda verebileceği karar, ancak "ihlalin yokluğu veya ihlalin tespiti"nden ibaret olabilecektir (6216 Sayılı Kanun m.50).

%10 barajına müdahale hak ve yetkisi, mutlak şekilde siyaset kurumundur; yasama organıdır (Any.m.7,87). Zamanlamayı da (Any.m.67,175), oranı da belirleyecek olan O'dur. ... Siyaset kurumu, ontolojisinden kaynaklanan yetkilerini korumak ve kullanmak noktasında gereken normatif refleksi göstermeye muktedirdir. Siyaset kurumu, daha fazla gecikmeden, gerçekleştirildiği kadarı ile konsensüse dayalı olarak seçim barajlarında makul bir düzenlemeye gitmelidir. Anayasanın 67/7 hükmü, eş değer bir geçici madde ile önümüzdeki genel seçimler için bloke edilebilir. Temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkesi arasındaki

hip değiliz. Ancak Anayasamızın seçim kanunlarında yapılacak değişikliklerin bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanamayacağına ilişkin hükmü (m.67/7)³²⁽³¹⁾ ve Haziran 2015 tarihinde seçim yapılacağı, herkes tarafından bilinmektedir.

Baraj başvurusu incelemesinin olası sonuçlarına uygun düzenlemeyi seçimlerde yürürlüğe koymanın imkansıza yakın zorluğu değerlendirildiğinde zamanlama ilkesine aykırı gündem belirlemenin isabeti ca'i bir sualdir. Değişikliklerin bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanamazlığı anayasa ilkesini esas alan bir gündem belirlemesi, Anayasa Mahkememizin konumuna çok daha uygun olurdu. Bu gerçekleri gözetmeyen bir gündem belirlemesinin yargılama etiğine uygun olduğu söylenemez. **Bireysel başvuru yoğunluğu ve diğer işler gözetildiğinde gündem belirlemeyi belli kriterlere bağlamak ve belirleme iradesinde kurul-dinamiğine geçmek, bu yönde yasa değişikliğine gitmek zorunluluğu açıktır (6216 S.K. m.13/1-a, İçtüzük, m.68/1).**³³

altın denge korunmalıdır. (Bireysel olarak bu barajın %7'lere çekilmesi gerektiğini düşünüyorum).

Siyaset kurumunun bir aktörü olarak, Yüksek Mahkememizin bireysel başvuru yetkisini kullanırken yargısal aktivizmin sınırlarına taşıdığı gözlemine sahibim. Bunu, geçiş sürecinin tabiatı içinde varolan geçici bir durum olarak değerlendiriyorum. Ancak seçim barajları konusunda oluşturduğu gündemi, zamanlama itibarı ile aynı şekilde değerlendiremiyorum.

Türkiye, bireysel başvurulara özgü olarak yeni bir üst Mahkeme (İnsan Hakları Mahkemesi) modelini tartışmalıdır. Üstelik bu modelde, yapısı itibarıyla aynen yasama organı gibi "kamu gücü niteliğinde olan" Anayasa Mahkemesinin kararları ile ortaya çıkacak temel hak ihlalleri de denetim altına alınmış ve önlenmiş olur (6216 Sayılı Kanun, m.45/3) [Sözgelimi her ikisi Yüksek Mahkeme olan Yargıtay ve Danıştay kararlarından kaynaklanan hak ihlallerine karşı bireysel başvuru tanınmışken, Anayasa Mahkemesi kararlarından kaynaklanan hak ihlalleri için dahi bu hakkın tanınmaması, açıklanması zor paradoks oluşturur. Yüksek Parlamento, bu noktada kurucu iktidar yetkisini kullanmak ve anayasa normu inşa etmek ihtiyacını duyabilir (Any.m.175)].

Yüksek Mahkememizin, kendi ontolojik sınırlarına sadakat özenini koruyacağına inanıyorum.

Kişisel düşüncelerimi kamuoyu ile paylaşıyorum. 02/12/2014

Saygılarımla."

