

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

- Hakemli Makaleler

- Söyleşiler

- Kararlar

- İnsan Hakları

- Disiplin Kurulu Kararları

- Kitaplar, Dergiler

- Adli Tıp

- Çevre

DOSYA

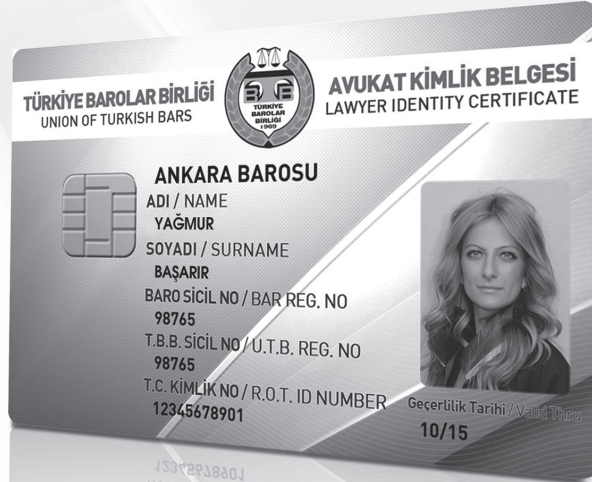
MOBBİNG



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. Vedat Ahsen Coşar,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Teoman Ergül

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Vedat Ahsen Coşar
Av. Cengiz Tuğral
Av. Sitare Sağsen
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Yayın Kurulu / Board of Editors
Av. Dr. Serkan Açar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. Özgecan Yanlı
Sezercan Bektaş

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Haluk Günüşur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.

Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.

Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez,
Galatasaray Hukuk Fak.

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 Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlirik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlirik.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

1. 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.

2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. **Yazılar, 7. 500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**

Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.

Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.

Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.

Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve 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 İTALİK verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", Eser Adı, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.

Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", AÜHF Dergisi, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

4. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası "yayin@barobirlilik.org.tr" adresine gönderilmelidir.

Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları'na uygun olmaması durumunda reddedilir.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.

6. **Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.

7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.

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.

8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.

9. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına "olur" verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez. Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.

10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.

11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.

12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.

13. Yazarlara 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 Mustafa T. YÜCEL

Ceza Adaletinde Sapmalar / Deviations In Criminal Justice

35 Süha TANRIVER

Sulh Hukuk – Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımının Anlam Ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler / Ideas About the Meaning and the Importance of the Discrimination of Court of Peace and Court of First Instance

51 S. Alp LİMONCUOĞLU

İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar / The Analysis of Psychological Harassment within the Scope of Labour Law and the Rights of the Victims

89 Mine KASAPUĞLU TURHAN

Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları / Mobbing and the Paths of Legal Protection in Terms of Civil Servants

129 Zeynep Duygu ULUSOY

Mobbing Suç Tipi İçin Bir Analiz Denemesi / Defining the Mobbing as a Type of Crime

171 Ümit Süleyman ÜSTÜN

Mükellefe İadesi Gereken Vergilerde Faiz Uygulanması / The Implementation of Interest on Taxes Given Back to the Taxpayer

229 İ. Uğur ESGÜN

Siyaset ve Anayasal Yabancılaşma: Etik İlkelerin Türk Hukukuna Uyarlanması Problemi / Politics and Constitutional Alienation: The Problem of Adaptation of Ethical Principles into the Turkish Law

263 Hayrunnisa ÖZDEMİR

Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği ve Yargıtayın Görüşü / Legal Nature of Aggrieved Third Person's Claim by Reason of Physicians' Acts Against Hospital and Opinion of Court of Appeals

291 Yusuf Solmaz BALO

Terör Suçları Bağlamında 13-15 Yaş Grubu Çocukların Kusur Yeteneğinin Belirlenmesi / Determination of the Criminal Liability of Minors Aged Between 13-15 with Respect to Terrorism Offences

321 Gökhan Yaşar DURAN

Askeri Ceza Hukukunda Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak Suçu (AsCK 81) / The Crime Of Tricking For Escaping From Military Service In The Military Criminal Law (MCC s. 81)

MAKALELER / ARTICLES

379 Erkan ŞENSES

Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı / Decision Of No Need For Imposing Conviction
in Penal Procedure Law

401 İmdat TÜRKAY

Avukatların 2012 Yılında Elde Ettikleri Gelirlerin Yıllık Beyanname ile Beyanı / The Declaration of Incomes Earned in 2012 by the Advocates with the Annual Return

443 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

460 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

475 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları / Case Law of the European Court of Human Rights

başkan'dan

Sevgili Meslektaşlarım,

1867-1956 yılları arasında yaşayan Fransız filozof ve edebiyat adamı *Julian Benda*, hakikat duygusunu yitirmekle, siyasi ihtiraslarının güdümünde olmakla, kendilerinin ve temsil ettikleri takımın çıkarlarını korumak adına, kendileri gibi olmayan, kendileri gibi düşünmeyen, kendilerinden farklı olan kişi ve kişilere karşı sonsuz bir kin ve nefret beslemekle suçladığı aydınlar hakkında yazdığı "*Aydınların İhaneti*" isimli kitabının önsözünde, *Tolstoy*'la ilgili şu çarpıcı ve gerçekten öğretici anekdota yer verir: *Tolstoy, orduya katıldığında subaylardan birinin, yürüyüşte sırayı bozduğu gerekçesiyle bir askeri dövdiğüne tanık olunca subaya, 'Kendin gibi bir insana bu şekilde davranmaktan utanmıyor musun? Hiç mi İncil okumadın?' der. Subay şöyle yanıt verir: 'Peki sen hiç mi Ordu Tüzüğünü okumadın?'*

Bu yanıtı, iktidar sahibi olanın vicdanını ele geçirmeye çalışan insanın yüzüne daima bir şamar gibi ineceğini ifade etmekle birlikte, son derece akılcıca bulan *Benda*, bu görüşünü şu şekilde gerekçelendirir: *'Maddi şeyleri elde etmeye çalışanların ve insanları maddi şeyleri elde etmeye yöneltenlerin adalete, vicdana ve insafa gereksinimi yoktur.'*

Evet! Statüyü hedeflemiş, iktidara odaklanmış olanların, maddi şeyleri elde etmeyi amaçlayanların, insanları maddi şeyleri elde etmeye yöneltenlerin, adalete, vicdana ve insafa gereksinimleri yoktur. Adalete, vicdana ve insafa gereksinimleri olmadığı için, bu konumdaki kişiler, başkalarının haklarına ve onurlarına saygılı olmazlar, kendi kişisel çıkarları için meşru olmayan her dili, adil, ahlaki ve etik olmayan, kullanılmasına yasayla izin verilen ya da verilmeyen her türlü aracı kullanırlar. Kendileri ile ilgili olarak anlatacak ve kabul görececek öyküleri, becerileri, yetenekleri, donanımları olmadığı için, yüzeysel bir iftira ve sözel bir şiddet olan hakarete, yalana ve küfre başvururlar.

Peki! Bu türden bir şiddete maruz kalan kişi ne yapmalıdır? Kendisine yönelik her türlü çatlak sesi, daha yüksek çıkmasın diye anında boğmaya, bu amaçla yumrukların kafalardan daha becerikli olduğu ve papazların akli zincir altında tuttıkları dönemin, yani ortaçağın ürettiği şövalye onuru ilkesini mi uygulamalıdır? Yoksa hakaret ve yalanların tıpkı kilise tören alayları gibi hep başladıkları yere geri döndüklerini düşünerek bunları önemsememeli midir?

Görüşleri, soruları, yaptığı tartışmalar nedeniyle sıkça sözel ve hatta fiziksel şiddete muhatap olan ve fakat bütün bunlara kayıtsız kalan bilge *Sokrates*, yine bir tartışma sonrasında kendisine tekme atıldığında, bunu olgunlukla ve sabırla sineye çekerken, kendisine şaşırın kişiye, yukarıdaki soruların da yanıtı olan şu sözleri söyler: '*Beni bir eşek çiftleseydi, onu dava mı edecektim?*' Yine bir defasında, birisi, '*Bu adam sana küfür ve hakaret etmiyor mu?*' diye sorduğunda, *Sokrates* şöyle yanıt verir: «*Hayır, çünkü onun söyledikleri bana uymuyor.*'

Bu türden bir başka yanıt, flütçü *Nikodromos*'tan yediği çok kuvvetli bir tokattan sonra ağzı burnu dağılan ve kan içinde kalan ünlü kinik *Krates*, üzerinde '*Nikodromos yaptı*' yazan küçük bir tabelayı üstüne asıp bütün Atina'yı dolaşarak verir ve doğal olarak tüm Atina'nın saygı duyduğu *Krates*'e karşı böylesine bir terbiyesizlikte ve gaddarlıkta bulunan flütçünün üzerine büyük bir utanç lekesi düşer.

Ünlü bir hatip ve aynı zamanda avukat olan, konuşmaları ve yazılarıyla Roma İmparatoru *Caligula*'yı kızdıran, *Neron*'un önce takdirini sonra nefretini kazanan ve onun emri üzerine damarlarını keserek intihar eden, Stoacı felsefenin babalarından *Seneca* '*Bilgelerin Sabrı Üzerine*' isimli kitabında, hakareti ayrıntılı biçimde ele alıp inceler ve daha sonra '*Peki bir bilge, kendisine yumruk vurulduğunda ne yapmalıdır? Yüzüne yumruk vurulduğunda Cato ne yaptı?*' diye sorar. *Cato*'nun yaptığını: '*Galeyana gelmedi, yapılan haksızlığın intikamını almadı, almayı da düşünmedi, ama bağışlamadı da, hiçbir şey olmadığını söyledi.*' diyerek anlatır ve devam eder: '*Bunu duyanlar, evet, ama onlar bilgeydiler diye bağırmaya başladılar.*' Bağırınlarla ilgili *Seneca*'nın yorumu açık ve nettir: '*Anlaşıldı. Demek, kendileri deliler!*'

Bütün bu konularda tüm zamanların bilgeleri sanki aynı koronun üyesidirler. Onun için *Hamlet*, '*Muzip bir konuşma, bir delinin kulağında uyuklar*' der.

Ve *Goethe*, iftiradan, hakaretten, yalandan yardım umanlara seslenir:

*Etkili olamıyorsun,
Her şey ruhsuz kalıyor.
Kendini Üzme!
Bataklığa düşen taş,
Halkalar oluşturmaz.*

Ve tanınmış sanat yazarı Alman *George Christoph Lichtenberg*: 'Bir kafa ve bir kitap çarpışarlarsa ve bir tınlama sesi duyulursa, bu ses her zaman kitaptan mı gelir?' diye sorar.

Ve tabii en sonunda hakarete, iftiraya uğradığı için kırılanlar adına *Cemal Süreya* söz alır ve der ki:

*Biz kırıldık,
Daha da kırılırız.
Kimse Dokunamaz,
Bizim suçsuzluğumuza.*

Av. V. Ahsen Coşar
Türkiye Barolar Birliği Başkanı



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ



Faruk Erem
AVUKAT EVİ



www.barobirlik.org.tr

CEZA ADALETİNDE SAPMALAR

DEVIATIONS IN CRIMINAL JUSTICE

“Kuşkulu durumlarda özgürlüklerden yana olunmalıdır.”

In dubio pro libertate.

Mustafa T. YÜCEL*

Özet: Hukuk devletinin varlığına ilişkin olarak ceza adaleti sisteminin *de jure* varlığı ile *de facto* görünümü arasındaki farkın ne derece olduğu istatistik verilerle sergilenmiştir. Bu tablo bazı Cumhuriyet savcısı ve hâkimlerin zamanı geçmiş veya çarpık adalet görüşleri adına işleri kötü yaptıklarına da işaret etmektedir. Hukuk, böylece, yasalar ve hukuk aktörlerine özgü terapötik etki analizleri ile irdelenmelidir.

Anahtar Sözcükler: Gerçek, adil yargılanma, masumiyet karinesi, insanlık onuru, etkinlik, adli hata, itham oranı, mahkumiyet oranı, Avrupa Konseyi, makul süre, en son çare, itiraf pazarlığı, tutuklu, karar analizi, tanık, cezaevi nüfusu.

Abstract. In reference to the rule of law, it is intended to show the difference between *de jure* and *de facto* criminal justice system with due regard to the statistical data. This result also indicates some figures of public prosecutors and judges who made matters worse in the name of their own outdated or distorted views of what justice required. Thus, the law should be assessed through analysis of therapeutic impact of the statutes and legal actors.

Keywords: Fact, fair trial, presumption of innocence, efficacy, miscarriage of justice, accusation rate, conviction rate, Council of Europe, reasonable time, *ultima ratio*, plea bargaining, preventive detainee, decisional analysis, witness, prison population.

* Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Başkanı

Toplumsal savunu adına aynı ve şahsi hakları koruma altına alan etkili bir sistem, suçu tolere edilebilir sınırlar içinde tutabilmek için ceza yargısına gereksinme duymaktadır. Ceza yargılaması, “gerçeği bulma yeterliliği”¹ üzerine oluşturulan, ithamın doğru olup olmadığını irdeleyen, çağın en duyarlı teknikleri ile kanıtları test eden ve sanıkların *adil yargılanma hakkını* ilke edinmiş bir sistemdir. Kesin hatlarla ayrılmaya da *iddia, savunma* ve *hüküm*’den oluşmaktadır. *Masumiyet karinesi* de bu sürecin en temel ilkelerinden biridir (Anayasa madde 38/4, AİHS madde 6/2). Sanığın bir suçtan cezalandırılabilmesi için suçun kuşkuya yer vermeyecek şekilde kanıtlanmış olması gerekmektedir. Bu gereklilik irrasyonel mahkumiyet veya beraatlere karşı ek bir kontrol mekanizması işlevini görmektedir.

Ceza yargılaması “gerçeği garanti etme yeterliliği” vaat eder ve bunu sağlayan hukuka uygun hükümdür. Eğer hikaye yeteri kadar makul ise, gerçek olduğu kabul edilebilir. Doğruluk, gerçekten doğmaktadır.

¹ K.Volk. “Gerçek-Gerçeklik Çeşitliliği” Suç Politikası, Seçkin, 2006, ss.213-227; A. Heper. “Yargılama Dolandırıcılığı” Güncel Hukuk Temmuz 2009/7-67, s. 36 vd; J.Pradel. Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü (İSİSC Kollokyumlarının Sentez Raporu)(Terc. S.Dönmezer), Beta, Kasım 2000; R.Noizick. “Usuli Haklar” Anarşi, Devlet ve Ütopya (Çev.A.Oktay) İst. Bilgi Üniv. Yayını, Aralık 2000, ss.138-144; M.Cavadino ve J. Dignan. Penal systems: A comparative approach, Thousand Oaks, CA: Sage. 2006; J.Kleining. Ethics and Criminal Justice-An Introduction, Cambridge University Pres, 2008; L. Ve H. Saunders. “Rethinking the Criminal Standard of Prof: Seeking Consensus about the Utilities of Trial Outcomes” International Commentary on Evidence 7(2009) <http://www.bepress.com/ice/vol7/iss2/art1>

T.Hammerberg, Türkiye’de İnsan Hakları üzerine Ziyaret Raporu(10-14/10/2011) TBBD Ocak-Şubat 2012, Y.24,S.98, ss.439-500; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çeşitli kararlarına rağmen, yerel mahkemelerin ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda karar verirken, davaya konu gazetecilerin haberlerinin içeriğinin gerçek olup olmadığı ve doğrusya, kamunun söz konusu bilgileri edinmede meşru bir menfaati ve hakkı olup olmadığını (ifade içeriğinin gerçekliğinin ispatı ve kamu yararını öne sürme hakkı olarak bilinen kavramlar) sistematik olarak değerlendirdiğine dair bir belirti bulunmamaktadır.” Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg’in 27 - 29 Nisan 2011 tarihleri arasında Türkiye’yi ziyareti sonrası hazırladığı rapor(CommDH, 2011,25). Ayrıca bkz. M.T.Yücel. “Yapısal Analiz ve Sorunlar” Yargı Reformu-Sempozyum, TBB, 2008,ss.337-361 Şüphelilerin itiraf etmesini sağlamak etkili bir ceza soruşturmasına ikame olarak görülmemelidir (Yazarın notudur). Ayrıca bkz. Avrupa Komisyonu’nun 2012 Türkiye İlerleme Raporu: Savunma hakkının ihlali, tutukluluk süreleri, aşırı derecede uzun ve karmaşık iddianameler. S.Ergin “AB İlerleme Raporu(2)İşkencede ana sorunun cezasızlık kültürü” Hürriyet (12/10/2012), s.20.

Ceza adaleti mekanizmasında yargılama, önemli bir evre oluşturmakta; “gerçeği garanti etme yeterliliği” vaat etmekte ve bunu sağlayan hukuka uygun hüküm verilmesi gerekmektedir. Önemli olan yöntemin güvenilir ve adil olduğunun (veya kullanılan diğer yöntemlerden daha kötü olmadığını) yeterince gösteren bilginin kamuoyunda yer etmesidir. Tarafların aktif veya pasif olmasına bakılmaksızın mahkeme “hakikati belirleme” için gerekli tüm kanıtları toplamaktan sorumludur. Bu süreçte, *insan onurunun* korunması merkezi bir konumdadır. Aynı derecede önemli olan bir konuda, ceza adaleti sistemine ait her özel niteliğin şu iki yönlü soru ile irdelenmesidir: Hangi işleve hizmet için var olduğudur? Ve bu işlev yeterince yerine getiriliyor mu?

Hâkim, önüne gelen davada olguların gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğini veya doğru olup olmadığını, elde edilen kanıtlar toplamından oluşan “makul bir hikayeye” bağlı olarak karara varacaktır. Hikaye yeteri kadar makul ise, gerçek olduğu kabul edilebilir. Doğruluk gerçekten doğmaktadır. Yalnız bu süreçte “olgu kuşkuculuğu” görüşünün açıkça sergilediği üzere, olgular hakkındaki tüm bilgilerimizin yargı sürecinde kategorik ithamlara dayanak olacak nitelikte olmadığı; kendi saiklerini tam olarak anlayamayan insanların başkalarını harekete geçiren duygu ve yoksunlukları nasıl anlayabilecekleri göz ardı edilmemelidir (*In dubio pro reo*). Yalnız “doğruluk o kadar büyük bir şeydir ki, bizi kendisine ulaştıracak olan hiçbir şeyi önemsemezlik etmemeliyiz” (*Montaigne:207*).

Ceza Adaletinin Etkinliği

1. Daha iyi bir ceza adaleti sistemi (CAS) nasıl yapılandırılır? Süreçte CAS maliyetini düşürücü ve üretilen adalet derecesini artırıcı anahtar değişkenler nelerdir?
 - Her müdahalenin bedel-yarar analizi (ekonomik metodoloji)
 - Kamu davasına seçenekler (diversions)
 - Denetimli serbesti ve diğer seçenek yaptırımlar
2. CAS sürecinin suç miktarı ve azaltılması ile ilişkisi ne olmalıdır?
3. Kurumlardaki mahpusların yönetişimi nasıl olmalıdır? Bu soruların temelinde yatan gerçek ise, bir yargı sistemindeki “mit’in”, onun operasyonel kodundan ayırt edilmesidir.

Ceza davaları tutanaklarını gözden geçiren bir öğrenci çok geçmeden suçluluk-masumluk yanıtının hassas bir denge içinde bulunduğu davalara tanık olacaktır. Tanık olunacak ikinci bulgu da “*tutanak fetişizmi*” dir. “*Suçsuzluk karinesi*” de az/çok değer ya da önem verilecek türden bir şey değildir. Bu karinenin değerindeki herhangi bir azalma yerini *suçluluk karinesine* bırakmaktadır. “*Suçsuzluk karinesi*” her zaman önde tutulmalıdır. Hiçbir savcı/hâkim bir davaya önyargıyla yaklaşmamalıdır. Yeni CMK’da, eskiden olduğu gibi, sabıka belgesinin duruşmada okunması neyin göstergesi olmaktadır? Mahkûmiyet sonrası yaptırım türü saptanırken elektronik ortamda bu bilgiye ulaşılması yöntemine neden geçilmediği sorgulanmalıdır.²

Sistem her zaman adli hatalara açıktır. Sistemde mahkûmiyet kararlarında olduğu kadar beraat kararlarında da *adli hatalara* tanık olunmaktadır. Kuşkusuz, bir makine mükemmelliğinde çalışmayan ceza adaleti sisteminde kuşkular varlığını sürdürecektir; bazen suçlu kişiler kadar masum kişilerde cezalandırılacaktır. Gerçek bir makinedeki dişli sıyırması gibi bellekler de yanıltabilir; hatalı teşhisler yapılabilir. Nitekim, algılama ve bellek üzerine yapılan araştırmalar kısa süre içinde bilginin nasıl buharlaştığını göstermektedir. Hatırladıklarımızdan daha çoğunu unutturken, algıladığımızın çoğunu da unutmaktayız. Genel inancı karşılayan olay yerinin, sanki içsel bir video kaydında depolanmış gibi tam olarak ayrıntılı ve doğru hatırlanabileceğine ait bir kanıt yoktur.³

İşte, bu durumda yargılama sisteminin, adaletsizlik yaratabilme kapasitesi biz hukukçuların/STK’ların ilgi odağı olmalıdır. Bu doğrultuda, suçsuzların suçlu kişilerden ayırt edilmesini sağlayıcı vasıtalarla özgü zayıflıkları azaltıcı tedbirler üzerinde özenle durulmalıdır.

Bu noktada ceza adaleti sisteminin çeşitli evreleri itibariyle istatistik verilerle performans standartlarını sergileyen veri serilerine aşağıda yer verilmiştir.

² Görüşümüzü destekleyen ABD Yüksek Mahkeme kararı için bkz. Johnny Lynn Old Chief v. United States (117 S.Ct. 644).

³ M.T.Yücel. Adalet Psikolojisi, 8.bası, 2013.

Cumhuriyet savcılıkları* yıllık toplam iş yükü (2005-2011)

| Yıl | Toplam | D** | Çıkan | Çıkan/Toplam % |
|------|-----------|-----|-----------|----------------|
| 2005 | 5.677.025 | 215 | 2.927.131 | 51.5 |
| 2006 | 6.272.463 | 238 | 3.155.088 | 50.3 |
| 2007 | 7.070.104 | 268 | 3.634.044 | 51.4 |
| 2008 | 7.254.290 | 275 | 3.762.625 | 51.9 |
| 2009 | 6,065,829 | 229 | 3,241,071 | 53,4 |
| 2010 | 6.111.102 | 236 | 3.272.887 | 53.5 |
| 2011 | 6.050.030 | 229 | 3.012.471 | 49.8 |

* Cumhuriyet savcılıkları ve CMK 250 Cumhuriyet savcılıkları

** Değişim oranı:1986=100

Çıkan işlerin dağılımı ile beraat oranlarına bakıldığında savcılıklarca gerekli ayıklamanın yapılmadığı; performanslarının düşük olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, eğer savcı tüm davalarla aynı oranda ilgilenilecek durumda değilse, kendisinin *önemli ve hassas işler üzerinde yoğunlaşmasına* olanak tanınmalı; hangi konunun önemli olduğuna karar vermede kullanılacak *ölçütler* belirlenmelidir. Aşağıda birkaç öneri sıralanmıştır:

- Suçun *ciddiyeti*,
- Davanın *hassasiyeti*,
- Soruşturmanın *karmaşıklığı*,
- Soruşturmanın *maliyeti*,
- *Cevaplandırılması zor yasal sorular* ve
- *İnsan haklarına yapılan ciddi müdahaleler*.

Aşağıdaki itham oranına konu olan davaların irdelenmesinde bu ilkelerin ne derece göz önüne alındığı araştırmaya değer bir konudur.

İtham Oranı (2004-2011)

| Yıl | CMK.250 C.Savcılığı | Cumhuriyet Savcılığı |
|-------|------------------------|-------------------------|
| 2004 | 43.3 | 43.1 |
| 2005 | 28.5 | 32.7 |
| 2006 | 33.7 | 30.1 |
| 2007 | 38.4 | 33.6 |
| 2008 | 37.8 | 37.6 |
| 2009* | 56,6 | 51,0 |
| 2010 | 53.4 | 52.4 |
| 2011 | 51.5 | 52.2 |

* 2008 yılı ve öncesi dosya sayısı, 2009 yılında ise şüpheli sayısı esas alınmıştır.

Kamu Davasında Özensizlik**Mahkumiyet Oranı**

| Ülke | % |
|-----------|------|
| Almanya | 96,5 |
| Çin | 99,6 |
| Fransa | 98,9 |
| İngilizce | 90,3 |
| İsveç | 94,7 |
| Japonya | 99,9 |
| Kore | 99,6 |
| Türkiye | 70,0 |

Türkiye'ye ait verinin 2011 yılına göre ayrıntılı açılımına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir. Bu veriler ceza adaleti sistem ekonomisi/ verimliliği açısından önemli bir negatif bulgular olarak ayrıntılı bir proje konusu yapılmalıdır..

2011 yılı verilerine göre mahkumiyet/beraat kararları (%) dağılımı

| Mahkeme türü | Mahkumiyet | Beraat |
|--|------------|--------|
| CMK.250-Ağır Ceza | 75 | 25 |
| Ceza Mahkemeleri (TCK ve Özel Ceza Kanunlarına göre) | 62 | 38 |
| 1.Ceza Mahkemeleri (TCK) | 56 | 44 |
| 2.Ceza Mahkemeleri (Özel Ceza Kanunları) | 75 | 25 |
| Çocuk Mahkemeleri | 75 | 25 |

Avrupa Konseyi'nin *Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü* ile ilgili tavsiye kararına (2000/19) göre, savcı aşağıda belirtilenleri gerçekleştirebilecek durumda olmalıdır:⁴

- Ceza siyaseti önceliklerinin etkin bir şekilde uygulanması fikrini de göz önünde bulundurarak kolluğa uygun talimatları vermeli; ve
- Farklı kolluk birimlerinin var olduğu durumlarda, davaları tek tek, bu davaları en iyi şekilde ele alacaklarını düşündüğü birimlere dağıtmalıdır.
- Savcılar, hâkimlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına mutlak bir şekilde saygı göstermelidirler.
- Savcılar mahkemedeki yargılama sırasında nesnel ve adil olmalıdır. Savcılar, özellikle, yargılamanın adil bir biçimde yürütülmesi için gerekli her türlü ilgili olgu ve hukuki argümanın (lehte/aleyhte) mahkemeye sunulmasını sağlamalıdır.
- Savcılar özellikle kanunda aksi öngörülmediği sürece ellerinde bulunan yargılamanın akışını etkileyecek nitelikteki delilleri diğer taraflara göstererek *silahların eşitliği ilkesini* güvence altına almaya çalışmalıdırlar.

Avrupa Konseyi'nin "*Ceza adaletinin yönetimi*" ile ilgili tavsiye kararına (Rec.95/12) göre de,

- İş yükünün verimli şekilde yönetimi ile farklı kategorideki davaların uygun işlemlere tabi tutulması için ölçütler belirlenmelidir.

⁴ Bkz. Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı, Ankara Barosu Yayınları, 3.bası, 2007.

Bunlar, adli ve diğer ilgili personelin işbirliği ile geliştirilmelidir. Bu standartlara gerekli uyumun sağlanması doğrultusunda kurumlara olanca destek verilmelidir.

- Bu bağlamda, savcılar ve hâkimlerce dosyalar üzerine, sürecin ilk evresinden başlayarak farklılaştırılmış biçimde işlem görmesine olanak veren ayıklama teknikleri geliştirilmelidir.

Türk ceza adaleti sisteminin zayıf yanlarından biri, ceza davalarının *makul süre* içinde kotarılamamasıdır.⁵ Sistemdeki dava yükünün üstesinden ancak zaman zaman çıkarılan genel af kanunları ile gelinebilmektedir. Yargılamadaki iş yükü çıkmazına kalıcı bir çözüm getirmek, siyasetin temel odaklarından biri olmalıdır. Sisteme en son çare olarak başvurulması (*ultima ratio*) ilkesi doğrultusunda çareler üretilmeli (Avrupa Konseyi, Rec. 87-18) ve ülke çapında standart bir uygulamaya kavuşturulmalıdır.

Ceza adaleti sistemindeki iş yükünü dengelemek ve iş akışına hız vermek üzere kendi boyutunda rasyonel bir gelişme örneği için Almanya'da savcılık profilini sergilemekte yarar görülmüştür. Almanya'da ilke olarak mahkemeye intikal edecek suçlardan % 30'u hakkında (bu oranın yarısı savcılıkça öngörülen koşulların zanlı tarafından yerine getirilmesiyle) takipsizlik kararı verilmekte; % 40'ı basitleştirilmiş usullerle çözümlenmektedir: Suçluluğu kanıtlamanın girift olmadığı ve para cezasının yeterli bir yaptırım olacağına öngörülmesi halinde savcılıkça iddianameye ek olarak hâkime "ceza kararnamesi" önerilmektedir. Bu önerinin mahkemece uygun görülmesi halinde ödeme emri zanlıya postalanmakta; iki hafta içinde itiraz edildiğinde ise, normal yargılama süreci yer almaktadır. Geri kalan % 30'u da duruşmalı yargılamaya tabi tutulmaktadır. Ne var ki, Mart 1993 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle önemli iki gelişme kaydedilmiştir:

⁵ 2011 yılı sonu itibarıyla Türkiye aleyhine AİHM önünde toplam 15 bin 940 derdest başvurudan uzun yargılama iddiasını içeren 2.500 (2012 yılı sonuna kadar 3.500) başvuruyu tazminat ödeyerek iç hukukta çözüme kavuşturulması amacıyla beş kişilik Komisyon kurulması ve 9 ay içinde karar verilmesi yasalastırılmıştır. Bkz. 6384 sayılı AİHM'ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun T. 9/01/2013; Madde 2-(1) Bu Kanun,

a) Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar...*makul sürede* sonuçlandırılmadığı,

İddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış başvuruları kapsar.

1. Savcıların takipsizlik karar verme yetkisi önemli ölçüde artırılmış;
2. Basitleştirilmiş usul seçeneği genişletilerek bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda zanlının avukatı olması halinde savcı cezanın ertelenmesini önerebilmektedir.

Almanya'da hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezaların yalnızca % 6'sı bir yıldan fazla hapis cezasına ilişkin olduğundan teorik olarak *duruşmalı ceza dava sayısı küçümsenecek ölçüdedir.*

A.B.D'de de filtreleme işlevini savcılar üstlenmişlerdir. Savcılar eyalet cürüm tutuklamalarının % 40'ına, federal işlerde de % 80'inde takipsizlik kararı vermektedirler. Öte yandan, "*plea bargaining*" (itiraf pazarlığı diye adlandırılan Savcı ile sanık avukatının anlaşması) yaygın bir uygulamadır. Sanığın itirafı üzerine savcının *de facto* hâkim görevini üstlenerek ya hafif bir suçla veya suçlardan biri veya birkaçını göz ederek veya bir yaptırım teklifi ile mahkumiyete karar verip, ceza tayin etmesidir. Diğer bir anlatımla, savcının suçun derecesi azaltması veya arzulanır bir ceza önermesi karşılığında sanığın hâkim huzurunda yargılanma hakkından vazgeçerek itiraf etmesidir. "*Charge stacking*" / itham yüklemesi girişimi, itiraf pazarlığı sürecinde, kolluk ve savcılarının hazırladıkları sayısız ithamlar karşısında sanığa itirafa yanaşmadığında alacağı risk hatırlatılmaktadır. Sanık ithamlardan bir kaçını itiraf ederek diğerlerinden aklanmaktadır. Yalnız bu yöntemin adli hatalara gebe bir yaklaşım olduğu da bilinmelidir.

Hukuki farklılıklara karşın her iki ülkede de ceza işlerinin çoğu hakkında takipsizlik kararı verilmektedir. Bu Almanya'da gerçek sanık için de geçerlidir. Takipsizlik kararının yüksek olmasının bir nedeni savcılıkça dava açmadaki "mecburilik" ilkesinin" yalnızca *Verbrechen(cürümlere)* uygulanması; ve bu sınırlı suç kategorisinin büyükçe bir suçlu gurubunu(şiddet içermeyen hırsızlıkları da dahil) dışarda tutmasındandır. Almanya'da 1989 yılında mahkumiyet için yeterli kanıt olmasına karşın takipsizlik oranı % 11'i bulmuştur.

Bu istisnalara ek olarak Alman savcılarını ithamlarının ciddiyetini azaltma (*itham pazarlığı*) yanında ceza pazarlığı olanaklarına da sahiptir:

1. Birden fazla ithamın olduğu hallerde, sanık öteki ithamlardan ceza görmüş veya görecek ve söz konusu ithamlar bu cezalara göre ihmal edilebilir nitelikte ise;

2. İthamlara dayalı olarak mahkumiyete gidilemeyeceği ve geri kalan ithamlar için hükmedilen ceza, hukuki düzeni ve yeni suçların önlenmesi açısından yeterli ise,

Takipsizlik kararı verilebilmektedir (StPO §§ 154(1), no.1, 154a-1).

3. Ceza pazarlığında savcının rızası ile daha hafif bir cezaya da hükmedilebilmektedir. Ek olarak taraflar genelde hüküm aleyhine temyiz yoluna başvurmama sözü vermektedirler.

Almanya’da *pazarlık* yönteminde artışın bir nedeni girift ekonomik, çevre ile uyuşturucu madde suçlarındaki artıştır. Bu tür davalarda avukatlar tüm usul seçeneklerinden yararlandıklarında yargılama yıllarca sürebilmektedir. Sanık tarafından yapılan ayrıntılı bir itiraf, öte yandan, duruşmada getirilecek kanıt miktarını önemli ölçüde azaltmaktadır.

Almanya’da savcılığın takdir hakkı, fazlaca ithamlardan mahkumiyet halinde, cezai mahkumiyet için toplama işlemi yapılmadığından önemlidir. Şöyle ki, Alman Ceza Kanunu 54. maddesine göre, toplam hapis cezasının belirlenmesinde 15 yılın üzerine çıkılamaz; toplam ceza, tek tek cezalar toplamı tutarından az olmalıdır. Türkiye’de ise ceza toplamı azami 28 yıl / 30 yıl olmaktadır (CGTİK md 107/1-e).

Ceza davalarında rasyonel bir azalma sağlaması⁶ açısından hangi hallerde cezaya başvurulmamasına dair J.Bentham’ın bundan 224 yıl önce aşağıda yer alan uyarısı da göz önüne alınmalıdır:

1. Önlenecek bir eylemin tüme zararlı olmaması (*groundless*);
2. Cezanın zararı önleyici işlev görememesi (*inefficacious*);
3. Sonuçta beliren zararın önlenmesi istenilen zarardan daha büyük olmaması (*unprofitable/ too expensive*);
4. Zararın kendiliğinden veya daha ucuz bir şekilde önlenebilmesidir (*needless*).

Bentham, suçlar ve cezalar arasındaki oran konusunda da bazı ku-

⁶ Nitelikli hırsızlık bağlamında(TCK142/1.f) yer alan ağırlaştırıcı neden ortadan kaldırılmıştır. Başlangıçta düzenleme nedeni suç olgusunun fazlalığı, şimdilerde ise davaların çokluğudur. İşte size paradoksal bir reform yaklaşımı için bkz. K. Bayraktar. “Üçüncü Yargı Paketi Reform mu?” Güncel Hukuk Ağustos 2012/8-104, s.7.

rallar koyarak, “sosyal yarar” kavramı ile ilgili bu kuralları şöyle özetlemektedir:

- *Suç için saptanan ceza değeri, hiçbir halde, suçun sağladığı yararı gidermek için yeterli olandan az olmamalıdır.*
- *Suçun neden olduğu zararın büyüklüğü oranında ceza bağlamındaki bedel de büyük olmalıdır.*
- *İki suçun cezası karşılaştırıldığında, hafif suç için öngörülen ceza insanı ağır suçu işlemeye yöneltici şekilde vaz edilmemelidir.⁷*

Aristoteles’in de aynı vurguyu yaptığına tanık olunmaktadır: “İnsanlar, bir şeyin yapılabileceğini ve kendileri tarafından yapılabileceğini kendileri varsayıyor olmalıdırlar: ya yakalanmadan yapabileceklerini, ya da yakalanırlarsa cezadan kaçabileceklerini, cezalandırılsalar bile, zararın kazançlarından veya önem verdikleri şeylerden daha küçük olduğunu varsayıyor olmalıdırlar.”

Bu bağlamda hukuk devleti açısından “ölçülülük” ilkesinin önem taşıdığı alanlar vardır. Bunlar arasında güncelliğini koruyan cezai bir tedbir, tutuklamadır. Bu tedbir, ceza soruşturması/ kovuşturmasının hızlı bir biçimde tamamlanması başka bir biçimde güven altına alınmadığı ölçüde ve alınamaması koşuluyla adildir. *Tutuklama artık istisnai nitelikte olmalıdır. Önce düşünülmesi gerekli husus, adli kontrolün uygulanmasının gerekip gerekmediğidir. AİHM’si “suçun niteliği, kanıt durumu ve dosyanın içeriği” gibi şablon gerekçeler kullanılmasını, tutuklama gerekçelerini detaylandırılmamasını bir ihlal nedeni olarak görmektedir. Bu normatif gerçeğe, 5271 sayılı CMK 101. maddesi 2. fıkrası aşağıdaki biçimde değiştirilmiştir(5/07/2012):*

“(2) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda,

- a) Kuvvetli suç şüphesini,
- b) Tutuklama nedenlerinin varlığı,
- c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

Gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir.”

⁷ J.Bentham. Principles of Morals and Legislation A Dolphun Books,1961, ss.162-168.

CMK. 109. maddesinde yapılan değişiklikle de,

“(1) Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100. maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine *adli kontrol* altına alınması karar verilebilir.”

Kuşkusuz, tutukluluk süresinin saptanmasında ölçülülük ilkesi özenle uygulanmalı ve tutuklama suçun ağırlığı ile, tutuklama süresi de tahmini olarak beklenen ceza ile oranlı olmalıdır (Yücel:2011 ve Avrupa Konseyi, Rec.80-11).⁸ Bu bağlamda, tutuklu kalınan süre dağılımı tutuklu ve hükmen tutuklulara göre periyodik olarak yayınlanmalı; salıverilenler ile hükmen tutuklulardan beraat edenlerin tutuklu kaldıkları süre dağılımına da bu tablolarda yer verilmeli;⁹ beraat eden tutukluların kamu maliyesine bedeli yıllık bazda gösterilmelidir. Bu bağlamda, CMK. 231/3 maddesinde “*Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hal varsa bu da bildirilir*” normu karşısında hâkimin belirlenen ilkeler doğrultusunda tazminatı resen hesaplayarak (Almanya’da tutuklu kalınan her gün için 25 Euro) düzenlenen çek’in dijital imzaya bağlanarak sanık adresine postalanması **hükmüne 4. Yargı Paketinde** yer verilmesi yerinde bir düzenleme olacaktır.

İstatistik verilere bakıldığında, Almanya’da tutuklu oranı toplam cezaevi nüfusunun %28’i(12.222) idi(31/12/1989). Tutuklama nedenleri dağılımına bakıldığında dağılımı şöyledir:

| Nedenleri | % |
|------------------------------|----|
| Kaçma/ Kaçma tehlikesi | 96 |
| Kanıtlara müdahale tehlikesi | 5 |
| Yeni suç işleme tehlikesi | 2 |

Not. Bazı tutuklamalarda birden fazla nedene tanık olunmuştur.

⁸ Uzun tutukluluk süresine bir çözüm yöntemi olarak İtalya ve Fransa’da kişinin kesinleşmiş hükmünü beklediği süre, aldığı mahkumiyet cezasının yarısından fazla olamayacağı normlaştırılmıştır. Kişi on yıl hapis cezası aldıysa, beş yıldan fazla Yargıtay sürecini bekleyemez.

⁹ “Tutuklu % 27 azaldı”(!) Hürriyet (6/01/2013) s.20; M.T.Yücel. “Tutuklama Siyasetinin Aritmetiği” Güncel Hukuk Ocak 2010/1-73, ss.16-19; Prof. B.Öztürk: “Tutuklama, koruma tedbirinden çok, öne çekilen cezaya dönüştü.” Haber Türk(3/10/2010); A. Sözüer. “Türkiye’de tutuklamaların % 99’u hukuka aykırıdır.”: Ezgi Başaran’ın Prof. Dr. Adem Sözüer’le söyleşisi, Radikal (21/01/2013); CMK 100. maddesi 4. fıkrası da, “(4) Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez” değişikliği (5/07/2012) ile “yargısal aktivizim” olgusu vurgulanmıştır. Bkz. T.Akyol. Yargısal Aktivizim” Hürriyet (28/01/2013) s.16.