³² Anayasamızın 67/7 hükmü şöyledir: "Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz" (Any.m.67/7). 2001 Anayasa Değişikliği ile hukukumuzda giren, mimarisi bana ait sözü geçen kural (ilke) için, bkz. Ahmet İyimaya, Bir Yıl İçinde Yapılacak Seçimlerde Uygulanamazlık Kuralının Halk Oylaması Hukuku Yönünden Değeri (TBB Dergisi 2010, S.89,s.373).

³³ Gündem belirleme konusunda, Anayasa Mahkememizin uygulamasında ortaya çıkan amprik veriler temelinde ciddi bir incelemenin yapılması, çıkan sonuçlara göre kriterlerin ve işleyiş modelinin belirlenmesi gerekir. Sözgelimi görev süresi

1- Seçim Barajında "Serbest Seçim Hakkı"nın İhlali Sorunu:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 1 nolu protokolde düzenlenen "serbest seçim hakkı"nın varlık unsurları, "kanaatlerin özgürce açıklanmasına elverişli ortamın varlığı"(I), "seçimin makul aralıklarla yapılması"(II), "gizli oy"(II) ve "serbestlik"(IV) ilkeleri olarak belirlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, barajın oranını serbest seçim hakkını ihlal eden müdahale olarak görmemiştir.³⁴ **Türk Anayasa**

27.12.2014 tarihinde sona erecek olan Meclis Soruşturma Komisyonunun gizlilik/ yayın yasağı kararı ile hak-ihlali oluşturduğu başvurusunun derhal gündeme alınması ve dosya üzerindeki mahkeme işlemleri (komisyon, bölüm, Genel Kurul işlemleri ve varsa karar taslağı), bu bağlamda ampirik bir veri oluşturulabilir.

34 AİHM Kararı.8.7.2008 t., 10226/03 sayılı Yumak ve Sadak Türkiye Kararı. Kararın ilgili bölümleri şöyledir:

"... AİHM, Sözleşmeciler Devletlerin, yasama organına ilişkin seçimlerde halkın özgür iradesine başvurmak üzere ne tür oy kullanılacağına belirlenmesinde geniş bir takdir payına sahip olduklarını tekrarlar. Bu bakımdan, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde "halkın düşüncesinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde" "makul aralıklarla" ve "gizli oyla" düzenlenen "özgür" seçimlerin ötesinde şart yoktur. Bu şartlara bağlı kalarak, nisbi temsil veya bir ya da iki türlü çoğunluk oylaması gibi "belirli bir sistemin getirilmesi zorunluluğu" yaratmamaktadır (bkz. Mathieu-Mohin ve Clerfayt, § 54). Bu alana ilişkin kurallar, her iki devlete özgü tarihi ve siyasi unsurlara bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin seçim mevzuatları ile öngörülenlerin çeşitliliği muhtemel olasılıkların ne kadar çok olduğunu göstermektedir. Protokol'ün 3. maddesinin uygulanması yönünden her bir seçim mevzuatı ilgili ülkenin siyasi gelişimi ışığında değerlendirilmelidir, çünkü sistemlerin biri için kabul edilemeyecek özellikler, bir diğeri için, en azından seçilen sistem, "Meclis seçimlerinde halkın düşüncesinin özgürce ifade edilmesini" temin eden koşulları sağladığı sürece, kabul edilebilir olabilmelidir (bkz. Py/Fransa, no. 66289/01, § 46, AİHM 2005-I).

Türkiye'de % 10'luk baraj, hangi seçim bölgesinde bulduklarına bakılmaksızın tüm siyasi parti adaylarına fark gözetmeksizin uygulanan genel bir kuraldır. Seçim barajının uygulanmaya başlandığı 1983'den bu yana, çeşitli siyasi çizgilerde yer alan birçok parti, barajı aşamamış ve Mecliste temsil edilmemiştir. 3 Kasım 2002 seçimleri bu duruma bir örnektir; yalnızca DEHAP değil, başvuranın partisi ve birçok parti, özellikle (sırasıyla, kullanılan oyların %9.54, %8.36, %7.25 ve %5.13'ünü alan) DYP, MHP, GP ve ANAP Mecliste sandalye elde edememiştir. 1991 ve 2007'de DEHAP ile aynı siyasi çizgide olan bir grup aday, farklı bir siyasi partiden ya da bağımsız aday olarak Meclise girebilmiştir. Ayrıca Türk seçim sistemi, birçok üye devletin seçim sistemi gibi, üniter devlet esasına dayanmaktadır. Anayasa'nın 80. maddesine uygun olarak, Milletvekilleri "kendilerini seçen bölgeleri ya da kişileri" değil, "bütün ulusu" temsil etmektedir; bu durum Türk Devleti'nin üniter yapısından kaynaklanmaktadır. Her il, Mecliste en az bir Milletvekili tarafından temsil edilmektedir. Kalan sandalyeler, şehirlerin nüfusuna göre dağıtılmaktadır; bu nedenle tüm ülke temsil edilmektedir. Burada, ülkenin anayasal yapısından kaynaklanan ve siyasi ve kurumsal kriterlere dayanarak yasa koyucu tarafından yapılmış bir tercih söz konusudur. Türk seçim sistemi, bu haliyle, esasen bölgesel olarak yapılmış partilere, ülkenin geri kalan kısmında kazanılan oylardan bağımsız olarak Mecliste temsil imkanı sağlayan bir seçim

Mahkemesi de birden fazla incelemesinde, seçim barajını Anayasa'ya aykırı saymamış, bu doğrultudaki talepleri reddetmiştir.³⁵ Coşkun Kırca modeli olarak bilinen “**seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir**” hükmünün temel norm olarak kurgulanması, bir tasarım kusurudur.³⁶

2- Öngörülen seçim barajı, “serbest-seçim hakkı”nı ihlal ediyor olsa idi dahi, **Yüksek Mahkemenin bu konuda ihlal-kararı üretebilmesi, hukuken mümkün olmayacak, “konuda yetkisizlik” çözümlüne ulaşmak zorunda kalacaktı. 6216 Sayılı Yasanın 45/3 hükmü açıktır: “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz”.** Anayasa Mahkemesinin kararlarından doğan hak-ihlalleri gibi yasadan doğan hak-ihlalleri de, bireysel başvuru konusu dışında bırakılmıştır. Yüksek Mahkememizin somut-olay eksenindeki uygulaması da bu doğrultudadır (bkz. Bu incelemenin “III/2-e”Bölümü, özellikle dipnot 21

sistemi benimseme yükümlülüğü getirmeyen 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesine aykırı değildir. Diğer yandan, ilgili mevzuatın, bu tür partilerin Mecliste temsil edilmesini önleme eğilimi göstermesi halinde sorun çıkabilir. Son olarak, AİHS organları genel olarak, seçim barajlarının esasen ülke içindeki düşünce akımlarının yeterince temsili olanlarının ortaya çıkmasını teşvik etme amacı güttüğünü kabul etmektedir (bkz. Silvius Magnago ve Südtiroler Volkspartei, ve Etienne Tete; bkz. Partija “Jaunie Demokrati” ve Partija “Mūsu Zeme”). Sonuç olarak AİHM, sözkonusu müdahalenin, Mecliste aşırı ve zayıflatıcı bölünmeyi önlemeye ve dolayısıyla hükümet istikrarını kuvvetlendirmeye yönelik meşru bir amacı olduğu yönündeki Daire kararına katılmaktadır.

Sonuç olarak AİHM, genel olarak %10’luk seçim barajının aşırı yüksek olduğu kanısındadır. Bu bağlamda, barajın istisnai derecede yüksek seviyesini vurgulayan ve aşağı çekilmesini öneren Avrupa Konseyi organları ile mutabıktır ve bu oranın indirilmesini tavsiye etmektedir. Bu baraj siyasi partileri, seçim sürecinin şeffaflığına katkıda bulunmayan taktikler izlemeye mecbur bırakmaktadır. Ancak, mevcut davada, AİHM söz konusu seçimlerin kendine özgü siyasi çerçevesi ışığında ve pratikteki etkilerini sınırlayan telafiler ve diğer garantilerle birlikte değerlendirildiğinde, barajın esas olarak başvuranlara 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesi bağlamında tanınan hakkın esasına zarar verdiği hususunda ikna olmamıştır. Dolayısıyla, söz konusu madde ihlal edilmemiştir ...”