Almanya'da genel kural olarak, duruşma öncesi tutukluluktan, özgürlükten yoksunluk davanın önemi ve beklenen cezaya orantısız olduğunda, kaçınılması emredilmektedir (StPO § 112-1). Bu kurala karşın ampirik bir çalışma, duruşma öncesi tutuklu sanıklardan yalnızca % 55'inin hapis cezası aldığını göstermiştir. Bu sonuç yaptırım olarak hapis cezasına başvuru oranının Almanya'da düşük olmasına referansla irdelenmelidir. Bu türden veri saptamalarına ülkemiz açısından gereksinme olduğu açıksa da, çok sanıklı ve çok klasörlü soruşturmalarda yasal süreler içinde yeterli inceleme olanağı olmadığından, kanıtlardan çok suçlamanın ağırlığına bakılarak veya kaçır mı, kanıtları karartması mümkün mü diye özenli bir araştırma yapılmaksızın tutuklamaya karar verilmesi gibi kötü örneklerle 2010-2012 yılları Türkiye'sinde tanık olunmuştur.¹⁰

Hâkimlerin dava yönetimindeki tutum ve davranışlarının adaletin kalitesi/estetliğini etkileyen öğelerden biri olduğu göz ardı edilmemelidir. Kuşkusuz, *yargılama* avukatlar/ taraflar için "*çile çekme*" süreci olmamalıdır. Bu kategorik önermeye karşın hâkimlerin kişisel özellikleri nedeniyle mahkeme bazen duvarlaşmakta; taraflar için hiç te hoş bir deneyim olmamakta; hâkimler de, "*mahkeme kadiya mülk değildir*" atasözünü göz ardı etmektedirler.

Çoğu insanlara özgü bir saik olarak "*ilgiye*" /popüler olma ve saygı görmeye hâkimlerin de ihtiyaçları yok mudur? Var ise, ilgili çevresinin onayına (Yargıtay'ı da içermek üzere, halk, hükümet kurumları, meslektaşları, sosyal çevresi) dayalı bir (eller desin davranışı) yaklaşım sergilemedikleri kim ileri sürebilir? Sosyal ve profesyonel çevresi ile içtihatların kararları yönlendirmesindeki etkileri ne ölçüde olmaktadır? Hâkimlerin şiddet/cinsel suçlular hakkında psiko-kriminolojik bilgileri (sanıkların ilerde mükerrir olup olmayacaklarını tahmin) keçilerin koyunlardan ayırdı gibi tanıkların güvenilirliğini sağlama yetileri ne ölçüdedir? Bu alanlarda makul sayılabilecek ölçüde ölçütler kullanılması gerekmez mi?

Gerçeğin kalitesi, her zaman bir olayı aydınlatma amacına hizmet eden yargılamanın kalitesine bağlı olacaktır.

¹⁰ Bizler için kritik soru görünüşte benzer/aynı olan terimlerin/kavramların nasıl olup ta ^{ülkemizde} mutasyona uğrayarak farklı anlamları yansıttığını görememektir.

Ceza Davalarında Karar Analizi

Bir kararın meşruiyeti açısından kararın hukukun temel kuralları ve ilkelerine dayalı ve onlarla uyumlu olması temel bir gereksinimdir. Yargılama sürecinde birincil olarak hâkimin yorumu açısından şu üç alan önemlidir:

1. Bir olay *sonucunu* yeniden yorumlama;
2. Olay *nedenini* yeniden yorumlama; ve
3. İlgili kişinin karakterini yeniden yorumlamadır.

İkinci olarak, karar gerekçesi/analizinde aşağıdaki sorular gözetilmelidir:

- a) Suçlu, eylemindeki nedensel rolünü örtmekte veya minimize mi etmektedir? veya
- b) Suçlunun saikleri ile sorumlu seçimlerini belirleme ve açıklamada başarısız mı olundu?

Karar gerekçesinde,

- c) Olaylara diğer güçlerin (örneğin alkol, uyuşturucu madde/ilaç, kumar, öfke, aşırı duyarlık v.s.) neden olup olmadığı? veya
- d) Diğer kişilerin gerçekten sorumlu olabileceği mi önerilmektedir?

Karar gerekçesinde,

- e) Gerçek bir nedenin olmadığına mı işaret ediliyor ? veya
- f) Olayların açıklanamaz veya kaçınılmaz türden olduğu mu önerilmektedir?

Karar gerekçesinde,

- g) Suçun mağdura yüklenilmesi arayışı içinde mi ? veya
- f) Suçlunun kendisinin de, bir biçimde, mağdur olduğuna mı işaret edilmektedir?

Karar gerekçesinde, suçun işlenmesinde diğer bazı nedensellik faktörlerden söz edilmesi kararın yanlış olduğu anlamında değildir. Kuşkusuz, diğer nedensellik faktörlerin belirtildiği ve açıklandığı du-

rumlar olabilecektir. Yalnız, bu faktörlerin kararda işlenmesi dengeyi bozduğu ve suçlu davranışın nedensellik rolünü gölgelediği veya minimize ettiğinde burada sorun olduğu belirebilir. Gerçekte sorun, diğer nedensel faktörlerin belirlenip belirlenmesi olmayıp; gerekçede, bu faktörlerin dengeli bir şekilde irdelenip irdelenmemesidir.

Üçüncü olarak, suçluların karakteri bağlamında, karar gerekçesinde, aşağıda öğeleri içerir şekilde suçlu karakteri tamamen tasvir edilmiş midir?

- a) Suçlu davranış (kanıtlanan veya itiraf edilen) ve
- b) Sosyal araştırma raporundaki (SAR) öz geçmişi.¹¹

Karar gerekçesi, suçlu tarafından üçüncü kişilere (psikolog veya psikiyatra) verilen ve kanıtlarla test edilmeyen ifadelere mi dayanıyor?

Karar, kanıtlanmış ilgili olguları göz ardı veya minimize mi etmektedir?

Kuşkusuz, kararda suçlu kişinin kanıtlanmış, hem olumlu ve hem de olumsuz yanlarını içeren, etraflı bir karakter profiline yer verilmelidir. “Çoğu suçluların ne tamamen iyi veya tamamen kötü olamayacağı” varsayımından hareketle karar yalnızca suçlu karakterinin bir yönüne vurgu yaptığında isabetsizlik olacağı bilinmelidir. Burada da sorun, irdelemenin dengeli ve adil/ölçülü olup olmadığıdır.

Kararda ayrıca şu sorulara da yanıt bulunmalıdır:

1. Suçlu davranışın gerçek sonuçları yeterince belirlenip, uygun ayrıntılarla ve kolayca anlaşılır bir dilde tasvir edildi mi? Yoksa görüştürten gizlenip, minimize mi edildi veya teknik bir anlatım arkasında mı gizlendi?
2. Kararda, yeterince gerçek mağdurların değerine, ihlal edilen haklarının önemine ve onlara özgü kayıpların gerçek değerine işaret edildi mi?

¹¹ Şimdilik (12-15 yaş grubu için) çocuk mahkemelerinde norm haline getirilen SAR, hazırlandığı koşullar ve buna dayalı içerikleri çocuğun psiko-sosyal dünyasını yansıtmaktan yoksun olarak *sosyal görüşme* raporuna dönüşmüştür. Bkz. V. İrtiş. “Çocuk Mahkemelerinde Görev Yapan Yargıçların Tecrübeleri Üzerinden Türkiye’de Çocuk ve Genç Ceza Adaleti” Uluslararası Çocuklar için Adalet Sempozyumu (5-7/ 2012-Ankara).

Ceza mahkemelerince özellikle çetin davalarda (*hard cases*) verilen kararların ne ölçüde yukarda yer alan analizleri içerip içermediği birer proje konusu yapılmalıdır.¹²

Şimdi, ceza davalarında kanıtlar arasında güncelliğini koruyan ve zaman zaman adli yanlışlara neden olan *tanık psikolojisi* irdelemektedir.

Duruşma hâkiminin mantığını (1) ilgili kanıtların ayıklanması ve (2) uygulanacak kuralların seçimi oluşturmaktadır. Kanıt açısından hâkim de *tanıkların tanığı* işlevini görmektedir. Bu bağlamda, dikkatsizlik veya diğer etmenler veya gözlemlerin hatalı olarak derlenmesi sonucu tanık ifadelerinin iyi algılanmaması davanın olgusal belirlemesini etkilemektedir. Daha da önemlisi, hâkimin belli bir tanığa olan tepkisi veya bilinç altı eğilimi de (örneğin azınlıklara, etnik gruplara karşı olması ve klişe tipler) işlev görmektedir.

Tanıkların çatışan ifadeleri karşısında gerçekler, adli olarak saptanan gerçeklerdir. Bunlar yargılama öncesi var olmayabilirler. Dirayetli bir **hâkim** olmak, kanıtlar totalinde nelerin elimine edileceğini bilmektir. Yukarda (1) ve (2)'deki işlevlerin her birine verilecek yanıt diğerine verilecek yanıtı dayalı olduğundan, bunlar birbirine kesinlikle irtibatlıdır. Aynı şekilde, avukat ta gerçekçi tuğlalar üzerine savunma binasını kurmalıdır. Avukatın davaya özgü konuşma stili binanın yalnızca harcını oluşturmaktadır. Avukatın kendisine yardımcı olabilecek bazı gerçekler olmaksızın, salt hüneriyle sonuç alması düşünülemez. Avukatın hüneri eldeki kanıtların kendi müvekkili lehine değerlendirilmesini sağlamaktır. Bu yeti de meslekte zamanla kazanılmaktadır. Hâkim, bir argümanın ne derece güçlü olduğunu, tüm akıl gücünü onun şekillenmemesine adanmış birinin dudaklarından çıkıncaya kadar bilemez. Bu avukatın işlevidir. Onun görevi karar vermek değil, *ikna etmektir*. Ondan davasını renksiz ve soyutlanmış bir şekilde sunması yerine, müvekkiline en uygun gelecek şekilde görüntü verecek sunuş beklenmelidir. Avukat ışık altında her yüzeyin görünmesi için bir elması çeviren kuyumcu gibi değildir. Avukat elmasın tek bir yönünü açıkça vurgulamak üzere onu sabitlemektedir.

¹² Bkz.S.Ergin. "Dijital delillerdeki sorunlar sürüyor: Balyoz Gerekeçeli Karar (1-2) Hürriyet (17-18/01/2013) s.18.

J.Dewey'e (1859-1952) göre, bir davanın gerçeği gözleme dayalıdır. J. Frank (1889-1957) ise, bu önermeyi sorgulamaktadır. O'na göre, Dewey, adli soruşturmanın şu iki zayıf yanına değinmemiştir:

- Tanığın doğrudan gözlemindeki kusurlar,
- Tanıkların güvenilirliğini saptamada hâkimin başvurduğu metotlardaki kusurlardır.

Gerçekte, yargılama gerçeğinin birinci ayağı üç aşamalı bir seçim işlemidir:

1. Tanıklar geçmişte gözlemledikleri çıplak, ham olaylar hakkında bir seçim yapmaktadır. Seçimleri yalnızca onların görme, işitme, dokunma veya tatma duygularına dayalı olmakla sınırlı kalmayıp, seçim yaptığı sıradaki duygusal durumu, eğilimi veya yalanı alışkanlık haline getirmesi gibi niteliklerden de etkilenmektedir.
2. Sözlü olarak ifade veren tanıklar farklı beyanda bulduklarında duruşma hâkimi bu beyanlardan bazılarını inanıp bazılarını da göz ardı etmek suretiyle bir seçim yapmaktadır.
3. Duruşma hâkimi, önceden seçilmiş olan bulgulardan tipiklik açısından normun unsurlarına uygun olanları seçerek bir sonuca varmaktadır. Karar sürecindeki bu psikolojik dinamikler gerçeğini Charles Darwin otobiyografisinde, "*kendi teorisi ile uyumlu olmayan deneysel bulguları*" dikkatlice not ederken, "*teorisini pekiştirenleri*" ise her zaman hatırladığını belirtmek suretiyle vurgulamıştır.

İşte, tanıkların tanığı durumundaki duruşma hâkimlerinin, tanıkların zafiyetlerinden etkilenebileceği; hâkimlerin belleğinin de multi-medya (ses, görüntü ve metin) içerikli olmadığı unutulmamalıdır. Bu açıklamalar çerçevesinde, suç gerçeğine ait bulgular, ilk önce tanıklarca ve sonrada gerçeği bulması gerekenlerce olmak üzere iki kez yeniden oluşturulmaktadır. İşte, böylece yargılama sonuçta öznellik üstüne oluşturulan bir öznelliktir. İşte bu gerçeği algılayan A. Gide, kaygısını "*insan adaletinin ne denli kuşku verici ve iğreti bir nesne olduğunu*" belirterek dile getirmiştir.

İfadeyi değerlendirme durumunda bulunan sistem aktörlerinin çoğu, yalanı yakalama yeteneğinden yoksundurlar. Hâkimler, savcılar ve dedektifler söylenen yalanın % 50'sini kaçırmaktadırlar.

Uygulamada, mesleki deneyimlere dayanılarak tanıklara özgü aşağıdaki faktörler saptanmıştır. İşte tanık beyanlarının gerçeği yansıtmayı yansıtmadığını saptamak için belirtilen bu faktörlerin hâkimlerce irdelenmesi gerekmektedir.¹³ Anılan faktörler şunlardır:

1. Tanık anlatımı kendi içinde tutarlı mı? Diğer bir ifade ile tanığın söyledikleri kendi içinde çelişkili mi?
2. Diğer tanık beyanları ile tutarlılık gösteriyor mu?¹⁴ Tanıklar yüzleştirildi mi?
3. Belgesel delil, taraflarca kabul edilen gerçekler veya herkesçe bilinen veya deneyimle sabit olan gerçeklerde olduğu gibi tartışma götürmeyen gerçeklerle tutarlı mı?
4. Tanığın fiziki (örneğin görme bozukluğu veya zayıflığı, renk körlüğü) veya akıl zayıflığına (patolojik *amnesia*) ilişkin bulgular ile dürüstlüğü hakkındaki yaygın kuşkular göz önüne alınarak tanığın "güvenirliği" değerlendirildi mi?¹⁵

¹³ J. Vennard. Contested Trials in Magistrates' Courts. Home Office, London 1982 p.23; Schroeder/ Yenisey. Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial) İst., 1997 s.68: "Yaşanan olaylardan, insan yalnızca kendi ilgi alanına girenleri algılamaktadır. Örneğin bir tanık, şahit olduğu trafik kazasından sonra kendisine sorulduğunda, kadın ise, arabadaki diğer kadının giydiği elbisenin model ve rengini rahatça hatırlayabilmekte, tanık erkek ise, otomobilin marka ve modelini söyleyebilmektedir. Bu nedenle, tanık beyanı noksanları göz önünde tutularak değerlendirilmelidir." Yalancıyı ele veren ipuçları için bkz. D. J. Lieberman, *Size Kimse Yalan Söyleyemez* Vatan (15/05/2004) s.13: Yalan söyleyen kişi göz temasından kaçınır, göz göze gelmemek için elinden geleni yapar; kendisini itham eden insandan uzaklaşmak isteğiyle muhtemelen bakışlarını kapıya çevirir.

¹⁴ "Hakareti içeren sözlerin varlığı açısından olay tanıklarının anlatımları arasındaki çelişkilerin giderilmesi, giderilmediği takdirde hangi anlatımın üstün tutulduğunun açıklanarak hüküm kurulması gerekmektedir." Yargıtay 4.C D. E:93/10018, K:94/127).

¹⁵ Suçlular, tanıklar, mağdurlar yalan söylemektedirler. Bunlar arasında doğru söylemeye çalışanlar bile bazı şeyler hakkında yalan söylerler. Yalan makinesinin kesinliği bir görüşe göre % 90 iken, diğerine göre ise % 70'dir. Hakkında test uygulanan kişinin sakin ve uygulayıcı ile sıcak bir ilişki içine girmesi (*dostane olma*) sonucu yanıltma olasılığı oldukça fazladır. Birincisi, insanın öyle irade etmesi, ikincisi kendini o şekilde eğitmesi ile sonucu etkileme riski daima vardır. En geçerli yöntem beynin yanıtlarını nesnel olarak saptamak olacaktır. Kişinin işlediği bir suçun beyin kaydederek saklamaktadır. Kişi dürüst olsun veya olmasın, nedamet getirsin veya getirsin beynin sorgulama sırasında kendiliğinden yanıt verebileceğine kuşku duyulmamalıdır. Beyin tanıdığına "işte" diyebilecek bir yanıtla kendini vurgulayacaktır. Kuşkusuz, masum kişi bakımından yapılacak bir sorgulamada beynin tanış olmadığı bir olay hakkında tepki vermesi söz konusu olmayacaktır. İşte bu gelişmelerle, hikaye uydurmak/yalan söylemek gittikçe

5. Tanık tarafından ifade edilen husus veya hususların olması veya olasılık dışı olup olmadığı belirlendi mi?

Tanıkların bilerek veya bilmeyerek birçok insanın mutsuzluğuna, hürriyetten yoksunluğuna sebebiyet vermemesi için yukarıda özet olarak verilen sorular değerlendirilmeli; tanık yüzlerinin değişen fizyonomisi eski Çin özdeyişinde olduğu gibi “bir resim binlerce kelimeye eşittir”i kanıtlar fotoğraflar olduğundan önemli davalarda tanık ifadelerinin multi-medya ortamında saklanarak hüküm öncesi izlenmesi sağlanmalıdır.¹⁶ Bu yetenek ceza adaleti sistemi aktörlerine kazandırılmalıdır. Çağdaş psikolojik bulgular karşısında bu durum bir gereklilik olup; tanıkların güvenilirliğini değerlendirme hususunda bir kuşku belirmesi halinde ise, «kuşku sanık lehine yorumlanır» *dictumum* egemen kılınmalıdır.¹⁷

Bu bağlamda, terörizm, organize suçlar, uyuşturucu madde kaçakçılığı gibi kişilerin tanıklığı ile beliren suçlarda *tanıkların korunmasına* gereklilik bulunmaktadır. Bu konuda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin *Tanıkların Yıldırılması ve Savunma Hakları*, Rec (97)13 ve *Tanıkların ve Adaletle İşbirliği Yapanların Korunması*, Rec (2005) 9 sayılı kararları, 5726 sayılı *Tanık Koruma Kanunu* (27/12/2007) ve CMK'da (58/2, 58/3) düzenlemeler bulunmaktadır.¹⁸ Kuşkusuz, tanık koruma tedbirleri, tanığı ya da adaletle işbirliği yapan kişilerin yıldırılmasını engellemek ya da işbirliği yapma kararının tehlikeli sonuçlarına karşı, her türlü tedbirin gerçekte ne derece etkili ve işlevsel olduğu “en iyi uygulama” örneğine göre araştırma projesi ile irdelenmelidir. Öte

zorlaşacaktır.

¹⁶ Bkz. O. Akbal. Tanıklık üzerine, Cumhuriyet (21/1/1974); H.Pulur. “Tanıklık” Deyip Öteye Geçmeyin. Milliyet (22/04/1976 s.5; M.Feyzioğlu. Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ank., 1996 ss. 377-398; “Tehdit edilen tanık katil oldu” Sabah (7/07/2007) s.5; Yeni CMK 52-3. maddesine göre “(3) *Tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya sesler kayda alınabilir*” (Audio-Visual Medium).

¹⁷ Bkz. J. Frank, Courts on Trial. Atheneum New York, 1963; J.Frank and B. Frank. Not Guilty, New York, 1957 pp.199-249 A.Gide. Cinayet Mahkemesi Anıları (Çev. S.Selçuk) Ank., 1983; A. Alsancak. “Mahkemede Nasıl Davranacağımızı Bilmiyoruz.” Tempo sayı 27, ss.34-35; P.D.,Blanck, R.Rosenthal ve L.H. Cordell: The appearance of justice: judges' verbal and nonverbal behavior in criminal jury trials; Stanford Law Review, 38, 89-151, 1985.

¹⁸ Bkz. E.E.Aksoy. “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ...Tanıkların Korunması” Erden Kuntalp'e Armağan Galatasary Univ.Hukuk Fak.Derg. C.II, 2/2004, s.298; N. Erdem. “Tehdit edilen tanık katil oldu” Sabah (7/07/2007) s.5. Tanıkları koruyabilirsek de, ya yakınları...soru işareti olarak kalmaktadır.

yandan, tanık olarak gelip, saatlerce mahkeme önünde bekleyen, sanık/ taraf yakınlarının(tehdit edici bakışları) ile yüz yüze gelen, kendileri tanıklık yaparken çocukları için bir oyun bekleme odası/oyun bahçesinden yoksun kalan ve tanıklık sonrası genelde kendilerinden bir “teşekkür” kelimesi esirgenen diğer tanıklar için *de facto* durum saptaması yapılarak hak ettikleri tretmana tabi tutulması; ceza davalarının yeni davalar doğurmaması için adliyelerde gerekli önlemler alınmalıdır.

Ceza davalarında hükmedilen ceza yaptırımları dağılımına baktığında Almanya Türkiye’den daha az cezacı gözükmektedir. Almanya’da trafik suçu dışında yetişkinlerce işlenen suçlardaki, mahkumiyetlerdeki yaptırım dağılımı (1990) şöyledir:

| Yaptırım türü | % |
|---------------|------|
| Para cezası | 78,5 |
| Erteleme | 14.2 |
| Hapis | 7.2 |

Bu yaptırım türleri açısından Türkiye’ye bakıldığında (2011) ne kadar cezacı olduğumuz görülmektedir.

| | |
|------------------|-----------------|
| Hapis | 229.747 (%18.5) |
| Para Cezası | 364.028 (%29.3) |
| Hapis-Para | 50.166 (%5.9) |
| Erteleme | 79.893 (%6.4) |
| Güvenlik tedbiri | 181.537 (%14.6) |
| Tazyik hapsi | 174.599 (%14.6) |

Bunu etkileyen ve cezaevlerinde kapasite üstü mahpus barındırmak sorunu ile karşılaşmamızın altındaki tek neden yeni TCK ve CGTİK ile cezalar ve cezaevinde kalınan ortalama sürenin artması, sonuçta baskıcı bir ceza hukuku rönesansına tanık olmamızdır. Sonuç ürün cezaevi nüfus yoğunluğunda Rusya’dan sonra ikinci sıraya yükseldik.

Avrupa cezaevlerinde 100.000 genel nüfustaki oran

| | |
|------------|------|
| Finlandiya | 60 |
| Danimarka | 68 |
| İsveç | 70 |
| Norveç | 71 |
| Almanya | 80 |
| Hollanda | 82 |
| Belçika | 100 |
| Fransa | 101 |
| Avusturya | 104 |
| İtalya | 108 |
| Yunanistan | 111 |
| İngiltere | 149 |
| Türkiye | 190* |
| Rusya | 490 |

“Cezaevi Nüfusu Demir Yasası”na göre, cezaevi nüfusu, girenler sayısı ile ortalama kalış süresine bağlı bulunmaktadır. Bu faktörlerden biri değiştiğinde cezaevi nüfusu da değişecektir. Bu yasanın paralel çıkarımı da aynı derecede önemlidir: Cezaevine girenler veya ortalama kalış süresini azaltmadan nüfus kabarıklığını gidermenin çaresi yoktur. Öte yandan, kabarık cezaevi nüfusuna devamla suç oranında önemli derecede zorunlu bir azalmaya tanık olunamayacağı da bilinmelidir.

İşte ölçütler/sapmalar bağlamında 100.000 nüfustaki mahpus sayısının da 2007 yılından itibaren (129) artarak (11/02/2013 tarihi itibarıyla 190) bulması ve yıllardır ceza adaleti sisteminde yüksek olan zaman aşımından düşen dava sayısının 2011 yılında 340.834 olmasına bakarak ceza adaleti sisteminde ceza siyaseti ve uygulaması açısından kritik ölçüde bir sapmaya (*deviation*) tanık olunmaktadır.

Zamanaşımından düşme dağılımı

| | |
|------------------|---------|
| C. savcılıkları | 267.920 |
| Ceza mahkemeleri | 34.240 |
| Yargıtay | 38.674 |
| Toplam | 340.834 |

* 11/02/2013

Özetle, bir kuşun uçuşu için nasıl iki kanadını kullanması gerekirse, hâkimlerin yargıya özlenen dinamizmi verebilmeleri için bilim (normatif düzenlemeler/içtihatlar) yanında (uzlaşma, yargılama süreci, psikolojisi ve cezaya hükmedilmesi gibi konularda) sanatkar tarafını geliştirmeleri; usul hukuku her mahkemeye özgü olmaktan çıkıp, standart bir uygulamaya kavuşturulmalıdır.

Öte yandan, demokrasi bağlamında hak koruması ve işlevsel etkililik için araştırmaya odaklanılarak, yinelenen şu sorular devamlı olarak gündemde tutulmalıdır: Kurum/ tedbirler ne türden bir işlem veya işleve hizmet için vaz edilmiştir? Bu işlev (örneğin savcıların filtre işlevi) tatmin edici bir şekilde yerine getirilmekte midir?¹⁹ Bu sorular ile aşağıdaki tabloda sergilenen mağdur eksenli “sorunlar” üzerinde önemle durulmalıdır. “*Açmadılar başından tanrılar her şeyi ölümlülere; Ama bizler zamanla buluruz arayarak iyiyi.*” Xenophanes.

SORUNLAR

- Ceza adalet sisteminin işleyişi “bazı durumlarda mağdurun sorunlarını hafifletmek yerine arttırması;
- Ceza adaletinin temel işlevlerinden birinin mağdurun ihtiyaçlarını karşılamak ve çıkarlarını güvence altına almak olduğunun göz ardı edilmesi;
- Mağdurun ihtiyaçlarının, ceza adalet sisteminin her aşamasında daha fazla dikkate alınması gerektiğinin yeterince algılanmadığı;
- Adli yardım ve CMK avukatlığında kalitenin göz ardı edildiği;
- Tensip işlemine özen gösterilmediği,
- Kırtasiyecilik (görevsizlik/yetkisizlik kararları ötesi),
- Gereksiz gözaltı ve işkence iddiaları, ve
- Adli hatalar.

¹⁹ İngiltere’de 1951 yılında Başsavcı Lord Shawcross tarafından söylenen şu söylev tüm Başsavcılarca benimsenmiştir: “Bu ülkede işlenen suç eylemlerinin otomatik olarak kamu davasına konu olması hiçbir zaman kural olmadığı gibi gelecekte de olacağını beklemiyorum.” Gerçekçi bir suçluluk ihtimalinin nesnel bir test olarak ele alındığı İngiltere’de Savcıların filtre işlevindeki ilkeler için bkz. Ankara Barosu. Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi-İstisari Ziyaret Raporu, 11-19/07/2004, ss.60-61: *Savcılar yalnızca kanıtların değerlendirilmesi bağlamında vardıkları kanaatin, mahkemenin sanığı suçlu bulma ihtimalinin suçsuz bulma ihtimalinden fazla olacağı yönünde kendilerini tatmin ettikleri zaman soruşturmaya girişebilirler.* Ayrıca Bkz. Adalet Bakanlığı. İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü (Ed.İ. Doğan) 2009.

Suç sorunu çözümlenecekse, suçlular yanında mağdurlar, durumlar ve yasal düzenlemeler birlikte ele alınmalıdır. Her suçlu, davranışı ile kendisi hakkında olduğu kadar toplum hakkında da bir yorum getirmektedir. İşlenen suç, bazı hallerde, suçlu hakkında fikir verirken, diğer hallerde ağırlık noktası topluma yönelik olmaktadır. Diğer bir anlatımla, suçlular topluma kötü bir uyum içinde olabilecekleri gibi toplumda suçlulara karşı kötü bir uyum sergileyebilmektedir. Bu doğrultuda tüm programlar ceza adaleti sisteminin mağdurlar ve toplum lehine modernize ve yeniden dengelenmesine odaklanmalıdır. Bu yaklaşım, suçlunun serbest kalması / masum insanın mahkum olmasının da adli hata²⁰ olduğunu kabullenerek mahkemeleri XXI. asra getirecektir. Modern bir ceza adaleti sisteminden herkes adil, hızlı ve etkili bir adalet (*fair procedure effect*) beklemektedir.²¹

Benzer sorunlarla karşılaşan Batı dünyasının ceza adaleti sistemleri birbirine oldukça benzerdir. Sorunlar, sınırlı kaynaklar, siyasi baskılar, genelde *de-jure* hukuk ile davaya özgü hakkaniyet arasındaki çatışma, soruşturma evresinde adli kontrol çabasına karşın kolluğun egemenliği ve sistemin bir kısmına özgü reform eğiliminin diğer kısımlarındaki telafi edici değişimle saf dışı edilmesi eğilimi gibi faktör-

²⁰ "Bireyleri cezalandıran tüm sistemlerde masum bir insanın cezalandırılması riski de bulunmaktadır ve böyle bir sistem büyük sayıda insanı kapsadığından bu durumun gerçekleşmesi kaçınılmazdır (R. Nozick:139). Bu nedenle bilinçli ya da bilinçsiz "şamar oğlanı" (*scapegoat*) felsefesi yargılamaya egemen olmaktır; bu durum bazen bir şamar oğlanı bulunmasını gerektirmektedir. Suçlu veya ihlal edici olarak hüküm altına alınanların çoğu ise, hukuk felsefesinin bir kişiyi suçlamak ihtiyacına uyarlı hiç bir şeyi de gerçekte yapmamış olabilirler. Adli hata, olgusal bağlamda suçsuz olan bir insanın mahkumiyeti ile suçsuzluğu belirmemesine karşın olgusal suçluluğu hakkında makul kuşku duyulan mahkumiyetleri veya beraatleri kapsamaktadır. İdeal hata oranı sıfır ise de, gerçeği yansıtmayan kanıtlara dayalı adli hatalara tanık olunmaktadır. Bu adli hatalar (*miscarriages of justice*) veya suçlunun hak ettiği cezadan az veya fazla cezaya mahkumiyeti kitle psikolojisi üzerinde tahripkar etkiler yaratmaktadır. İşte kamu vicdanını rahatsız eden bu olguların yoğunlaşması halk katında düzene uyumda isteksizlik yaratmakta, kitleyi, protesto eylemlerine itmekte; sonuçta kamu düzeni ve sosyal uyum bozulmaktadır. Eflatun'a göre adaletsizliğin en aşırı biçimi yanlışın doğru yerine geçiyor olanıdır.

²¹ Bkz. A.E. Lind ve T.R.Tyler. *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum Press, 1988; Ceza Adaleti Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi için bkz. cas@adalet.gov.tr; E. Zola. Gerçek Yürüyor-Dreyfus Olayı (M.Tuncer) K Yayınları, İst., 1976; *Yargı paketlerine* dönüşen HSYK tarafından düzenlenen bölgesel toplantılar tabanını genişletmek üzere her gün aynı sorunlarla karşı karşıya gelen savcı ve hâkimlerin dijital ortamda daha aktif olmaları gerçekçi bir yaklaşım olacaktır.

leri içermekte(*hidrolik sistem*);²² her ceza adaleti sisteminin de retorikle değil, ampirik sonuçlarla yükselmekte ve düşmekte olduğu;²³ savcı ve hâkimlerin içselleştirmediği/standart bir uygulamaya kavuşturulmadığı bir siyasetin işlerlik şansı olamayacağı bilinmelidir.²⁴

Ölçütler/sapmalar bağlamında yıllardır ceza adaleti sisteminde zaman aşımından düşen dava sayısının yüksek olması; 2011 yılında 340.834'ü bulması; 2007 yılında 100.000 nüfusta 129 olan mahpus sayısının artarak 11/02/2013 tarihinde 190'ı bulması sistemde ceza siyaseti ve uygulaması açısından patolojik ölçüde bir sapma(*deviation*) göstergesine işaret ettiği belirtilebilir. Bu sapmaların sistemdeki tüketiciler (şüpheli, sanık ve mağdur) üzerindeki psiko-sosyal etkileri göz önüne alınarak terapötik hukuk bilimi acilen devreye sokulmalıdır.²⁵

²² Ceza davalarına özgü sistematik yaklaşım için bkz. Y.Ünver ve H. Hakeri. Ceza Muhakemesi Hukuku, adalet, 2011; yeni Türk ceza siyasetine eleştirel bakış için bkz. M.T.Yücel. Yeni Türk Ceza Siyaseti, İmge, 2011.

²³ Bkz. H.Ökçesiz. "Yargı, Yargıç, Devlet ve Hukuk Gerçekliğinde Temel İşlevsel Sorunlar" Yargı Reformu-Sempozyum(18-20 Haziran 2008), s.406.

²⁴ Bkz. S.Ergin "Savcılar lehte delilleri tutabilir mi?" Hürriyet (9/04/2011), s.20.

²⁵ Terapötik hukuk bilimi(TH), hukukun terapötik bir ajan olarak rolünü incelemek üzere hukuk ve sosyal bilimlerin birlikteliğini içeren disiplinler arası bir alandır. TH akıl sağlığı ve etkilediği bireylerin akıl sağlığı üzerindeki kaçınılmaz sonuçları olan sosyal bir güce işaret etmektedir. TH, sosyal güç odakları olarak hukuk kuralları, usulleri ve sistemdeki aktörlerin ekseriya bilinçli veya bilinçsiz terapötik veya anti-terapötik sonuçlar ürettiğini tanımaktadır. Bu bilim dalının belirgin amacı terapötik sonuçları maksimize ederken, anti-terapötik sonuçları minimize etmektir. Bu nedenle, kişilerin psikolojik ve duygusal sağlıklarına ve refahına odaklanmaktadır. Bu amaçla, daha fazla terapötik sonuçlar elde etmek üzere yasalar ve usullerin uygulanması veya reformu konusundaki öneriler ağırlık merkezini oluşturmalıdır. Bu bağlamda, sistemde hâkimler, savcılar, avukatlar, denetimli serbesti görevlileri ile kolluk görevlileri içeren aktörlerin davranışları değerlendirilmelidir. *Terapötik sonuç* terimi genelde sağlıklı psikolojiyi simgelemekte; stres, endişe veya tahrikten uzak veya olabildiğince azaltılmasını içermektedir. İşte yasalar, usuller ve sistemdeki aktörler belli işlevsel davranış veya düşünceleri teşvik veya beslediklerinde kişiler için terapötik olabilirler. Bkz. M.T. Yücel. Adalet Psikolojisi, 8. Bası, Ank., 2013; M.T.Yücel. Hukuk Felsefesi, 3. Bası, Ank.,2009.

SULH HUKUK – ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ AYRIMININ ANLAM VE ÖNEMİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

IDEAS ABOUT THE MEANING AND THE IMPORTANCE OF THE DISCRIMINATION OF COURT OF PEACE AND COURT OF FIRST INSTANCE

Süha TANRIVER*

Özet: Bu makale, iki ana kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayrımının, amacı ve tarihsel geçmişi de dikkate alınarak, anlam ve öneminin ortaya konulmasına çalışılmış; ikinci kısımda ise, bu ayrımın kaldırılması yönünde görüş beyan edenlerin, görüşlerine dayanak yaptığı gerekçeler tek tek ele alınmış ve irdelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Sulh hukuk mahkemesi, asliye hukuk mahkemesi, görev, basit yargılama usûlü, yazılı yargılama usûlü, kanun yolu, usûl ekonomisi, çekişmesiz yargı, malvarlığı haklarından doğan dava.

Abstract: This article consists of two main parts. In the first part, the meaning and the importance of the discrimination of court of peace and court of first instance have been set forth also by considering the purpose and the historical background. In the second part, the grounds of the declarers who express their opinions for removal of this discrimination are taken into consideration one by one and examined.

Keywords: Court of peace, court of first instance, jurisdiction, simple proceeding, written proceeding, legal remedy, judicial economy, ex parte proceeding, case arising from patrimonial rights

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

A. GENEL OLARAK

Her şeyden önce, sulh mahkemesi ve asliye mahkemesi ayrımı, hem hukuk yargısı hem de ceza yargısı bakımından geçerlilik taşıyan, pozitif hukuk açısından dayanakları da bulunan köklü bir ayırım konumundadır. Aslında, sulh mahkemesi ya da asliye mahkemesi, makam olarak, tektir. Sulh mahkemesinin hukuk yargısı kısmında görev yapanı, sulh hukuk; ceza yargısı alanında görev yapanı ise, sulh ceza mahkemesi olarak adlandırılır. Aynı tespit, makam olarak tek olan, asliye mahkemeleri bakımından da geçerlilik taşır. Dolayısıyla, sulh mahkemesi – asliye mahkemesi ayrımının rasyonelliğinin ve işlevselliğinin değerlendirilmesinde, hukuk ve ceza yargısının bir bütün olarak gözetilmesi, şarttır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da, adli yargıda ilk derece yargı yeri olarak görev yapacak olan hukuk mahkemeleri, sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemeleri, yani özel görevli hukuk mahkemeleri şeklinde belirlenmiştir (m.4). Bu mahkemelerden olan sulh hukuk mahkemeleriyle asliye hukuk mahkemeleri, hukuk yargısı alanında işlev üstlenmiş bulunan, tek hâkimli, genel görevli ilk derece yargı yerleri konumundadır (5235 s.K. m.5,II).

5235 sayılı Kanun'da, sulh hukuk ile asliye hukuk mahkemelerinin, il merkezleriyle bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun da olumlu görüşü alınmak suretiyle belirlenecek olan ilçe merkezlerinde kurulması esası benimsenmiş (m.5,I); bu mahkemeler arasındaki ilişki, görev ilişkisi olarak düzenlenmiş (m.6) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu da, yalnızca, bu görev ilişkisinin içeriğini somutlaştırmakla kalmamış (m.2, 4, 383); bunun yanı sıra, bu ilişkiye özel birtakım hüküm ve sonuçlar bağlamıştır (m.1; 20; 21,I/a; 114,I/c; 115,I,II; 331,II; 353,III; 355 ve 371,II). Bunlar, şu şekilde sıralanabilir:

- a) Her şeyden önce görev konusu, kamu düzenindedir (HMK m.1, 2.c.). Çünkü, görev, egemenliğin en somut kullanım biçimlerinden birisini teşkil eder ve Devlet'in yargı erkinin işleyişiyle doğrudan doğruya ilişkili olduğu için, emredici hukuk kuralları aracılığıyla düzenlenmiş bir alan konumundadır; dolayısıyla, uyuşmazlığın tarafları anlaşmak suretiyle bu alanda tasarruf edemezler.

- b) Görev, mahkemeye ilişkin dava şartları arasında yer alır (HMK m.114, I/c). Bu niteliğinin doğal sonucu olarak davalı, davanın her aşamasında görev itirazında bulunabileceği gibi; mahkeme de, davanın her aşamasında, görevli olup olmadığı hususunu re'sen inceleyebilir (HMK m.115, I).
- c) Mahkemenin, görev ilişkisine riayetsizlik hâlinde vereceği karar, usûle ilişkin nihai kararlar arasında yer alan görevsizlik kararıdır (HMK m.20). Görevsizlik kararında görevli olduğu belirtilmiş olan mahkeme, Kanun'da öngörülen usûl dairesinde, dava dosyasının önüne gelmesinin sağlanması hâlinde, bu kararla bağlı değildir; önüne gelen dava bağlamında, görevli olmadığı kanısını taşıyorsa, o da görevsizlik kararı verebilir (HMK m.21, I/c).
- d) Görev kurallarına uyulmamış olması, istinaf hükümlerinin işlerlik kazanması hâlinde, mutlak bir istinaf sebebi (HMK m.353, III; 355); bugün için ise, mutlak bir temyiz (bozma) sebebi oluşturur (HUMK m.428, I/2). Yapılan bu tespit, aynı zamanda görev konusunun egemenliğin somut kullanım biçimlerinden birisini oluşturan yargı yetkisinin ve yargı erkinin işleyişiyle doğrudan doğruya ilişkili olduğunu, aralarında organik bir bağın bulunduğunu bir başka açıdan ortaya koyar.
- e) Görev konusu, usûlî kazanılmış hak kurumunun istisnalarından birisini oluşturur.

Öte yandan, mahkemelerin görevinin tâyini konusunun, anayasal bir ilke olan ve hukuk devletinin (AY m.2) yapı taşlarından birisini oluşturan tabii hâkim ilkesi¹ ile bu ilkenin de, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleriyle sıkı sıkıya bir irtibat içerisinde bulunduğu hususunu da göz ardı etmemek gerekir².

¹ Kissel, O.R./ Mayer, H.: *Gerichtsverfassungsgesetz, neue bearbeitete Auflage*, München 2008, s.382; Schmidt-Bleibtreu, B./ Klein, F.: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3. Auflage, Luchterland 1989, s.790; Tanriver, S.: *Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı* (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013/104, s.11-35), s.16; Demircioğlu, Y.: *Medeni Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*, Ankara 2007, s.67; Çalırsır, K. T.: *Teori ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı*, Ankara 2011, s.262.

² Kissel/Mayer, s.381; Schmidt-Bleibtreu/Klein, s.788; Çalırsır, s.261; Tanriver, S.: *Hukuk Yargısı Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı* (Makalelerim I, Ankara 2005, s.211-236), s.215, 216; Tanriver - Tabii Hâkim, s.16.

Sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının anlam ve önemini kavranabilmesi ve işlevselliği hakkında bir değerlendirmede bulunulabilmesi için, öncelikli olarak, bu ayırımın tarihsel gelişimi ile amacının ne olduğunun ortaya konulması gerekir.

Sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımı, oldukça uzun sayılabilecek tarihsel bir geçmişi bulunan, köklü bir ayırım konumundadır. Her iki mahkemenin tarihsel süreç içerisinde, üstlenmiş oldukları misyonlar, birbirinden farklıdır ve sözü edilen ayırım, bir tesadüfün değil; bu misyon farklılığının bir gereği olarak ortaya çıkmıştır. Tarihsel kökenleri irdelendiğinde, sulh hukuk mahkemelerin salt hüküm vermek ve adalet dağıtmak üzere oluşturulmuş bulunan yargı mercileri konusunda bulunmadığı; bu mahkemelerin asli işlevlerinin, tarafları uzlaştırarak aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak³; buna karşılık, asliye hukuk mahkemelerinin asli işlevinin ise, yargılama yapıp hüküm vermek suretiyle, adalet dağıtımını gerçekleştirmek olduğu; bu süreçte, uzlaştırıcı olarak rol üstlenme niteliğinin, sulh hukuk mahkemeleri ile karşılaştırıldığında, daha geri plânda bulunduğu görülür⁴. Günümüzde, sulh hukuk mahkemelerinin, bu tarihsel misyonlarından uzaklaşmış gibi bir görünüm arz etmesi, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının kaldırılmasının değil; bu ayırımı, etkin bir biçimde işlerlik kazandırılması ve bu ayırmadan daha rasyonel bir biçimde yararlanılmasının yollarının araştırılması gereğinin bir dayanağını oluşturabilir.

³ 1806 tarihli Fransız Usûl Kanunu'nu hazırlamış olan *Treilhard*'a göre, sulh hukuk hâkimi, "bir hâkimden ziyade, bir hakem, bir babadır. Onun asıl zaferi, çocukları arasındaki uyuşmazlıkta bir karar vermek değil; çocuklarını uzlaştırmak suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak", [Öztek, S.: Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılama, Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri (Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996/10, s.494-502), s.496'dan naklen]. Sulh hukuk mahkemelerinin kavramsal çerçevede ifade edilmesinde barışçıl ve dostane bir biçimde uyuşmazlığın sona erdirilmesini bünyesinde barındıran "sulh" sözcüğüne yer verilmiş olması, onların, yargılama sistemi içerisindeki asli işlevinin, tarafların uzlaştırılmasını temin etmek olduğunun açık bir kanıtını teşkil etmektedir. [Öztek, s.496; Tanrıver, S.: Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine (Makalelerim I, Ankara 2005, s.165-179), s.167, dn.4].

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz: Öztek, s.495-497; Arslan, R./ Tanrıver, S.: Yargı Örgütü Hukuku, 2. B., Ankara 2001, s.61, dn.17; Tanrıver, S.: Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Alınması Gereken Temel Önlemler (Makalelerim II, Ankara 2011, s.115-142), s.118.

Öte yandan, sulh hukuk mahkemelerinin, basit, fazla karmaşık bir nitelik taşımayan, meblağ itibariyle daha küçük çaplı uyuşmazlıkları; asliye hukuk mahkemelerinin ise, daha komplike, kronikleşmeye yüz tutmuş ve meblağ itibariyle de daha büyük çaplı uyuşmazlıkları çözüme kavuşturması hedeflenmiştir.

Yine, sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımı, sadece Türk hukuk düzeni bakımından değil; Alman, Avusturya ve İsviçre hukuk düzenleri bakımından da geçerlilik taşıyan, köklü ve uzun bir tarihsel geçmişe sahip bir ayırım konumundadır.

Sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımı, hâlihazırda meriyette bulunan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabul etmiş olduğu temel ayrımlardan birisi konumundadır; deyiş yerindeyse, anılan Kanun'un "*omurgasını*" teşkil etmektedir. Çünkü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, iki ana yargılama usûlü öngörmüştür. Bunlar; basit yargılama usûlü ile yazılı yargılama usûlüdür. Basit yargılama usûlü, esas itibariyle, sulh hukuk mahkemelerinde; yazılı yargılama usûlü ise, esas itibariyle, asliye hukuk mahkemelerinde uygulanan yargılama usûlü konumundadır. Basit yargılama usûlünde amaç, gerçeğe olabildiğince seri, yalın ve kolay bir prosedür içerisinde ulaşılmasının temin edilmesidir⁵. Yazılı yargılama usûlü ise, basit yargılama usûlüne nazaran daha formel, daha komplike ve daha yavaş yürüyen bir usûl konumundadır. Her iki yargılama usûlü arasında, ciddî nitelik ve işleyiş farklılıkları mevcuttur. Sulh hukuk mahkemeleri, esas itibariyle, fazla karmaşıklık arz etmeyen ve meblağ itibariyle de daha küçük çaplı olan uyuşmazlıklarla uğraştığına göre, işlerlik kazanması gereken usûl, basit yargılama usûlü; asliye hukuk mahkemeleri ise, nitelik itibariyle daha karmaşık ve meblağ itibariyle de daha büyük çaplı uyuşmazlıklarla uğraştığına göre, işlerlik kazanması gereken usûl, esas itibariyle yazılı yargılama usûlüdür. Her iki yargılama usûlünün gereklerine sıkı sıkıya riayet temin edilecek olursa, sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımının, rasyonel bir temel üzerine bina edildiği ve son derece işlevsel bir nitelik taşıdığı kolaylıkla müşahade edilebilir.

⁵ Roth, M.: Das summarische Verfahren in der Zivilprozessordnung des kantons Aargau, vom 18 Dezember 1984, Diss., Bern 1993, s.2.

Öte yandan, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayrımı, gerek eski 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun gerek yeni yürürlüğe girmiş bulunan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, gidilecek olan kanun yollarının tâyini, yani üst derece yargılaması bağlamında, esas aldığı önemli ayrımlardan (temel ölçütlerden) birisi konumundadır. 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayrımı, özel bir önem taşımakta idi. Çünkü, kanun koyucu, temyiz kanun yolunun devamı niteliğinde olan karar düzeltme yoluna işlerlik kazandırma bağlamında, asliye hukuk mahkemelerinin vermiş olduğu kararların temyizen incelenmesi sonucunda alınan Yargıtay kararlarını baz almış; buna karşılık, ilke olarak, sulh hukuk mahkemesinin kararlarının temyizen incelenmesi sonucunda verilen Yargıtay kararlarına karşı ise, karar düzeltme yolunu kapalı tutmuştu (HUMK m.440, III). Dolayısıyla, sulh hukuk mahkemelerinden verilmiş olan kararlar, ilke olarak, kanun yolu teşkilinde, karar düzeltme yolu devre dışı bırakıldığı için, müracaat edilmişse sadece temyiz incelemesinden geçmek suretiyle kesinleşebileceği için, bu durum, aynı zamanda, usûl ekonomisinin gerçekleştirilmesine, yani yargılamanın uzamasının önlenmesine de katkı sağlıyordu. Yapılan bu tespit, istinaf mahkemeleri, henüz işlerlik kazanamadığı için, hâlâ günümüzde de geçerliliğini sürdürmektedir.

6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu da, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımından, istinaf ve temyiz kanun yollarının uygulanma alanlarının tâyini, yani üst derece yargılamasının biçimlendirilmesi evresinde yararlanmış ve bu suretle sözü edilen ayrımı, bu bağlamda da ana bir ayırım statüsüne kavuşturmuştur. Öngörülen yeni modelde de, ilke olarak, sulh hukuk mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara karşı, sadece istinaf yoluna başvurulabilecek; temyiz kanun yoluna gidilemeyecektir. Buna karşılık, asliye hukuk mahkemesinin kararlarına karşı istinaf kanun yoluna, istinaf mahkemesinin (bölge adliye mahkemesinin) bu bağlamda vereceği kararlara karşı da, ilke olarak, temyiz kanun yoluna işlerlik kazandırılacaktır. Görüldüğü üzere, temyiz kanun yolu, esas itibarıyla asliye hukuk

mahkemelerinin kararlarının, istinaf yoluna başvuru üzerine, istinaf mahkemesince (bölge adliye mahkemesince) incelenmesi sonucunda verilmiş bulunan kararlara karşı tatbik kabiliyeti kazanan bir kanun yolu konumuna getirilmiştir (HMK m. 362, I, b ve ç). Yapılan bu tespit de, sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımının, işlerlik kazanabilecek kanun yollarının tâyini bağlamında da önemli bir işlevi yerine getirdiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Yine, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü sistemde, hem malvarlığı haklarından hem de şahısvarlığı haklarından doğan davalarda, yani çekişmeli yargı işlerinde genel görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesi (m.2); çekişmesiz yargı işlerinde ise, genel görevli mahkeme, sulh hukuk mahkemesidir (m.383). Çekişmesiz yargı işleri, medenî yargının, uğraş alanına giren önemli iş kategorilerinden birisini oluşturmaktadır. Sulh hukuk - asliye hukuk ayrımının kaldırılması, bu bağlamda da, bir karmaşa yaşanmasına ve dolayısıyla ciddî sıkıntıların ortaya çıkmasına da sebebiyet verebilir. Hatta, sulh hukuk - asliye hukuk ayrımından, daha rasyonel ve daha etkin bir biçimde yararlanılması hedefleniyor ise, özel mahkemelerde bakılacağı, karara bağlanacağı öngörülen çekişmesiz yargı işleri de dâhil olmak üzere, tüm çekişmesiz yargı işlerinde, sulh hukuk mahkemeleri, genel görevli yargı yeri hâline dâhi getirilebilir.

Sulh hukuk mahkemelerinin, vesayete ve mirasa ilişkin dava ve işlerde önemli bir işlevi yerine getiren mahkemeler konumunda bulunduğu hususu da, göz ardı edilmemelidir. Medenî Kanun'da, bu bağlamda sevk edilmiş olan çok sayıda hüküm mevcuttur. Sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımının kaldırılması, bu bağlamda, anılan mahkemeler arasında sistematik bir düzen içinde kurulmuş bulunan dengenin bozulmasına, bir karmaşanın yaşanmasına sebebiyet verebilir.

Kendisine işaret edilmiş bulunan tüm bu hususlar, sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımının kaldırılmasında değil; aksine muhafaza edilmesinde, pek çok yarar bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

B. SULH HUKUK - ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ AYRIMINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının kaldırılması gerektiğini ileri sürenlerin görüşlerini⁶ dayandırdıkları belli başlı gerekçeleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımına yöneltilen ilk eleştiri, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, her ne kadar, Kanun'da, sulh hukuk mahkemelerinde, basit yargılama usûlünün uygulanacağı açıkça belirtilmişse de, tatbikatta, bu mahkemelerde uygulanan yargılama usûlünün, esas itibarıyla, asliye hukuk mahkemelerinde işlerlik kazanan yazılı yargılama usûlüne yaklaştığı, dolayısıyla ortaya çıkan bu fiili durumun, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımını gereksiz kıldığı yönündedir⁷.

Her şeyden önce, sulh hukuk mahkemelerinde, uygulanması gereken basit yargılama usûlünün, pratikte, yazılı yargılama usûlüne yaklaşır bir nitelik kazanmış olması, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının bir kusuru değil, ayırma etkin bir biçimde işlerlik kazandırma hususunda gereken özenin gösterilmemesinin ve genel olarak bu bağlamda ihmâli bir tutum takınılmasının doğal bir sonucudur. Yargılama usûllerinin gereklerine riayet konusundaki özensizliğin yahut takınılmış bulunan kayıtsızlığın faturası, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımına çıkartılamaz ve asla bu ayırımın önemini kaybetmesi ve anlamını yitirmesi gibi bir sonucun ortaya çıkmasına sebebiyet vermez. Uygulamada ortaya çıkan fiili durum ile, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının hedeflemiş olduğu temel amaç arasında bir bağ ya da bağlantı kurulmaya çalışılması, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi de teşkil etmez. Kaldı ki; 6100 sayılı

⁶ Kuru, B.: Sulh/Asliye Mahkemesi Ayırımı Kaldırılmalıdır (Makalelerim, İstanbul 2006, s.3-5), s.4-5; Kuru, B.: Hukuk Davalarının Uzaması Sebepleri (Makalelerim, İstanbul 2006, s.99-116), s.106-107; Kuru, B.: Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler (Makalelerim, İstanbul 2006, s.107-139), s.132-133; Yılmaz, E.: Aksak Adaletten İşleyen Adaletle (Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996/10, s.470-493), s.477; Karşlı, A.: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. B., İstanbul 2012, s.131.

⁷ Kuru – Sulh/Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımı, s.4; Yılmaz, s.477.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yargılama usûlleri konusundaki karmaşayı sona erdirmiş; yargılama usûllerini, yazılı ve basit yargılama usûlleri olmak üzere ikiye indirmiş; basit yargılama usûlünü, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na nazaran daha kristalize ve daha kapsamlı biçimde düzenlemiş ve işleyişlerini temin bağlamında da daha katı bir tutum takınmıştır. Öte yandan, davaların makûl sürede, yani usûl ekonomisine uygun olarak yürütülüp sonuçlandırılabilmesinin temel koşulunu, usûl kanunlarında öngörülen yargılama usûllerinin gereklerine sıkı bir biçimde uyulmuş olması teşkil eder. Hem sulh hukuk hem de asliye hukuk mahkemelerinde görev yapan hâkimler, yargılama usûllerinin gereklerine uyma konusunda gereken özeni göstermiyorlarsa, bu konuda bir zâfiyet içerisinde bulunuyorlarsa, onları bu gereklere uymaya zorlayacak mekanizmalara veya yaptırımlara derhâl işlerlik kazandırmak gerekir. Bugüne kadar bu konuda takınılan ihmâlî tutum da, yargılama usûlleri bağlamında uygulamada ortaya çıkan fiili durumun oluşumunda büyük ölçüde etkili olmuştur. Yargılama usûllerinin gereklerine uyma konusunda takınılan özensizlik ve kayıtsızlık, örneğin müstâkil bir evre hâline gelmiş bulunan ön incelemenin atlanılması yahut sulh hukuk hâkiminin, görmekte olduğu dava bağlamında, işlerlik kazanan basit yargılama usûlüne, tutum ve tavırlarıyla yazılı yargılama usûlüne yaklaşan bir boyut kazandırmış olması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen sorumluluk sebebinin (karş. 1086 sayılı HUMK m.573/2) oluşumuna vücut verir ve anılan sorumluluk sebebine dayanılarak, hâkimin fiili sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açılması mümkündür. Yine, özellikle, sulh hukuk mahkemesi hâkimleri, önlere gelen davalar bağlamında, basit yargılama usûlünün gereklerine uygun davranmıyorlarsa, tutum ve davranışlarıyla basit yargılama usûlünün yazılı yargılama usûlüne yaklaşan bir boyut (bir görünüm) kazanmasına sebebiyet veriyorlarsa, bu durum, aynı zamanda yargı teşkilâtımız içerisinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlı olarak işlev gören adalet müfettişlerince, performans denetimi evresinde gözetilebilir ve gözetilmelidir de⁸ (AY m.144, HSYK. Teftiş Kurulu Teftiş Rehberi m.22, I/ç).

⁸ Tanrıver, S.: Adalet Müfettişlerinin Hukuk Mahkemeleri Hâkimleri Üzerindeki Denetim Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları (Makalelerim II, Ankara 2011, s.213-236), s.228.

2. Sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımına yöneltilen diğer bir eleştiri, bu ayırımın görev ilişkisi biçimde düzenlenmesinin sonucunu olarak görevsizlik kararları sebebiyle, yargılamanın uzamasına sebebiyet verdiği, yani usûl ekonomisine aykırı bir yapılanma modeli olduğu yönündedir⁹.

Bu eleştiri de, tümüyle dayanaktan yoksundur. Her şeyden önce, görevsizlik kararları, mahkemelerden verilen kararların bütünü gözetildiğinde sayı itibarıyla çok cüzî bir yer işgal etmektedir. Öte yandan, daha önceden de vurgulandığı üzere, sulh hukuk mahkemelerinde, basit yargılama usûlü; asliye hukuk mahkemelerinde ise, ilke olarak, yazılı yargılama usûlü uygulanır. Basit yargılama usûlünde amaç ise, gerçeğe, seri, yalın ve kolay bir prosedür içerisinde ulaşılmasıdır. Nitekim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da, basit yargılama usûlüne ilişkin hükümler sevk edilirken, bu temel esas gözetilmiştir. Söz konusu yargılama usûlünün bu niteliği gözetildiğinde, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının kaldırılmasının değil; aksine, korunmasının, davaların daha uzamasının önlenmesine hizmet edeceği görülmür. Meğer ki, bu ayırımın gereklerine uygun ve etkin bir biçimde işlevliği sağlanmış olsun.

Yine, hukuk yargısı bağlamında genel görevli mahkeme konumunda bulunan sulh hukuk mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki görev ilişkisi temelli ayırım, bir an için kaldırılacak olsa bile, ayrı bir mahkeme biçiminde örgütlenmiş ve birer uzmanlık yargı yeri konumunda bulunan özel mahkemeler, hukukî varlığını devam ettirdiği sürece – ki uzmanlık yargı yerlerinin kaldırılması, oluşturulma amaçlarına ters düşeceği için düşünülemez – görev problemleri ve görevsizlik kararlarının verilmesi sebebiyle, yargılama sürecinin uzadığı yönündeki zevahir, gene ortaya çıkmaya devam edecektir. Kaldı ki, görevsizlik kararlarının verilmesinin, yargılama sürecini uzattığı yönünde görüş serdedenler, her nedense, özellikle kesin yetki kuralları ve yetkisizlik kararları bakımından, bu eleştiriye dile getirmekten kaçınmaktadırlar. Dolayısıyla, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının görev ilişkisi temelli olarak düzenlenmesinin, yargılama sürecini uzattığı yönündeki düşüncenin, aynı ihtimâlin, yetkisizlik kararları ve ayrı bir

⁹ Kuru – Sulh/Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımı, s.5; Kuru – Hukuk Davalarının Uzama Sebepleri, s.107; Kuru – Yargılamanın Çabuklaştırılması, s.132-133.

özel mahkeme kurulan yerlerde, genel mahkemelerle özel mahkemeler arasındaki görev ilişkisi bağlamında da geçerlilik kazanması nedeniyle, doğru bir çözümlemenin ürünü olmadığı, kolaylıkla ifade edilebilir.

3. Görev kurallarının, teknik birtakım inceliklere ve özelliklere sahip olması sebebiyle, hak arayacak sade bir vatandaştan, bu kuralları bilmesini ve uygulamasını istemenin, şekilcilik adına haksızlık yaratılmasına sebebiyet vereceği, bu nedenle de sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımının kaldırılıp; tek tip bir genel görevli hukuk mahkemesi sistemine geçilmesinin daha doğru olacağı yönünde getirilmiş bulunan eleştiri¹⁰ de, tümüyle temelsizdir.

Her şeyden önce, bu eleştiriye getirenler, görev sorununu, sadece sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımını baz alarak irdelemekte; genel mahkemelerle özel mahkemeler arasındaki görev ilişkisini belirleyen kuralları tümüyle göz ardı etmektedirler. Çünkü, sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımı kaldırılrsa bile, genel mahkeme - özel mahkeme ayrımı, özel mahkemelerin uzmanlaşma olgusunun bir ürünü olması sebebiyle, hâlâ varlığını sürdürecektir. Öte yandan, görevle ilgili kuralların sevki sırasında, teknik birtakım incelikler ve özellikler gözetilse, hatta bu kurallar, zaman zaman komplike bir nitelik taşısa bile, bu durum, sadece göreve özgü değildir; yargı yolu ve yetkiye ilişkin kurallar bakımından da geçerlilik taşır. Ama, hiç kimse, bugün için genelde, zaman zaman teknik incelikler gerektirse, komplike bir nitelik taşısa bile, yargı yolu ve yetkiye ilişkin kuralların taşınmış olduğu bu özellik dolayısıyla kaldırılıp; tek tipleştirilmesinin gerektiğini, aksi hâlde birtakım haksızlıkların ortaya çıkabileceğini ileri sürmemekte ya da iddia etmemektedir¹¹. Yine, yargılama usûlleriyle ilgili kurallar da, tümüyle teknik, bazen detay gerektiren bilgilerin öğrenilmesini zorunlu kılar. Bu durum, asla yargılama usûlleri arasında yaratılmış bulunan farklılıkların ortadan kaldırılmasını ve bu bağlamda da tek tipleştirmeye gidilmesini meşru hâle getirmez. Aslında, hukukumuz bağlamında temel sorun, çağdaş batı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, temel altyapı kurumu olan hukukî himaye sigortasıyla birlikte avukat marifetiyle davayı takip zorunluluğu sistemine henüz

¹⁰ Yılmaz, s.477.

¹¹ Yılmaz, görev konusunda ileri sürmüş olduğu gerekçelere yargı yolu ayrımı bağlamında da dayanmaktadır (s.477).

geçilememiş bulunmasıdır. Bu sağlanacak olursa, yargılama hukukları bağlamında, sisteme ilişkin teknik ayrıntılara ilişkin özel bilgilerin eksikliğinden kaynaklanabilecek, pek çok olumsuzluk da bertaraf edilebilecektir. Dolayısıyla, yargılama sistemimizdeki temel birtakım eksikliklerden kaynaklanabilecek olumsuzlukların giderilmesi bağlamında, deyiş yerindeyse günah keçisi olarak sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının ilân edilmiş bulunması da, adil bir yaklaşım biçimi oluşturmaz. Tüm bunların ötesinde, göreve ilişkin kuralların, alelâde şekil kuralları olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Çünkü, anılan kurallar, yargı erkinin doğrudan doğruya işleyişine ilişkin bir nitelik taşıdıkları için, emredici bir biçimde, kanunla öngörülürler; kamu düzeninden sayılmışlardır ve anayasal bir ilke olan tabii hâkim ilkesiyle de (AY m.37) aralarında sıkı bir bağ kurulmuştur.

4. Sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımına yöneltilen bir diğer eleştiri de, görevin tâyinine yönelik yasal düzenlemeler sebebiyle, iş dağılımı bağlamında, her iki mahkeme arasında bir dengesizliğin ortaya çıktığı, bu ayırımın tümüyle ortadan kaldırılıp; tek tip bir genel görevli hukuk mahkemesi sistemine geçilmesinin, yaratılmış bulunan bu dengesizliği giderebileceği yönündedir¹².

Bugün için, sulh hukuk mahkemelerinin, asliye hukuk mahkemelerine nazaran işlevselliğinin daha sınırlı kalmış olması, özellikle malvarlığı haklarından doğan davalarda, iş dağılımı bağlamında bir dengesizliğin yaratılmış bulunması, bu ayırımın kaldırılması gerektiğinin değil; ancak bu ayırımdan rasyonel bir biçimde yararlanılamamasının bir dayanağını oluşturabilir. Malvarlığı haklarından doğan davalarda, sulh hukuk mahkemeleriyle asliye hukuk mahkemelerinin görev alanı tâyin edilirken, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun meriyette bulunduğu dönemde olduğu gibi, iki ayrı ölçüte işlerlik kazandırılmalıdır. Yine, bu ayırımın yapıldığı Alman ve Avusturya hukuk düzenlerinde de, sulh hukuk mahkemeleriyle asliye hukuk mahkemelerinin, malvarlığı haklarından doğan davalar bağlamında görev alanının belirlenmesinde, iki ayrı ölçütün kullanıldığı gözlemlenmektedir: Bunlardan ilki, dava konusunun miktar ya da değeri ölçütü; ikincisi ise, kanunlarda dava konusunun miktar ya da değer her ne olursa olsun, sulh hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği belir-

¹² Karslı, s.131.

tilen dava ve işlerin sulh hukuk mahkemelerinde; asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilen dava ve işlerin ise, asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi ölçütüdür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın yasalaşması sürecinde, müddeabihin miktar ya da değeri ölçütü, sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımı bağlamında, tümüyle devre dışı bırakıldığı için, ister istemez, sulh hukuk mahkemelerinde görülen davalarda bir azalma, buna paralel olarak da, asliye hukuk mahkemelerinde görülen davalarda ise, bir artış ortaya çıkmıştır. Bugün için, kira ilişkisinden kaynaklanmıyorsa, 1000 TL'lik bir alacak davası dahi, asliye hukuk mahkemelerinde görülür hâle gelmiştir. Sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımından ve bu ayrımı temel alan yazılı yargılama usûlü - basit yargılama usûlü ayrımının gereklerinden, rasyonel bir biçimde yararlanılması ve usûl ekonomisine uygunluğun sağlanması, yargılamanın makûl sürede bitirilmesi hedefleniyor ise, müddeabihin miktar ya da değeri ölçütünün, görev tâyini hususunda, tekrar, yasal çerçevede dikkate alınması gereken temel bir ölçüt şeklinde düzenlemeye kavuşturulması şarttır.

Yine de, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü düzenleme çerçevesinde, sulh hukuk mahkemelerinin, kanunlarda aksine bir düzenleme yer almadığı sürece, tüm çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme konumunda bulunduğu ve çekişmesiz yargı işlerinin, mahkemelerinin göreceği işler arasında önemli bir yekûnu teşkil ettiği hususu da göz ardı edilmemelidir. Eğer asliye hukuk mahkemelerinin aleyhine olarak iş dağılımı bağlamında bir dengesizliğin yaratıldığı düşünülüyorsa, bu dengesizliğin izalesi için, özel mahkemelerde bakılacağı, karara bağlanacağı öngörülmüş bulunanlar da dahil olmak üzere, istisnasız bir biçimde, tüm çekişmesiz yargı işlerinde görevli yargı yerinin sulh hukuk mahkemeleri olacağı şeklinde bir düzenleme değişikliğine gidilmesi de mümkündür. Yine, bu bağlamda, eskiden olduğu gibi, mirasçılık belgesinin iptali ve yeni bir mirasçılık belgesi verilmesi istemini konu alan davalar da, açıkça sulh hukuk mahkemelerinin görev alanının içerisine dahil edilebilir.

5. Sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımının kaldırılması yönünde düşünce serdedenlerin bu görüşlerini dayandırmış oldukları diğer bir gerekçe de, bu ayrımın, hukuk ve ceza alanlarında uzmanlaşmanın önünde bir engel oluşturduğu yönündedir¹³.

¹³ Adalet Bakanlığı İç Denetim Birimi Başkanlığı'nın 12.10.2011 tarihli Sulh - Asliye

Eğer uzmanlaşma kavramına yüklenmesi gereken anlam ve içerik, belirli tipteki dava ve işlerle uzun süreli ve yoğun bir biçimde uğraşmanın yaratmış olduğu pratiklik ise, -ki gerçek anlamda uzmanlaşma bu değildir- sulh hukuk asliye hukuk mahkemesi ayırımının, kaldırılması yerine; muhafazasının bu amaca daha çok hizmet etmeye elverişli bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Öte yandan, özel mahkemelerin görev alanı dışında kalan her türlü dava ve işle uğraşan genel görevli tek tip bir hukuk mahkemesi sisteminin, dava ve işlerin çok çeşitliliği ve karmaşıklığı karşısında, belirli bir alanda derinliğine bilgi ve beceri kazanılmasına imkân veren bir ortamın yaratılmasına katkı sağlaması da, pek mümkün değildir. Uzmanlaşmanın sağlanabilmesinin ön koşulunu, mahkemelerin uğraş alanının, belirli tipteki dava ve işlerle sınırlandırılması ve çeşitliliğinin olabildiğince azaltılması teşkil eder. Bu ise, genel çerçevede olsa bile, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının kaldırılması ile değil; aksine, korunmasıyla mümkün olur.

6. Sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının, ülkemizde zaten kıt kaynak olan hâkimler bağlamında, yıllardır devam edegelen açığın kapatılmasına, hâkimler ve diğer adli personelden tasarruf edilmesine katkı sağlayacağı gerekçe gösterilerek, bu açıdan da kaldırılmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir¹⁴.

Her şeyden önce, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının kaldırılmasının, hâkim açığının giderilmesinin bir aracı olarak görülmesi ve algılanması doğru bir yaklaşım biçimi değildir. Öte yandan, bu ayırım kaldırılacak olursa, eskiden iki ayrı hâkim tarafından karara bağlanmış olan işler, artık tek bir hâkim tarafından görülüp karara bağlanacak hâle gelecek; tabiri caizse, eskiden terazinin iki kefesine dağıtılmış olan işler, tek bir kefedede toplanacak; bu da, hâkimlerin iş yükünü artırıp; yürütülen yargılamaların makûl sürede tamamlanamaması gibi bir sonucun ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Öte yandan, bir an için bu ayırımın kaldırılmasının, görüntüde hâkimler bağlamında bir tasarruf yapılması sonucunu doğuracağı kabul edilse bile, kronik ve devasa bir sorun hâline gelmiş olan hâkim açığının giderilmesinde, ayırımın kaldırılmasının sağlayacağı katkı çok cüzî olacaktır. Yine, sulh hukuk – asliye hukuk mahkemesi ayırımının kal-

Ayrımı İnceleme Raporu, s.1.

¹⁴ Kuru – Sulh/Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımı, s.5.

dırılması, tek bir hâkimin bakacağı dava ve iş sayısının artmasına neden olacağı için, adaletin gerçeğe uygun şekilde tecellisi hususunda da ciddî sıkıntılar yaratabilecektir.

7. Sulh hukuk - asliye hukuk mahkemesi ayrımının, sulh hukuk hâkimleriyle asliye hukuk hâkimleri arasında hiyerarşik bir bağ bulunduğu gibi psikolojik bir algının oluşmasına veya böyle bir zehabın uyanmasına neden olduğu, bu yüzden de kaldırılmasının isabetli olacağı ifade edilmektedir¹⁵.

Mevzuat bazında, asliye hukuk hâkimleriyle sulh hukuk hâkimleri arasında bir derecelendirme ilişkisinin yahut hiyerarşik bir bağın ya da bağlantının bulunduğu yönündeki psikolojik algıyı haklı çıkarabilecek olan hukukî bir dayanak bulmak pek mümkün değildir. Öte yandan, hiyerarşinin varlığı için, her iki hâkim grubu arasında, bir astlık-üstlük ilişkisinin yahut emir-komuta zincirinin bulunması gerekir ki; hâkimler bağlamında, böyle bir bağdan ya da bağlantıdan söz edilemez. Her şeyden önce, anayasal temelleri de bulunan hukuk devleti (AY m.2) ile mahkemelerin bağımsızlığı (AY m.138) ilkelerinin varlığı, bizâtihi, böyle bir bağın kurulmasını yahut böyle bir bağlantının oluşturulmasını tek başına önlemeye yeter bir işlevi yerine getirir.

Her iki mahkemenin, yargı düzeni içerisinde çözmeyi üstlenmiş oldukları uyuşmazlıkların niteliklerinin birbirinden farklılık gösteriyor olması, bu mahkemelerde görev yapan hâkimler arasında bir derecelendirme ilişkisinin yaratıldığı, asliye hukuk hâkimlerinin görmüş oldukları işlev sebebiyle sulh hukuk hâkimlerine nazaran daha üstün ve daha ayrıcalıklı bir konumda buldukları anlamına asla gelmez. Psikolojik olarak böyle bir algının yaratılmış ya da izlenimin uyandırılmış bulunmasının, hukuken geçerlilik taşıyan haklı hiçbir temeli yoktur. Her iki mahkemenin hâkimlerinin, yargı düzeni içerisinde üstlenmiş oldukları işlevler, nitelik itibariyle farklılık gösterse bile, aynı derecede öneme ve değere sahiptir; birinin diğerine nazaran daha karmaşık ve daha büyük meblağlara ulaşan uyuşmazlıkların çözümüne uğraşıyor olması, aralarında bir derecelendirme ilişkisinin bulunduğu yahut hiyerarşik bir bağın kurulduğu sonucunu doğurmaz.

¹⁵ Adalet Bakanlığı İç Denetim Birimi Başkanlığı'nın 12.10.2011 Tarihli Sulh - Asliye Ayrımı İnceleme Raporu, s.1.

469 sayılı Mehâkim-i Şeriyenin İlgasına ve Yeni Mehâkim Teşkilâtının Teşkiline Dair Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, sulh hukuk mahkemelerinin, tek hâkimli mahkeme; asliye hukuk mahkemelerinin ise, toplu mahkeme biçiminde kurulması öngörülmüştür. Ancak, hâkim sayısının sınırlı olması sebebiyle, yasal çerçevede, toplu mahkeme sisteminin öngörülmesine rağmen, anılan Kanun'da yer alan geçici madde hükmüne dayanılarak, asliye hukuk mahkemelerinin de, ülke genelinde, tek hâkimli mahkeme biçiminde örgütlenmesi sağlanmıştır. Tek hâkimli mahkeme - toplu mahkeme modeli işlerlik kazanmış olsaydı, her iki mahkeme türü arasında, statü itibariyle bir farklılığın bulunduğu söylenebilirdi. Bugün için, yasal çerçevede, hem sulh hukuk mahkemelerinin hem de asliye hukuk mahkemelerinin örgütlenmesi bağlamında, tümüyle tek hâkimli mahkeme sistemi işlerlik kazanmıştır (5235 s. K. m.5, II). Dolayısıyla, her iki mahkeme türü arasında, bu bağlamda da, statü itibariyle bir farklılığın yaratılmış olduğu, pozitif hukuk çerçevesinde de artık ileri sürülemez. Sulh hukuk mahkemeleri hâkimleriyle asliye hukuk mahkemeleri hâkimleri arasında bir derecelendirme ilişkisinin yahut bir hiyerarşinin bulunduğu izlenimi uyandırılmışsa, bunun temelinde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, eskiden, özellikle, asliye hukuk mahkemesi hâkimlerini esas alan bir tutum takınmış, genel bir tavır sergilemiş olmasının yatığı söylenebilir. Yargıtay'a üye seçimi sırasında, HSYK tarafından, eşdeğer koşulları taşımak kaydıyla, hâkimlerin görev yaptığı mahkemeler arasında herhangi bir ayırımın gözetilmemesi yönünde bir tutum ve yaklaşım benimsenecek olursa, bu yanlış izlenim ya da algının kısa sürede izalesi de mümkün hâle gelir.

İŞ HUKUKU KAPSAMINDA PSİKOLOJİK TACİZİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE MAĞDURLARIN KULLANABİLECEKLERİ HAKLAR

THE ANALYSIS OF PSYCHOLOGICAL HARASSMENT WITHIN THE SCOPE OF LABOUR LAW AND THE RIGHTS OF THE VICTIMS

S. Alp LİMONCUOĞLU

Özet: Psikolojik taciz her gün ismini daha fazla duyduğumuz bir kavram haline gelmiştir. Uluslararası hukuk literatüründe 20 yıl önce tartışılmaya başlanmış olan psikolojik tacizin ulusal hukukumuz kapsamında değerlendirilmesi 6-7 sene önce başlamıştır. Konunun hukuku ihlal ettiği birçok alan bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi de çalışma hakkıdır. Buna karşın çalışanların gerek kavram olarak psikolojik tacizi tam olarak bilmedikleri gerekse mağdurların kullanabileceği hukuksal yolları değerlendiremedikleri görülmektedir. Bu amaçla bu makalede öncelikle psikolojik taciz kavramı üzerinde durulmuş, bunun iş hukuku kapsamında değerlendirmesi yapılmış ve nihayetinde mağdurların başvurabilecekleri hukuki yollar analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Psikolojik taciz – mobbing - iş hukuku

Abstract: Psychological harassment has become a popular term day by day. While the term has been started to be discussed nearly 20 years ago in the international legal literature, the subject is quite new in Turkey with about 6-7 years of history. Psychological harassment violates more than one branches of law. One of them is employment rights (labour law). In spite of that, it can be noticed that the workers are not only really aware of the meaning of the term, but they are also mostly ignorant about the rights they can use once they confronted with it. Thus, this article primarily focuses on the terminology, analyzes it within the scope of Turkish labour law and finally tries to clarify the legal instruments the psychological harassment victims can use.

Keywords: Psychological harassment – mobbing – Turkish labour law

* Yrd. Doç. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

1980'li yıllarda uluslararası akademik çalışmalarda artan bir hızla incelenmeye başlayan işyerinde psikolojik taciz olgusu, 1990'lı yılların başından itibaren yasal düzenlemelerde de kendini göstermeye başlamıştır. Türkiye'de ise konuya eğilim 2000'li yıllarda önce akademik çalışmalar sonra da yargı kararları ile kendini göstermiş, nihayetinde psikolojik taciz kavramı 2011 yılında yasal mevzuata dahil olmuştur. Gerçekleşen psikolojik tacizin mağdura yönelik ekonomik, sosyal ve sağlıksal sonuçlarının yanında gerek örgütlere ilişkin gerekse ülke ve toplum ekonomisine ilişkin olumsuz sonuçlarının bulunması, ülkeleri, bu konuda engelleyici düzenlemeler yapmaya itmektedir. Karşılaştırmalı hukukta incelendiğinde, Türkiye'de bu çabalar göreceli olarak geç başlamış gözükmeyle birlikte, diğer bir çok ülkede de konuya eğilim, özel yasaların yapılması yerine varolan hukuki enstrümanlar kapsamında çözüm üretilmesidir.

Türkiye'de konu ile ilgili bugüne kadar yapılan hukuki çalışmalar incelendiğinde, konunun genel olarak iş hukuku boyutu ile ele alındığı; yine, kişilik haklarının korunması bakımından medeni hukuk ve ceza hukuku boyutlarının belirli bir kapsamda ortaya konulmaya çalışıldığı görülür. Bu durum, psikolojik tacizin bireylerin kişilik haklarına, sağlık haklarına ve çalışma haklarına olan müdahalesinden kaynaklanır.

Çalışma haklarına yapılan müdahale sebebi ile konunun iş hukuku boyutu önem arz etmektedir. Bilindiği üzere iş hukuku, genel olarak özel hukuka ilişkin iş ilişkilerini düzenler. Bu kapsamda kalanların büyük bir kısmı 4857 sayılı İş Kanunu dahilinde değerlendirilirler. Ancak 4857 sayılı yasanın kapsamı dışında kalan birçok çalışanın da psikolojik tacize mağduru olabileceği aşikardır. Bu bakımdan, konunun iş hukukunun bütün alanlarında çalışanları kapsayacak şekilde incelenmesi ihtiyacı mevcuttur.

Bu düşünce ile bu çalışmada öncelikle psikolojik taciz kavramı üzerinde durulacak, psikolojik tacizin etkilerinden bahsedildikten sonra özel hukuka tabi çalışanlar için çalışma mevzuatında psikolojik tacize karşı koruma sağlayabilecek düzenlemeler değerlendirilecektir. Bu değerlendirme yapılırken, henüz yeni kabul edilebilecek konu ile ilgili yasal düzenlemeler ve tabi ki yargı kararları üzerinde de durulacaktır.

II. PSİKOLOJİK TACİZ

Psikolojik taciz, sosyal yaşamın her çevresinde karşılaşılabilecek bir olgudur. Ancak konumuz açısından önemli olan işyerinde gerçekleşen psikolojik tacizdir. Bu bakımdan kavram akademik çalışmalarda “işyerinde psikolojik taciz” olarak da ifade edilmektedir. Buna rağmen, dünya literatüründe kavram üzerinde terim birliğine varıldığını söylemek doğru olmaz. Örneğin, Heinz Leymann çalışmasında “mobbing” (yıldırma) terimini kullanmıştır. Bunun etkisi ile tüm İskandinav ülkeleri ile birlikte Alman ekolünde de aynı terim kullanılmaya devam etmektedir. Anglo-Sakson hukuku incelendiğinde ise “workplace bullying” (zorbalık) teriminin kullanıldığı görülür. Latin ülkeleri ile birlikte Fransa ekolünde ise manevi taciz anlamına gelen “harcèlement moral” veya psikolojik taciz anlamına gelen “harcèlement psychologique” terimlerinin kullanıldığı görülür. Ancak kavramı ifade etmek için kullanılan terimler bununla sınırlı değildir¹.

Türkiye’de ise konu üzerine çalışma yapan akademisyenler tarafından psikolojik taciz terimi kullanılmakla birlikte hemen devamında parantez içinde “mobbing” teriminin de ilave edildiği görülür. Tınaz, belki de Türkiye’ye öncülük eden çalışmasında, “yıldırkaçır” teriminin kullanılmasını önermiştir². Henüz bu terim üzerinde görüş birliğine varıldığı söylenemez. Konuya ilişkin verilmiş çok sınırlı sayıda yargı kararında ise “psikolojik taciz” teriminin daha sık bir biçimde kullanıldığı, bir kararda “duygusal taciz” terimine yer verildiği, bazılarında bu terimlerin yanında yine parantez içinde “mobbing” teriminin de kullanıldığı görülmektedir³. Yasal veya idarenin yaptığı çalışmalara baktığımızda ise psikolojik taciz terimi ile birlikte “mobbing” terimine de yer verildiği söylenebilir. Konuyla ilgili 19 Mart 2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Başbakanlık genelgesinin adı “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi”dir. TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu da Nisan 2011 tarihinde “İş-

¹ Pınar Tınaz, Fuat Bayram ve Hediye Ergin, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 6.

² Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 11.

³ Ankara 8. İş Mahkemesi, 20.12.2006, 2006/19 E. 2006/625 K.; Y9HD, 30.05.2008, E. 2007/9154 K. 2008/13307; Y9HD, 01.04.2011, E. 2009/8046 K. 2011/9717; Y9HD, 22.03.2010, E. 2010/10905 K. 2010/7511; Y9HD, 18.03.2010, E. 2008/22535 K. 2010/7225; Y9HD, 11.06.2007, E. 2006/32353 K. 2007/18337.

yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri" isimli bir rapor hazırlamıştır. Konuyla ilgili tek yasama faaliyeti diyebileceğimiz 11.01.2011 kabul tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise "işçinin kişiliğinin korunması" başlıklı 417. maddede "psikolojik taciz" teriminin tercih edildiği görülür. Kanımızca, Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme ülkemizdeki terimsel tartışmalara nokta koyacak mahiyettedir. Bu itibarla, bu çalışmada da kavramı ifadede salt "psikolojik taciz" terimi kullanılmıştır.

Psikolojik taciz, akademik literatürde en yoğun biçimde referans alınan kaynak olan ve bu konuda ilk araştırmacılardan kabul edilen İsveçli endüstri psikoloğu Heinz Leymann'a göre sistematik olarak, bir veya daha çok kişi tarafından genelde bir kişiye yöneltilen ve kişiyi savunmasız ve yardıma muhtaç bir duruma düşürüp, süreklilik arz eden eylemler ile bu halde tutan, düşmanca ve ahlak dışı her tür iletişimdir⁴. Konunun Amerika Birleşik Devletleri'nde gündeme gelmesinde en büyük pay sahiplerinden olan akademisyenler Gary ve Ruth Namie'ye göre ise kavram, "bir başka kişiyi kontrol amacıyla o kişiye karşı yapılan kasti ve tekrarlanan zarar verici her tür kötü muameleyi" ifade etmektedir⁵. Fransa ve latin dünyasında kavramın öncülerinden sayılan Marie-France Hirigoyen ise psikolojik tacizi, söz, bakış, hareket veya yazı ile olsun, bireyin kişiliğine, haysiyetine, fiziksel veya psikolojik bütünlüğüne yönelik her tür saldırgan davranış olarak tanımlamış, ayrıca bu davranış sistematik ve tekrarlanan nitelikte olduğunu belirtmiştir⁶. Buna ilave olarak, bu davranışların "işyeri iklimini" olumsuz etkilemesi veya işçinin istihdamı açısından tehdit yaratması gerektiği üzerinde de durmuştur. Türk akademik literatüründe psikolojik taciz, işyerinde çalışanlara diğer çalışanlar veya işverenler tarafından sistematik biçimde uygulanan, tekrarlanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlar olarak

⁴ Heinz Leymann, "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Cilt 5, 1996, s. 168.

⁵ Gary Namie ve Ruth Namie, *Bullyproof Yourself at Work!: Personal Strategies to Recognize and Stop the Hurt from Harassment*, DoubleDoc Press, Benicia: CA, 1999, s. 17'den aktaran David C. Yamada, "The Phenomenon of "Workplace Bullying" and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection", *Georgetown Law Journal*, Cilt 88, s. 480.

⁶ Marie-France Hirigoyen, *Malaise Dans le Travail : Harcèlement Moral, Démêler le Vrai du Faux*, Éditions La Découverte & Syros, Paris, 2001, s. 7.

ifade edilmiştir⁷. “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” başlıklı 19 Mart 2011 tarihli 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi’nde kavramın tanımı tam olarak yapılmasa da ortaya çıkış şekli ile izah edilmeye çalışılmıştır. Buna göre psikolojik taciz “kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde” ortaya çıkmaktadır. TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu’nun hazırladığı “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri” isimli bir raporda psikolojik tacizin, “sistemli bir şekilde, süreklilik arzeden bir sıklıkta çalışanı sindirme maksadı ile kişinin özgüvenine uygulanan psikolojik ve hatta fiziksel saldırgan davranışı ifade ettiği” belirtilmiştir. Psikolojik taciz ile ilgili ülkemizdeki ilk yargı kararlarından olması bakımından önem arz eden Ankara 8. İş Mahkemesi’nin 20.12.2006 tarih E. 2006/19 K. 2006/625 sayılı ilamında “(Mobbing) kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb., davranışları içermektedir” şeklinde açıklanmıştır⁸. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 14.3.2008 tarihli E. 2008/3122, K. 2008/4922 sayılı kararında psikolojik taciz, işçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasten güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işverenden veya işveren vekillerinden tarafından gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır⁹.

Görüldüğü üzere, kavram üzerinde tek bir tanım olduğunu söylemek mümkün olmasa bile, belirli koşullar üzerinde fikir birliği mevcuttur. Örneğin, ortada saldırgan bir davranış bulunmalı, bu davranış, işçinin kişiliğine yönelmiş olmalı, zarar kastı bulunmalı ve hareketler sistematik ve tekrarlanmakta olmalıdır. Bu koşullar altında davranışın tekrarlanır nitelikte olması, psikolojik tacizin gerçekleşmesi için şart görünmekle birlikte, ciddi sonuçlar doğuran tek bir hareketin dahi psikolojik taciz olarak nitelendirilebileceği de savunulmuştur¹⁰. Nitekim

⁷ Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 7.

⁸ Karar, Y9HD 30.05.2008 E. 2007/9154 K. 2008/13307 sayılı ilamı ile onanmıştır.

⁹ Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 477-478.

¹⁰ Hirigoyen, 2001: 24, 25; Maria Isabel S. Guerrero, “The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Cilt 27, Sayı 2, s. 484.

bu görüş, bir takım yasal tanımlarda da yer bulmuştur. Örneğin, Kuzey Amerika'da psikolojik taciz üzerine ilk yasal düzenleme kabul edilen Quebec Eyaleti'ne ait İş Standartlarına Dair Kanun'da değişiklik yapan 2002 tarihli düzenleme ile getirilen tanım uyarınca, işçide kalıcı zararlı etki bırakan tek bir ciddi nitelikte "benzer" hareket de psikolojik taciz kabul edilecektir¹¹. Son olarak belirtmek gerekir ki, üzerinde görüş birliği olan bir diğer husus psikolojik tacizin, işçiye karşı işveren tarafından gerçekleştirilebileceği üzere o işyerinde çalışan diğer bir işçi veya işçiler tarafından da gerçekleştirilebilir.

Hukukun, psikolojik taciz kavramına ilişkin ilgisi, her şeyden önce, psikolojik tacizi doğuran olayların bireylerin kişilik haklarını ihlal etmesine dayanır. Ancak bu davranışlar ile ihlal edilen haklar sadece kişilik hakları değildir. Kişilerin sağlık haklarında olduğu gibi çalışma hakları da bu davranışlar ile zarar görür.

III. İŞ HUKUKU KAPSAMINDA PSİKOLOJİK TACİZİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Psikolojik taciz olgusunun bireylerin birçok hakkını ihlal etmesine karşın¹², bu makalenin konusu itibarı ile burada çalışma hakkına ilişkin müdahale ve buna karşı iş hukuku mevzuatında var olan hukuki mücadele yolları üzerinde durulacaktır. Özel hukuka tabi çalışanlar genel itibarı ile 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında kalmaktadırlar. Ancak bu kapsamda olmamakla birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun ve 212 sayılı Basın Mesleğinde Çalı-

¹¹ Kanunun 81.18 sayılı bölümü uyarınca, psikolojik taciz, işçinin haysiyetini veya psikolojik veya fiziki bütünlüğünü etkileyen ve işçi açısından zararlı bir iş ortamı doğuran, tekrarlanan, düşmanca veya istenmeyen nitelikte olan davranış, sözselsel ifade, eylem veya vücut hareketi şeklindeki her türlü sıkıntı veren hareketi ifade etmektedir.

¹² Psikolojik taciz, Türk Ceza Kanunu kapsamında eziyet suçu, kişilerin huzur ve sükununu bozma, hakaret, özel hayatın gizliliğini ihlal, tehdit, iş ve çalışma özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilebilir. Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. Burcu Özkul, İlker H. Çankıç, "Mobbing ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2010, s. 481-499. Ayrıca, psikolojik taciz eylemlerinin intihara yönlendirme suçu, kasten yaralama suçu, eziyet suçu, cinsel saldırı ve cinsel taciz suçu, cebir kullanma suçu, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ve hakaret suçu kapsamında değerlendirilmesi bakımından bkz. Mustafa Ruhan Erdem ve Benay Parlak, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, Mayıs-Haziran 2010, s. 261-286.

şanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un kapsamında kalanlarda mevcuttur.

Yukarıda da arz edildiği üzere, özel hukuk çalışanlarının büyük bir çoğunluğu 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında kalmaktadırlar. Ancak 4857 sayılı yasa bir genel yasa niteliğinde olmadığından, bunun kapsamı dışında kalan diğer çalışanlara buradaki hükümlerin uygulanması söz konusu olmaz. İş hukuku kapsamında genel geçerli yasa Türk Borçlar Kanunu'dur. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı kanunun hizmet sözleşmesini düzenleyen maddeleri, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan, 854 ve 212 sayılı yasaya tabi çalışanlar için de, kendi kanunlarında özel bir düzenleme yok ise, genel geçerli olarak kabul edilecektir. Yine 4857 sayılı yasada düzenleme bulunmayan hallerde, bu yasaya tabi çalışanlar için de Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama imkanı bulacaktır. Nitekim gerek 854 gerekse 212 sayılı yasa kapsamında psikolojik tacizi değerlendirmek mümkün olmadığından, bu kanunlara tabi çalışanlar da Türk Borçlar Kanunu kapsamında çeşitli haklara sahip olacaklardır. Son olarak, 2013 yılı itibarı ile yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, uygulama bakımından kamu ve özel hukuka tabi tüm işyerlerini kapsadığından, bu kanun hükümlerinin de psikolojik tacize karşı tüm çalışanlar açısından koruma sağlayabileceğini belirtmek gerekir.

Her ne kadar yeni bir kanun olsa da, psikolojik taciz, terim olarak 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yer almamıştır. Aradan geçen süre içinde, psikolojik taciz konusu üzerine çalışmalar yoğunlaşmış ve bu konuda Türk Borçlar Kanunu'na özel hüküm konmuş olmasına karşın, İş Kanunu'nda bir değişikliğe gidilme ihtiyacı hissedilmemiştir.

Özel bir düzenleme mevcut olmaması karşısında, çalışanların maruz kaldıkları psikolojik tacizin hizmet sözleşmesinin taraflara yükledikleri borçlar ve ödevler kapsamında değerlendirildiği görülmüştür. Nitekim sayıca az olmakla birlikte, bugüne kadar yargı mercileri tarafından yapılan değerlendirmelerde de psikolojik taciz, işçi - işveren ilişkisi kapsamında tarafların karşılıklı yükümlülükleri açısından ele alınmıştır. Bir başka ifade ile İş Kanunu'nda psikolojik taciz terim olarak bulunmamakla birlikte, hizmet sözleşmesinin taraflara yükledikleri borçlar kapsamında psikolojik tacize karşı bir korumanın zaten mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bu açıdan bir değerlendirme

yapıldığında, psikolojik taciz, işverenin işçiyi gözetme borcuna ve eşit davranma borcuna aykırılık taşımaktadır. İşçiyi işverene ve/veya işverenin bir diğer işçisine karşı koruyucu yasal yollar da buna göre belirlenmektedir¹³.

A. Psikolojik Taciz ile İhlal Edilen Yükümlülükler

1. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcuna Aykırılık

Psikolojik tacizin ihlal ettiği ilk yükümlülük, hizmet sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan işverenin işçiyi gözetme (koruma) borcudur. İşverenin işçiyi gözetme borcu yasal dayanağını hem Türk Borçlar Kanunu'ndan hem İş Kanunu hem de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan almaktadır¹⁴.

818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında, 332. madde kapsamında işçinin iş görme yükümlülüğü çerçevesinde maruz kalacakları tehlikelere karşı işverenin gerekli tedbiri alması gerektiği düzenlenmekteydi. Bu düzenleme de işverenin işçiyi gözetme borcunun temelini oluşturmuştu. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise eski 332. madde yerine "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlıklı 417 ve devamı maddelerini getirmiştir. Bu maddenin önemi, psikolojik taciz terimine açıkça yer vermiş olması ve kişiliğin korunmasını yoruma yer vermeyecek biçimde düzenlemesidir. Buna göre;

"İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür".

¹³ Psikolojik taciz ayrıca işçinin kişilik haklarına da müdahale niteliği taşıdığından, kişiliğin korunmasına yönelik her tür hukuki yol, psikolojik taciz ile mücadele aracı olarak kabul edilebilir.

¹⁴ Bunun yanında Sosyal Güvenlik mevzuatı ve yine Umumi Hıfzıssıhha Kanunu çerçevesinde işverenin işçiyi gözetme borcuna ilişkin bir takım hükümler düzenlenmiştir.

Kanun, işverene açıkça işçilerin psikolojik tacize uğramamaları ve sayet uğradılar ise daha fazla zarar görmemeleri için gerekli tüm önlemleri alma borcu getirmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi ise *"işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak, işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymak"* yükümlüklerini düzenlemiştir. Bu ve devamındaki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin maddeleri 31 Aralık 2012 tarihinde yürürlükten kaldıran 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise 4. maddesinde işverenin, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla ilgili genel yükümlülüğünü düzenlemiştir ve devamında bu hususu detaylandırmıştır. Ayrıca aynı kanunun 2. maddesinde bu kanunun *"kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın"* uygulanacağı belirtilmiştir.

Görüleceği üzere gerek Türk Borçlar Kanunu (gerek İş Kanunu) gerekse İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hizmet ilişkisi kapsamında işverenin işçinin sağlığının korunması amacıyla gözetme borcu olduğunu açıkça kabul etmiş durumdadır. Bu noktada işverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamının dar yorumlanmaması gerektiğini belirtmek gerekir. Sağlığın korunması kavramı kişinin sadece fiziksel zarar görmesi hali ile ilişkili değildir. Bireyin psikolojik olarak zarar görmesi halinde de işçinin sağlığı zarar görmektedir. Nitekim Bayram da, psikolojik tacizi iş kanunu boyutu ile incelediği eserinde, doktrinde gözetim borcunun işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından değerlendirildiğini, bir başka ifade ile maddi kişilik değerlerinin korunmasının kastedildiğini; ancak işçinin korunması konseptinin *"manevi kişilik değerleri"* de dahil olmak üzere işçinin tüm kişilik değerlerini kapsayacağını ifade etmiştir¹⁵. Süzek, işçinin kişiliğinin korunmasının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasını da içerdiğini belirtmektedir¹⁶. Çenberci de bundan yaklaşık 40 sene önce yaptığı çalışmasında, İş Kanunu'nun 77. maddesinin işverene *"çalışan insanın beden ve ruh tamlığının korunması"*

¹⁵ Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 89.

¹⁶ Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012: 420.

için yararlı” her türlü tedbiri alma yükümlülüğü yarattığını yazmıştır¹⁷. Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir¹⁸. Doktrinde gözetim borcunun, işçiyi çalışma ortamındaki rahatsız edici her tür davranıştan korumak olarak anlaşılması gerektiği sıklıkla ifade edilmektedir¹⁹. Bu kapsamda sadece işverenin işçiye yapmış olduğu psikolojik taciz değil, bir başka işçi veya işçilerin de işverenin başka bir işçisine karşı yapmış oldukları psikolojik tacize karşı koruma, gözetim borcunun kapsamına girmektedir. Henüz 6331 sayılı özel yasa yokken yapılan bu yorumların 6331 sayılı yasada da aynen geçerliliğini sürdürmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bununla birlikte, birçok maddesi 2013 yılı ile birlikte yürürlüğe girdiği için henüz çok yeni bir düzenleme olarak kabul edeceğimiz bu mevzuat, içeriğinde psikolojik taciz gibi işçinin manevi kişilik değerlerini de zedeleyecek durumlar ile ilgili özel bir hüküm içermemesi bakımından kanımızca eksiktir.

Bu hali ile işverenin bir işçisine (gerek işveren gerekse diğer işçiler tarafından) uygulanan psikolojik taciz, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık taşır. Konunun dayanağının Borçlar Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’ndaki (ayrıca İş Kanunu) farklı maddeler olması sebebiyle psikolojik taciz eyleminin hem haksız fiil niteliğinin bulunduğu hem de hizmet sözleşmesinden doğan borca aykırılık niteliğinin bulunduğu doktrinde ifade edilmektedir²⁰. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 332. maddesindeki düzenlemenin kusur sorumluluğu oluşturduğu doktrinde ifade

¹⁷ Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986, s. 970.

¹⁸ Ali Güzel ve Deniz Ugan Çatalkaya, “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı 34, Cilt 3, 2012: 171, 157-188; Y10HD 4.3.2008, E. 2007/6310 K. 2008/2821

¹⁹ Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, Barış Yayınları, İzmir, 1994: 231-233; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 168 vd; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Senyen/Kaplan, *İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011, s. 129-130; Öner Eyrenci, *Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku*, Legal Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 144, Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya, 2010, s. 81; Hamdi Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 529 vd.; Selver Yıldız ve İlknur Kılıç, “Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, Cilt 1 Sayı 1, s. 85.

²⁰ Sarper Süzek, 2012: 436; Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 101; Aktay / Arıcı / Senyen-Kaplan, 2011: 130-133; Gülay Işkın, *İşyerinde Psikolojik Taciz*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010: 53.

edilmiştir²¹. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki 417. maddesindeki düzenleme incelendiğinde ise yasa koyucunun, işverenin bu madde-deki yükümlülüğüne aykırı davranışını hizmet sözleşmesinden doğan borca aykırılık olarak kabul ettiği açıkça görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin 3. fıkrası "*İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir*" düzenlemesi getirmiştir. O halde, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte sorumluluklar bakımından İş Kanunu düzenlemesi ile bir farklılık kalmadığı söylenebilir.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun niteliği de doktrinde tartışmalıdır. Oğuzman ve Tekinay, Borçlar Kanunu düzenlemesinde esas olanın kusurlu sorumluluk hali olması ve kusursuz sorumluluğun ancak kanunda özel olarak belirtilen istisnai durumlarda kabul edilmiş olmasına dayanarak, sözleşmeden doğan sorumluluğun kusursuz sorumluluk hali olduğuna ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış olmasından hareketle, bu sorumluluğun kusurlu bir sorumluluk olduğunu savunmuşlardır²². Nitekim Süzek de aynı görüştedir²³. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*". Görüleceği üzere, ilgili madde bir kusurlu sorumluluk hali düzenlemiştir. Ancak ispat yükünü ters çevirmiş de bulunmaktadır. Buna göre borçlunun borcundan kurtulmasının tek yolunun kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmesi şartıdır. Bu şartlar altında değerlendirildiğinde, işverenin bir işçisine psikolojik tacizde bulunması halinde ve/veya işverenin bir işçisinin bir başka işçiye psikolojik tacizde bulun-

²¹ Murat Demircioğlu ve Tankut Centel, İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010: 124; Süzek, 2012: 436; Kemal Tahir Gürsoy, "İşverenin Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 1-4, 1974: 185-198.

²² Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 101; İlhan Ulsan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 97 vd.; Bu konuda detaylı bir literatür taraması için bkz. Nüvit Gerek, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2006, s. 111 vd.

²³ Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1985, s. 205; Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 101.

ması halinde işveren bu konuda bir kusurunun bulunmadığını ispatla mükelleftir. Kusursuzluğunu ispatlayamadığı takdirde sorumluluk işverende olacaktır. Psikolojik tacize ilişkin gerekli önlemleri, gerek Türk Borçlar Kanunu'nun 417 gerekse İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümleri çerçevesinde almayan işverenin bu noktada kusurlu olduğu kabul edilebilecek ve bundan dolayı işçinin zararından sorumlu olacaktır.

Doktrinde İş Kanunu'nun 77. maddesi kapsamından doğan sorumluluğun²⁴ kusursuz bir sorumluluk olduğu da ifade edilir²⁵. Buna dayanak olarak da Yargıtay uygulaması gösterilmektedir. Gerçekten de Yargıtay yerleşmiş içtihatlarında özellikle İş Kanunu'nun 77. maddesi ile borçlar hukukunun istihdam edenin kusursuz sorumluluğu hükümlerini bir arada değerlendirerek, iş kazası neticesi ortaya çıkan zarardan, işverenin kusursuz sorumlu olacağını belirtmektedir²⁶. Yargıtay bir kararında bu sorumluluğu şu şekilde ifade etmiştir:

“1475 sayılı Kanununun 73, 4857 sayılı Kanununun 77. maddesi ve işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüğü hükümlerine göre işyerinde gerekli güvenlik tedbirlerini almayan işveren, bu tedbirlere riayet etmediği oranda sorumlu olacağı gibi, diğer işçisinin kusurundan da istihdam eden sıfatıyla sorumludur.

Ancak, bu sorumluluk kuralları dışında bir de bu konuda sanayiinin gelişmesiyle toplumsal düşünceden kaynaklanan tehlike (risk) sorumluluğu teorisine dayalı sorumluluk hali vardır. Gerek öğretilerde gerekse uygulamada ve özellikle İş Hukuku alanında benimsenen ve 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında biçimlenen bu sorumluluğun esası; zararlandırıcı olay işyerinde işverenin yada çalıştırdığı adamın tedbir konusunda gerekli özeni göstermesine, 3. kişi ile işçinin de herhangi bir kusurlarının bulunmamasına rağmen işçi için bir zarar doğurmuşsa, bunun sonucunda hak ve nesafet kuralları içinde işçinin işinden yararlanan işverenin sorumlu tutulmasıdır”²⁷.

Nüvit Gerek, Yargıtay'ın tehlike sorumluluğuna dayalı kusursuz sorumluluk esasını benimsemesine karşı, hala kusur unsurunu tam

²⁴ Artık İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu olarak değerlendirmek gerekir.

²⁵ Tınaz / Bayram / Ergin, 2008: 101; Sarper Süzek, 2012: 429; Gülay Işkın, s. 54; Nüvit Gerek, 2006: 113 vd.

²⁶ Y9HD, 03.11.1967, E. 1967/8057 K. 1967/10174; Y10HD, 13.06.1975, 1975/1949 E. 1975/3782 K.; YHGK, 28.10.1983, E. 1983/ 9-929 K. 1983/1044.

²⁷ YHGK, 12.11.2003, E. 2003/21-673 K. 2003/641.

olarak göz ardı etmediğini ve tam olarak kusursuz olduğu durumlarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğine hükmettiğini de ifade etmektedir²⁸. Haklı olarak eleştirildiği üzere kusursuz sorumluluk esası içerisinde kusur araştırılması çelişki yaratmaktadır.

Bu açıklamalara karşın, Yargıtay konu ile ilgili son birkaç kararında olayı risk esasına bağlı kusursuz sorumluluk kapsamında değil kusur sorumluluğu altında değerlendirmiş ve yerleşik görüşünü değiştirdiğinin sinyallerini vermiştir²⁹. Bu kararlar uyarınca *“bir olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin her durumda bu kazadan sorumlu tutulmasını gerektirmez. Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında bir kazadan işverenin sorumlu olması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihmali göstermesi sonucu kazanın meydana gelmiş olması gerekir. Diğer bir deyişle, kazadan sorumlu olabilmesi için işverenin kusurunun kanıtlanmış olması gerekir”*.

Yeni yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu’nda tehlike sorumluluğu ayrı olarak düzenlenmiştir. Kanun’un 71. maddesi *“tehlike sorumluluğu”* başlığı taşır ve *“önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işletenin”* müteselsilen sorumlu olacağını düzenler. Görüleceği üzere, bu madde de tehlike sorumluluğu, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden doğan zarara bağlanmıştır. Bu faaliyet sonucu bir zarar ortaya çıktıysa herhangi bir kusura bakılmaksızın işletme sahibi ve işleten müteselsil sorumlu kabul edileceklerdir. Maddenin mefhumu muhalifinden, işletmenin, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme kabul edilmeyeceği durumlarda, bu faaliyetlerden doğan zararın kusur sorumluluğuna bağlı olduğunun kabulü gerekir.

Bu halde yeni Türk Borçlar Kanunu kapsamında, tehlike sorumluluğu ve buna bağlı kusurlu ve kusursuz sorumluluk halleri düzenlendiğine göre, önemli ölçüde tehlike arz etmeyen işletmelerde iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uyulmaması sebebi ile işçilerin görecekları zararların, tehlike sorumluluğu teorisi adı altında değerlendirilmesi tartışmalara sebep olacak niteliktedir. Her ne kadar Kanun’un 71/3.

²⁸ Nüvit Gerek, a.g.e, s. 115.

²⁹ Y21HD, 12.6.2006, E. 2006/4895 K. 2006/6303; Y21HD, 27.9.2010, E. 2009/8698 K. 2010/9099; YHGK, 3.2.2010, E. 2010/21-36 K. 2010/67; son kararın detaylı incelemesi için bkz. Güzel ve Çatalkaya, 2012: 157-188.

maddesinde “belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır” düzenlemesi getirilmiş ise de, Yargıtay uygulamasındaki uygulamanın açık bir özel sorumluluk hükmüne dayandığı tartışmalı olduğundan, bu fıkranın dayanak teşkil etme imkanı da mümkün gözükmemektedir.

Bu açıklamalar muvacehesinde şu sonuca varılabilir. İşverenin veya bir işçisinin, işverenin diğer bir işçisine psikolojik tacizde bulunması halinde, işveren gerek tehlike sorumluluğu teorisine dayalı olarak gerekse sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulacak ve tacize uğrayan işçinin veya daha ağır sonuçlar doğması halinde murislerinin zararlarını tazmin yükümlülüğü altında olacaktır.

2. İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırılık

İşverenin işçiye eşit davranma borcunun yasal dayanağının temelini Anayasa'nın 10. maddesi oluşturur. Bu madde uyarınca “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”. Bu düzenlemede geçen benzeri sebepler teriminden hareketle, Anayasa'daki eşitlik düzenlemesinin genel anlamda eşit davranma borcunu güvence altına aldığı ve İş Hukukundaki eşit davranma borcunun da normatif bir dayanağını teşkil ettiği doktrinde ifade edilmiştir³⁰.

Anayasa'nın 10. maddesindeki düzenlemeden hareketle İş Kanunu'nun 5. maddesinde de eşit davranma ilkesi vücut bulmuştur³¹. Bu madde şu şekildedir:

“İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

³⁰ Can Tuncay, İş Hukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982: 23; Süzek, 2012: 471; Mollamahmutoglu, 2008: 542; Şükran Ertürk ve İlke Gürsel, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2011: 426; 425-458.

³¹ Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere “İşverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulmaktadır”.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz”.

İş mevzuatında eşit davranma borcuna ilişkin düzenleme bununla da sınırlı değildir. Yukarıda belirtilen ana ilkeden hareketle, İş Kanunu'nun 12. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesine bağlı çalışanlar ile belirsiz süreli iş sözleşmesine bağlı çalışanlar arasında, İş Kanunu'nun 13. maddesinde kısmi süreli çalışanlar ile tam süreli çalışanlar arasında ayırım yapılamayacağı; İş Kanunu'nun 18. maddesinde fesihle eşit davranma yükümlülüğü; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26. maddesinde sendikal faaliyetlerde yararlanmada üyeler arasında eşitliğe ilişkin yükümlülük düzenlenmiştir.

Bütün bu düzenlemelere rağmen, işverenin eşit davranma borcu, tüm işçilerine mutlak eşit davranması anlamına gelmez. Bu sebeple nispi nitelik taşır³². Süzek, eşit davranma borcunun aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusu olduğunu ifade etmektedir³³. Narmanlıoğlu da, Anayasa Mahkemesi'nin 18.4.1983 tarih ve E. 1981/13, K. 1983/8 sayılı kararına atıf yaparak, eşit davranma yükümlülüğünün, aynı işte eşit verimle çalışan ve aynı nitelikteki işçiler için söz konusu olduğunu, mutlak nitelik taşımadığını yazmıştır³⁴. Çelik'in de ifade ettiği şekilde, “eşit davranma borcu, herkesi mutlak olarak eşit kılmak anlamında alınmamalıdır”³⁵. Nitekim Yargıtay da eşit davranma ilkesinin iş hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranma borcu yüklediğini belirtmektedir³⁶.

³² Yenisey bunu şekli eşitlik anlayışı olarak izah etmektedir, bkz. Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, Sayı 11, Cilt 4, 2006, s. 69.

³³ Süzek, 2012: 475;

³⁴ Narmanlıoğlu, 1994: 233-234;

³⁵ Çelik, 2011:183; ayrıca bu konuda bkz. Tuncay; 1982: 5, 120; Ertürk ve Gürsel, 2011: 429.

³⁶ Y9HD, 11.9.1967, E. 1967/8479 K. 1967/7519; YHGK, 7.6.1969, E. 1969/606 K.

Psikolojik taciz açısından eşit davranma borcunu ele aldığımızda önemli bir husus dikkat çeker. Eşit davranma borcu, doğrudan işverenin fiilen uygulamasına dayandığından, ancak doğrudan bir işveren tarafından işçiye karşı yapılan psikolojik taciz eylemlerinde ihlal edilen bir yükümlülüktür. İşverenin bir işçisi tarafından bir başka işçiye psikolojik tacizde bulunulması halinde, işverenin eşit davranma borcuna aykırı bir davranışı söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, kanımızca, ayrımcılık saiki ile bir işçinin bir başka işçiye psikolojik tacizde bulunmasına göz yuman işveren de eşit davranma borcuna aykırı hareket etmektedir. İşveren tarafından gerçekleştirilen ve psikolojik taciz içeren eylemde, işveren eşit konumdaki işçiler arasında bir ayrımcılığa giderek, salt bir işçinin kişilik haklarına yönelik bir eylem gerçekleştirmekte, onu yalnızlaştırmakta, çalışma yaşamını kısıtlamakta ve çoğu zaman çalışmasını çekilmez hale getirmektedir. Bu hali ile de eşit davranma ilkesine aykırı hareket etmektedir³⁷. Bunun yanında her tür psikolojik taciz eyleminin eşitlik ilkesine aykırılık doğurduğunu söylemek de doğru olmaz³⁸. Psikolojik taciz nedeninin ayrımcılık yasakları olduğu hallerde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir.

IV. PSİKOLOJİK TACİZE UĞRAYAN İŞÇİNİN İŞ HUKUKUNDAN DOĞAN HAKLARI

A. ZARARIN TAZMİNİ HAKKI

1. Gözetme Borcuna Aykırılık Halinde Zararın Tazmini Yolları

İşveren veya bir işçisi tarafından psikolojik tacize uğrayan ve bundan zarar gören işçi, işverenin Türk Borçlar Kanunu'nun 417. ve İş Kanunu'nun 77. maddelerinden (2013 itibarı ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan) doğan gözetim borcuna aykırılığı iddiası ile her şeyden önce Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi kapsamında zarar tazmini talep edilebilecektir. Yukarıda da izah edildiği üzere, bu madde

1969/607; Y9HD, 17.2.2009, E. 2007/36441 K. 2009/2758; YHGK, 23.12.2009, E. 2009/9-485 K. 2009/598.

³⁷ Bayram, 2008: 116; Bu konuda ayrıca bknz. Işkın, 2010: 53; Fatma Burcu Savaş, İşyerinde Manevi Taciz, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2006, s. 119-122; Sabahattin Şen, "Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu", Çimento İşveren Dergisi, Sayı 5, Cilt 23, s. 58.

³⁸ Ali Güzel / Emre Ertan, "İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı"; Çalışma ve Toplum, Sayı 16, Cilt 1, 2008, s. 165.

sözleşmeye aykırılık sebebi ile uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Bu noktada işveren kendisine hiçbir kusurun yüklenebileceğini ispat etmedikçe zarardan sorumluluk taşıyacaktır. Yargıtay'ın son yıllara kadar önüne gelen bir çok olayda, özellikle, işverenin üzerine düşen iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almayı ihmal ettiği durumlarda sorumluluğunu, risk tehdidinde dayalı kusursuz sorumluluk niteliğinde kabul etmesi sebebi ile, işçilerin bu dayanak ile dava açma imkanlarının da olduğunun hatırlatılması gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesi uyarınca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre 49. ve 54. maddeleri çerçevesinde maddi tazminat, 53. maddesi çerçevesinde destekten yoksun kalma tazminatı ve 56. maddesi kapsamında manevi tazminat davaları da 112. madde ile temin edilemeyen alacak bulunması halinde açılabilir. Ancak 112. madde kapsamında açılacak davalarda zamanaşımı 10 yıl iken (md. 146), haksız fiile dayalı davalarda zamanaşımı zarar ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği andan itibaren 2 ve herhalde psikolojik taciz olayının vuku anından itibaren 10 yıldır (md. 72).

Psikolojik taciz karşısında işçinin görmüş olduğu asıl zarar manevi kişilik değerlerinin zedelenmesidir. Çoğu zaman ortaya çıkan zarar maddi olmaktan öte işçinin ruhsal dünyası ile ilgili olduğundan, manevi tazminat davalarının psikolojik taciz olaylarında önemli bir yer tuttuğu ortadadır. Ülkemizde çoğu zaman manevi tazminat davaları sonucu hükmedilen maddi tutar oldukça düşük görünmektedir. Bunun sebebi manevi tazminat ile ilgili yüksek mahkemenin bugüne kadar vermiş olduğu ilke kararlarıdır³⁹. Uygulamada işçilerde psikolojik taciz sebebi ile oluşan zararların çoğunluğunun manevi nitelikte bulunması sebebi ile bu davalarda hükmedilecek tazminat miktarı, psikolojik tacizi gerçekleştiren bireyler açısından caydırıcı nitelik taşımalıdır. Ülkemizdeki manevi tazminat uygulamalarının çoğu ise bu caydırıcılıktan yoksundur. Psikolojik taciz eylemine karşın bahsi geçen bu davaların açılması, işçinin gerek Anayasa gerekse Medeni Kanun'dan doğan kişiliğinin korunmasına ilişkin davaları açmasına engel teşkil etmez⁴⁰. Konunun kapsamı gereği kişiliği koruyucu bu davalardan bu makale içinde bahsedilmeyecektir.

³⁹ YİBK, 26.6.1966, E. 1966/7K. 1966/7; Y21HD, 24.3.2009, E. 2009/1602 K. 2009/4319.

⁴⁰ İşçilerin açabileceği kişiliğinin korunmasına ilişkin davalar için bkz. Bayram, 2008: 105 vd.; Işkın, 2010: 63-68; Savaş, 2006: 110-119.

Yukarıdaki paragrafta belirtilen tazminat talep hakkı, işverenin gözetim borcuna aykırılık neticesi doğan haklara ilişkindir. İşverenin eşit işlem yapma borcunun karşılığı istenecek tazminatlar ise farklılık taşır.

2. Eşit Davranma Borcuna Aykırılık Halinde Zararın Tazmini Yolları

Eşit davranma borcuna aykırılık halinde kanunda ilk olarak öngörülen tazminat türü, ayrımcılık tazminatıdır. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca iş ilişkisi sürecinde veya sona ermesinde işverenin bu madde hükümlerine aykırı ayırım yapması halinde, işçinin işverenden dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat isteme hakkı vardır. Uygulamada buna ayrımcılık tazminatı, ayırım tazminatı ve eşit davranmama tazminatı da denmektedir⁴¹. Süzek, işverenin eşit davranma borcunu, yaptırımlar bakımından iki ayrı nitelikte ele almaktadır. Süzek'e göre ayırım yapmak ile genel anlamda eşit davranmamayı ayrı değerlendirmek gerekir. Ayırım yapmak işçinin salt İş Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan nitelikleri gereği farklı muameleye tabi tutulmasıdır. Genel anlamda eşit davranmamakta ise bu nitelikler söz konusu olmamakla birlikte bir işçiye farklı muamele yapılmaktadır. Örneğin, bir şirketin muhasebe departmanında çalışan yardımcıların hepsi 2.000 TL ücret alırken, aynı koşullarda çalışan bir tanesinin 1.250 TL alması halinde genel anlamda eşit davranmama olayı mevcut iken, bu kişiye salt kadın olması veya dini inancı sebebi ile düşük ücret ödeniyorsa, ortada ayırım yapmak olayı mevcuttur. Genel anlamda eşit davranmama halinde, işçi, eşitlik ilkesine aykırılık sebebi ile yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilir. Ancak bu eşitsizlik işçiye ayrımcılık tazminatı talep etme yetkisini vermez. Adı geçen tazminat ayırım yapılması halinde talep edilebilecektir. Bu değerlendirme ile birlikte yüksek mahkeme genel anlamda eşit davranmama hallerinde dahi, özellikle hizmet sözleşmesi feshedildiyse ayrımcılık tazminatına hükmedebilmektedir. İşyerinde bir eyleme katılan işçilerin sadece bir tanesinin

⁴¹ Süzek, 2012: 487; Sümer, 2010: 82; Ertürk/Gürsel, 2011: 447 vd.; Serkan Odaman, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 25, 2010: 31; Yenisey, 2006: 76 vd.; Mollamahmutoğlu, 2008: 552; Y22HD, 12.7.2012, E. 2012/13064 K. 2012/16519; Y9HD, 19.10.2010, E. 2010/ 802 K. 2010/29784.

hizmet akdinin feshedilmesi diğerlerinin devamına ilişkin bir davada yüksek mahkeme söz konusu eylemi işverenin eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirmiş ve işçinin İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen tazminata hak kazanacağına hükmetmiştir⁴². Benzer bir şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.2.2011 tarihli E. 2009/4160 K. 2011/2530 sayılı kararında, mesai saatleri içinde kahvede okey oynarken yakalanan 10 işçiden sadece ikisinin iş sözleşmelerinin işveren tarafından sona erdirilmesi durumunda eşit davranma borcuna aykırılık bulunduğu sonucuna varmış, tazminat da dahil yeniden değerlendirilmek üzere dosyayı yerel mahkemeye göndermiştir.

Ayrımcılık tazminatı için esas alınacak ücret, madde gerekçesinde asıl ücret olarak belirtilmiştir⁴³. Buna göre ücretin ekleri olarak kabul edilen prim, ikramiye ve paraya ilişkin sosyal haklar tazminatın hesabına dahil edilmez. Tazminatın tutarı konusunda da kanunda sadece bir üst sınır tespit edilmiştir. Ortaya çıkan olayda, hakim, yapılan ayrımcılığın niteliği, zararın varlığı ve boyutu, işçinin işyerindeki konumu gibi hususları dikkate alarak bu üst sınırı geçmeyecek şekilde bir tazminat takdir edecektir. Bununla birlikte işçinin ayrımcılık tazminatına hak kazanabilmesi için ortada bir zararın doğmuş olması gerekmez; ayrımcılığa maruz kalması yeterlidir⁴⁴.

Ayrımcılık tazminatının İş hukukundaki diğer tazminatlarla birlikte ödenip ödenmeyeceği de doktrinde tartışılmıştır. Burada ifade edilen diğer tazminatlar kavramından İş Kanunu 17. maddesinde düzenlenen kötüniyet tazminatı, 21. maddesinde düzenlenen işe başlatmama tazminatı ve Sendikalar Kanunu 31. maddesinde düzenlenen sendikal tazminat kastedilmektedir⁴⁵. Ayrımcılık tazminatını düzenleyen İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası, devamında 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olacağını da düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre, yasa koyucu ayrımcılığın sendikal nedenlere dayandığı durumlarda işçinin daha üstün bir koruma

⁴² Y9HD, 18.9.2007, E. 2007/28938 K. 2007/26952; Ertürk / Gürsel, 2011: 449.

⁴³ Süzek, 2012: 488; Ertürk / Gürsel, 2011: 448.

⁴⁴ Süzek, 2012: 488; Ertürk / Gürsel, 2011: 448; Mollamahmutoğlu, 2008: 553; Yenişey, 2006: 77.