³⁵ Anayasa Mahkemesi seçim sistemi ve barajları konusundaki yaklaşımı için; bkz. AMK.13.01.1966 t,26/2-E/K; AMK.3-4-6.05.1968 t.,15/13-E/K; AMK.01.03.1984 t.,1/2-E/K; AMK.21.11.1995 t.,54/59-E/K; AMK.01.12.1995 t.,56/60-E/K.

³⁶ Prof. Dr Yusuf Şevki Hakyemez, Temsilde Adalet Ve Yönetimde İstikrar İlkeleeri Açısından Seçim Barajı Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı. EÜHFD, C.XI, S.1-2 (2007). Anayasa Yargısı, S.23, Ank.2006 (Oradaki tebliğler). Coşkun Kırca öncülüğünde 1995 değişikliklerinde Anayasamıza giren bu kural, seçim sistemleri alanındaki reformları zorlaştırıcı işlev görmektedir.

ve 20'deki Yüksek Mahkeme kararları). 1.3.2012 tarihinde Anayasa uygunluk denetiminden de geçen bu kural karşısında (bkz.dipnot 20). Yüksek Mahkememizin, yasadan kaynaklanan ihlal iddiasını gündeme almasındaki mantığı, norm diyalektiği bağlamında kavrayabilmek zordur. %10 seçim barajı, Milletvekili Seçimi Kanunundan (m.33/1 hükmünden) kaynaklanmaktadır. Şu varki Anayasa Mahkememizin **“konu bakımından yetkisizlik”** kararının gerekçesinde baraj sistemini hak-ihlali ve anayasa normları bakımından bir değerlendirmeye tabi tutabilir. Ancak Yüksek Mahkeme bireysel başvuru incelemesinde, yukarıdaki kanun hükümlerini anayasaya uygunluk denetiminden geçirme ve hak-ihlali sonucuna varabilme imkanına, hukuken haiz değildir (K.m.45/3).

3- Seçim barajları konusunda görüşüm, “sorunun temel hak ihlali sorunu olmadığı”, yerindelik bakımından demokrasi ilkesini doğrudan ilgilendirdiği, bu noktada yüksek barajların makul sınırlara çekilmesi gerektiği yönündedir. Kuşkusuz bu görev, siyaset kurumuna düşmektedir.³⁷

Temsilde adalet ve yönetimde istikrarı sağlamanın mekanik amacı, barajdan ibaret değildir. Tercih edilecek seçim sistemleri de aynı amaca hizmet edebilir.³⁸ Ayrıca milletvekili seçimleri yönünden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bağımsız adaylık kurumu ve benzeri ek-garantilere atıf yaptığı da unutulmamalıdır.

Yüksek Mahkemenin, karmaşık ve çok boyutlu olan seçim-barajı/ hak ihlali sorununda, kılı-kırk yarar incelikte bir sonuca gideceğini, aktivizm veya jüristokrasi sapmalarına iltifat etmeyeceğini umuyor ve öngörüyorum.

³⁷ Bkz. dipnot 30'daki basın açıklamam. Ayrıca, bkz. Prof. Dr. Zühtü Arslan, Anayasa Teorisi, Ank.2005, s.237 ve civ.

³⁸ 33 nolu dipnottaki AİHM kararında değinilen telafi edici yollar, barajın negatiflerini ortadan kaldıracak daraltılmış bölge ve benzeri seçim sistemleri. Seyfettin Gürsel, Toplumsal Tercih Kuramı Çerçevesinde Anayasanın 67. Maddesinde Yer Alan Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Değerlendirilmesi (Anayasa Yargısı, S.16, Ank.1999, s.47 ve dev. Prof. Dr. Hikmet Sami Türk, Seçim Hukukunun Temel Sonuçları ve Çözüm Önerileri, Ank.1997. Prof. Dr. Abdullah Sezer, Demokrasi Teorisi ve Pratiğinde Seçim Barajları, İst.2014. Ersin Erkan (editör), Seçim Sistemleri ve Etnik Azınlıkların Parlamentar Temsili, İst.2010. Prof. Dr. Ergun Özbudun, Seçim Barajı ve AİHM (Zaman gazetesi, 02.12.2007).