⁴⁵ Makale yazım tarihi itibarı ile TBMM 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nu kabul etmiş ve kanun Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu yeni kanunda sendikal tazminat 25. maddede düzenlenmektedir.

sağlayan sendikal tazminat talep edebileceğini ancak ayrımcılık tazminatını talep edemeyeceğini öngörmüştür. Benzer bir hüküm diğer tazminatlar için söz konusu değildir. Gerek kötüniyet tazminatı gerekse işe başlatmama tazminatı ile korunmak istenen menfaatler ayrımcılık tazminatı ile korunmak istenen menfaatlerden farklıdır. Gerek işe başlatmama tazminatı gerekse kötü niyet tazminatı, iş sözleşmesinin hukuken geçerli bir nedene dayanmadığı durumlarda işçinin iş güvencesini sağlamaya yönelik düzenlemelerdir. Oysa ayrımcılık tazminatı ise bir insan hakkı ihlali sayılan ayrımcılık yapma yasağının iş kanununda öngörülen yaptırımı niteliğindedir. Bu sebeple aynı olayda ayrımcılık tazminatı ödenmesinin işçi lehine ayrıca işe başlatmama tazminatına veya kötü niyet tazminatına hükmedilmesine engel teşkil etmediği düşüncesindeyiz. Nitekim işçi lehine yorum ilkesinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bu hali ile öğretide var olan bu tazminatların birlikte hükmedilemeyeceklerine ilişkin görüşe katılmıyoruz⁴⁶.

Eşit davranma borcuna aykırılık sebebi ile işçi tarafından talep edilebilecek bir diğer tazminat türü sendikal tazminattır. Sendikal tazminatın psikolojik taciz vakası ile bağdaşması ancak işçiye sendikal sebeplerle psikolojik taciz eyleminde bulunulması durumlarında ortaya çıkar. Bir işçiye sendikadan istifa etmesi amacıyla yapılan psikolojik taciz buna örnek teşkil eder. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi ve yeni yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca, bir işçiye sendikal nedene dayalı bir ayırmada bulunulması halinde işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere bir tazminata hükmedilecektir. Yukarıda da izah edildiği üzere, İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası hükmü gereği ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın aynı anda kazanılması söz konusu değildir. Ancak sendikal tazminatın maddi değeri ayrımcılık tazminatından daha yüksek olduğundan, böyle bir durumda işçi ayrımcılık tazminatı yerine sendikal tazminatı tercih edecektir.

Yüksek Mahkemenin psikolojik tacizden kaynaklı tazminat talebini içeren henüz tek bir adet kararı mevcuttur. Bu kararda da tazminat talebinin dayanağı olarak hem işverenin işçiyi gözetme borcu hem de

⁴⁶ Bu konuda öğretideki tartışmaların detaylı değerlendirilmesi için bkz. Süzek, 2012: 489,490; Ertürk/Gürsel, 2011: 449-451; Yenisey, 2006: 78-81; Odaman, 2010: 31 vd.

eşit davranma yükümlülüğü belirtilmiştir. Davaya konu olayda, davacı işçi TMMOB jeoloji mühendisleri odasında uzun yıllar çalışmış, ancak yönetimin değişmesi sonucu amiri konumundaki genel sekreter ile sorunlar yaşamaya başlamıştır. Disiplin kimliği temiz olan davacının 1,5 yıl içinde 5 kez savunması alınmış, 2 defa kınama cezası verilmiş, “kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı kabul ederek görevini yerine getirirken, tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere işyerinde amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmasını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırılmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağırılarak “sen bu işi beceremiyorsun” gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır”. Davacının mesai saatleri sonrası ağlama krizine girdiği tanık beyanları ile kanıtlanmış, psikolojik tedavi görmesi ve rapor alması da psikolojik tacize uğradığı kanaatini güçlendirmiştir. Buna dayanarak Ankara 8. İş Mahkemesi tarafından 20.12.2006 tarih E. 2006/19 K. 2006/625 sayılı ilam ile davacının davasının kabulü ile 1.000.-TL manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir. Yerel mahkeme kararında açık olarak “MK 2. maddesine ilişkin iyiniyet kuralları, 4857 sayılı yasanın işverenin çalışanlara eşit davranmasına ilişkin olgular birlikte değerlendirildiğinde işverenin işçisini koruma-gözetme sorumluluğunun bulunduğu açıktır” değerlendirmesine yer vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 30.5.2008 tarihinde E. 2007/9154, K. 2008/13307 sayılı ilamı ile yerel mahkemenin bu önemli kararını onamıştır.

B. İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI

İşverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık halinde işçinin kullanabileceği haklar sadece dava hakkı değildir. Yukarıda sayılan tazminat haklarının yanında, işçinin şartları oluştuğunda hizmet sözleşmesini tek taraflı fesih etme ve çalışmaktan kaçınma hakkı da mevcuttur. Bilindiği üzere, hizmet sözleşmelerinin kural olarak tek taraflı feshi ancak geçerli bir sebep bulunması veya haklı bir nedene dayanması halinde mümkündür. Hatta geçerli sebeple fesih hakkı da sadece işverene tanınan bir haktır (İş Kanunu md. 18 vd.). İş Kanunu düzenlemesinde işçinin fesih hakkı sadece haklı bir nedenin varlığı halinde düzenlenmiştir. Haklı nedenle fesih aynı zamanda işçiye bir takım işçilik haklarını talep etme imkanı da tanır. Haklı nedene dayanmayan diğer fesih hallerinde ise işçi kanuna dayanmayan bir fesihte bulundu-

ğu için tüm işçilik haklarını kaybedeceği gibi, ani fesihlerde işverene ihbar tazminatı ödemek yükümlülüğü altına da girer.

İş Kanunu'nun 24. maddesi işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini derhal fesih hakkını düzenler. Burada işçinin fesih hakkını kullanabilmesi üç farklı sebebe bağlanmıştır. İşçi, ya sağlık sebepleri, ya ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ya da zorlayıcı sebepler ile iş sözleşmesini fesih hakkına sahiptir. Sağlık sebeplerinden neyin ifade edildiği madde metninde açıkça belirtilmiştir. Buna göre;

“a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa.

b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa”

işçi derhal fesih hakkını kullanabilecektir.

Psikolojik taciz bu iki şartla da örtüşmemektedir. Psikolojik taciz halinde işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı tehlikeye girmez. Burada doğrudan doğruya işveren tarafından veya o işverenin bir işçisi tarafından bir diğer işçiye karşı yapılan kasti bir fiil mevcuttur. Bu fiilin de yapılan işin niteliği ile bir ilgisi olması beklenebilir. Bunun gibi psikolojik taciz olayında bir diğer işçi veya işverenin bir hastalığa tutulması söz konusu olmadığından, işçinin psikolojik tacize uğraması halinde sağlık sebeplerine dayalı olarak iş sözleşmesini sona erdirme hakkı bulunmamaktadır.

İş Kanunu'nun 24. maddesinde belirtilen zorlayıcı sebep de işçinin işini yaptığı işyerinde işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerdir. Psikolojik taciz spesifik bir işçinin işini görmesini engelleyebilir ancak işyerinin bütününde işin durmasını gerektirecek boyutta bir olay değildir. Çünkü mağdur çoğu zaman tek bir kişidir veya o işyerinde çalışan işçilerin çok kısıtlı bir sayıda olanıdır.

1. Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri Sebebi ile Fesih Hakkı

Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine bakıldığında ise kanunun burada tahdidi bir sayıma gitmediği görülür.

Bunlar incelendiğinde ise işçiye psikolojik taciz sebebiyle iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı veren kanımızca üç sebebin varlığından söz edilebilir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, kanun maddesinde psikolojik tacize ilişkin doğrudan bir düzenleme yapılmamıştır.

24. maddenin II/b bendinde ise işverenin işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi, davranışlarda bulunması veya işçiye cinsel tacizde bulunması hallerinde işçinin tek taraflı fesih hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. Psikolojik taciz tanımı gereği bireyin şeref ve namusuna dokunmaktadır. İşverenin işçiye psikolojik taciz uyguladığı her durumda şeref ve namusa dokunacak davranışlarda bulunduğu, bir kısmında da sözler söylediği ortadadır. Bu halde psikolojik taciz mağduru işçi, işverenin kendisine psikolojik tacizde bulunması halinde bu madde hükmüne dayanarak iş sözleşmesini derhal fesih hakkı mevcuttur. Maddede bu tür söz söyleme ve davranma eylemlerinin açıkça işveren tarafından gerçekleştirilmesi şartı getirildiğinden, işçinin bu maddeye dayanarak iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı sadece işveren tarafından gerçekleştirilen psikolojik taciz eylemlerinde söz konusu olabilecektir. İşverenin bir başka işçisi tarafından işçiye psikolojik taciz gerçekleştirildiğinde ise md. 24/II, b hükmüne dayanamayacaktır. Bunun tek istisnası mevcuttur. O da, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 5. fıkrası uyarınca işveren vekilinin işçiye karşı yaptığı psikolojik tacizdir. Anılan maddeye göre işveren vekillerinin, bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. Bir başka deyişle, işveren vekilinin işçiye karşı yaptığı psikolojik tacizden de işveren sorumlu olacağından, psikolojik taciz eyleminin bir başka işçi değil ancak işveren vekili tarafından gerçekleştirildiği hallerde de işçinin derhal fesih hakkının bulunduğu kabulü gerekir⁴⁷.

İş Kanunu'nun 24. maddesinin II/c bendine bakıldığında ise *“işverenin işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunması veya gözdağı vermesi..... yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda”* bulunmasının fesih sebebi kabul edildiği görülür. Psikolojik tacizin bir işçiye gözdağı verilerek, sataşmada bulunularak veya işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız isnad ve ithamlarda

⁴⁷ Süzek, 2012: 712,713.

bulunarak gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu tür olayların gerçekleşmesi halinde, işçi, İş Kanunu'nun tanıdığı bu haktan yararlanarak iş sözleşmesini derhal feshedebilecek ve bundan doğan zararı mevcutsa bunu da işverenden talep edebilecektir (md. 26/2). Yukarıdaki paragrafta da belirtildiği üzere, işçinin bu hükme dayanarak iş sözleşmesini fesih hakkı da, belirtilen eylemlerin işveren tarafından gerçekleştirilmesi halinde mevcuttur. Yine işveren vekilin bu maddeye aykırı davranışı da aynen işveren tarafından yapılmış gibi kabul edilerek, işçiye fesih hakkı yetkisi verecektir (md. 2/5). Ancak, psikolojik tacizin işverenin diğer bir işçisi tarafından uygulandığı durumlarda, mağdur işçi için bu madde uyarınca bir fesih hakkı doğmayacaktır.

İşçinin psikolojik taciz karşısında iş sözleşmesini feshine izin veren bir diğer maddenin de Kanun'un 24. maddesinin II/f bendi olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Hükme göre, "... çalışma şartları uygulanmazsa..." işçinin iş sözleşmesini derhal fesih hakkı vardır. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatının öngördüğü tedbirlerin alınmaması da çalışma şartlarının uygulanmaması altında değerlendirilir. Çalışma şartlarından iş hukuku ile ilgili tüm mevzuattan kaynaklanan şartlar anlaşılır. Nitekim yüksek mahkemenin görüşü de bu yöndedir⁴⁸. Bu sebeple psikolojik taciz vakalarında işverenin gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almaması söz konusu olacağından işçinin buradaki fesih hakkından yararlanabileceği savunulur.

Bugüne kadar verilmiş az sayıda psikolojik taciz kararı incelendiğinde, uygulamada mahkemelerin ve Yargıtay'ın işçinin uğradığı psikolojik taciz neticesi hizmet sözleşmesini tek taraflı fesih hakkı bulunduğunu kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Ancak yüksek mahkeme bu kararlarında maddesel detaylı incelemeye girmediğinden işçinin fesih hakkını niteliksel anlamda 24. maddenin 2. fıkrasının hangi bendine dayandırdığı bilinmemektedir. Örneğin, işçinin maaşının düşürüldüğü ve diğer işçilerin kendisi ile konuşmamasının talimat verildiği bir olayda yüksek mahkeme, davacı işçinin hizmet sözleşmesini feshini, uğranılan psikolojik taciz sebebi ile haklı bulmuş, ancak bunun yasal dayanağı üzerinde bir değerlendirmeye gitmemiştir⁴⁹.

⁴⁸ Süzek, 2012: 716-717, 885;

⁴⁹ Y9HD, 22.3.2010, E. 2010/10905 K. 2010/7511; YHGK, 2.11.2011, E. 2011/9-590 K. 2011/677.

Bununla birlikte, her ne kadar yukarıdaki açıklamalarımızda, işveren ve işveren vekili dışı kişiler tarafından gerçekleştirilen (işçinin mesai arkadaşları tarafından) psikolojik taciz vakalarında işçinin İş Kanunu'nun 24/II, b ve c maddelerine dayanarak hizmet sözleşmesini tek taraflı feshedemeyeceği üzerinde durulmuşsa da, Yargıtay, amiri tarafından gerçekleştirilen psikolojik taciz eylemleri neticesi istifa etmek zorunda kalan işçinin bu eylemini (işveren vekili olup olmadığı tartışması yapmadan) haklı sebeple fesih olarak yorumlamaktadır. 9. Hukuk Dairesi'nin 1.4.2011 tarihli E. 2009/8046 K. 2011/9717 sayılı ilamına konu olayda, davacı işçi, amiri tarafından kendisine zaman zaman bağırılması ve bir gün bayılması üzerine amirinin hastaneye götürülmesine karşı çıkması olayları neticesi hizmet sözleşmesini tek taraflı feshetmiştir. İşten ayrılırken kendisine istifa dilekçesi imzalatılmıştır. Fesih işleminden yaklaşık iki hafta önce hastaneye giden işçiye hipoglisemi ve hipotansiyon teşhisi konmuştur. İşçi, fesih işleminden sonra kıdem ve ihbar tazminatı alacakları için dava açmış, işveren ise işçinin istifa ettiği savunmasında bulunmuştur. Olayı inceleyen yüksek mahkeme, işçinin amirinin (tanık beyanı ile sabit olan) yukarıda sayılan eylemlerinin doktor raporu doğrultusunda "*psikolojik baskı (mobbing)*" sayılacağını ve işçinin istifaya zorlandığı tespiti ile işçinin hizmet akdini feshini haklı sebeple fesih olarak nitelendirmiştir. Kararda, işçinin amiri konusunda bulunan kişinin işveren vekili olup olmadığı üzerinde durulmamıştır. Yine fesihteki haklı sebebin, Kanun'un 24. maddesinin II. bendinin hangi fıkrasına dayandığı üzerine bir değerlendirme de yapılmamıştır. Karar her ne kadar mağdur işçinin korunması bakımından önemli olsa da, dayanak bakımından doğruluğu kanımızca tartışmalıdır. Yüksek mahkemenin psikolojik tacize ilişkin kararlarında kanımızca bu konulara netlik kazandırması gerekmektedir.

Yüksek mahkeme, bir başka olayda ise, işyerinde üretim müdürü statüsünde çalışan işçinin, işyerinde yeniden yapılanma sürecinde yerine yeni bir mühendis istihdam edilerek yetkilerinin elinden alınmasını, prim alacağı istendiğinde kendisine hakaret edilmesini ve huzursuz edilmesini de psikolojik taciz olarak nitelendirmiş; bunların neticesi işyerini terk etmesinin haklı nedenle fesih sayılacağı yorumunu getirmiştir⁵⁰. İşçinin müdür statüsünde çalıştığı kararda anlaşıldığı

⁵⁰ Y9HD, 18.3.2010, E. 2008/22535 K. 2010/7225.

dan, sayılan eylemlerin bağlı bulunduğu genel müdürlük (muhtemelen işveren vekili) tarafından yerine getirildiği kanısı doğmaktadır. Bu itibarla, olayın hakaret içermesi anlamında da buradaki feshin Kanunun 24/II, b maddesine dayandığı kanısındayız.

Yüksek mahkemenin bu konuda vermiş olduğu bir önemli karar ise cinsel taciz vakasına ilişkindir. İşçinin cinsel tacize uğradığı her halde kişilik haklarının zarar gördüğü ve psikolojik olarak da etkilendiği bir gerçektir. Cinsel taciz mağduru kişi doğal olarak kendini psikolojik baskı altında hissedecektir. İş Kanunu, cinsel taciz durumunda işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple fesih hakkı olduğunu özel olarak düzenlemiştir (md. 24/II, d). Bundan dolayı, işçiye uygulanan psikolojik tacizin cinsel tacizi de içermesi halinde, işçinin bu bentteki haktan yararlanarak sözleşmeyi tek taraflı fesih hakkının da bulunduğu kabulü gerekir. Anılan madde, cinsel taciz failinin işveren, bir başka işçi ve hatta işyerinde bulunan bir üçüncü kişi olması bakımından ayırım yapmadığından, kim tarafından yapılırsa yapılsın bu tür bir psikolojik taciz vukuunda (işverenin gerekli önlemleri almaması halinde) işçinin fesih hakkı doğacaktır. Yüksek mahkemenin bahse konu kararının önemini anlatmak için bu noktada İş Kanunu'nun 26. maddesini hatırlatmak gerekir. 26. madde işçinin fesih hakkını kullanmasını belirli bir süreye bağlamıştır. Buna göre, hizmet akdini haklı sebeple feshetmek zorunda kalan işçi, bu hakkını belirlenen eylemler gerçekleştikten veya bunun gerçekleştiğini öğrendikten sonra 6 işgünü içinde kullanmak zorundadır. Karara konu olayda ise, işçi, genel müdür asistanı olarak çalışmaktadır. Genel müdürün kendisine iki defa cinsel tacizde bulunduğunu ve onu reddetmesi üzerine kötü davranmaya ve küçük düşürmeye başladığını, hakkı olmadığı halde yılsonu performans notunu düşük vererek istifaya zorladığını, olayları işyerine aksettirince ücretsiz izine ayırdıklarını ve geçici olarak pazarlama departmanında işe başlattıklarını, farklı departmanlarda çalışmasının kendisini rahatlatacağını düşündüğünü ama öyle olmadığını, olayın duyulması üzerine dedikoduların yayıldığını, bakışlar kendisine yönelecek diye yemekhaneye dahi inemediğini, yaşananlara ve baskılara dayanamamaya sinir krizi geçirdiğini ve depresyon teşhisi konulduğunu, bunun üzerine hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshettiği iddiasında bulunmuştur. Yerel mahkeme tacizin vukuundan itibaren 6 günlük hak düşürücü sürede fesih eylemi gerçekleşmediğinden işçinin açmış olduğu

alacak davasını reddetmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise 4.11.2010 tarihli E. 2008/37500 K. 2010/31544 sayılı kararında, cinsel tacizi takip eden eylemlerin “mobbing”e dönüştüğünün kabulü ile temadi eden eylemler neticesi 6 günlük hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahsedilemeyeceğini kabul etmiş ve işçinin talebini haklı bulmuştur.

Bu noktada karardaki asıl önemli unsurun, fesih hakkının kullanılması süresine getirdiği yorum olduğuna dikkat çekmek gerekir. 26. madde kapsamında fesih hakkını kullanmanın 6 işgünlük süreye bağlandığı ve bu sürenin eylemin gerçekleşmesi ile veya işçi tarafından eylemin gerçekleştiğinin öğrenilmesi ile başladığı yukarıda belirtilmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da psikolojik taciz olayında işçinin fesih hakkının psikolojik taciz içeren eylemin gerçekleştiği tarihten başlayarak 6 işgünü içinde kullanılması gerektiği düşünülebilir. Oysa psikolojik taciz, tanımından da anlaşılacağı üzere işçiye karşı “sistemik” ve “tekrarlanır” şekilde yapılan eylemlerden meydana gelir. Yargıtay, yukarıdaki kararında bunu “temadi eden eylemler” olarak belirtmiştir. Her bir eylem birbirinden bağımsız kabul edilmez. Bir başka deyişle her bir eylem ayrı bir psikolojik taciz kabul edilmeyip, eylemlerin tümü tek bir psikolojik taciz vakasını işaret etmektedir. Bu sebeple olaylar arasında süre geçse de hukuken bir kesintinin olduğu kabul edilemez. Bu nedenle psikolojik taciz içeren olaylarda, bu eylemlerin kesildiğini gösteren ciddi bir zaman aralığı olmadığı hallerde hak düşürücü süre işlemeye başlamayacaktır. Kanımızca da yüksek mahkeme kararı doğrudur.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Uymama Sebebi ile Fesih Hakkı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İş Kanunu’nda iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, ve 89. maddeleri, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile 1 Ocak 2013 tarihi itibarı ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak hali hazırda bu konuda süregelen davaların olabileceği düşüncesiyle bu bölümde hem İş Kanunu’ndaki ilgili düzenleme hem de 6331 sayılı yasa düzenlemesi burada aktarılacaktır.

İş Kanunu kapsamında işçiye iş sözleşmesini feshetme yetkisi veren bir diğer düzenleme Kanununun 85. maddesinin 5. fıkrasındaki dü-

zenleme idi. Bu düzenleme uyarınca işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, bu durumu, o işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu varsa kurula, yoksa işverene veya işveren vekiline bildirecek; kurulun işçinin talebini haklı bulan kararı ve işçinin talebine rağmen işverenin gerekli tedbirleri almadığı durumlarda işçi, Kanun'un 24/I bendine uygun olarak iş sözleşmesini sona erdirebilecekti. Her şeyden önce görüleceği üzere bu düzenleme sonucu işçinin iş sözleşmesini sona erdirebilmesi için, sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikeye ihtiyaç vardır. Psikolojik taciz vakalarının çoğunda tehlikenin niteliği bu boyutlara ulaşmamaktadır⁵¹. Psikolojik tacizde karşılaşılan birçok olayda, işçiye yapılan fiiller işçinin sağlığını bozacak niteliktedir; ancak bunlar yakın ve acil olsalar bile hayati bir tehlike arz etmezler. Sadece sınırlı sayıda psikolojik taciz vakasında böyle bir tehlike doğmuş olabilir. İşçi bu şartların gerçekleşmesi halinde dahi doğrudan doğruya sözleşmesini fesih etme yetkisine sahip olmaz. Öncelikle bu durumu iş sağlığı ve güvenliği kuruluna bildirecektir. İş yerinde böyle bir kurul yoksa işverene veya vekiline bildirim de bulunur. Bu bildirim üzerine gerek kurul gerekse işveren veya vekilinin cevap verme zorunluluğu mevcuttur. 85. maddenin 5. fıkrası uyarınca şayet kurul işçiyi haklı bulur ve işçinin talebine rağmen işveren gerekli önlemleri almaz ise o takdirde fesih yetkisi doğmaktadır. İşçinin başvurusu karşısında kurul işçiyi haklı bulmaz ise bu fesih hakkı doğmayacağı gibi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu bulunmayan yerlerde işçinin fesih hakkının doğması için işverenin işçiyi haklı bulan cevabi yazısının gerekip gerekmediği kanunda belirlenmediğinden, fesih hakkının uygulanmasında sıkıntılar doğacaktır. Belirtmek gerekir ki, bu son halde, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı yerlerde tespit yazısının işveren vekili tarafından verileceği madde gerekçesinde ifade edilmiştir.

Bu noktada incelenmesi gereken bir husus da, Kanun'un 83. maddenin 5. fıkrasındaki bu düzenlemenin 24. maddenin II/f bendindeki düzenleme ile ilişkisidir. Bu hususta doktrinde karşıt görüş mevcuttur. Yukarıda izah edildiği üzere, doktrinde bir görüşe göre iş sağlığı

⁵¹ Mollamahmutoglu/Astarlı, 2012: 631.

ğı ve güvenliği hükümlerine uyulmadığı takdirde işçinin 83. madde kapsamındaki fesih yetkisi, 24/II.f bendinde bahsedilen fesih yetkisini ortadan kaldırmaz. Süzek, 24/II.f bendinde fesih hakkının çalışma şartlarının uygulanmaması koşuluna bağlandığını, çalışma şartı kavramından mevzuattaki tüm düzenlemelerin anlaşılması gerektiğini, iş sağlığı ve güvenliği hükümleri de bu düzenlemelerden olmakla, işverenin bu kapsamda gerekli düzeni sağlayamaması halinde çalışma şartlarını uygulamamış olacağını belirtir⁵². Ayrıca Kanun'a dair bilim kurulu taslağında bu hususun açıkça yazıldığını belirtmiştir.

Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre⁵³, 83. maddede iş sağlığı ve güvenliğine uyulmamasının yaptırımını düzenlenmiştir ve bu düzenleme (haklı olarak eleştirilebilecek bir şekilde) Kanun'un 24/II.f bendindeki fesih şartını ağırlaştırmaktadır. Bu yasa koyucunun özel olarak ortaya koyduğu bir iradedir. Bir an için kanunda bu şekilde bir düzenleme yapılmamış olduğu düşünülecek olursa, işverenin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almaması halinde, çalışma koşullarına uymadığı tespitinde bulunulacak ve işçinin iş sözleşmesini derhal fesih yetkisini kullanmasının önünde hiçbir engel kalmayacaktır. Yasa koyucunun bu düzenlemenin varlığına rağmen, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bölüm içinde özel olarak düzenlemeye gitmesi ve var olan fesih yetkisini ağırlaştırılmış şarta bağlaması, 24. maddedeki hakkın bu açıdan kısıtlanması iradesi olduğu düşüncesindeyiz. Nitekim bilim kurulu taslağındaki görüşe madde gerekçesinde de yer verilmemiş; bir başka ifade ile kasten çıkartılmıştır. Bu sebeple, psikolojik taciz durumunda, işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya bulunulmadığı durumlarda, işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı, ancak (yukarıda izah edilen) diğer fesih sebeplerine dayanılarak kullanılabilir.

⁵² Süzek, 2012: 885; aynı yönde görüşler için bkz. Gaye Burcu Seratlı, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 53, Sayı 2, 2004, s. 230-232; Ertan İren, "Geçici İş İlişkinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 60, Sayı 2, 2011, s. 281-307

⁵³ Ömer Ekmekçi, *4857 Sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler*, Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2003: 192; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 2010: 305; Aktay/ Arıcı/ Senyen Kaplan, 2011: 123; Sümer; 2010: 154

2013 yılı başında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca konu değerlendirildiğinde, işçinin 13. madde kapsamında bir fesih hakkının bulunduğu görülür. Bu madde aslen, aşağıda da belirtildiği üzere işçinin, işverenin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uymaması sebebi ile çalışmaktan kaçınma hakkını düzenlemektedir. Buna göre ve İş Kanunu'nun yukarıda belirtilen 83. maddesindeki şartlardan farklı olarak, ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula veya kurul yoksa işverene başvuruda bulunarak kendisine psikolojik tacizde bulunulduğunun tespitini ve gerekli tedbirlerin alınmasını talep edeceklerdir. Görüldüğü üzere burada tehlikenin niteliği ciddi ve yakın olarak belirtilmiş, ancak iş kanunundaki hayati olması gerekliliği kaldırılmıştır. Kanun'un 13/4 maddesi uyarınca, iş sözleşmesiyle çalışanların, "talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda", tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilecekleri düzenlenmiştir. Kanun kapsam olarak kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine uygulanacağı için (md. 2) hizmet sözleşmesinin niteliğine bakılmaksızın tüm çalışanlar için geçerli bir uygulama yaratılmıştır. Bu hali ile, 4857 sayılı yasaya tabi olanlar bu kanuna göre, 4857 sayılı kanun kapsamı dışında kalanlar ise nihayetinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre hizmet sözleşmesini fesih hakkına sahiptir. Yapılan düzenlemenin dikkat çekici yanı, çalışanın hizmet sözleşmesini fesih hakkının doğması için, işçinin başvurusu üzerine kurulun veya işverenin olumlu bir tespitte bulunması zorunluluğunu öngörmemiş olmasıdır. Belirtildiği üzere, işçinin talebi üzerine, işverenin gerekli tedbiri almadığı durumlarda, işçi sözleşmesinin bağlı olduğu kanuna göre fesih hakkına sahip olacaktır. İş Kanunu açısından değerlendirilecek olursa, bu düzenlemeye göre, psikolojik tacize uğrayan işçi durumu işverene bildirip gerekli tedbirleri almasını talep edecek. Talebine rağmen işverenin gerekli tedbirleri almaması halinde, İş Kanunu'nun yukarıda belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller hanesindeki sebeplere dayanarak iş sözleşmesini feshedebilecektir. Bir başka deyişle, İş Kanunu'nda var olan ve iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulmamasına ağırlaştırılmış bir fesih hakkı tanıyan düzenleme (haklı olarak) artık geçerliliğini yitirmiştir.

3. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Fesih Hakkı

Psikolojik taciz sebebi ile işçinin iş sözleşmesini fesih hakkına dair yukarıda yapılan açıklamalar 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında dahil işçiler için geçerlidir. 4857 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan çalışanlar açısından inceleme yapıldığında ise benzer bir fesih hakkının Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde düzenlendiği görülür. 435. madde iş sözleşmesinin haklı bir sebebe dayalı olarak taraflardan herhangi birisi tarafından fesih edilmesini düzenlemektedir. Madde uyarınca haklı sebep, "sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar" olarak tanımlanmıştır. Bir işçiye karşı yapılan psikolojik taciz, yukarıda da belirtildiği üzere işverenin Türk Borçlar Kanunu'ndan da doğan gözetim borcuna aykırılık içerdiği gibi, dürüstlük kuralına da açık aykırılık teşkil etmektedir. Bu halde, psikolojik taciz eylemi işçi açısından dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenmeyen durum ve koşul olarak kabul edilir. Bu halde, işçi sözleşmeyi aynı madde hükmüne göre derhal fesih etme hakkına sahiptir⁵⁴; ancak fesih sebebini yazılı olarak bildirecektir. Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel düzenleme gözönüne alındığında, psikolojik tacizin bir başka işçi tarafından uygulanması halinde dahi, gözetme borcunun ihlalden bahsedilebileceği için, fesih hakkının varlığı kabul edilmelidir.

C. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesi uyarınca, işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin varlığı halinde, işçinin durumu iş sağlığı ve güvenliği kuruluna veya işyerinde böyle bir kurul yoksa işverene bildireceği yukarıda aktarılmıştı. Bu halde işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı da anlatılmıştı. 83. madde de aynı durumda işçiye tanınan bir diğer hak ise çalışmaktan kaçınma hakkıdır. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun işçinin talebi doğrultusunda karar vermesi halinde işçi şayet dilerse işveren tarafından gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışılmayan bu dönem için işçinin ücret ve diğer haklarının saklı olduğu kanunda açıkça düzenlenmiştir (md. 83/4).

⁵⁴ Süzek, 2012: 422.

Bu hak çerçevesinde, psikolojik taciz ile karşı karşıya kalan işçi için kullanılabilir bir diğer hak da çalışmaktan kaçınma hakkı olmaktadır. Ancak, her psikolojik taciz olayında işçinin bu hakkının bulunduğunu savunmak doğru olmaz. Çünkü 83. madde, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için bir takım usuller öngördüğü gibi, ortaya çıkan tehlikenin niteliği konusunda da betimleme yapmıştır.

İşçinin çalışmaktan kaçınması hakkını kullanabilmesi için öncelikle ortada işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin varlığı gerekir. Düzenleme gereği tehlikenin niteliği bakımından bu üç durum ayrı ayrı aranacaktır. Mollamahmutoğlu, tehlikenin yakın olması ile henüz gerçekleşmemiş ancak yakın gelecekte gerçekleşme ihtimalinin olmasının; acil olması ile derhal önlem alınmasının gerektiğinin; hayati olması ile de işçinin sağlığını veya fiziki bütünlüğünü tehlikeye atacak ağırlıkta olmasının anlaşılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁵.

Ancak bu tehlikenin varlığında dahi çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması bir şarta bağlanmıştır. Buna göre işçinin başvurusu üzerine iş sağlığı ve güvenliği kurulunun işçiyi haklı bulması ve bu doğrultuda karar vermesi gerekir. Kanun'da açıkça iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararı arandığından, bu kurulun bulunmadığı işyerlerinde bu hakkın kullanılıp kullanılmayacağı tartışma yaratır. Kanun'un 83. maddesinin ilk fıkrasında iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmaması sebebiyle ilgili başvurunun kurula yapılması hususu düzenlenmiş; hemen takip eden ikinci fıkrada ise bu kurulun bulunmadığı işyerlerinde başvurunun işverene veya vekiline yapılacağı belirtilmiştir. İşçi lehine yorum ilkesi ile md. 83/3'teki düzenleme değerlendirildiğinde, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu bulunmayan yerlerde, işverenin veya işveren vekilinin işçinin lehine karar verdiği durumlarda da işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının var olduğunun kabulü daha doğru olacaktır⁵⁶. Madde gerekçesinde de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak isteyen işçilerin konunun teknik özellikler taşıması nedeniyle kendiliğinden buna karar veremeyecek-

⁵⁵ Mollamahmutoğlu, 2008: 974; ayrıca bkz. Melda Sur, "İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", *A. Can Tunca'y'a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005: 395-414.

⁵⁶ İbrahim Aydın, "İşverenin İşyerinde Çalışan İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı", *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, 2010: 248, 243-271

leri, işyerinde hayati veya acil bir tehlikenin varlığı konusunda iş sağlığı ve güvenliği kurulunun yazılı tespitini almaları gerektiği, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde bu tespit yazısının bu konuda görevli işveren vekilinden alınacağı belirtilmiştir. İşverenden kendi aleyhine bu tür bir yazı vermesinin beklenmesi kanımızca gerçekçi olmadığından düzenlemenin işçi lehine makul bir başka usule bağlanması yerinde olacaktır.

Bu düzenleme çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun veya işveren ya da işveren vekilinin işçi lehine bir karar almadığı durumlarda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının bulunmayacağı; bu şartlar altında çalışmaktan kaçınan işçinin eyleminin iş görme borcunun ihlali olduğu öğretide belirtilmiştir⁵⁷. Bununla birlikte işçinin talebinin reddedildiği hallerde işçinin iş müfettişine başvurabileceği ve müfettişin işçi lehine kararı sonucu yine bu hakkın kullanılacağı de öğretide ifade edilmiştir⁵⁸.

Kanun'un 83. maddesi kapsamında iş sağlığı ve güvenliği kurulunun işçinin başvurusu üzerine aynı gün toplanarak karar vermesi gerekmektedir. Nitekim aynı hususun başvurunun işverene veya işveren vekiline yapıldığı durumlarda da kabulü gerekir. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun işçiyi haklı bulmadığı durumlarda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını hukuken kullanamayacağı da bellidir. Ancak iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kanunda belirtilen süre içinde toplanmaması ve kararını açıklamaması halinde çalışmaktan kaçınma hakkının işçi tarafından tek taraflı olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Engin, burada "özellikle küçük işletmelerde işveren vekilinin acil ve yaşamsal tehlike bulursa bile işçinin talebi doğrultusunda karar alamayabileceğinin" göz önünde bulundurulması gerektiğini ve acil ve hayati tehlikenin olduğu durumlarda işçiden çalışmasını (yaşama hakkı ve hayat bütünlüğünü tehlikeye atmasının) beklenemeyeceğini savunmuş; kurul veya işverenin (veya vekilinin) sessiz kaldığı durumlarda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını tek başına kullanabileceğini savunmuştur⁵⁹.

⁵⁷ Murat Engin, "Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2003: 91, 77-94.

⁵⁸ Mollamahmutoğlu, 2008: 975.

⁵⁹ Engin, 2004: 91.

Psikolojik taciz olaylarının bir çoğunda işçinin sağlığını bozacak bir tehlike mevcuttur. Bu tehlikenin yakın ve acil olduğu da söylenebilir. Ancak tehlike yakın ve acil olsa dahi, psikolojik tacizin bir çok türünde, bu eylemler işçi için hayati bir tehlike yaratmamaktadır. Bu sebeple de işçinin, İş Kanunu'nun 83. maddesi kapsamında çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması sınırlı olaylarda söz konusu olacaktır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre ise işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, kanunun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Yeni yürürlüğe girecek bu özel kanuna göre işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı muhafaza edilmektedir. Ancak bazı önemli değişiklikler göze çarpar. Bunlardan ilki, 4857 sayılı yasa kapsamında işçinin işverene müracaat hakkı ve dolaylı olarak çalışmaktan kaçınma hakkı "işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin" varlığına bağlanmışken, 6331 sayılı yasada yumuşamaya gidilmiş ve "ciddi ve yakın bir tehlikenin" varlığı halinde işçinin müracaat edebileceği öngörülmüştür. Bu noktada tehlikenin niteliği bakımından ciddi bir değişikliğe gidilmiştir. Tehlikenin hayati nitelikte olması artık gerekmeyecektir. Bu sebeple, bu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, birçok psikolojik taciz vakası için, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesinin de önü açılmış olacaktır. Böyle bir tehlikenin varlığı halinde işçi aynen 4857 sayılı kanundaki düzenleme gibi iş sağlığı ve güvenliği kuruluna veya işverene başvuruda bulunacaktır. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhal kararını verecektir. 4857 sayılı yasadaki işverenin karar süresi ile ilgili bir düzenleme yapılmaz iken, bu yasadaki işverenin derhal karar vereceği açıkça belirtilmiştir. Belirsizliği ortadan kaldırması bakımından olumlu bir düzenleme olmuştur. Kurulun karar süresi ile ilgili olarak ise 4857 sayılı yasadaki "aynı gün" karar vermesi öngörülmüşken, bu yeni yasadaki aynı gün ibaresi çıkarılmış ve acilen karar vermesi öngörülmüştür. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, 4857 sayılı yasadaki düzenlemeye paralel olarak, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun veya işverenin işçinin talebi doğrultusunda karar vermesi halinde doğacaktır. 4857 sayılı yasadaki bulunmayan işveren teriminin buraya eklenmesi, yukarıda işçi lehine yorum ilkesi doğrultusunda yaptığımız yorumun yapılması ihtiyacını ortadan kaldırdığından olumlu bir gelişme olmuştur. 6331 sayılı kanunun getirdiği bir önemli yenilik ise "ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda" işçinin iş sağlığı ve güvenliği veya

işverene başvuru prosedürü olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terketme haklarının bulunduğu düzenlenmesidir. Madde ayrıca bu hareketten dolayı işçinin haklarının kısıtlanamayacağını da açıkça düzenlemiştir. Bu yeni düzenleme önceki paragrafta yorum zoruyla yapılan değerlendirmeyi açığa kavuşturması bakımından önemlidir.

Türk Borçlar Kanunu kapsamında işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak yükümlülüğü düzenlenmiş olmasına karşın, bu yükümlülüğe uyulmadığı durumlarda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçiler bakımından çalışmaktan kaçınma hakkının mevcut olmadığı söylenebilir. Ancak, bu olumsuz durum 6331 sayılı yasanın 2013 itibarı ile yürürlüğe girmesi ile ortadan kalkacaktır. Daha önce izah edildiği üzere, 6331 sayılı yasa kapsamı itibarı ile kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine uygulanacağından, çalışmaktan kaçınma hakkı tüm çalışanlar için mevcudiyet kazanacaktır.

V. SONUÇ

Hukuk literatürümüzde psikolojik tacize ilişkin çalışmalar son 10 yıl içinde başlamış olup, her geçen gün toplumsal farkındalığın arttığı görülmektedir. Bununla birlikte, birçok olayda kişilerin psikolojik taciz kavramını tam olarak bilmedikleri ve kendilerine yapılan haksız buldukları birçok eylemi bu terim ile adlandırdıkları görülür. Psikolojik tacizin yasal bir tanımı ne yazık ki bu süreçte kanunlar çerçevesinde yapılmamış, idarenin gerçekleştirdiği iki çalışmada konunun çerçevesi çizilmiştir. Ortadaki kavramsal boşluğu yargı doldurmaya çalışmaktadır. Oysa kanımızca yapılması gereken, her şeyden önce kavrama hukuki bir tanımın yasa(lar) yolu ile kazandırılmasıdır.

İş hukuku mevzuatı incelendiğinde, bugüne kadar psikolojik taciz ile ilgili yapılan tek düzenlemenin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi olduğu görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun iş ilişkilerinde genel geçerli bir yasa olması sebebi ile etkisi büyük ise de bu alanda en kalabalık işçi kitlesini kapsamına alan yasa olan 4857 sayılı İş Kanunu'nda henüz özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. 2013 yılı başı itibarı ile yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda da psikolojik tacize yönelik özel bir düzenlemenin yapılmaması kanı-

mızca eksiklik oluşturmaktadır. Bu çerçevede, yasa koyucunun psikolojik taciz ile ilgili şu ana kadar ki iradesinin daha çok var olan yasalar nezdinde bu soruna çözüm getirmek olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, bu zamana kadar sayıca az olsa da, yargı makamları tarafından var olan yasaların psikolojik tacize de uygulanabileceğine karar verilmiştir.

Özel sektörde iş hukuku kapsamında çalışan işçiler bakımından, psikolojik tacize mağdur kalmaları anında kullanabilecekleri haklar, sözleşmenin haklı nedenle derhal feshi, bu sebeple uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini ve çalışmaktan kaçınma hakkıdır. Ayrıca işçinin haklı nedenle yapmış olduğu bu fesih kendisine kıdem tazminatı gibi işçi alacaklarını talep etme hakkı da vermektedir. Bununla birlikte işçinin haklı nedenle fesih hakkı, psikolojik tacizin işveren veya işveren vekili tarafından yapıldığı hallerde tartışmadan uzak bir şekilde kabul edilebilecekken, işyerinde çalışan diğer işçiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde bu hakkın kullanımı tartışmalı hale gelmektedir. Yargıtay'ın önüne gelen olaylarda, psikolojik taciz genel olarak çalışanın amiri konumundaki kişiler tarafından işlenmiş olmakla, yüksek mahkeme, amirin işveren vekili olup olmadığı tartışmasına girmeden işçinin tek taraflı fesih hakkını kabul ettiği görülmektedir.

İşçinin, amiri konumunda bulunmayan mesai arkadaşı veya arkadaşları tarafından psikolojik tacize mağdur kaldığı olaylarda ise yine İş Kanunu'nun 24/II.f bendinde yer alan "çalışma şartları uygulanmaması" sebebine bağlı olarak ve yahut iş sağlığı ve güvenliği hükümleri çerçevesinde fesih hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak yargı psikolojik tacize ilişkin vermiş olduğu kararlarında henüz yasal dayanak ile ilgili detaylı incelemede bulunmadığından, uygulamada da bu görüşün hakim olduğunu söylemek doğru olmaz.

Fesih hakkının yanında işçinin uğradığı maddi ve manevi zararı, sözleşmeden doğan borca aykırılık hükümlerine göre talep edebileceği de ortadadır. Belirtilen her iki hak da İş Kanunu kapsamı dışında kalıp Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinden yararlanma hakkına sahip olan işçiler bakımından da geçerlidir.

Psikolojik taciz mağduru işçinin kullanabileceği son hak ise çalışmaktan kaçınma hakkıdır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında 2013 yılı başından itibaren tüm çalışanların sahip olacağı bu hak, psikolojik taciz neticesi ortaya çıkan tehlikenin ancak kanunda yazılı niteliğe ulaşması halinde kullanılabilir.

Sonuç olarak, Türkiye’de psikolojik taciz ile mücadelede iş hukukuna tabi çalışanların var olan yasalar kapsamında çeşitli hakları bulunmaktaysa da, daha etkin ve adil bir mücadele sağlanması amacıyla, yargının yorumuna daha az ihtiyaç duyacak şekilde özel düzenlemeler yapılmasının daha olumlu olacağı kanısındayız.

KAYNAKÇA

- AKTAY, Nizamettin / ARICI, Kadir / SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2011.
- AYDINLI, İbrahim: “İşverenin İşyerinde Çalışan İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, 2010, s. 243-271.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- ÇENBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986.
- ÇİL, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- DEMİRCİOĞLU, Murat / CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- EKMEKÇİ, Ömer: *4857 Sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler, Yeni İş Yasası*, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2003.
- ENGİN, Murat: “Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2003, s. 77-94.
- ERDEM, Mustafa Ruhan / PARLAK, Benay: “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 88, Mayıs-Haziran 2010, s. 261-286.
- ERTÜRK, Şükran / GÜRSEL, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.425-458.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, Legal Kitabevi, İstanbul, 2010.
- GEREK, Nüvit: *İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği*, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2006.
- GUERRERO, Maria Isabel S.: “The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Cilt 27, Sayı 2, s. 477-500.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: “İşverenin Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 1-4, 1974, s. 185-198.
- GÜZEL, Ali / ERTAN, Emre: “İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı”; *Çalışma ve Toplum*, Sayı 16, Cilt 1, 2008, s. 149-170.
- GÜZEL, Ali / ÇATALKAYA, Deniz Ugan: “İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı 34, Cilt 3, 2012, s. 157-188.
- HİRİGOYEN, Marie-France: *Malaise Dans le Travail : Harcèlement Moral: Démêler le Vrai du Faux*, Éditions La Découverte & Syros, Paris, 2001.

- IŞKIN, Gülay: İşyerinde Psikolojik Taciz, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- İREN, Ertan: "Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 60, Sayı 2, 2011, s. 281-307.
- LEYMANN, Heinz: "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Cilt 5, Sayı 2, 1996, s.165-184.
- MOLLAMAHMUDOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- NAMİE, Gary / NAMİE, Ruth: *Bullyproof Yourself at Work!: Personal Strategies to Recognize and Stop the Hurt from Harassment*, DoubleDoc Press, Benicia: CA, 1999.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Barış Yayınları, İzmir, 1994.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İzmir, 2012.
- ODAMAN, Serkan: "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 25, 2010, s. 31-40.
- ÖZKUL, Burcu / ÇARIKÇI, İlker H.: "Mobbing ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2010, s. 481-499.
- SAVAŞ, Fatma Burcu: İşyerinde Manevi Taciz, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2006.
- SERATLI, Gaye Burcu: "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 53, Sayı 2, 2004, s. 197-245.
- SUR, Melda: "İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", *A. Can Tuncay'a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 395-414.
- SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2010.
- SÜZEK, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1985.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ŞEN, Sabahattin: "Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu", *Çimento İşveren Dergisi*, Sayı 5, Cilt 23, s. 46-68.
- TINAZ, Pınar / BAYRAM, Fuat / ERGİN, Hediye: Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- TUNCAY, Can: İş Hukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- ULUSAN, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı, İstanbul, 1990.
- YAMADA, David C.: "The Phenomenon of "Workplace Bullying" and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection", *Georgetown Law Journal*, Cilt 88, s. 475-536.
- YENİSEY, Kübra Doğan: "İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum*, Sayı 11, Cilt 4, 2006, s. 63-82.
- YILDIZ, Selver / KILKIŞ, İlknur: "Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, Cilt 1 Sayı 1, s. 71-93.

KAMU GÖREVLİLERİ BAKIMINDAN İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG) VE HUKUKİ KORUNMA YOLLARI

MOBBING AND THE PATHS OF LEGAL PROTECTION IN TERMS OF CIVIL SERVANTS

Mine KASAPOĞLU TURHAN*

Özet: İşyerinde psikolojik taciz (mobbing) hem özel sektörde, hem de kamu sektöründe yaşanan önemli bir sorundur. Bu çalışmada işyerinde psikolojik taciz, sadece kamu görevlileri bakımından ele alınmaktadır. Kamu görevlileri bakımından psikolojik taciz, psikolojik tacize ilişkin hukuki korunma yolları ve bu konuda idarenin görev ve yetkileri ile sorumluluğu incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İşyerinde psikolojik taciz, mobbing, kamu sektörü, kamu görevlileri, idarenin sorumluluğu, idare hukuku.

Abstract: Mobbing is an important problem both in private and public sector. In this article, mobbing has been discussed merely in terms of civil servants. The ways of legal protection of civil servants from mobbing; the duties, powers and liability of public administration on this issue have been analyzed.

Keywords: Mobbing, public sector, civil servants, liability of public administration, administrative law.

GİRİŞ

İşyerinde psikolojik taciz, çalışanlar üzerinde oldukça yıpratıcı sonuçlar doğuran bir süreç olup, çalışanların fiziksel ve ruhsal sağlığını olumsuz yönde etkilemektedir. İşyerinde psikolojik taciz (mobbing), yeni bir olgu değildir; toplumumuzda birçok kişi bu sorunu yaşamaktadır. Ancak, dünyanın bu kavramla tanışması 80'li yıllarda olmuştur. Bunun nedeni, bu kavramın bilimsel çalışmalarda 80'li yıllardan itibaren yer almaya başlamasıdır.

* Yrd.Doç.Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

Türkiye’de bu konunun hukuki açıdan incelendiği bilimsel çalışmalarında ise bugüne kadar konu genellikle iş hukuku bakımından ele alınmıştır; ancak idare hukuku boyutu üzerinde pek durulmamıştır. Ancak, bu kavramın sadece işçiler bakımından değil, kamu görevlileri bakımında da incelenmesi, idare hukuku boyutuyla da ele alınması son derece önemli ve gereklidir. Çünkü, kamu kurum ve kuruluşlarında da psikolojik tacizle oldukça sık karşılaşılmaktadır. Hatta kamu sektöründe çalışanların psikolojik tacizle karşılaşma riskinin, özel sektörde çalışanlara göre daha fazla olduğu ileri sürülmektedir.¹ Dolayısıyla bu çalışmamızda, işyerinde psikolojik taciz (mobbing) konusunu kamu görevlileri açısından ele almayı uygun bulduk. Çalışmamızda, kamu görevlerinin işyerinde psikolojik tacizle karşılaşmaları durumunda, bununla nasıl mücadele edecekleri ve hangi hukuki yollara başvurabilecekleri, idarenin bu konudaki görev ve yetkileri ile sorumluluğu konuları incelenmektedir.

I. PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG) KAVRAMI

“*Mobbing*” kavramı, öncelikle bir etolog olan Konrad Lorenz tarafından hayvan grup davranışlarını tanımlamak için kullanılmıştır. Lorenz, küçük hayvanlardan oluşan bir hayvan grubunun tek ve daha büyük bir hayvanı korkutmak amacıyla sergiledikleri saldırgan davranışları “*mobbing*” olarak ifade etmiştir.² “*Mobbing*” kavramını ilk kez insanlar arasındaki iletişim biçimini ifade etmek için kullanan kişi ise İsveçli Peter Paul Heinemann’dır.³ İsveçli bir hekim olan Peter Paul Heinemann, çocukların sınıf içindeki davranışlarını incelerken, bir grup çocuğun genellikle tek bir çocuğa karşı sergiledikleri

¹ “2005 Avrupa Çalışma Koşulları Anketi sonuçlarına göre, işyerinde psikolojik ve fiziksel şiddetle karşılaşma riski özel sektörde çalışanlara karşılık (%4) kamu sektöründe (%6) daha yüksektir. Bunun nedenleri arasında kamu sektöründe işten çıkarılma riskinin az olması ve çalışanların işlerini kolay kolay terk edememeleri sayılabilir.” Bkz. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları No.6, Nisan 2011, s.17, http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf (Son erişim tarihi, 21.06.2012)

² Leymann Heinz, “The Content and Development of Mobbing At Work”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, 5(2), s.167

³ Tınaz Pınar/Bayram Fuat/Ergin Hediye, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.4

tahrip edici (yıkıcı) davranışlarını “mobbing” olarak ifade etmiştir.⁴ Ancak 80’li yıllarda, iş yaşamında “mobbing” kavramını ilk kez kullanan kişi ise İsveç’te yaşayan Alman asıllı endüstri psikoloğu Heinz Leymann’dır.⁵

Leymann’a göre “*çalışma hayatında psikolojik taciz (mobbing), bir veya birden fazla kişi tarafından, sistematik olarak genellikle bir kişiye yöneltilen ve bu kişiyi çaresiz ve savunmasız bir duruma iten, hasmane, ahlak dışı ve süreklilik arzeden eylemler aracılığıyla kurulan iletişim biçimi*”dır.⁶ Leymann buna “*psikolojik terör*” de demektedir. Leymann’a göre işyerinde psikolojik tacizden söz edebilmek için, bu eylemlerin sık yapılması (en az haftada bir kere) ve uzun bir zaman dilimine (en az altı ay) yayılması ve bu eylemler nedeniyle mağdur olan kişinin ruhsal, psikosomatik ve sosyal açıdan derin bir mutsuzluk içine girmesi gerekmektedir.⁷ Dolayısıyla Leymann, eylemlerin sık, sürekli ve sistematik olması özelliği üzerinde durmaktadır.

Doktrinde bu kavramı Türkiye’ye tanıtan kişi ise çalışma psikoloğu olan Prof.Dr.Pınar Tınaz’dır. Tınaz’ın bu konuda birçok çalışması bulunmaktadır. Tınaz’ın çalışmalarından birinde işyerinde psikolojik taciz (mobbing) kavramı “*işyerinde diğer çalışanlar veya işverenler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan bir çeşit psikolojik terör*” olarak tanımlamaktadır. Tınaz’a göre işyerinde psikolojik taciz kavramı, kişinin saygısız ve zararlı bir davranışın hedefi olmasıyla başlayan bir süreci ifade etmekte olup, sistematik bir şekilde uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet ve aşağılama gibi davranışları kapsar.⁸

Türk Dil Kurumu ise, “mobbing” kelimesinin karşılığı olarak “*bezdiri*” kelimesini kullanmış ve “*bezdiri*”yi ise “*iş yerlerinde, okullarda vb. topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef alıp, çalışmalarını sistemli bir biçimde engelleyip huzursuz olmasına yol açarak yıldırma, dışlama, gözden düşürme*” şeklinde tanımlamıştır.⁹

⁴ Leymann, s.167

⁵ Tınaz/Bayram/Ergin, s.4

⁶ Leymann, s.168

⁷ Leymann, s.168.

⁸ Tınaz/Bayram/Ergin, s.7

⁹ <http://www.tdk.gov.tr> (Son erişim tarihi, 23.12.2012)

II. MEVZUATIMIZDA İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ

Anayasa'nın 12. maddesine göre, herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. İşyerinde psikolojik taciz de Anayasa'da düzenlenen birçok temel hak ve özgürlüğün ihlali niteliğindedir. Örneğin, Anayasa'nın 17. maddesinde ise, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmektedir. İşyerinde psikolojik taciz, insan onuruyla bağdaşmadığından, Anayasa'nın bu hükmünün açıkça ihlali niteliğindedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, devletin temel amaç ve görevleri arasında kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; 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 çalışmak sayılmaktadır. Devlet bu görevleri kapsamında, işyerinde çalışma huzurunun sağlanması için gerekli politikaları belirlemeli, düzenlemeleri yapmalı ve tedbirleri almalıdır.

Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, ayrıca Devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları belirtilmektedir. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşlarında, tüm kamu görevlilerine ayrımcılık yapılmaksızın, eşit muamelede bulunulması zorunludur.

Anayasa'nın 49. maddesinde, herkesin çalışma hakkı ve ödevi olduğu belirtildikten sonra, devletin yükümlülükleri arasında, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almak da sayılmaktadır. Dolayısıyla, devlet çalışanları korumakla ve çalışma ortamında huzuru ve barışı sağlamakla yükümlüdür.

Anayasa'nın 56. maddesine göre ise, devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük kapsamında devlet, işyeri sağlığının korunması ve sağlanması için de gerekli tedbirleri almak zorundadır.

Psikolojik taciz (mobbing) kavramının tartışılmaya başlanması ve bu konudaki farkındalığın artması ile birlikte, bu kavrama mevzuatımızda da açıkça yer verilmeye başlanmıştır. Örneğin, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda işçiler bakımından işyerinde "psikolojik taciz" kavramına açıkça yer verilmektedir. Borçlar Kanunu'nun "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlıklı 417. maddesinin birinci fıkrasına göre "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin **psikolojik ve cinsel tacize** uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür". Ancak kamu görevlileri bakımından henüz bu konuda kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu konuda mevzuatımızdaki bir diğer önemli gelişme ise 20.06.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun¹⁰ yürürlüğe girmesidir.¹¹ Kanun'un amacı "işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir" (md.1). Kanun'un 2. maddesinin 1.fıkrasına göre ise bu Kanun, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine uygulanacaktır.¹² Yine Kanun md. 3/1-b' de çalışan, "kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi" olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, Kanun kamu görevlileri bakımından da koruma sağlamaktadır. Kanun'da kamu sektörüne de yer verilmiş

¹⁰ R.G., 30.06.2012, 28339

¹¹ Kanun'un 38. maddesine göre, Kanun'un 6., 7. ve 8. maddeleri, kamu kurumları için yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra yürürlüğe girecektir.

¹² Ancak, Kanun'un 2. maddesinin 2.fıkrasında, bu Kanun'un kapsamı dışında kalanlar sayılmıştır:

"(2) Ancak aşağıda belirtilen faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz:

a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri.

b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri.

c) Ev hizmetleri.

ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar.

d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri"

Bu hükme göre, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin, genel kolluk kuvvetlerinin, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı'nın faaliyetleri ile afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri kapsamında çalışmakta olan kamu görevlileri bu Kanun'un kapsamı dışında kalmaktadır.

olması önemli bir adımdır. Kanun'a göre işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür (md.4/1). Bu hükme göre, idare de kamu görevlilerinin işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğuna göre, işyerinde psikolojik tacizi önlemek için gerekli denetimleri yapmalı ve tedbirleri almalıdır.

Diğer taraftan, 19.03.2011 tarihli ve 27879 sayılı Resmi Gazete'de, "İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" başlıklı ve 2011/2 sayılı bir Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır. Genelge, hem özel sektörde hem de kamu kurum ve kuruluşlarında meydana gelen psikolojik tacizi kapsamaktadır. Genelge'de, psikolojik tacizin çalışanlar üzerindeki olumsuz etkileri sayılmaktadır. Genelge'ye göre psikolojik taciz, çalışanların onurunu zedelemekte, verimliliğini azaltmakta ve sağlığını kaybetmesine neden olmaktadır.

Genelge ile işyerinde psikolojik tacizin önlenmesi ve çalışanların psikolojik tacizden korunması için, hem işverenlere hem de idareye birtakım yükümlülükler yüklenmektedir.¹³ Genelge çalışanlara da yükümlülük yüklemektedir. Genelge'nin 2. maddesine göre "Bütün çalışanlar psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak duracaklardır." Ancak Genelge'de bu yükümlülüklere aykırı hareket edenlere uygulanacak idari yaptırımlar düzenlenmemektedir.

¹³ "1. İşyerinde psikolojik tacizle mücadele öncelikle işverenin sorumluluğunda olup işverenler çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri alacaktır.
2. Bütün çalışanlar psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak duracaklardır.
3. Toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterilecektir.
4. Psikolojik tacizle mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi, ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlanacaktır.
5. Çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla "Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu" kurulacaktır.
6. Denetim elemanları, psikolojik taciz şikâyetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandırılacaktır.
7. Psikolojik taciz iddialarıyla ilgili yürütülen iş ve işlemlerde kişilerin özel yaşamlarının korunmasına azami özen gösterilecektir.
8. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve sosyal taraflar, işyerlerinde psikolojik tacize yönelik farkındalık yaratmak amacıyla eğitim ve bilgilendirme toplantıları ile seminerler düzenleyeceklerdir."

Bu yükümlülüklerden biri, çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla “Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu” kurulmasıdır. Ancak henüz böyle bir kurul kurulmamıştır. Bu kurulun derhal kurulması gereklidir. Nitekim, 17.01.2012 tarihinde TBMM’ye “Çalışma Ortamında Psikolojik Tacizin Önlenmesine ve Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu Kurulmasına Dair Kanun Teklifi¹⁴” sunulmuş ve bu teklifin 11. maddesinde Başbakanlık bünyesinde böyle bir kurulun oluşturulması önerilmiştir.

Bunun dışında, Başbakanlık Genelgesi’nde psikolojik tacize uğrayan kişilerin psikolojik destek almalarının sağlanması için ayrı bir mekanizma öngörülmüştür. 19.03.2011 tarihli ve 27879 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” başlıklı ve 2011/2 sayılı bir Başbakanlık Genelgesi’nin 4. maddesine göre, psikolojik tacizle mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi, ALO 170 hattı üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlanmaktadır.¹⁵

Diğer taraftan, toplumda bu konudaki bilincin artmasıyla, psikolojik taciz mağdurlarının açtıkları dava sayısı da artmaktadır. Buna rağmen, “psikolojik taciz (mobbing)” kavramına ya da buna benzer bir kavrama idari yargı kararlarında pek yer verilmemektedir. Bunun en önemli nedeni, bu kavrama yukarıda belirttiğimiz Genelge dışında, kamu görevlileri bakımından henüz mevzuatımızda açıkça yer verilmemiş olmasıdır. Bu konuda kanuni bir düzenleme yapılırsa, kavramın tanımı, psikolojik tacizde bulunanlara uygulanacak yaptırımlar v.s. açıkça ortaya konursa, yargı kararlarında da gerekçe olarak bu kavram daha açık bir şekilde ortaya konabilecektir.

¹⁴ <http://www.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0320.pdf> (Son erişim tarihi, 21.06.2012)

¹⁵ “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Faruk Çelik, yaklaşık 1 yılda ALO 170’e 2 bin 280 psikolojik taciz (mobbing) çağrısı geldiğini, başvurulardan yüzde 53’ünün erkeklerden, yüzde 47’si ise kadınlardan geldiğini açıkladı. CHP İzmir Milletvekili Rahmi Aşkın Türelî’nin soru önermesine Çelik’in verdiği yanıt, “İşyerinde Psikolojik Taciz Genelgesi”nin sonuçlarını gözler önüne serdi. “İşyerinde Psikolojik Taciz” Genelgesi’nin yürürlüğe girdiği 19 Mart 2011’den 15 Şubat’a kadar Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi’ne (ALO 170) mobbingle ilgili 2 bin 280 çağrı geldiğini kaydeden Çelik, 1365’inin özel sektörden, 1915’inin kamu sektöründen geldiğini bildirdi.” <http://www.sabah.com.tr/Gundem/2012/04/09/2-bin-kisi-mobbing-uyguluyorlar-diye-aradi> (Son erişim tarihi, 23.12.2012)

III. KAMU KURUM ve KURULUŞLARINDA PSİKOLOJİK TACİZİN GÖRÜLÜŞ ŞEKİLLERİ

“İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” başlıklı ve 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi’ne göre psikolojik taciz “*kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde*” ortaya çıkmaktadır. Bu düzenlemeye göre, işyerinde psikolojik tacizin mutlaka çalışanın üstü tarafından yapılması zorunlu değildir. Kişinin amiri konumunda bulunmayan iş arkadaşları tarafından psikolojik taciz yapılması da bu kapsamda değerlendirilecektir. Nitekim doktrinde de psikolojik tacizin, çalışanlara sadece üstleri tarafından değil, astları veya eşit düzeydeki çalışanlar tarafından da yapılabileceği kabul edilmektedir.¹⁶

Kamu görevlilerinin maruz kaldıkları psikolojik taciz ise, genellikle kurum veya kuruluş içindeki “*hiyerarşi ilişkisi*”nden kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle, psikolojik taciz genellikle hiyerarşik amir tarafından gerçekleştirilmektedir. Çünkü, hiyerarşik amir, hiyerarşi gücünden kaynaklanan bazı yetkilere sahiptir. Örneğin hiyerarşik amir, astlarının memuriyet durumlarına ilişkin bazı işlemleri (örneğin atama-yükseltme işlemleri yapabilme, disiplin cezası verme, hizmet yerini değiştirme gibi) yapma, asta emir verme, astın işlemlerini denetleme yetkilerine sahiptir.¹⁷ Hiyerarşik amir, bu yetkilerini astına karşı kötüye kullanabilir. Astın amirinin emir ve kararlarına uymakla yükümlü olması¹⁸ nedeniyle, psikolojik tacize varan davranışlarla karşılaştığında tepki gösterip karşı koyması her zaman kolay değildir. Nitekim 657 sayılı DMK md. 10/2-3’de amirin maiyetindeki memurlara eşit davranma yükümlülüğü düzenlenmektedir:

¹⁶ Tınaz/Bayram/Ergin, s.7

¹⁷ Günday Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 10.Baskı, Ankara 2011, s.83

¹⁸ Elbette ki Anayasa’nın “Kanunsuz Emir” başlıklı 137. maddesindeki durumlar saklıdır: **Anayasa md.137-Kanunsuz Emir:** “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verenine bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

*“ Amir, maiyetindeki memurlara **hakkaniyet ve eşitlik** içinde davranır. Amirlik yetkisini kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslar içinde kullanır.*

Amir, maiyetindeki memurlara kanunlara aykırı emir veremez ve maiyetindeki memurdan hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamaz, hediyesini kabul edemez ve borç alamaz.”

Bu nedenle, amir konumunda bulunan kişilerin, astlarına eşit davranmaları ve hiçbir ayrımcılık yapmamaları gerekmektedir.

Psikolojik taciz, çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkabileceği gibi, çalışanın örtülü bir şekilde cezalandırılması şeklinde de ortaya çıkabilir. Örneğin, geçici görevlendirme veya naklen atama gibi işlemlerin, hizmetin gerekleri ve kamu yararı gözetilmeden, sadece memuru cezalandırma ya da uzaklaştırma amacı ile yapılması, psikolojik taciz olarak değerlendirilebilir. Nitekim, bir Danıştay kararına göre “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda aynı kurum içinde geçici görevlendirme konusu düzenlenmemiş olmakla birlikte, bir kamu kurumunun mevzuatla belirlenmiş olan görev alanı içinde yer alan “geçici” nitelikteki bir hizmeti ya da, değişen ve gelişen sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sonucu olarak ortaya çıkan, henüz örgütsel altyapısı oluşturulmamış ve bir kadro ile ilgilendirilmemiş olan “yeni bir kamu hizmetini” yürütmek amacı ile durumu uygun olan kamu görevlilerinin, “kadroları ile hukuki bağlarını sürdürmek ve belli bir süre ile sınırlı olmak üzere” atamaya yetkili amir tarafından geçici olarak görevlendirilmeleri olanaklıdır. Bu işlemin kurulmasında, yukarıda nitelendirilen kamu hizmetlerinin yürütülmesi amaç edinilmeli: kamu yararı ile bağdaşmayan, örneğin kamu görevlisini görevinden fiilen uzaklaştırmak veya onu cezalandırmak gibi hizmet gereklerine ters düşen bir sonuç amaçlanmamalıdır”.¹⁹

Yine bir başka Danıştay kararında, naklen atamanın da cezalandırma amacıyla yapılamayacağı belirtilmektedir.²⁰ Hizmetin gerekleri ve

¹⁹ D.5.D., E.1997/2711, K.1998/270, 09.02.1998

²⁰ “657 sayılı Yasanın 76/1. maddesi. “Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 nci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler.” hükmünü taşımaktadır.

kamu yararı gözetilmeden, memuru cezalandırma amacıyla yapılan bu tür işlemler hukuka aykırıdır. İdare, kamu görevlisini mevzuatta belirtilen koşulların varlığı halinde, ancak disiplin cezası verme yoluyla cezalandırabilir. İdarenin kamu görevlisini başka şekillerde cezalandırma konusunda bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, disiplin cezası verme yoluyla da kamu görevlisine psikolojik taciz uygulanabilir. Hukuka aykırı bir şekilde sırf memuru yıldırım amacıyla, memur hakkında disiplin soruşturmaları açılması, disiplin cezaları verilmesi de psikolojik taciz olarak nitelendirilmez. Örneğin, Sakarya 1. İdare Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, bir devlet hastanesinde başhemşire olarak görev yapan davacı hakkında altı ayrı disiplin soruşturması açılması ve bu soruşturmalar sonucu dört tane disiplin cezası verilmesi, ayrıca bu kişinin geçici görevlendirme ile başka bir hastaneye görevlendirilmesi nedeniyle, kişilik haklarının ve manevi bütünlüğünün zarara uğratıldığı sonucuna varılmış, idare tarafından manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir.²¹ "Mobbing" kavramının açıkça kullanıldığı bir Danıştay kararında ise, bir öğretim üyesine üç ayrı disiplin cezası verilmesi ve bu cezaların yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine, bu işlemler ile göreve yargı kararı ile atandığı tarihten itibaren kendisine karşı yürütülen taciz (mobbing), bıkırma ve yıldırıma yönelik eylem ve işlemler, öğretim

Anılan madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı amacı ve hizmet gereği ilkeleriyle sınırlı olduğu ve takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemlerin hukukun geçerli sebeplerine dayanması gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davalı idarece ... Sen Sendikası 6 Nolu Şube Başkanı olan davacının sendikal faaliyetleri nedeniyle görevini aksattığı ileri sürülerek dava konusu naklen atama işleminin tesis edildiği, davacının 8.5.1996 günü bağlı bulunduğu sendikanın yayınladığı el ilanını zabıta amirliğine izinsiz asmak, 18.4.1996 ve 8.6.1996 günleri yapılan memur eylemlerine katılmak suçları nedeniyle hakkında disiplin soruşturması yapılarak disiplin cezaları verildiği anlaşılmaktadır.

Görevinde başarısızlığı ya da başkaca bir olumsuzluğu ileri sürülmeyen ve sicilleri de olumlu olan davacının: bu eylemlerinin disiplin cezası verilmesini gerektirir nitelikte olması ve bu cezaların verilmiş bulunması karşısında, ayrıca bu eylemlerinin naklen atanmaya da gerekçe alınması, atamanın cezalandırma amacı taşıdığını göstermekte olup söz konusu cezaların dava konusu işlemin sebep unsuru olarak kabul edilmesine imkan bulmadığından, davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." D.5.D., E.1998/2342, K.1999/853, 07.04.1999

²¹ Sakarya 1.İdare Mahkemesi, E.2010/474, K.2011/187, 17.01.2011, <http://www.saglikaktuel.com/haber/bashemsire-mobbing-davasini-kazandi-16493.htm>, (Son erişim tarihi, 23.12.2012)

üyesinin manevi yapısını olumsuz olarak etkileyecek ağırlıkta bulunduğundan, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle üzüntü ve sıkıntı yaşayan öğretim üyesine manevi tazminat ödenmesine ilişkin ilk derece mahkemesinin kararı onanarak temyiz istemi reddedilmiştir²². Bu karar, “mobbing” kavramına açıkça yer verilen bir idari yargı kararı olması bakımından oldukça önemlidir.

Kısacası, kamu görevlileri geçici görevlendirme, naklen atama, disiplin cezası verme yoluyla da psikolojik tacize maruz kalabilir.

IV. KAMU GÖREVLİLERİ BAKIMINDAN İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZE (MOBBİNGE) İLİŞKİN HUKUKİ KORUNMA YOLLARI

A. İdareye Şikayet Başvurusu

1. Şikayet Usulü

Anayasa'nın md. 74/1-2'ye göre, “vatandaşlar ve karşılıklılık esaslı gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne yazı ile başvurma hakkına sahiptir.

Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.”

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 21’e göre ise, kamu görevlileri, amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari işlem ve eylemlerden dolayı şikayet ve dava açma hakkına sahiptirler. Bu maddeye göre, şikayet sözlü ya da yazılı olarak, en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile şikayet edilen amirler atlanarak yapılır.²³

²² D.8.D., E.2008/10606, K.2012/1736, 16.04.2012 (www.kazanci.com.tr)

²³ **657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md.21-Müracaat, şikayet ve dava açma:** “Devlet memurları kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat; amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı şikayet ve dava açma hakkına sahiptirler. Müracaat ve şikayetler söz veya yazı ile en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile şikayet edilen amirler atlanarak yapılır. Müracaat ve şikayetler incelenerek en kısa zamanda ilgiliye bildirilir. Müracaat ve şikayetlerle ilgili esas ve usuller Başbakanlıkça hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.”

Kanımızca, burada sadece amir tarafından değil, kamu görevlisine eşit düzeydeki çalışanlar veya astları tarafından yapılan davranışlar da şikayete konu olabilmelidir. Çünkü, daha önce de belirttiğimiz gibi, psikolojik taciz çalışanlara, amirleri dışındaki çalışanlar tarafından da yapılabilir. Bu nedenle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 21. maddesini geniş yorumlamak gerekmektedir.

Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik'in²⁴ 6. maddesine göre ise "Şikayet hakkında karar verme yetkisi şikayet edilenin ilk disiplin amirine aittir.

Şikayeti kabul eden ancak karar verme yetkisi bulunmayan amirler bunları silsile yolu ile ve kendi görüşlerini de ilave etmek suretiyle birinci fıkrada belirtilen amirlere 3 gün içinde intikal ettirirler. Şikayet edene de durum hakkında bilgi verirler."

Anayasa'nın "dilekçe hakkı" nı düzenleyen 74. maddesi ve kamu görevlilerinin şikayet hakkını düzenleyen 657 sayılı DMK md. 21 uyarınca, kamu görevlisinin yaptığı şikayet başvurusuna, idare tarafından bir cevap verilmesi zorunludur. Aksi takdirde, idarenin sorumluluğu söz konusu olur.

Örneğin bir Danıştay kararında, kamu görevlisi tarafından 1992 yılı sicilinin üçüncü sicil amiri olarak vali tarafından gazele, olumsuz düzenlendiği iddiasıyla, vali hakkında yasal işlem yapılması talebiyle idareye yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır:

"T.C. Anayasası'nın 74. maddesinde vatandaşların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yazı ile başvurma hakkına sahip oldukları, kendileriyle ilgili başvuruların sonucunun gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı ola-

²⁴ RG, 12.01.1983, 17926; Yönetmelik md.2'ye göre "Bu Yönetmelik hükümleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun değişik birinci fıkrasında sayılan kurum ve kuruluşlarda çalışan memurlar hakkında uygulanır.

Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli subay, astsubay, sivil memur, sözleşmeli ve yevmiyeli personel; Anayasa ve Uyuşmazlık Mahkemesi Üye ve Yedek Üyeleri ile raporörleri; 2656 sayılı Hakimler Kanununun 2661 sayılı Kanunla değiştirilen 18 ve 19 uncu maddeleri uyarınca bu Kanuna eklenen (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen Adli ve İdari Yargı mensupları; Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay Savcı ve Savcı Yardımcıları; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa tabi kurumlarda çalışan öğretim elemanları hakkında bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz".

rak bildirileceği öngörölmüş olup bu durumda Anayasa'nın 74. ve 657 sayılı Kanun'un yukarıda açıklanan 21. maddesi hükmü gereğince konu ile ilgili inceleme yapılarak davacıya bir cevap verilmesi gerektiğinde kuşku yoktur.”²⁵

Ayrıca, “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” başlıklı ve 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nin 6. maddesinde, denetim elemanlarının, psikolojik taciz şikayetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandıracakları belirtilmektedir. Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinde ise, şikayetlerin incelenmesi ve bir karara bağlanarak şikayet sahiplerine tebliğ edilmesi ile ilgili bütün işlemlerin en geç şikayet dilekçesinin karar merciiine intikal ettiği tarihi izleyen 30 gün içinde tamamlanması gerektiği, adli ve idari tahkikata konu olacak nitelikteki şikayetler hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

Mevzuatımızda da belirtildiği gibi, idarenin şikayet başvurusunu belirtilen süre içerisinde hızlı bir şekilde incelemesi ve mutlaka şikayette bulunana bir cevap vermesi zorunludur. Bu konuda denetim elemanlarına büyük sorumluluk düşmektedir. Denetim elemanlarının derinlemesine ve titizlikle inceleme yapmaları, gerçeklerin ortaya çıkarılması bakımından çok önemlidir. Bu incelemenin tarafsız ve objektif bir şekilde yapılması zorunludur.

Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesine göre, şikayette bulunan veya şikayet edilen, idarece verilen karara karşı, kararın kendisine tebliğini izleyen günden itibaren 10 gün içinde bir üst mercie itiraz edebilir. İtirazların yapılmasında ve incelenip karara bağlanmasında şikayetler hakkında bu Yönetmelik'te belirtilen usul ve esaslar geçerlidir.

Diğer taraftan, şikayet başvurusunu inceleyen idare, psikolojik tacizi sona erdirmek için gerekli tedbirleri almakla da yükümlüdür. Şikayet başvurusuna rağmen, inceleme başlatmayan, gözetim ve denetim yapmayan ve gerekli tedbirleri almayan idarenin hizmet kusuru söz konusu olacaktır.

Ayrıca Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik'e göre, “Bu Yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun

²⁵ D.İ.D.D.G.K., E.2002/13, K.2004/217, T.26.2.2004

olarak yapılmış bulunan şikayet ve müracaatlar hakkında Yönetmelikte öngörülen görevlerini zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirmeyen amirlere durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun değişik 125 nci maddesinde sayılan disiplin cezalarından birisi verilir.

İhbar yükümlülüğünü yerine getiren devlet memurlarına ihbarlarından dolayı bir ceza verilemez, doğrudan veya dolaylı olarak hizmet koşulları kısmen de olsa ağırlaştırılmaz ve değiştirilemez."

Dolayısıyla, bu hükümden hareketle sadece tacizde bulunan kamu görevlisi hakkında değil, aynı zamanda şikayet başvurusunu dikkate almayan, şikayet üzerine gerekli inceleme ve araştırmayı yaptırmayan ve gerekli tedbirleri almayan veya bunları yapmakta geciken kamu görevlileri hakkında da disiplin soruşturması başlatılarak, uygun disiplin cezası verilmesi gerekmektedir.

Tacizde bulunan kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturmasına başlanabilmesi için mutlaka bir şikayet başvurusu yapılmış olması zorunlu değildir. İdarenin, psikolojik taciz niteliğindeki tutum ve davranışları kendiliğinden öğrenmesi durumunda da, tacizde bulunan kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması başlatması ve bunun sonucunda kusurlu olan kamu görevlisine mevzuata göre uygun olan disiplin cezasını vermesi gerekir.

Şikayet Başvurusu Üzerine Başlatılan Disiplin Soruşturması Sonucunda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Psikolojik Tacizde Bulunan Kamu Görevlilerine Verilebilecek Disiplin Cezaları²⁶

Şikayet başvurusu üzerine veya kendiliğinden psikolojik taciz yapıldığını öğrenen idare, tacizde bulunan kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması başlatmalıdır. Mevzuatta psikolojik taciz, mobbing ve benzeri kavramlara açıkça yer verilmese de, bu kavramların kapsamı içinde değerlendirilebilecek davranışlar (örneğin hakaret, saygısız davranma, kötü muamele, küçük düşürme, aşağılama, tehdit gibi) ve bu davranışlar nedeniyle uygulanacak disiplin cezaları çeşitli düzenlemelerde yer almaktadır. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları

²⁶ Farklı disiplin usullerine tabi olan kamu görevlilerine ilişkin özel kanun hükümleri ile bunlara dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümleri saklıdır. Örneğin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu gibi.

Kanunu'nun disiplin cezasını gerektiren fiilleri düzenlediği 125. maddesinde, psikolojik taciz ile ilişkilendirilebilecek bir takım davranışlara yer verilmektedir. Burada dikkat edilecek husus, bu fiillerin sadece amirler tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olmamasıdır. Diğer bir deyişle, psikolojik taciz kapsamında değerlendirilebilecek bu fiiller, sadece üstün astına karşı değil, astın da üstüne karşı işleyebileceği veya aynı kurumda aralarında üstlük-astlık ilişkisi olmayan kişilerin de birbirlerine karşı işleyebilecekleri fiillerdir.

Örneğın, 657 sayılı DMK'nın 125/ A-e maddesine göre, “devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak” **uyarma cezasını** gerektirir. Psikolojik taciz de devlet memuru vakarına yakışmayan bir tutum ve davranış olarak değerlendirilebilir. Yine 657 sayılı DMK md.125/B' de **kınama cezasını** gerektiren fiil ve hallerden bazıları psikolojik taciz ile ilişkilendirilebilir:

md.125/B-c: Görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak,

md.125/B-g: İş arkadaşlarına, maiyetindeki personele ve iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak,

md.125/B-h: İş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle sataşmak,

md.125/B-ı: Görev mahallinde genel ahlak ve edep dışı davranışlarda bulunmak ve bu tür yazı yazmak, işaret, resim ve benzeri şekiller çizmek ve yapmak,

md.125/B-l: Kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak.

Aynı Kanun'da md. 125/C-e'de belirtilen “görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek” ile md. 125/C-ı'da belirtilen “hizmet içinde devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak” fiilleri de psikolojik taciz kapsamında değerlendirilebilir ve aylıktan kesme cezasını gerektirir.

657 sayılı DMK md. 125/D'de kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiil ve hallerden psikolojik taciz ile ilişkilendirilebilecek fiiller ise şunlardır:

DMK md. 125/D-d: Amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak,

DMK md. 125/D-ı: Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak,

DMK md.125/D-1: *Amirine, maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarete bulunmak veya bunları tehdit etmek.*

Tüm bu saydığımız fiiller dışında ayrıca DMK md.125'e göre, maddede sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve haller nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilir.

Kanımızca, işyerinde psikolojik tacizin, bu Kanun'da belirtilen ve dolaylı bir şekilde psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek bu davranışlar için öngörülmüş disiplin cezaları ile cezalandırılması yerinde değildir. Bunun yerine, işyerinde psikolojik tacizi ve buna ilişkin yaptırımları açıkça düzenleyen bir kanuni düzenleme yapılmalı ve psikolojik taciz açıkça disiplin cezalarına konu olmalıdır.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin 417. maddesine göre, *"İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.*

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmamak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir."

Kısacası buna benzer bir hükmün, kamu görevlileri açısından da Devlet Memurları Kanunu'nda açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır. Çünkü idare de kamu görevlisinin kişilik haklarını korumak ve saygı göstermekle yükümlü olup, bunu sağlamak için gerekli denetimi yapmak ve tedbirleri almakla yükümlüdür.