V. İNSAN HAKLARI YÜKSEK MAHKEMESİ MODELİ

2010 Anayasa reformu ile Anayasa Mahkemesi, norm-yargısı yanında bir İnsan Hakları Mahkemesi işlevini de üstlenmiştir.

Anayasamız, anayasal şikayet gibi çok daha hacimli ve etkili bir yol öngörmemiştir. Yüksek Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen temel haklarla sınırlı hak ihlallerini inceleyebilmektedir (Any.m.148/3). Bu yönden Anayasamızın tercihi noksan ve kusurludur. Tüm temel haklar bakımından bir “**anayasa şikayeti**” (Almanya) modeli, erişilmez bir hedef değildir.

Hak ihlali başvurularının Anayasa Mahkemesince incelenmesi yerine, bu konuda bir Yüksek Mahkeme inşa olunabilir mi? Bu soru tartışılmalıdır. Kuşkusuz böyle bir tercihin hukuk dünyamıza girmesi, ancak anayasa değişikliği ile mümkündür.

İnsan Hakları Yüksek Mahkemesi modeli, aşağıdaki gerekçelere dayandırılabilir:

1- Anayasa Mahkemesinin Tabii Misyonu ve İş-Yükü Gerekçesi:

Anayasa Mahkemesi, saf modeliyle anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını yasama işlemleri alanında egemen kılmaya yönelik bir yargı gücüdür.³⁹ Anayasaya uygunluk denetimi (norm yargısı) dışındaki her işlev (görev), bu Yargının saf modeliyle bağdaşmaz. 2010 anayasa reformunda bireysel başvuru yolunun temel normda yer alması, Yüksek Mahkemece özellikle istenmiştir. Ancak kısa zaman içinde şu görüldü ki bireysel başvuruların öngörülemez hızda artışı, mevcut yapısı ile Anayasa Mahkemesinin üstesinden gelemeyeceği bir iş yüküne vücut vermiştir. Öyle ki başvuruların zaman sırasına göre değil de, öneme göre seçilerek gündeme alınması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Temel hak ve hürriyetleri adeta-ayağa kaldıran, uykusundan uyandıran bu taze yolun Anayasa Mahkemesi reformunu zorunlu kıldığı açıktır. Anayasa Mahkemesini yeniden yapılandırmak yerine, İnsan Hakları Mahkemesi Modeli tercih olunabilir.

³⁹ Ahmet İyimaya, Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Normatif Etkisi, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ank.2006, s.1185 ve dev. 1 nolu dipnotta sözü geçen “Anayasa Yargısı İncelemeleri” derlemesi, İbrahim Kaboğlu, age.

2- Anayasa Mahkemesi Kararlarından Kaynaklanan Hak-İhlallerine Karşı da Bireysel Başvuru Hakkının Tanınması Gerekçesi:

Anayasa Mahkemesi, “parti kapatma”, “Yüce Divan”, “dokunulmazlık itirazları” gibi norm-yargısı dışında kalan işlere de bakmaktadır. Mahkemenin bu davalarda kurduğu kararların yol açtığı hak-ihlalleri konusunda bireysel başvuru yolu kapalıdır (6216 S.K.m.45/3). Anayasamız bu yönde bir istisna normu öngörmüş değildir (Any.m.148/3). Esasen bu tür bir imtiyaza temel oluşturacak bir hukuk argümanı da yoktur. Anayasa Mahkemesi gibi Yüksek Mahkeme olan Yargıtay ve Danıştay kararlarına karşı tanınmayan -ki doğrusu budur- bir istisnanın tanınmamış olması gerçeği de bizi aynı sonuca götürür.

3- Sıfat Birleşmesinden Kaynaklanan İşlerde Yasaklılık ve Tarafsızlık Problemlerinden Kaynaklanan Gerekçe:

Somut norm ve bireysel başvuru hakimliğinin aynı kişide birleşmesi, işe bakma yasağını oluşturabilir. Mevcut modellemede bu vardır. Gerçekte bölüm hakimi, bölümde baktığı bireysel başvuru işine, Genel Kurul aşamasında da bakmaktadır. Bu hal, binlerce yıllardan bu yana süzülen tarafsızlık ve bağdaşmazlık usul ilkeleriyle telif olunamaz. Hem soyut norm denetimi ve hem de bireysel başvuru, biri öbürüne feda edilemeyecek denli eş-değer kurumlardır. Sıfat birleşmesi, bu incelemelerde yaşanmaması gereken tasarruf ve fırsattan feragat anlamına gelir.⁴⁰ Bu iki misyonun organik ve fonksiyonel olarak ayrılması, rasyonellik standardının da bir gereğidir.