B. Türkiye İnsan Hakları Kurumu'na Başvuru

21.06.2012 tarih ve 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu²⁷ ile kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip ve

²⁷ R.G., 30.06.2012, 28339

özel bütçeli, Türkiye İnsan Hakları Kurumu kurulmuştur. Kurum, her türlü insan hakları ihlali iddialarını başvuru üzerine veya resen incelemek, araştırmak, değerlendirmek; bunların sonuçlarını ilgili kişi, kurum ve kuruluşlara bildirmek ve takip etmek, sorumlu bulunanlar hakkında yasal işlemlerin başlatılması için girişimde bulunmakla görevli ve yetkilidir (6332 sayılı Kanun md.11/a-1). İnsan hakları ihlalinin zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kurum'a başvurabilir (6332 sayılı Kanun md.12/1). İnceleme ve araştırma görevi kapsamında Kurum'un oldukça geniş yetkileri bulunmaktadır²⁸. Kanun'un geçici 1. maddesinin 7. fıkrasına göre, Kurum büroları kuruluncaya kadar, il ve ilçe insan hakları kurulları, Kurum bürosu olarak görev yapar. Henüz Kurum büroları bulunmadığından, ihlal iddialarına ilişkin başvuruları il ve ilçe insan hakları kurulları da kabul etmektedir. Ancak, Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun ve il ve ilçe insan hakları kurullarının kararları, idari davaya konu olabilecek icrai karar niteliğinde kararlar değildir.

Psikolojik taciz mağduru bir kamu görevlisi, çalıştığı kamu kurum veya kuruluşunda, yaptığı şikayet başvurularına rağmen hiçbir sonuç alamamışsa, idare tarafından psikolojik tacizin önlenmesi yönünde hiçbir tedbir alınmamışsa, konuyu Türkiye İnsan Hakları Kurumu'na veya şu anda Kurum bürosu olarak görev yapan il ve ilçe insan hakları kurullarına taşıyabilir. Nitekim, "mobbing" kavramının açıkça kullanıldığı Erzurum 2.İdare Mahkemesi'nin 18.06.2008 tarihli ve E.2007/1642, K.2008/688 sayılı kararında, Erzurum İl İnsan Hakları Kurulu'nca konuya ilişkin olarak yapılan inceleme sonucu düzenlenen rapora da atıf yapılmıştır.²⁹ Böylelikle söz konusu rapor karara dayanak teşkil etmiştir.

²⁸ 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu md. 13/1: "Bu Kanun ve diğer mevzuatla Kuruma verilen inceleme, araştırma, ziyaret ve rapor hazırlama görevleri ile diğer görevler, insan hakları uzman ve uzman yardımcılar ile diğer görevliler tarafından yapılır. Bunlar, Başkanın yetkilendirmesi hâlinde, tüm kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden ilgili bilgi ve belgeleri istemeye, incelemeye ve bunların örneklerini almaya, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin buldukları yerleri ziyaret etmeye, buralarda inceleme yapmaya ve gerekli tutanakları düzenlemeye yetkilidir. Kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler, Kurumun taleplerini gecikmeksizin yerine getirmeye zorundadırlar."

²⁹ Bkz. D.8.D., E.2008/10606, K.2012/1736, 16.04.2012 (www.kazanci.com.tr)

C. Kamu Denetçiliği Kurumu'na Başvuru

Kamu görevlisinin psikolojik tacize uğraması durumunda başvurabileceği bir diğer hukuki yol ise, Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvurudur. Anayasa'nın 74. maddesine göre, herkes, kamu denetçisine-ne başvurma hakkına sahiptir. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun görevi idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri incelemektir.

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Resmi Gazete'de yayımlandığı 29.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvuruyu ve başvuru usulünü düzenleyen 17. maddesi, yayımı tarihinden yani 29.06.2012 tarihinden dokuz ay sonra yürürlüğe girecektir.

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu md.5/1'de Kurum'un görevleri şöyle belirtilmektedir:

“Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikayet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir.

Ancak, aynı maddeye göre, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile resen imzaladığı kararlar ve emirler, yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar ve Türk Silahlı Kuvvetleri'nin sırf askeri nitelikteki faaliyetleri, Kurum'un görev alanı dışında tutulmuştur.

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu md.3/1-e'de “idare” tanımlanarak, bu Kanun kapsamında hangi kurum ve kuruluşlara karşı bu şikayet mekanizmasının kullanılabileceği hüküm altına alınmıştır.³⁰

Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvuruyu ve başvuru usulünü düzenleyen 17. maddesi, 29.06.2012 tarihinden dokuz ay sonra yürürlüğe gireceğinden, maddenin yürürlüğe girmesinden sonra, gerçek ve

³⁰ 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu md.3/1-e: “İdare: Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, mahallî idarelerin bağlı idarelerini, mahallî idare birliklerini, döner sermayeli kuruluşları, kanunlarla kurulan fonları, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüslerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlar ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseseleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerini,”

tüzel kişiler, idarenin işleyişı ile ilgili şikayetlerini, Kamu Denetçiliği Kurumu'na yapabileceklerdir. Kurum, idarenin her türlü işlem ve eylemleri ile tutum ve davranışlarına karşı yapılan şikayetleri değerlendirecektir. 17. maddeye göre, Kurum'a başvuruda bulunulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi zorunludur. İdari başvuruya idare tarafından verilecek cevabın tebliği tarihinden veya idare başvuruya altmış gün içinde cevap vermediği takdirde bu sürenin bitmesinden itibaren *altı ay* içinde Kurum'a başvurulabilecektir. İdari başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvurular ilgili kuruma gönderilir. Ancak Kurum, telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimali bulunan hallerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi başvuruları kabul edebilecektir. 17. maddenin son fıkrasına göre ise, dava açma süresi içinde yapılan başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durduracaktır.

Bir kamu kurum veya kuruluşunda bir kamu görevlisine, diğer bir kamu görevlisi tarafından yapılan psikolojik taciz de, idarenin işleyişı sırasında meydana geldiğinden ve psikolojik tacizde bulunan kamu görevlisi de idarenin bir parçası olduğundan, Kurum'a şikayete konu olabilecektir. Ancak bunun için öncelikle, yukarıda belirtilen idari başvuru yollarının tüketilmesi gerekir. Eğer idare, psikolojik tacize ilişkin başvuruya 60 gün içinde olumsuz cevap verirse, bu cevabın tebliğinden itibaren; 60 gün içinde cevap vermezse, 60 günlük sürenin bitiminden itibaren 6 ay içinde, psikolojik taciz mağduru kamu görevlisi, Kurum'a başvurabilecektir.

Bu düzenlemeye göre, psikolojik tacize maruz kalan kamu görevlisinin Kamu Denetçiliği Kurumu'na yapacağı başvuru üzerine verilecek karar idari davaya konu olabilecek icrai bir karar niteliğinde olmayacaktır. Çünkü, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu md. 5/1'e göre, Kurum, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarına ilişkin olarak idareye sadece önerilerde bulunmakla görevlidir. Kurum'un idarenin işlem ve eylemleri üzerinde başka bir yetkisi bulunmadığı gibi, herhangi bir yaptırım uygulama yetkisi de yoktur. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu md. 20/2-3'e göre "*Kurum, inceleme ve araştırma sonucunu ve varsa önerilerini ilgili mercie ve başvurana bildirir. Kurum, başvurana, işleme karşı başvuru yollarını, başvuru süresini ve başvurulacak makamı da gösterir.*

İlgili merci, Kurum'un önerileri doğrultusunda tesis ettiği işlemi veya Kurumun önerdiği çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde bunun gerekçesini otuz gün içinde Kurum'a bildirir."

D. Kamu Görevlileri Etik Kurulu'na Başvuru

Psikolojik taciz maduru kamu görevlileri, kurum veya kuruluşta etik davranış ilkelerine aykırı uygulamalar bulunduğu iddiasıyla, 5176 Sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca "Kamu Görevlileri Etik Kurulu"na başvurabilirler. Ancak 5176 sayılı Kanun md.4/1'e göre, Kurul'a en az genel müdür veya eşiti seviyedeki kamu görevlileri hakkında başvurulabilir. Hangi ünvanların genel müdür eşiti sayılacağı kurum ve kuruluşların teşkilât yapısı ve yürüttükleri hizmetlerin niteliği dikkate alınarak Kurul tarafından belirlenir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, "diğer kamu görevlilerinin, etik davranış ilkelerine aykırı uygulamaları bulunduğu iddiasıyla yapılacak başvurular, ilgili kurumların yetkili disiplin kurullarında, Kurul tarafından çıkarılan yönetmeliklerde belirlenen etik davranış ilkelerine aykırılık olup olmadığı yönünden değerlendirilir. Değerlendirme sonucu alınan karar, ilgililere ve başvuru sahibine bildirilir". 4. maddenin son fıkrasına göre ise "Yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarıncaya karara bağlanmış bulunan uyuşmazlıklar hakkında Kurula veya yetkili disiplin kurullarına başvuru yapılamaz. İnceleme sırasında yargı yoluna gidildiği anlaşılan başvuruların işlemi durdurulur."

5176 sayılı Kanun md. 5'e göre, Kamu Görevlileri Etik Kurulu, başvurular üzerine yapacağı inceleme ve araştırmayı en geç üç ay içinde sonuçlandırmak zorundadır. Kurul, sonucu ilgililere ve Başbakanlık'a yazılı olarak bildirir. Kurul'un bu Kanun'a göre yaptığı inceleme ve araştırmalar, genel hükümlere göre ceza kovuşturmasına veya tâbi oldukları personel kanunları hükümlerine göre disiplin kovuşturmasına engel teşkil etmez.

Kurul'un inceleme ve araştırma sonucunda verdiği kararlar, kamu görevlilerinin etik davranış ilkelerine uygun davranıp davranmadıklarını tespit eden kararlardır. Bu kararlar, idari davaya konu olabilecek icrai nitelikte işlemler değildir.

E. Psikolojik Taciz Nedeniyle Uğranılan Zararın Tazmini İstemiyle Tazminat Davası Açılması

Kamu görevlilerine yapılan psikolojik taciz, idari işlemler vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği gibi, eylemler vasıtasıyla da gerçekleştirilebilir. Kamu görevlileri, baskı yapma, yıldırma amacıyla haklarında tesis edilen geçici görevlendirme, naklen atama, disiplin cezası verme gibi idari işlemlerin iptali istemiyle idari yargıda iptal davası açabilirler. Ancak psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek işlem veya eylem niteliğindeki davranışlardan kaynaklanan zararların tazmini, iptal davasıyla talep edilemez. Psikolojik tacize maruz kalan kamu görevlisinin uğradığı zarar iki şekilde tazmin edilebilir. Birincisi, psikolojik taciz nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle, kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı, doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davası açılabilir. İkincisi ise hizmet kusuru nedeniyle idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açılabilir.

Psikolojik tacizde bulunan kamu görevlisinin davranışları, kamu görevlisinin salt “*kişisel kusuru*” olarak mı yoksa “*görev kusuru*” olarak mı değerlendirilmelidir? Bu davranışların kişisel kusur kapsamında değerlendirilmesi durumunda, kamu görevlisine karşı doğrudan doğruya adli yargıda tazminat davası açılacak; görev kusuru kapsamında değerlendirilmesi durumunda ise idareye karşı idari yargıda tam yargı davası açılacaktır.

Psikolojik tacizde bulunan kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun varlığının kabulü halinde, idarenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda, kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davası açılması gerekir. İdari yargıda, gerçek kişiler aleyhine dava açılmaz.

Ancak, kamu görevlisinin davranışının salt “*kişisel kusur*” oluşturup oluşturmadığının tespiti her zaman kolay değildir. Genellikle, kin, garez, düşmanlık gibi duygularla başkalarına zarar verme, kamu yararı dışında kişisel bir menfaat temin etme, mevzuat hükümlerini ya da yargı kararlarını kasten uygulamama veya ihlal etme gibi hizmetle, görevin gerekleriyle bağdaşmayan amaçlarla yapılan davranışlar, suç niteliği taşıyan davranışlar, ağır kusur halleri doktrinde ve yargı kararlarında “*kişisel kusur*” kapsamında değerlendirilmektedir.³¹ Ancak

³¹ ONAR’a göre kişisel kusuru hizmet kusurundan ayıran kriter subjektif bir kriter-

dir. Kusurlu fiilin objektif bakımdan hizmetle ilgisinin olup olmaması, hizmetin safhalarından birini oluşturup oluşturmaması önemli değildir. Kamu görevlisinin kötü niyeti ve kastı, kusurunun kişisel kusur sayılması için yeterlidir. Bkz. Onar Siddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, İstanbul 1966, s.1699-1702; Düren Akin, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1979, s.296-297; Gözübüyük Şeref/Tan Turgut, *İdare Hukuku*, C.1, Genel Esaslar, 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.851, Günday, s.374-376; Özgüldür Serdar, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", *Günışığında Yönetim (Özay İl Han)*, İstanbul 2004, s.867-868

"Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlanmak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerden ibaret olduğu Yargıtay ve Danıştay içtihat ve uygulamalarında kabul edilmektedir. Bu uygulamaya göre kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuata açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır." AYM, E.1974/42, K.1975/62, 25.03.1975, RG 03.06.1975, 15254

"Kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlamla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin, yukarıda belirtilen Anayasal korumanın dışında kaldığını ve dolayısıyla, doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak adli yargı yerinde tazminat davası açılabilme olanağı bulunduğunu da belirtmek gerekir"

Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, E.1999/28, K.1999/37, 06.12.1999

"Kişisel kusur, memur veya kamu görevlisinin kamu görevini yerine getirirken, idare fonksiyonuna, kamu görevi gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye yöneltilip, yüklenemeyen doğrudan doğruya memur veya kamu görevlilerine yüklenen memurun kişisel sorumluluğunu gerektiren tutum ve davranışlardır. Hizmete yabancı olan ve hizmetle birleşmeyen kusur kişisel kusur olarak kabul edilmelidir....

...Kişisel kusur ile hizmet kusuru ayırımında şu ölçütler kullanılabilir.

- 1- Eylem ve kusurlarının hizmetten açıkça ve kolayca ayrılabilmesi,
- 2- Kötü niyetle üçüncü kişiye ya da kuruma zarar vermenin amaçlanması,
- 3- Kendisine ya da başkasına özel çıkar sağlanması,
- 4- Bağışlanmayacak ölçüde işlem ve eylemlerde ağır kusur bulunması,
- 5- Yetkinin bilerek ve isteyerek kötüye kullanılması,
- 6- İdarenin görev alanı dışına çıkılması hallerinde memur veya diğer kamu görevlisinin kişisel kusurundan söz edilebilir.

Hemen belirtelim ki hukuka ve yasa kurallarına açıkça karşı gelinmesi, yargı kararlarının uygulanmaması, kin, garez, düşmanlık vs. gibi duygularla hareket edilmesi kişisel kusur için, yani memur ve kamu görevlisinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterlidir. Memur veya diğer kamu görevlisinin görevini yaparken ihmâl, dikkatsizlik ve tedbirsizlik, özensizlik, gözetim ve denetim görevini ihmâl sonucu ortaya çıkan zararlar da kişisel kusur kapsamına girer. Kişisel bir kusur olarak nitelendirilebilecek bir eylem yahut işlemin varlığı halinde sorumluluktan söz edilebilecektir. Burada sözü edilen kusur kasdi olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabilir." Y.H.G.K., E.2002/4-993, K.2002/1052, 11.12.2002

"Somut olgularla izah edilmek istenirse; idare ajanının kin, hınc, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında kalarak işlediği fiiller ile, emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme (Bkz. 22.10.1979 gün, 1978/7 E. 1979/2 K. sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında saptandığı üzere Danıştaya verilen Yürütmenin Durdurulması ya da iptaline ilişkin kararların uygulanmaması) tutum ve davranışları kişisel kusuru oluşturur. Gerek öğretide ve gerekse yargısal kararlarda "personelin" kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamış, kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin Adalet Mahkemeleri olduğu kabul edilmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 25.3.1975 günlü 1974/42 E., 1975/62 K.

hala günümüzde doktrinde ve yargı kararlarında, kişisel kusuru tam olarak belirleyebilecek ve herkesin üzerinde uzlaştığı net ölçütler belirlenebilmiş değildir.

Görev kusuru ise hizmet kusuru kapsamında değerlendirilen bir kusur türüdür. Diğer bir deyişle, görev kusurunun bulunması durumunda, meydana gelen zararı öncelikle idare karşılar. Görev kusurunu kişisel kusurdan ayıran özellik, görev kusurunun hizmetten ayrılmayan, kamu görevlisinin yetkilerini kullanırken işlediği kusur olarak değerlendirilmesidir.

Eğer kamu görevlisinin davranışı “görev kusuru” kapsamında değerlendirilirse, bu durumda, kamu görevlisi aleyhine adli yargıda tazminat davası açılması mümkün olmayacak, idareye karşı idari yargıda tazminat davası açılacaktır. Çünkü görev kusuru da hizmet kusuru içinde değerlendirilmektedir. İdare ise tazminatı ödedikten sonra, kusuru oranında kamu görevlisine rücu edecektir. Anayasa md. 129/5'e göre “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”. Ayrıca Anayasa md. 40/son'a göre “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 13/1'de ise kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açacakları ve kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkının saklı olduğu hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelerin amacı, zarar gören kişilerin uğradıkları zararın tazmini konusunda bir sorun yaşamamaları için ödeme gücü daha yüksek olan idare ile muhatap olmalarının sağlanması ve aynı zamanda kamu görevlilerinin de görevlerini yerine getirirken sürekli bir dava tehdidi altında olmamalarının sağlanmasıdır.³²

sayılı kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.1.1984 günlü 1981/4-110 E., 1984/1 K. sayılı ve 30.4.1986 günlü 1985/4-309 E., 1986/466 K. sayılı kararları, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1 nci Dairesinin 23.9.1997 günlü, 1997/19 Esas, 1997/613 K. sayılı kararı, Tekinay Akman Burcuoğlu Altop Tekinay Borçlar Hukuk Genel Hükümler 1988 sayfa 681).” Y.H.G.K., E.1998/4-27, K.1998/100, 11.02.1998

³² “Bu düzenleme ile, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davranışlarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılması-

Bir Danıştay kararında, görev kusuru şöyle tanımlanmaktadır:

“...özellikle kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen eylem ve kusurları, görevle ilgili olarak işlenen “görev kusuru” niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır.

Bu halde, zarar gören kişilerin, idarenin personeline karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları gerekmektedir. Çünkü, Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verildikten sonra, 129. maddesinin 5. fıkrasında da; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılacağı hükme bağlanmıştır”.³³

Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre ise “Kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ki, öğretide “görevli kusuru” olarak tanımlanan bu tür davranışlar, kamu personelinin hizmetten ayrılmayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta; bu durum ise, 657 sayılı Yasanın 13. maddesindeki “kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar” ibaresinde ifadesini bulmaktadır”.³⁴

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararında da görüldüğü gibi, son zamanlarda, yargı kararlarında “görev kusuru” kavramı, “kişisel kusur” sayılabilecek bazı durumları da içine alacak şekilde geniş olarak yorumlanmaktadır.³⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yukarıdaki kararında, görev kusuru çok geniş yorumlanarak, kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında

ni önlemek ve kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak suretiyle kamu düzenini korumak amaçlanmıştır; aynı zamanda, zarara uğrayan kişi bakımından, memurlar veya diğer kamu görevlilerine oranla ödeme gücü daha yüksek olan bir sorumlu (idare) muhatap kılınmıştır.” Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, E.1999/28, K.1999/37, 06.12.1999

³³ D.10.D., E.2006/7165, K.2008/8312, 26.11.2008

³⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, E.1997/16, K.1997/15, 14.04.1997

³⁵ Gözübüyük/Tan, s.851

herhangi bir ilişki kurulması, görev kusurunun varlığının kabulü için yeterli görülebilmektedir.

Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin başka bir kararında ise, kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı, kamu görevlisine karşı adli yargıda dava açılması uygun görülmüştür:

"Davacı, hakkında haksız ve mesnetsiz Şikayette bulunması nedeniyle işten çıkarılmasına sebebiyet verdiğini ileri sürdüğü okul müdür vekili Sadık Çetinkaya aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açmıştır.

... Buna göre, kural olarak, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle, görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak, ancak idare aleyhine dava açılabilir; yargı yerince tazminle yükümlü tutulması halinde idare, kanununun gösterdiği Şekil ve Şartlara uygun olarak, sorumlu personeline rücu edebilecektir.

Buna karşılık, kamu görevlisinin görev ve yetkilerinden, resmi sıfatından ayrılabilen; başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemlerinin, yukarıda belirtilen Anayasal korumanın dışında kaldığını ve dolayısıyla, doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı Şahsi kusuruna dayanılarak adli yargı yerinde tazminat davası açılabilme olanağının bulunduğunu belirtmek gerekir.

Olayımızda, gerek adli gerekse idari yargı yerlerinde, tazminatın konusunu oluşturan zararın kamu görevlisinin kasta varan Şahsi kusurundan doğduğu iddiasıyla ve doğrudan doğruya kamu görevlisine karşı dava açıldığı; öte yandan, idarenin sorumluluğunu gerektiren bir görev ya da hizmet kusurundan sözedilmediği gibi, idareye karşı dava açılmamakla idari yargı yerince idarenin sorumluluğunun saptanmasına ve tazminle yükümlü tutulması halinde de idarece sorumlu personele rücu edilebilmesine olanak bulunmadığı görülmektedir.

Belirtilen duruma göre, Şahsi kusuruna dayanılarak doğrudan doğruya kamu görevlisi aleyhine açılan tazminat davasının, özel hukuk hükümleri çerçevesinde görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu açıktır".³⁶

Doktrinde de görev kusuru farklı Şekillerde tanımlanmaktadır. Duran'a göre, görev kusuru, personelin hizmetten ayrılamayan kişisel

³⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, E.2003/31, K.2003/37, 16.06.2003

kusurları olup, bunlar hizmet kusuru niteliği taşıyan mesleki ve ödevsel kusurlardır.³⁷

Güran görev kusurunu şu şekilde tanımlamaktadır: “Görev kusurunu, ajanın idari bir tasarruf yaparken mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine, artık hizmet kusurunun anonimliğinden çıkarak, ferdin kendisine atıf ve izafe edilebilecek boyutlarda ve biçimde aykırı davranışları olarak anlıyoruz”.³⁸ Güran’a göre, hangi tutum ve davranışların görev kusuru teşkil edeceği, somut olayın özelliklerine, söz konusu görevin ve hizmetin koşullarına göre değerlendirilmelidir.³⁹

Düren’e göre, görev kusurunun üç unsuru bulunmaktadır:⁴⁰

- Mevzuatın kamu görevlisine yüklediği bir “kamusal görev”in, tanıdığı bir “devlet yetkisi”nin, verdiği bir “araç-gereç”in bulunması
- Zarar verici işlem ve eylemin görev sırasında ve görev gereği yapılmış olması
- Kamu görevlisinin zarar verici davranışı ile görevin ifası arasında “gaye ilişkisi”nin bulunması

Gözübüyük’e göre, görev kusurundan söz edilebilmesi için, iki koşulun varlığı gerekir. Birincisi, kusurun kamu hukukuna tabi bir görevden kaynaklanması; ikincisi kamu görevlisinin kusurunun görev sırasında ve görevin gereği olarak ortaya çıkmasıdır.⁴¹

Kısacası doktrinde görev kusuru tanımlanırken, bu kusurun özellikle görevin ve hizmetin gereği olarak kamu görevlilerinin yetkilerini kullanmasından dolayı ortaya çıkması, hizmetten ayrılamaması özellikleri üzerinde durulmaktadır.

Peki bir kamu görevlisinin başka bir kamu görevlisine psikolojik tacizde bulunmasını hangi kapsamda değerlendirmeliyiz? Bu davranış/davranışları kişisel kusur kapsamında mı, görev kusuru kapsamında mı ele almalıyız?

³⁷ Duran Lütfi, *Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*, Ankara 1974, s.56

³⁸ Güran Sait, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, *Amme İdaresi Dergisi*, Y.1979, C.12, S.1, s.57

³⁹ Güran, s.57

⁴⁰ Düren, s.295-296

⁴¹ Gözübüyük/Tan, s.845

Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bir kararında, fakültede dekanın bir öğretim üyesine karşı psikolojik taciz (mobbing) olarak nitelendirilebilecek keyfi tutum ve davranışları "kişisel kusur" olarak kabul edilmemiş ve "görev kusuru" kapsamında değerlendirilmiştir:

"Davacı, 1983 yılından beri Radyodiagnostik Anabilim Dalı Başkanı olarak görev yaptığını; davalının Dekanlığı sırasında Tıp Fakültesi Yönetim Kurulunca tesis edilen kendisinin özel tetkik ve muayene yapmasının yasaklanması yolundaki 3.4.1991 günlü işlemin Erzurum İdare Mahkemesinin kararıyla iptal edildiğini; buna bağlı olarak açtığı tam yargı davasında, aynı Mahkemece 1.841.270.- lira maddi tazminata hükmedildiğini; kendisinden boşalan Radyodiagnostik Anabilim Dalı Başkanlığının Fakülte Dekanunca yürütüleceği yolundaki 20.4.1993 günlü Tıp Fakültesi Dekanlığı işleminin de yine aynı Mahkeme kararıyla iptal edilmesi üzerine yeniden sözkonusu Anabilim Dalı Başkanlığı görevine atanmasının yapıldığını; ancak, çevreyle olan ilişkilerini ve bilimsel itibarını zedeleyen bu işlemler nedeniyle baktığı özel hasta sayısında ciddi ölçüde azalma meydana geldiğini ve 3 yıl boyunca huzursuz bir ortamda çalıştığından bahisle bu güne kadar telafisini sağlayamadığı maddi ve manevi zararların doğmasına tutum ve davranışlarıyla neden olduğunu ileri sürdüğü Tıp Fakültesi Eski Dekanı sıfatıyla Prof. Dr. S.K. `a karşı maddi ve manevi tazminat davası açmıştır...

...Kişilerin uğradığı zararla, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ki, öğretilerde "görevli kusuru" olarak tanımlanan bu tür davranışlar, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta; bu durum ise, 657 sayılı Yasanın 13. maddesindeki "kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar" ibaresinde ifadesini bulmaktadır.

Bu duruma göre; hernekadar idari yargı düzeninde kural olarak, idareye karşı açılan davalara bakılabilmekte ve kamu personeli de olsa gerçek kişilere karşı kişisel kusurdan hareketle tazminat davası açılmasına olanak bulunmamasında ise de; yukarıda açıklandığı üzere, olayda kişisel kusur sözkonusu olmayıp tazminat davasının konusunu oluşturan zarar, kamu personelinin görevi sırasında kullandığı yetkilerden ve resmi sıfatından ayrılamayan, aksine bunlarla sıkı sıkıya ilgili ve bağlantılı bulunan kusurdan doğrudan idare yönünden "hizmet kusuru" ve kamu personeli yönünden de "görev kusuru" esaslarına göre değerlendirilmesi gereken bu sorumluluğun yargısal denetimi görevi idari yargı yerine ait bulunmaktadır.

Belirtilen durum karşısında, idarenin işleyişinden ve yönetim göreviyle ilgili yetkilerin kullanılmasından doğan zararların tazmini istemiyle açılan davanın, anılan Anayasa ve Yasa kuralı uyarınca öncelikle idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir”⁴²

Ancak aynı davada, KARŞIOY görüşüne göre ise, dekanın keyfi tutum ve davranışları, “kişisel kusur” kapsamında ele alınmış ve tazminat davasının dekana karşı adli yargıda açılması gerektiği ileri sürülmüştür: “Yargısal kararlarla, öğretilde, idare ajanlarının kin, kötülük etme, zarar verme ve kasten hukuk kurallarını çiğneme gibi amaçlarla hareket etmeleri durumunda kişisel kusurun varlığı kabul edilmektedir.

Erzurum Atatürk Üniversitesinde Radyodiagnostik Anabilim Dalı Başkanı olan davacının, özel tetkik ve muayene yapmasının yasaklanmasına ilişkin Tıp Fakültesi Yönetim Kurulunun 3.4.1991 günlü işleminin iptali ve bu işlemde dolayı uğradığı zararın tazmini istemiyle açtığı dava lehine sonuçlanmış, kendisinden boşalan Radyodiagnostik Ana Bilim Dalı Başkanlığının Fakülte Dekanlığınca yürütülmesine ilişkin Dekanlık işlemide yine İdare Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir.

Davacı uyumsuzluğa konu olan bu davayı, Tıp Fakültesi Dekanının keyfi ve hukuka aykırı tutum ve davranışlarda bulunarak maddi ve manevi zararına sebep olduğunu ileri sürerek bu zararlarının tazmini istemiyle Dekanın şahsına karşı açmış bulunmaktadır.

Kişisel kusur, personelin görevi sırasında veya görevi dolayısıyla işleyebileceği ve idareye atıf ve izafesi mümkün olmayan karar ve fiiller olup görevin gerekleriyle bağdaşmaması nedeniyle görevle ilgili sayılması olanaksızdır.

Dosyanın incelenmesinden, davanın, davalının görevsel kusuruna değil kamu hizmetinden ayrılabilir nitelik taşıyan kişisel kusuruna dayandığı, davacının uğradığı zararın, davalının Tıp Fakültesi Dekanı olarak görev yaptığı sıradaki keyfi ve hukuk dışı davranışlarından doğduğu anlaşıldığından, davanın görüm ve çözümü adli yargının görevine girmektedir.”

Açıklanan nedenlerle, uyumsuzluğun adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekeceği düşüncesi ile karara karşıyız.”

Örneğin Yargıtay da bir kararında, öğretim üyesine yapılan ve psikolojik taciz kapsamında değerlendirilebilecek davranışları, kamu

⁴² UM, Hukuk Bölümü, E.1997/16, K.1997/15, 14.04.1997

görevlisinin hizmetten ayrılabilen “kişisel kusur” u olarak değerlendirmek yerine, “hizmet kusuru” olarak kabul etmiştir:

“ÖZET: Fen ve Edebiyat Fakültesi Tarih bölümünde öğretim üyesi olarak görev yapan davacı, aynı fakültede dekan ve bölüm başkanı olan davalıların görevlerini yaparken yetkilerini kötüye kullandıklarını, kendisine baskı uyguladıklarını, dilekçelerini işleme koymadıklarını, kendisine devamlı uyarı yazıları göndererek soruşturma baskısı altında tuttuklarını, bazı derslerin elinden alındığını, aşırı iş verdiklerini belirterek uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil ancak kamu idaresi aleyhine dava açılabilmesinin kabulü gerekir. Davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekir”.⁴³

Ancak uygulamada, psikolojik taciz nedeniyle adli yargıda kamu görevlisine karşı açılan ve kamu görevlisinin aleyhine sonuçlanan tazminat davaları da bulunmaktadır.⁴⁴

Yukarıdaki her iki olayda da, kamu görevlisinin bir diğer kamu görevlisini yıldırım, yıpratmak, huzurunu kaçırmak amacıyla yaptığı kasıtlı birtakım davranışlar söz konusudur. “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” başlıklı ve 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi’ne⁴⁵ göre, psikolojik taciz “**kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde**” ortaya çıkmaktadır. Doktrinde de işyerinde psikolojik tacizin ortaya çıkması benzer şekillerle ifade edilmektedir.⁴⁶ Dolayısıyla kamu görevlilerine yönelik bu keyfi ve hasmane tutum ve davranışlar da psikolojik taciz olarak nitelendirilebilir.

⁴³ Y.4.H.D., E.2010/11459, K.2011/13283, 12.12.2011, www.kazanci.com.tr

⁴⁴ Örneğin, basında çokça yer alan ve Kocaeli 4.Sulh Hukuk Mahkemesi’nde görülen bir davada, bir öğretim üyesine “psikolojik taciz”de bulunduğu gerekçeyle dekan hakkında manevi tazminata hükmedilmiş ve bu karar 12.05.2011 tarihli Yargıtay 3.Hukuk Dairesi kararı ile de onanmıştır. Bkz. <http://www.sabah.com.tr/Gundem/2011/05/30/mobbinge-yargitaydan-onay> (Son erişim tarihi, 23.12.2012)

⁴⁵ RG, 19.03.2011, 27879

⁴⁶ Mobbing (işyerinde psikolojik taciz), sistematik biçimde uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışları ifade eden anlamlar içermektedir. Bkz. Tınaz/Bayram/Ergin, s.7

Kanımızca kamu görevlisinin psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek bu tutum ve davranışları, kamu görevlisinin görevi sırasında ve görevi dolayısıyla, yetkilerini kullanırken işleyebileceği kusurlar olmasına rağmen, bunlar idareye atfı ve izafesi mümkün olmayan ve görevin gerekleri ile bağdaşmayan, hizmetten ayrılabilir nitelikte kusurlardır. Çünkü bunlar kin, düşmanlık gibi duygularla kötülük etmek, zarar vermek, kamu görevlisini yıldırma, huzurunu kaçırmak için “kasıtlı” olarak yapılan davranışlardır. Burada tacizde bulunan kamu görevlisinin amacı hizmetin görülmesi (ifası) değildir; dolayısıyla davranışları da görev gereği yapılan davranışlar değildir.⁴⁷ Bu nedenle, işyerinde psikolojik taciz kapsamındaki davranışlar “kişisel kusur” olarak değerlendirilmeli ve bu davranışlardan dolayı meydana gelen zararlardan kamu görevlisinin kendisi sorumlu olmalıdır. Gerçek kişilere karşı idari yargıda tam yargı davası açılmayacağına göre, böyle bir durumda psikolojik tacizde bulunan kamu görevlisine karşı adli yargıda tazminat davası açılmalıdır. Ancak burada ispat sorunu ortaya çıkabilecektir. Tacizde bulunan kamu görevlisinin tutum ve davranışlarını, yukarıda belirtilen niyet ve amaçlarla yaptığını ispat etmek her zaman kolay değildir. Çünkü burada söz konusu kusur subjektif bir kritere dayanmaktadır. Bu nedenle, aynı zamanda tacizde bulunan kamu görevlisinin yetkilerini eşitlik ilkesine, hizmetin gereklerine ve kamu yararına uygun bir şekilde kullanıp kullanmadığının da tespiti gerekir.

⁴⁷ DÜREN, kamu görevlisinin zarar verici davranışı ile hizmetin ifası arasında “gaye ilişkisi”nin bulunmaması durumunda, kişisel kusurun söz konusu olacağını ileri sürmektedir. Diğer bir deyişle, kamu görevlisinin hizmetin ifası amacının dışında başka bir amaçla hareket etmesi sonucunda zarar meydana gelmesi durumunda, artık kişisel kusurun varlığından söz edilecektir. Bkz. Düren, s.295-296; GÖZLER ise farklı bir yorum getirerek, gaye ilişkisini kriter olarak almamakta; Anayasa md.129/5’teki “yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar” kavramından yola çıkarak, “yetkilerin kullanımı” kavramı üzerinde durmaktadır. GÖZLER’e göre, örneğin, bir lise öğretmenin öğrencisinin sınav kağıdına kişisel düşmanlık nedeniyle geçmez not vermesinde kişisel kusur olsa da, not verme öğretmenin yetkileri arasında olduğundan, öğretmene karşı değil idareye karşı tazminat davası açılmalıdır. Ancak öğretmenin öğrencisini dövmesi durumunda, dövmek öğretmenin yetkileri dahilinde olmadığından, diğer bir deyişle öğrencisini döven öğretmenin yetkilerini kullandığından söz edilemeyeceğinden, kişisel kusurun varlığı nedeniyle öğretmene karşı adli yargıda dava açılmalıdır. Kısacası zarar “yetkilerin kullanımı” kapsamında ortaya çıkmışsa, dava kamu görevlisine karşı değil, idareye karşı açılmalıdır. Bkz.Gözler Kemal, *İdare Hukuku*, C.II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s.1051

Peki işyerinde bir kamu görevlisinin başka bir kamu görevlisine karşı psikolojik tacizde bulunması durumunda, idarenin hiç mi sorumluluğu olmayacaktır? İdarenin denetim yükümlülüğu kapsamında, kamu görevlilerini denetlemesi gerekmektedir. İdare, kamu görevlilerini psikolojik tacizden koruma ve psikolojik tacizi önleme konusunda gerekli özeni göstermek ve tedbirleri almakla yükümlüdür. Diğer bir deyişle, idare, çalışanlarının psikolojik tacize maruz kalmaması, maruz kalanların ise daha fazla zarar görmemesi için gerekli her türlü tedbiri almalıdır. Nitekim, “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” başlıklı ve 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi’nin 1. maddesinde, işyerinde psikolojik tacizle mücadelenin öncelikle işverenin sorumluluğunda olduğunu ve işverenlerin çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri almaları gerektiği düzenlenmektedir. Genelge’nin 6. maddesinde ise, denetim elemanlarının, psikolojik taciz şikayetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandıracakları belirtilmektedir. 657 sayılı DMK md.10’da ise amir durumda olan devlet memurlarının görev ve sorumlulukları düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre, “Devlet memurları amiri oldukları kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli sorumludurlar.”

Bu denetim yükümlülüğünü gereği gibi ya da hiç yerine getirmeyen idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu söz konusu olacaktır. İdare şikayet üzerine ya da kendiliğinden, işyerinde psikolojik taciz yapıldığını öğrendiğinde, psikolojik tacizi önlemek için gerekli tedbirleri almazsa ya da almakta gecikirse, örneğin psikolojik tacizde bulunan kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması başlatmazsa, idarenin hizmet kusuru söz konusu olacaktır. Burada hizmet kusuru ile kişisel kusur içiçe bulunmaktadır. Böyle bir durumda, zararın tazmini istemiyle idare aleyhine idari yargıda dava açılmalıdır. Dava sonucunda idare tazminat ödemeye mahkum edilirse, ödediği tazminat oranında hem psikolojik tacizde bulunan, hem de buna göz yuman kusurlu kamu görevlilerine rücu edecektir.

Nitekim, Danıştay’ın bir kararında da, denetim görevini gereği gibi yerine getirmeyen idarenin hizmet kusurunun varlığı nedeniyle sorumluluğuna hükmedilmiştir:

“Kamu idareleri yapmakla yükümlü buldukları hizmetleri gereği gibi ifa etmekle beraber bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla da yükümlüdür.

İdarenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi sonucu bir zarara sebebiyet verilmiş olması halinde hizmet kusuru nedeniyle idareye meydana gelen maddi veya manevi zararları tazmin sorumluluğu yükleyeceği idare hukukunun yerleşmiş ilkelerindedir....