4- Tarihsellik İçinde Yüksek Mahkememizin Ortaya Koyduğu Pratikler ve İşleyişten Kaynaklanan Gerekçe:

1961 Anayasası ile yargı sistemimize giren Yüksek Mahkemenin, anayasal misyonun dışında vesayet görevi gördüğü, bilinen bir gerçektir. Üstelik bu gerçeklik, uzak olmayan tarihe kadar sürmüştür.⁴¹⁽⁴⁰⁾

⁴⁰ Yargı bağımsızlığı ve yargıç tarafsızlığı konusunda yoğun bir literatür vardır (özellikle, Any.m.138, AİHM m.6 bağlamında hakim kavramı). Prof. Dr. Hakan Pekcanitez ve Arkd. age. s.206-239. Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, İst.2008.

⁴¹ Anayasa Mahkemesinin dış-etkili ve kendiliğinden vesayet pratikleri tarihi ve

İki eş-değer denetim gücünün tek-organda birleşmesinin risk oluşturma kapasitesi yüksektir. Güç temerküzünün dağıtılması, sistem mühendisliğinin de bir gereğidir.

Yargısal aktivizmin ve jüristokrasinin çokça tartışıldığı⁴²⁽⁴¹⁾ yerde, bu eğilimleri besleyecek mekanizmaların tek-elde toplanması, merkezleşen o kurumu da bozar. Bu halde, saf hukukun yerine, farklı telakkilerin kaim olması mümkündür. Aslında Yüksek Mahkememizin bireysel başvuru pratiklerinin bu bağlamda okunması öğretici olacaktır.⁴³

analizi bir bütün olarak henüz yazılmamış/yapılmamıştır. Bu tür bir inceleme veya incelemeler, hem Mahkemenin kurumsallaşması hem de demokrasimizin konsolidasyonu bakımından büyük bir ihtiyaçtır (bkz. 41 nolu dipnot).

⁴² Prof. Dr. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi (AÜSBF.62/3,s.258 ve dev.). Prof. Dr Yusuf Şevki Hakyemez, Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi, Ank.2009. Ozan Ergül, Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Ank.2007. Aynı müellif, Berraklaştırılmayan Bir Kavram:Yargısal Aktivizm (TBB.D.S.103 (2013),s.37-54). Korucu Serdar, Yargısal Aktivizm, Ank.2014. Prof. Dr. Levent Gönenç, Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı, Ank.2014. Prof. Dr. Mehmet Turhan, Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruiyeti (Anayasa İncelemeleri), Ank.2006, s.41 ve dev. Prof. Dr. Ergun Özbudun, Yargının Demokratik Sistemlerde Konumu:Demokratik Bir Güç Mü, Bürokratik Bir Hegemonya Mı? (Zühtü Demokrasi ve Yargı Sempozyumu, 04.06.2005 tarih, TBB yayını. Ank.2005, s.336-351). Prof. Dr. Arslan, Türk Anayasa Mahkemesinin Sorunlarının Tartışılması Paneli (Anayasa Yargısı, 2004) (Prof. Arslan'ın bu paneldeki konuşmaları). Ahmet İyimaya, Siyaset Hukuku Sorunları, s.2 dn.2, s.51 vd., s.511 vd.

⁴³ Anayasa Mahkememizin uzun süreli tutukluluklar konusundaki ihlal kararları, çözümsüzlüğü sürdüren yargı ve siyaset kurumları karşısında ön-açan önemli kararlardır. Dijital medya iletişimindeki (twitter vb.) kararları, sorunun tüm boyutunu kapsamayan tek-yanın menfaatini öne-alan, yargısal aktivizme daha yakın bir karar olarak değerlendiriyorum. Seçim barajı-bireysel başvuru konusunda kurulması muhtemel kararın da, yönüne bakılmaksızın önemli bir karar olacağı anlaşılıyor (Anayasa Mahkememiz, Avrupa'nın bu konudaki geçici övgüsünden(!) bağımsız olarak, kendi ontolojisine bağlılığı ölçüsünde kurumsallaşabilecektir). Yüksek Mahkememizin anayasal aktivizm dokusu yüksek kararları içinde, bana göre sistem üzerinde en ağır bozucu etki doğuranı, 2010 anayasa değişikliğini kısmen iptal eden 7.7.2010 t., 49/87-E/K. sayılı karardır. Son dönem HSYK krizlerinin ortaya çıkmasında, 2010 yılında Anayasada gerçekleştirilen "tek oy ve az sayıda hukukçu olmayan üye" modelinin Yüksek Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinin -ki Yüksek Mahkeme bu görüşten kısa süre önce dönmüştür- yargı alanındaki rolüne özellikle işaret olunmaktadır. İptalle ortaya çıkan çoğunlukçu yöntemin, yargısal yapılara çoğulculuğun yansımaları önlediğine vurgu yapılmaktadır (An.M.'nin 7.7.2010 t, 49/87-E/K Sayılı Kararı. Keza An.M.'nin 14.05.2014 t., 57/81-E/K Sayılı Kararı. 34 üncü maddeye ilişkin karar gerekçesi. Tarhan Erdem. Konuya özel yazıları. Radikal Gazetesi. 25.09.2014 ve 29.09.2014 t.'li dijital nüshaları, Dr. Burak Çelik, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İst.2012, s.259, TBMM D.24, YY.5, SS.655, Adalet Komisyonu Raporu, s.55-56).

5- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Modelinden Kaynaklanan Gerekçe:

Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi örneği, olgunlaşmış bir modeldir. Türk-yapılanmasında bu modelden yararlanılabilir.

İnsan Hakları Mahkemesi Modelinin, Devlet Güvenlik Mahkemesindeki kısmi dönüşüm vesilesiyle, Anayasa Komisyonu müzakerelerinde, 1999 tarihinde tarafımdan dile getirildiğine işaret edelim.⁴⁴

İnsan Hakları Mahkemesi Modeli; haklara, demokrasiye ve hukuka önemli bir katkı sağlayacak, belki de prototip olarak küresel müktesebbattaki özgün yerini alacaktır. Tabi bu fikrin tartışmaya ve ikmale muhtaç çok yönleri vardır. Hiçbir yeni kurum, mükemmel olarak doğmaz... **Süreçlerin akılları, aktörlerin akıllarından daha üstündür...**

VI. SONUÇ

- 1- Seçimlere bir yıldan az bir süre kala, Yüksek Mahkememizin seçim barajlarını gündeme alma girişiminin yerinde olup olmadığı yeniden değerlendirilmelidir. Siyaset kurumunun oluşturacağı çözümlerin bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanabilme zorluğu düşünüldüğünde (Any.m.67/7) bu tür gündem uyarlamalarının siyaset, Bireysel Başvuru ve Anayasa Yargısı kurumları açısından doğuracağı sakıncalar, öngörülemez belirsizlikte değildir. Konu, doruk bir erk olan anayasa yargısı etiği açısından da sorunludur.
- 2- Yürürlükteki hukukumuz bakımından bireysel başvuru incelemelerinde, ihlalin kaynaklandığı iddia olunan yasa kuralının ana-

⁴⁴ Anayasa Komisyonun 14.6.1999 tarihli toplantısı. Çok boyutlu konuşmamın ilgili bölümü şöyledir (aynen): "İnsan haklarına yönelik her türlü ihlalleri önlemek, bu konudaki uyuşmazlıkları anayasaya ve evrensel standartlara göre karara bağlamak, idareye görüş bildirmek ve henüz oluşmuş özgürlükleri belirlemekle görevli insan hakları mahkemesi kurulmuştur." (Anayasa Komisyonu Tutanağı, 14.6.1999 tarih, s.39) Öneri, Devlet Güvenlik Mahkemesinden asker üyenin çıkarılması yönündeki anayasa değişikliğinin komisyondaki müzakeresi sırasında dile getirilmiştir. Sonradan Refah Partisi (özellikle merhum Erbakan), öneriyi benimseyecek ve siyasal projesine alacaktır (Gelişme de bu yönde olmuştur). Bu makalede dile getirilen öneri ile 1999 tarihindeki öneri arasında elbette ki büyük farklar bulunmaktadır. Şu var ki zihin dünyamda "Türkiye İnsan Hakları Mahkemesi" fikri, hayli erken dönemde filizlenmiştir.

yasaya uygunluk (somut norm) denetiminin yapılmasını öngören açık bir hüküm (anayasa veya yasa) yoktur. İçtihatla böyle bir yolun açılması, geçiş dönemi henüz tamamlanmayan bireysel başvuru kurumunu ta baştan tökezletecek bir yükün ona yüklenmesi anlamına gelir. Ölçülülük, **yalnızca kozmik bir ölçüt değil, aynı zamanda konsolidasyon koşuludur.** Anayasamızın somut norm denetimindeki (Any.m.152) dava sayısı ile bireysel başvuru sayısındaki sürgit-artış birlikte düşünüldüğünde, bu yolun kabulü halinde Anayasa Mahkememizi bekleyen aşırı yargısal aktivizmin bozucu etkilerini görmek için filozof olmak gerekmez.

- 3- İnsan Hakları Avrupa Hukuku (özellikle Avrupa Mahkemesi içtihatları), seçim barajını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3 üncü maddesinde düzenlenen **“serbest seçim hakkı”**nın bir unsuru olarak görmemektedir. Öte yandan Anayasa Mahkememizin aynı konudaki birbirini destekleyen kararları da bu doğrultudadır. Yerindelik ve demokrasi standartları bakımından % 10'luk ülke/seçim barajı, yüksek görülebilir. Kişisel görüşüm de bu doğrultudadır. Ancak siyaset kurumunun doğal sınırları içinde yer alan bu sorunda, Yüksek Mahkemenin regülasyon yetkisini bir kararla üstlenmesi, onu negatif yasama işlevinden pozitif yasama işlevine sıçratır ki, bu hal, dört başı mamur bir Anayasa krizinden başka bir anlama gelmez (Any.m.148). Yüksek Mahkemenin böyle bir yola hiçbir şekilde iltifat etmeyeceğini düşünüyorum. Esasen Yüksek Mahkemenin kendi kararlarından ve yasalardan kaynaklanan hak ihlallerini inceleme yetkisi de bulunmamaktadır (6216 S.K., m.45/3).
- 4- Anayasa Mahkememizin yapı ve işlevi bakımından anayasa ve yasaya aykırı içtüzük modellemesini anayasa sınırlarına çekecek bir düzenlemenin geciktirilmeden gerçekleştirilmesi zorunluluğu açıktır. Genel çerçevesi bu yazımızda çizilen ve özellikle Mart 2014 içtüzük değişiklikleri ile ortaya çıkan iki (düalist) Anayasa Mahkemesi görüntüsü, sürdürülemez. Bu alandaki kural-çatışmasını Yüksek Mahkememizin gidermesi, en tabii olanıdır. Aynı konuda yasama organının da bir düzenleme yetkisini haiz olduğu açıktır (Any.m.149/5,2. 6216 S.K.m.5/c).

- 5- Bu incelemede ortaya konan ve ortaya konabilecek diğer nedenlerle, bireysel başvuru yolu ile görevli **İnsan Hakları Yüksek Mahkemesi** modeli tartışılmalıdır. Bu tür bir model, norm yargısının zaman zaman içine düştüğü aktivizm ve jüristokrasi arazlarının sistem üzerinde yol açacağı tahribata kısmen bir çare olduktan başka, aynen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde olduğu gibi, bu alanda küresel/milli bir prototip te inşa edilmiş olacaktır.

Unutulmamalıdır ki, “kalıcı çözümler, bilimsel bilgi ile yaratıcı aklın meşru izdivacında saklıdır”. Hepimizin, beyinlerimizi terletme ortak yükümlülüğü(müz) vardır.