Olayda, davacı lehine İstanbul 5. İdare Mahkemesi’nce atamasının iptali yolunda verilen kararın davalı idarece ısrarla uygulanmamak suretiyle ağır hizmet kusuru işlenmiş olması, bu hizmet kusurunun devamında, anılan Mahkeme kararı ile davacı açısından çalışma koşullarının elverişsiz olduğu bu şekilde verim alınmasının beklenemeyeceği belirtildiği halde, 2002 yılı sicilinin olumsuz düzenlenmesi, davacının görev yaptığı bu birimin müdürlüğüne vekil olarak dahi atanma koşullarını taşımayan kişinin tedviyen görevlendirilmiş olması ve uygulamada çok zorunlu hallerde, olabildiğince kısa bir süre için başvurulmuş bu yöntemin davacının 2000 ve 2003 yılı sicil dönemlerini de kapsayacak şekilde üç yıldan fazla bir süre boyunca sürdürülmüş olması, bu dönem boyunca davacı hakkında memuriyet görevinden ayrılmış sayılma işlemi de dahil olmak üzere oldukça ağır işlemlerin tesis edilmesi karşısında, iki yıl üst üste aynı şekilde olumsuz sicil alınması ve bir başka sicil amiri emrinde denendiği yılda da durumun değişmemesi halinde memuriyet görevinin sona erdirileceği yönünde 657 sayılı Yasada yer alan hüküm ile 2000 ve 2003 yılı sicillerinin de olumsuz düzenlendiği dikkate alındığında, yetersiz amir tarafından uygulanan bu işlemler nedeniyle davacının hak etmediği ağır bir muameleye tabi tutulduğu, İdarelerce hizmetin en ehil kişiler eliyle yürütülmesi gerekir iken geçici ve zorunlu bir uygulama olan yasayla tanınmamış tedviyen görevlendirme yöntemi üç yıldan fazla bir süre boyunca davalı idarece sürdürülerek hizmetin kötü işlemesine yol açıldığı, sürenin uzunluğu ve bu sicil amirince tesis edilen çoğu işlemin İdare Mahkemelerince iptal edildiği göz önüne alındığında ağır hizmet kusurunun oluştuğu sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, atanmasına ilişkin işlemin iptali yolunda verilmiş yargı kararı uygulanmamak suretiyle, davacının 2002 yılı sicilinin, tesis ettiği işlemler İdare Mahkemelerince iptal edilen, müdürlük görevini yürütmeye ehil olmayan, tedviyen görevlendirilmiş sicil amirince doldurulmasına yol açılmış olması durumu ağır hizmet kusurunu oluşturmakta olup, davalı idarece da-

vacıya karşı hasmane bir tutum izlendiği, nesnellik ilkesinden uzaklaşarak keyfi muameleye tabi tutulmasına yol açıldığı sonucuna varılmakla yaşamış olduğu derin üzüntünün karşılığı olacak ve idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlılığını ifade edecek ölçüde mahkemece takdir edilecek miktarın ilgililerine rücu edilmek kaydıyla, yasal faiziyle, manevi tazminat olarak davacıya ödenmesine karar verilmesi gerekirken aksi yönde hüküm kurulmasında hukuki isabet görülmemiştir.”⁴⁸

“Mobbing” kavramının açıkça kullanıldığı bir Danıştay kararında ise, bir öğretim üyesine üç ayrı disiplin cezası verilmesi ve bu cezaların yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine, bu işlemler ile göreve yargı kararı ile atandığı tarihten itibaren kendisine karşı yürütölen taciz (mobbing), bıktırma ve yıldırmaya yönelik eylem ve işlemler, öğretim üyesinin manevi yapısını olumsuz olarak etkileyecek ağırlıkta bulunduğundan, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle üzüntü ve sıkıntı yaşayan öğretim üyesine manevi tazminat ödenmesine ilişkin ilk derece mahkemesinin kararı onanarak temyiz istemi reddedilmiştir.⁴⁹ Bu kararda, idarenin sorumluluğunun dayanağı açıkça belirtilmese de, idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemleri nedeniyle tazminat hükmedildiğinden, sorumluluğun dayanağının idarenin hizmet kusuru olduğu anlaşılmaktadır. Kararda, disiplin cezası verilmesi işlemleri ile ayrıca psikolojik tacize yönelik eylemler ve işlemlerden dolayı idarenin sorumluluğuna hükmedilmiştir. Ancak, bir kamu görevlisinin başka bir kamu görevlisine yönelik bıktırma, yıldırma vb. şekillerde ortaya çıkan psikolojik taciz eylemleri, “idari” olma niteliğini yitirdiğinden “idari eylem” olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla, sadece bu eylemler dayanak gösterilerek, idare hizmet kusurundan dolayı sorumlu tutulamaz. Ayrıca, kararda idarenin hizmet kusurunun hangi şekillerde ortaya çıktığı da açıkça belirtilmemektedir. İdarenin sorumlu tutulabilmesi için hizmet kusurunun varlığı gerekir. Psikolojik taciz vakalarında hizmet kusuru ise idarenin denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi, gerekli tedbirleri almaması veya almakta gecikmesi durumlarında ortaya çıkabilir. Bu kararda ise, idarenin böyle bir kusurunun bulunup bulunmadığı anlaşılamamaktadır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin bir kararında da, bölük komutanı ve astsubay tarafından dövölen, hakarete uğrayan ve bu durumu

⁴⁸ D.2.D., E.2007/1297, K.2007/3247, 13.07.2007

⁴⁹ D.8.D., E.2008/10606, K.2012/1736, 16.04.2012 (www.kazanci.com.tr)

gururuna yediremeyerek intihar eden erin babası tarafından açılan tam yargı davasında, idarenin denetim görevini gerektiği gibi yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğuna karar verilmiştir.⁵⁰

Diğer taraftan, idare psikolojik tacizi önlemek için çalışanlarına yeterli eğitimi verirse, gerekli denetimleri yaparsa, şikayet üzerine ya da kendiliğinden, işyerinde psikolojik taciz yapıldığını öğrendiğinde, psikolojik tacizi önlemek için gerekli tüm tedbirleri alırsa -örneğin psikolojik tacizde bulunan kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması başlatarak disiplin cezası verirse vs.- bu durumda, idarenin hizmet kusuru söz konusu olmayacağından, idareye yüklenebilecek bir sorumluluk da söz konusu olmayacaktır. İdareye yüklenebilecek bir kusur söz konusu değilse, bu durumda, tacizde bulunan kamu görevlisine karşı doğrudan doğruya adli yargı tazminat davası açılması gerekecektir.

F. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

20.06.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre, kamu sektöründe ve özel sektörde çalışanlara "çalışmaktan kaçınma hakkı" tanınmaktadır⁵¹. Kanun'un 13. maddesinin 1. ve 2.fıkrasına göre;

⁵⁰ "Devlet adına kamu hizmetini yürüten davalı idarenin halin icaplarına ve ihtiyaca göre hizmeti devamlı ve iyi şekilde topluma arz etmesi ve hizmeti yürütürken kimsenin zarara uğramamasını sağlamak amacıyla gerekli önlemleri alması zorunludur. Bu zorunluluğun gereği gibi yerine getirilmemesi hizmetin kusurlu işlediğinin açık bir delilidir. Olay günü müteveffaiçtimaya geç gelmesi nedeniyle Astsubay tarafından çok ağır şekilde ve uzun zaman tekme tokat ve yumrukla dövülmesi, ağır hakaretlere uğraması üzerine durumu bölük komutanına şikayet ettiğinde bölük komutanınca hiç bir işlem yapılmadığı gibi hakaret edilerek kovulması, ertesi günü aynı bölükte görevli Astsubay tarafından bölük deposunun düzeltilmesi için müteveffanın bir erle depoda görevlendirilmesine rağmen depoya gelen Bölük Komutanı Yzb. tarafından hakaret edilerek tekrar dövülmesi eylemleri üzerine ve arka arkaya gelen bu onur kırıcı davranışlara dayanamayarak meydana geldiği, sanık Astsubay ile sanık Yzb.'nun bu eylemleri ilk bakışta olayın idare ajanı olan sanıkların kusurundan ileri geldiği görünüyor ise de, ajanların idarenin yürüttüğü hizmetin bir parçası olduğu, bunun hizmetin yapısal özelliğinden kaynaklandığı bir başka deyişle ajanları idarenin yürüttüğü hizmetten ayırmanın mümkün olmadığı, düşünüldüğünde, birlikteki hizmetin iyi işlemediği, ajanların yeterince eğitilmediği ve yeterince denetlenmediği, dolayısıyla idarenin hizmet kusuru içinde bulunduğu anlaşılmalı davacının zararlarının davalı idarece karşılanması gerekeceği sonucuna varılmıştır." AYİM 2.D., E.1993/160, K.1994/1109, 13.04.1994; Benzer bir karar için bkz. AYİM 2.D., E.1996/450, K.1997/857, 05.11.1997

⁵¹ Kanun'un 2. maddesinin 2.fıkrasında belirtilenler bu Kanun kapsamında yer almadığından, bu haktan yararlanamayacaklardır.

“(1) Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula (iş sağlığı ve güvenliği kuruluna), kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.”

(2) Kurul (iş sağlığı ve güvenliği kurulu) veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.”

Bu hükme göre, psikolojik tacizin çalışan açısından ciddi ve yakın bir tehlike oluşturması durumunda, kamu görevlisi başvurduğu takdirde, idare gerekli tedbirleri derhal almakla yükümlüdür. Peki maddede belirtilen “*ciddi ve yakın bir tehlike*” kavramı işyerinde psikolojik taciz açısından nasıl değerlendirilmelidir? 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 3/p’de “*tehlike*” kavramı tanımlanmaktadır. Buna göre tehlike “*işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyeli*” dir. Psikolojik tacizin de çalışanı etkileyebilecek zarar verme potansiyeli bulunmaktadır. Ama burada önemli olan bu tehlikenin “*ciddi ve yakın*” olmasıdır. Her psikolojik taciz vakası ciddi ve yakın bir tehlike oluşturmayabilir. Psikolojik taciz katlanılması imkansız bir noktaya gelmiş ve çalışanın sağlığını olumsuz yönde etkilemeye başlamışsa, artık çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilceğini kabul etmek gerekir.

Maddenin 3. fıkrasına göre ise, “*Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.*” Bu hükme göre, işyerinde psikolojik taciz nedeniyle, çalışanın çalışmaya devam etmesi durumunda sağlığı açısından telafisi güç veya imkansız zararlar doğması ihtimali söz konusuysa, çalışanın belirtilen usule uymaksızın çalışmaktan kaçınması mümkün olabilecektir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun kapsamına hem özel sektörde, hem de kamu sektöründe çalışanlar girdiği halde, “iş sağlığı ve güvenliği kurulu”nun düzenlendiği 22. madde, sadece özel sektöre yönelik olarak düzenlenmiştir. 22. maddenin 1. fıkrasına göre “*elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işle-*

rin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular.” Bu hükümden, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun tüm kamu kurum ve kuruluşlarında da kurulması gerekip gerekmediği anlaşılamamaktadır. Ancak ilgili kamu kurum ve kuruluşunda böyle bir kurul bulunmasa dahi, bu madde kapsamında idare gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

G. Cumhuriyet Başsavcılığına Şikayette Bulunma

İşyerinde psikolojik taciz olarak nitelendirilen davranışlar, aynı zamanda suç teşkil edebilirler. Bu nedenle, psikolojik tacizde bulunan kamu görevlisine karşı başvurulabilecek bir başka hukuki yol ise, bu kişi hakkında Cumhuriyet başsavcılığına şikayette bulunulmasıdır. Ancak, psikolojik tacizde bulunan kamu görevlisinin yargılanabilmesi için, bu kişi hakkında idare tarafından soruşturma izni verilmesi gerekmektedir. 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’da memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili merciler ve izlenecek usul düzenlenmektedir. Dolayısıyla, bu Kanun’a göre, idare tarafından soruşturma izni verilmeden, psikolojik tacizde bulunan kamu görevlisinin yargılanması söz konusu olamayacaktır.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun md. 2’ye göre, “Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.

Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.

Disiplin hükümleri saklıdır.”

Bu Kanun hükmüne göre, görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olan kamu görevlilerine, bu Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Örneğin 2547 sayılı Yükseköğ-

retim Kanunu'nda farklı bir usul öngöröldüğünden (md.53/c), 4483 sayılı Kanun hükümlerinin Yükseköğretim Kanunu'na tabi personel hakkında uygulanması mümkün değildir.

Psikolojik tacize uğrayan kamu görevlisi, öncelikle savcılığa şikayette bulunacak ve savcılık da soruşturmaya başlayabilmek için, idare tarafından soruşturma izni verilmesini bekleyecektir. Savcılık ancak soruşturma izninin verilmesinden sonra, kamu görevlisi hakkında soruşturmaya başlayabilecektir.

Örnek bir olayda, psikolojik tacize uğrayan bir öğretim üyesi, dekan hakkında savcılığa suç duyurusunda bulunmuş; ancak idare soruşturma izni vermemiştir. Bunun üzerine, öğretim üyesi soruşturma izni verilmemesi kararına itiraz etmiş ve Danıştay 1. Dairesi, dekan hakkında kamu davası açılması konusunda yeterli şüphe olduğundan, yapılan itirazı kabul etmiştir. Bunun üzerine, yapılan yargılama sonucunda Kocaeli 5. Sulh Ceza Mahkemesi dekan hakkında, bir öğretim üyesine psikolojik taciz uyguladığı gerekçesiyle "görevi kötüye kullanmak" suçundan 5 ay hapis cezasına hükmetmiştir. Ancak mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve dekanın beş yıllık denetim süresine tabi tutulmasına karar vermiştir.⁵²

SONUÇ

Toplumumuzda "işyerinde psikolojik taciz (mobbing)" kavramına ilişkin farkındalık her geçen gün artmaktadır. Önemli olan işyerinde psikolojik tacizle karşılaşan çalışanların, bununla nasıl mücadele edecekleri ve hangi hukuki yollara başvurabilecekleri konusunda doğru bilgi sahibi olmalarının sağlanmasıdır. İster özel sektörde, ister kamu sektöründe olsun, her çalışanın bu konuda bilinçlendirilmesi şarttır. Günümüzde, çalışanlar genellikle psikolojik tacize boyun eğmektedir. Çalışanların, bunun bir kader olmadığına inandırılmaları gerekir. Bu algının değişebilmesi için, çalışanların hizmetiçi eğitimlerle, psikolojik taciz ve bununla mücadele yolları konusunda uzman kişiler tarafından eğitilmeleri şarttır. Bu konudaki bilinç arttıkça, psikolojik tacize boyun eğen çalışanların sayısı zamanla azalacaktır. Çalışanların bilinçlenmesinde, yargı içtihatları ve bu alanda yapılan bilimsel çalışmalar da önemli bir rol oynayacaktır.

⁵² <http://www.ozcelikhukukburosu.com/haberler/63-mobbing-yapan-dekana-yarg-acmad.html> (Son erişim tarihi, 23.12.2012)

İşyerinde psikolojik tacize maruz kalan kamu görevlisinin başvurabileceği çeşitli hukuki yollar mevcuttur. Örneğin, psikolojik tacize maruz kalan kamu görevlisi, idareye şikayet başvurusunda bulunabilir. Bunun sonucunda, idare tarafından disiplin soruşturması başlatılarak, psikolojik tacizde bulunan kamu görevlisine disiplin cezası verilebilir.

Psikolojik taciz mağduru kamu görevlileri, kurulduğu ve faaliyete geçtiği takdirde "Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu"na da başvurabilecektir. 19.03.2011 tarihli ve 27879 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" başlıklı ve 2011/2 sayılı bir Başbakanlık Genelgesi'nin 5. maddeye göre, "Çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla "Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu" kurulacaktır".

Psikolojik taciz mağduru kamu görevlileri ayrıca, Türkiye İnsan Hakları Kurumu'na veya bu Kurum'un büroları şeklinde görev yapmakta olan il ve ilçe insan hakları kurullarına başvuruda bulunabilirler. Bu merciler, her türlü insan hakkı ihlali iddialarını inceler ve araştırır; bunların sonuçlarını ilgili kişi, kurum ve kuruluşlara bildirecek takip eder ve sorumlu bulunanlar hakkında yasal işlemlerin başlatılması için girişimde bulunur. Ancak bu mercilerin, psikolojik tacizde bulunan kamu görevlisi hakkında icrai karar alma, idari yaptırım uygulama yetkileri bulunmamaktadır.

Psikolojik taciz mağduru kamu görevlisinin başvurulabileceği bir diğer hukuki yol, Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvurmaktır. Anayasa'nın 74. maddesine göre, herkes, kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun görevi idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri incelemektir. Ancak, Kurum'a başvuru yapılabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi zorunludur. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Resmi Gazete'de yayımlandığı 29.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Fakat Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvuruyu ve başvuru usulünü düzenleyen 17. maddesi, yayımı tarihinden yani 29.06.2012 tarihinden dokuz ay sonra yürürlüğe gireceğinden, gerçek ve tüzel kişiler, ancak maddenin yürürlüğe girmesinden sonra,

Kurum'a başvurabileceklerdir. Kurum'un başvuru üzerine vereceği kararlar, tavsiye niteliğinde olacağından, idari davaya konu olabilecek icrai işlem niteliğinde olmayacaklardır.

Psikolojik taciz maduru kamu görevlileri, 5176 Sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca "*Kamu Görevlileri Etik Kurulu*"na da başvurabilirler. Ancak 5176 sayılı Kanun md. 4/1'e göre, Kurul'a en az genel müdür veya eşiti seviyedeki kamu görevlileri hakkında başvurulabilir. Diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak başvurular, ilgili kurumların yetkili disiplin kurullarında, Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından çıkarılan yönetmeliklerde belirlenen etik davranış ilkelerine aykırılık olup olmadığı yönünden değerlendirilir. Kurul'un inceleme ve araştırma sonucunda verdiği kararlar, kamu görevlilerinin etik davranış ilkelerine uygun davranıp davranmadıklarını tespit eden kararlardır. Bu kararlar, idari davaya konu olabilecek icrai nitelikte işlemler değildir.

Psikolojik tacize maruz kalan kamu görevlisinin başvurabileceği bir diğer hukuki yol ise tacizde bulunan kamu görevlisi aleyhine, kişisel kusurun varlığı nedeniyle, doğrudan doğruya adli yargıda tazminat davası açmaktır. Ancak, idarenin gerekli denetimleri yapmaması, şikayet başvurusu üzerine veya kendiliğinden işyerinde psikolojik taciz yapıldığını öğrendiği halde gerekli tedbirleri almaması ya da almakta gecikmesi durumunda, idarenin hizmet kusuru söz konusu olacağından, böyle bir durumda ise tacize maruz kalan kamu görevlisi, idareye karşı idari yargıda uğradığı zararın tazmini istemiyle tam yargı davası açabilecektir.

Psikolojik taciz mağduru kamu görevlisine tanınan bir başka hak, 20.06.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile getirilen "*çalışmaktan kaçınma hakkı*"dır. Kanun'da bu hak, hem kamu sektöründe ve hem de özel sektörde çalışanlara tanınmıştır. Kanun'un 13. maddesine göre, psikolojik tacizin çalışan açısından ciddi ve yakın bir tehlike oluşturmaması durumunda, kamu görevlisi başvurduğu takdirde, idare gerekli tedbirleri derhal almakla yükümlüdür. Gerekli tedbirler alınuncaya kadar kamu görevlisi çalışmaktan kaçınma hakkına sahiptir.

İşyerinde psikolojik taciz olarak nitelendirilen davranışlar, aynı zamanda suç da teşkil ediyorsa, psikolojik taciz mağduru kamu gö-

revlisi, Cumhuriyet başsavcılığına şikayette bulunabilir. Bu şikayet özel sektörde çalışanlar hakkında yapıldığında, savcılık soruşturmayı doğrudan doğruya başlatabilecektir. Ancak şikayet kamu görevlileri hakkında yapıldığında, savcılık tarafından soruşturmanın başlatılması için, idareden soruşturma izni alınması gerekecektir.

Kısacası, psikolojik taciz mağduru olan kamu görevlilerinin başvurabilecekleri çeşitli hukuki korunma yolları mevcuttur. Önemli olan, psikolojik tacizin durdurulması ve bir daha tekrarlanmamasının sağlanması için hukuki korunma yollarının etkili olmasıdır. Kanımızca, bu konuda kapsamlı bir kanuni düzenleme yapılarak, işyerinde psikolojik taciz somut olarak tanımlanmalı, psikolojik tacizin önlenmesi için idareye düşen görev ve yetkiler açıkça ortaya konmalı, psikolojik taciz mağduru kamu görevlilerinin başvurabileceği hukuki korunma yolları ile psikolojik tacizde bulunan kamu görevlilerine uygulanacak caydırıcı idari ve cezai yaptırımlar düzenlenmelidir.

KAYNAKLAR

- Duran Lütfi, *Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu*, Ankara 1974
- Düren Akın, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1979
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku*, C.II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003
- Gözübüyük Şeref/Tan Turgut, *İdare Hukuku*, C.1, Genel Esaslar, 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008
- Günday Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 10.Baskı, Ankara 2011
- Güran Sait, "İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler", *Amme İdaresi Dergisi*, Y.1979, C.12, S.1, s.55-62
- Leymann Heinz, "The Content and Development of Mobbing At Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, 5(2), s.165-184
- Onar Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, İstanbul 1966
- Özgüldür Serdar, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", *Günışığında Yönetim (Özay İl Han)*, İstanbul 2004, s.809-890
- Tınaz Pınar/Bayram Fuat/Ergin Hediye, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Beta Yayınları, İstanbul 2008

MOBBING SUÇ TİPİ İÇİN BİR ANALİZ DENEMESİ

DEFINING THE MOBBING AS A TYPE OF CRIME

Zeynep Duygu ULUSOY*

Özet: Mobbing olgusuna ilişkin farkındalığın artmasıyla konuyla ilgili olarak Türk hukukunda son yıllarda bir takım yasal gelişmeler yaşanmıştır. Farklı hukuk disiplinlerinin yanında mobbingin ceza hukuku kapsamında ele alınması caydırıcılığın sağlanması bakımından önemlidir. Bununla birlikte, mevcut cezai düzenlemeleri, uygulamada mobbing olgusunu kapsayacak biçimde yorumlamaktan öte münferit bir mobbing suçunun yaratılması ve bu suçun mağdurlarının haklarının ceza hukuku çerçevesinde güvence altına alınması bu zedeleyici kurumla mücadeleyi daha etkili kılacak bir yol olarak görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Mobbing, psikolojik şiddet, manevi/psikolojik taciz, işyeri zorbalığı, bezdiri, Heinz Leymann, suç, ceza hukuku, kişilik hakları, işsizlik.

Abstract: Parallel to the increasing level of awareness as to the issue of mobbing, some regulations have been made in Turkish law in respect of the issue concerned in the last years. Defining the mobbing, among other disciplines, in terms of criminal law is fundamental as for having it gained dissuasive effect. More specifically, instead of referring to the existing criminal provisions read them as to widen their scope in practice involve mobbing, defining a separate “mobbing crime” in a specific legislation on the due subject, so that guarantee the victim’s rights under criminal law this way would more likely effectuate and strengthen the tackling efforts.

Keywords: Mobbing, psychological violence, moral/psychological harassment, workplace bullying, *petsen*, Heinz Leymann, crime, criminal law, individual rights, unemployment.

* Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

Giriş

Olgusal açıdan eski ve fakat kavramsal bakımdan yeni bir mevhum olan mobbing sektör ayrımı yapılmaksızın tüm örgütlerde bir grup çalışan veya yöneticinin örgüt içinde birbirlerine karşı düşmanca ve etik olmayan davranışlarda bulunmaları sonucu ortaya çıkan bir süreci anlatmaktadır. Günümüzde mobbing olgusuna yönelik farkındalığın artmasıyla konuyla ilgili giderek daha çok bilimsel araştırma ve yayın yapıldığı görülmektedir. Ayrıca, sendikalar, meslek örgütleri ve diğer bağımsız kuruluşların sorunla daha çok ilgilenmeye başladıkları görülmektedir.

Hukuki açıdan ise mobbingin belirli bir düzen ve kişilik hakkı ihlalini meydana getirdiği göz önüne alındığında bu konuda yasal bir takım düzenlemelerin yapılması da kaçınılmaz hale gelmiştir. Mobbing olgusuna ilişkin bilincin artması ve buna paralel olarak mobbingle mücadele edilmesi gereği karşısında, karşılaştırmalı hukukta özellikle son yirmi yılda mobbinge karşı önleyici tedbirlerin alınması; iş kanunları ve ceza kanunları kapsamında gerekli hukuki düzenlemeler yapılması sağlanmıştır.

Türkiye’de de konuyla ilgili olarak son yıllarda giderek artan sayıda araştırmalar yapılmakta, makaleler ve kitaplar yayımlanmaktadır. Türk hukuk sistemi içinde bulunduğumuz seneye kadar mobbingle ilgili olarak yasalarda özel düzenlemelere rastlanmazken, son zamanda konuyla ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu’nda özel bir düzenleme yapılması, Başbakanlık tarafından Genelge yayımlanması ve Türkiye Büyük Meclisi tarafından kurulan komisyonlarda konunun ele alınarak raporlar yazılması gelişmeleri yaşanmıştır. Mobbingin Türk Ceza Kanunu’nda münferit bir suç olarak düzenlenmesi söz konusu Meclis Komisyonu raporunda bir öneri olarak yer almışsa da bu konuda henüz somut bir adım atılamamıştır. Ne var ki, ceza hukuku bakımından mobbing konusunu değerlendiren bilimsel yayınların da, ulaşılabildiği kadarıyla, Türk yazınında yer almadığı görülmüştür. Bu eksiklikten hareketle söz konusu çalışmanın konusu oluşmuştur.

Çalışmada, yukarıdaki bağlamda, ilk kısımda mobbing kavramının gelişimine, kavramı ifade etmek için kullanılan terminolojiye, tanıma, boyutu konularına genel olarak hem Türkiye hem Türkiye dışında ortaya konulan çalışmalar çerçevesinde değinilecek, mobbingle mücadelenin hukuksal boyutları uluslararası alanda özellikle Avrupa’dan örnek-

lerle, Türkiye'deki genel yasal düzenlemeler ve gelişmeler ışığında ele alınacaktır. Çalışmanın ikinci yarısında ise Türk ceza hukuku sisteminde mobbingin yeri sorgulanacak ve bir mobbing suç analizi denemesi çerçevesinde suç teorisine ilişkin veriler ile psikoloji biliminin konuya ilişkin araştırmaları kullanılarak mobbingin "psikolojik saldırı" ifadesiyle suç olarak tasvir edilmesine yönelik bir incelemede bulunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. Mobbing Kavramının Gelişimi ve Kavramı İfade Etmek için Kullanılan Terminoloji

İngilizce bir sözcük olan mobbing, sözlük anlamı "başbozuk veya düzensiz kalabalık" anlamına gelen "mob" isim kökünden türemiş olup; "mobbing" ise kalabalık bir grup halinde saldırmak; saldırmak veya tezahürat etmek için çevrelemek anlamına gelmektedir¹.

Günümüzde çalışma hayatında; işyerlerinde gerçekleşen bir olguyu isimlendirmek için kullanılmadan önce, mobbing terimine hayvan davranışlarını inceleyen bilim adamlarının hayvanlar arasında gözlemlemiş oldukları bir takım davranışları ifade etmek amacıyla başvurduğu görülmektedir. İlk defa 19. yüzyılda İngiliz biyologlar tarafından², daha sonra 1960'lı yıllarda bilim adamı Konrad Lorenz tarafından kuşlar gibi küçük hayvanların yuvalarını savunmak amacıyla tehlike olarak algıladıkları kendilerinden daha güçlü ve yalnız bir hayvanın etrafında uçarak, grup halinde hücum ederek onu uzaklaştırmaları veya aynı kuluçkadan çıkan kuşlar arasındaki zayıf bir kuşun diğer kuşlar tarafından beslenmesinin önlenerek zayıflatılması ve sonunda öldürülerek grubun dışına atılması olgusunu anlatmak için kullanılmıştır³.

¹ Mob: Riotous or disorderly crowd of people, Mobbing: To attack in a group resembling a mob; to surround especially in order to acclaim or attack, Collins English Dictionary, Harper Collins Publisher, 3. baskı,1992, s.1002. İngilizceden Türkçeye başka bir sözlükte ise, mob kelimesinin karşılığı olarak 'kalabalık', 'izdiham' isimleri kullanılırken, mobbing fiili ise 'güruh halinde saldırmak' şeklinde açıklanmaktadır, *Redhouse Büyük El Sözlüğü*, İngilizce-Türkçe Türkçe-İngilizce, Redhouse Yayınevi, İstanbul 1999, s. 267.

² "Mobbing", *Ovvero lo Stres da Persecuzione Psicologica*, http://www.unicam.it/ssdi-ci/mobbing/mobb11_00.html Nakleden, Pınar Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Beta Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2008, s. 10.

³ Pınar Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, s. 11.

Kavramın hayvanlar arası davranışlardan insanlar arası davranışları tasvir etmek için kullanılması ise, okul çağındaki çocukların oluşturdukları küçük gruplarla yalnız ve güçsüz çocuklara yönelttikleri saldırgan ve zarar verici davranışı ifade etmek için İsveçli bilim adamı Peter-Paul Heinemann tarafından kullanılmasıyla, başlamaktadır. Günümüzde çocuklar arasında gerçekleşen bu olguyu isimlendirmek için kullanılan Türkçeye “zorbalık” olarak çevrilebilecek “bullying” terimi, mobbingin isim babası olarak nitelenen Alman asıllı İsveçli endüstri psikoloğu Heinz Leymann’a kadar İngiltere ve Avustralya’da işyerlerinde karşılaşılan kötü ve tahkir edici davranışlarla ilgili olarak da kullanılmıştır. Bullying davranışına ilişkin özellikle fiziksel saldırı unsurunun, psikolojik nitelikte bir saldırı olarak kabul edilen mobbing ile arasındaki ayırt edici özelliği de oluşturuyor olmasının da bir sonucu olarak, Heinz Leymann işyerlerinde yetişkinler arasında görülen kötü ve düşmanca davranışlar için, okul çağındaki çocuklar arasında gerçekleşen söz konusu saldırgan davranışlar için kullanılan “bullying” kavramının yerine, “mobbing” kavramını kullanmıştır⁴. Buna rağmen işyerlerinde gerçekleşen söz konusu psikolojik saldırı davranışlarını ifade etmek bakımından “bullying” sözcüğü geçerliliğini halen korumaktadır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan olgu, Heinz Leymann ile “mobbing” terimiyle ifade edilmeye başlanmışsa da, yukarıda da belirtildiği gibi söz konusu olguyu anlatmak için başvuru terim mobbing ile sınırlı kalmamış; bu olguyu ifade etmek için kullanılan terimler çeşitlilik göstermiştir. Bu bağlamda, İngiltere ve Avustralya’da “bullying” teriminin tercih edildiğini, Amerika ve Avrupa kıtasında ise genel olarak “mobbing” teriminin kullanıldığını; bunlar yanında bazı başka terimlerin de işyerinde yaşanan söz konusu olguyu anlatmak için kullanıldığı görülmektedir⁵. Örnek olarak, *work or employee abuse* (iş veya çalışan tacizi), *mistreatment* (kötü muamele), *emotional abuse* (duygusal taciz), *bossing*, *intimidation* (gözünü korkutma), *psychological harassment* (manevi/ psikolojik taciz), *victimization* (mağdur etme)⁶; *psycholo-*

⁴ Heinz Leymann, “The Content and Development of Mobbing at Work”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Yıl:5, Sayı:2, 1996, s. 167.

⁵ Heinz Leymann, “Psychological Terrorization – The Problem of Terminology”, *The Mobbing Encyclopaedia*, <http://www.leymann.se/English/frame.html>, (08.08.2012).

⁶ World Health Organization, *Occupational and Environmental Health Programme, Raising Awareness of Psychological Harassment at Work, Protecting Worker’s Health Series, No.4, Geneve 2003, s.12.*

*gical terrorization*⁷ (psikolojik terör), *horizontal violence*⁸ (yatay şiddet), *psychological violonce*⁹ (psikolojik şiddet) gibi terimler gösterilebilir¹⁰. Bu terimlerin kimi zaman birbirlerinin eş anlamlısı olarak, kimi zaman ise tamamen başka anlamlarda kullanıldıkları görülebilmektedir¹¹. Mobbing terimi ile anlatılanı ifade etmek için kullanılan diğer terimlerin ülkeler arasında da farklılık gösterdiği gözlemlenmektedir. Örnek olarak, Almanya, Avusturya, İtalya, İsveç ve İspanya'da "mobbing" sözcüğünün kullanıldığı; İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), diğer İngilizce konuşulan yerlerde ve Danimarka'da "*bullying at workplace* (İşyerinde Zorbalık)"; Fransa'da "*harcèlement moral* (manevi taciz)"; Kanada'nın Quebec eyaletinde "*harcèlement psychologique* (psikolojik taciz)"; Güney Afrika kıtasında *Emosionele Teitering* (Duygusal Taciz); Belçika'nın flaman bölgesinde ve Hollanda'da *Petsen* (Bezdirme) terimlerinin kullanılmaktadır¹².

II. Mobbing Kavramının Tanımı

Mobbing terimi ile anlatılanı ifade etmek için kullanılan terminoloji kadar kavramı açıklamak için yapılan tanımların çeşitliliğinin de bir o kadar fazla olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, mobbingin üzerinde mutabakata varılmış, evrensel olarak kabul edilmiş bir tanımı bulunmamakta; literatürde mobbingi tanımlama çabası gözü görmeyen altı buda rahibinin el yordamıyla bir filin farklı yerlerine dokunarak ne olduğunu anlamaya veya Potter Stewart'ın pornografi hakkında ifade ettiği ünlü "*gördüğüm zaman ne olduğunu bilirim*" sözü ile anlatılmaya çalışılmaktadır¹³. Buna rağmen, çalışmalarda akademik

⁷ Heinz Leymann, "Psychological Terrorization – The Problem of Terminology".

⁸ Heinz Leymann, "Psychological Terrorization – The Problem of Terminology".

⁹ "When Working Becomes Hazardous?", International Labour Organization, <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inf/magazine/26/violence.htm>, (19.05.2012).

¹⁰ Daha kapsamlı bir terim listesi için bkz. Laura Crawshaw, "Workplace Bullying? Mobbing? Harrassment?Distraction by a Thousand Definitions", Consulting Psychology Journal: Practice and Research, Cilt:3, Sayı:61, 2009, s. 264.

¹¹ *Workplace Violonce and Harrassment: A European Picture*, European Risk Observatory Report, European Agency For Safety and Health at Work, Publications Office of the European Union, Luxemburg 2010, s. 20.

¹² Pınar Tınaz, "Çalışma Yaşamında Eski Bir Olgu; Yeni Bir Kavram", in Pınar Tınaz, Fuat Bayram, Hediye Ergin, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Beta Yayınları, 1. baskı, İstanbul 2008, s. 7- 9.

¹³ Laura Crawshaw, "Workplace Bullying? Mobbing? Harrassment?Distraction by a

çevrelerde kabul görmüş bazı tanımların daha çok öne çıktığı görülmektedir. Bunlardan mobbing araştırmalarının öncüsü durumundaki Heinz Leymann'ın yaptığı tanımın kendisine en sık atıf yapılan tanım olduğu görülmektedir. Buna göre mobbing,

“Bir veya birkaç kişi tarafından diğer bir kişiye yönelik olarak, bu kişinin çaresiz ve savunmasız bir konuma itilmesini ve devam eden mobbing hareketleri sayesinde bu konumda kalmasını sağlayan sistemli, düşmanca ve gayri ahlaki bir iletişim kullanarak uygulanan bir tür psikolojik terör” olarak tanımlanmaktadır¹⁴.

Literatürde Leymann'ın tanımından sonra en çok itibar gören, bu alanda çalışan önde gelen akademisyen ve araştırmacılar tarafından yapılan diğer tanımlar ise şöyledir:

Bir kimseyi taciz etmek, düşmanca davranmak, dışlamak veya işini olumsuz bir şekilde etkilemektir. Bir eylemin mobbing olarak adlandırılabilmesi için gerçekleşen etkileşimin belirli bir süre devam etmesi, süreklilik ve düzenlilik arz etmesi gerekmektedir. Mobbing maruz kalan kimseyi sonunda değersiz /aşağı hissedeceği bir duruma sokan çıkışlı bir süreçtir¹⁵.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün tanımına göre ise mobbing,

“Bir çalışana veya bir grup çalışana intikamcı, acımasız veya kötü niyetli girişimlerle adaletsiz ve sürekli negatif tavır ve eleştiriler, sosyal ortamından izole etme, hakkında dedikodu yapma veya yanlış söylentiler yayma yoluyla zayıflatmak ya da aşağılamak amacını güden eziyet edilmeyi içeren bir psikolojik taciz şeklidir.”¹⁶

Thousand Definitions, s. 264. Aynı şekilde bkz. Martin William, Helen LaVan, *“Workplace Bullying: A Review of Litigated Cases”*, *Employ Respons Rights Journal*, Sayı:22, 2010, s. 177.

¹⁴ Çeviriler işbu çalışmanın yazarına aittir. Heinz Leymann, *“The Content and Development of Mobbing At Work”*, s.166.

¹⁵ Ståle Einarsen, Cary L. Cooper, Helge Hoel, Dieter Zapf, *“The Concept of Bullying at Work: The European Tradition”*, Ståle Einarsen, Cary L. Cooper, Helge Hoel, Dieter Zapf (Editörler), *Bullying and Emotional Abuse in the Workplace: International Perspectives in Research and Practice*, Taylor and Francis, London 2003, s. 15 Nakleden, Mogen Agervold, *“Bullying at Work: A Discussion of Definitions and Prevalence, Based on an Empirical Study”*, *Scandinavian Journal of Psychology*, Sayı: 48, 2007, s. 163.

¹⁶ Vittorio Di Martino, *Relationship Between Work Stress and Workplace Violence in the Health Sector*, Geneva, 2003, [http://www.icn.ch/SewWorkplace/WPV_HS_StressViolence %20.pdf](http://www.icn.ch/SewWorkplace/WPV_HS_StressViolence%20.pdf), (21.05.2012).

1998 yılında Fransa'da kavramı ilk kez tanımlayan araştırmacı Marie-France Hirigoyen ise,

“Kötü bir anlam taşıyan her türlü davranış, söz, eylem, hareket ve yazıyı kapsayan mağdurun kişiliğine, onuruna veya fiziksel ya da ruhsal bütünlüğüne zarar veren, işini tehlikeye sokan ya da çalışma ortamını bozan bir kavram” tanımını yapmaktadır¹⁷.

“Haksız suçlamalar, küçük düşürmeler, genel tacizler, duygusal eziyetler ve/veya terör uygulamak yoluyla bir kişiyi işyerinden dışlamayı amaçlayan kötü niyetli bir eylemdir. Bir kişinin yöneticileri, örgütü, üstleri, eşitleri veya astlarından birinin öbürlerini de sistemli ve sıklıkla psikolojik davranışlara örgütleyerek kişiye karşı cephe oluşturulmasıdır. Örgüt bu davranışı görmezden geldiği, göz yumduğu hatta kışkırttığı için kurban, karşısındaki çok sayıda ve güçlü kişi karşısında kendini çaresiz görür ve psikolojik taciz gerçekleşir. Sonuç, her zaman zarar görme; fiziksel veya zihinsel sıkıntı veya hastalık, sosyal sorunlar ve en çok da işten çıkarılmadır¹⁸.

III. Mobbing Olgusunun Boyutu

Heinz Leymann'ın 1996 yılında yayımladığı makalesine göre, ortalama olarak otuz yıl süren iş yaşamının en az altı aylık bir kısmında çalışanların yüzde 25'inin, diğer bir deyişle her dört çalışandan birinin, mobbinge maruz kalma riskiyle karşı karşıya bulunduğunu belirtmektedir¹⁹. Gerçekten de, uluslararası düzeyde yapılan araştırma sonuçlarına göre, mobbinge maruz kalan mağdur sayısının diğer daha görünür nitelikteki ve belirli bir süreden beri yasal olarak yaptırma bağlanmış olan fiziksel şiddet ve taciz olgusuna maruz kalan mağdur sayısından çok daha fazla sayıda oldukları doğrultusundadır²⁰. Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) tarafından 2006 yılında hazırlanan ra-

¹⁷ Maria Isabel S. Guerrero, *“The Development Of Moral Harrassment (Mobbing) Law in Sweden and France As a Step Towards EU Legislation”*, http://www.bc.edu/dam/files/schools/law/lawreviews/journals/bcicl/27_2/10_TXT.htm, (25.05.2012), s. 3.

¹⁸ Noa Davenport, Ruth Distler, Gail Schwartz, Elliott Pursell, *Mobbing İşyerinde Duygusal Taciz*, Osman Cem Öner (çeviren), Sistem Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 22.

¹⁹ Heinz Leymann, *“The Content and Development of Mobbing At Work”*, s. 175.

²⁰ Preventing Violence and Harassment in The Workplace, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, Mart 2003 Nakleden, Anne Renault, *“Moral Harrassment- Work Organization to Blame”*, Violence at Work, Labour Education, Cilt: 4, Sayı: 133, 2003, s. 1.

pora göre, işyeri şiddetinin bir alt türü olarak ele alınan mobbing, pek çok ülkeyi içine alan yaygın bir olgu haline gelmiş ve hastalık izinleri, sağlık harcamaları ve işe devamsızlıktan kaynaklanan milyon dolarla ifade edilebilecek küresel maliyeti muazzam boyutlara ulaştırmıştır. Bununla birlikte, eskiden mobbingin söz konusu olmadığı eğitim, sosyal hizmetler, kütüphane hizmetleri ve sağlık sektörü gibi alanlar ve meslek grupları artık hem gelişen hem de gelişmekte olan ülkelerde mobbing olgusunu artan oranlarda tecrübe etmektedir²¹.

2010 tarihli mobbing anket sonuçlarına göre, Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) çalışan kesimin %35'i, diğer bir ifadeyle, yaklaşık olarak her üç çalışandan biri mobbinge geçmişte maruz kaldığını veya halen kalmakta olduğunu belirtmiştir²². Avrupa Çalışma Koşulları Anketi sonuçlarına göre, genel olarak Avrupa'da 1995 ile 2005 yılları arasında işyerinde şiddet vakaları artış göstermiş ve ankete katılanların yüzde beşi 2005 yılında mobbinge maruz kaldıklarını bildirmişlerdir. Ancak bu sonuçların mobbing ile ilgili farkındalık seviyesi ve kültürel normlar gözetilerek değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmektedir²³. Türkiye'de ise yapılan araştırmalar mobbing mağdurlarının yüzde 20 seviyesinde olduğunu göstermekte²⁴; 877 kişiyle yapılan bir anket sonucuna göre ise ankete katılanların yüzde 55'inin mobbing mağduru olduğu ortaya konulmaktadır²⁵. 17.04.2011 tarihinde yayımlanan bir habere göre, Uludağ Üniversitesi tarafından tekstil, otomotiv ve hizmet sektörlerini kapsayan ve 204 kişiyle yapılan bir araştırma sonucu, çalışanların yüzde 44,8'inin sözel şiddet ve yüzde 15,8'inin ise psikolojik baskı ve yıldırma davranışlarına maruz kaldığını ortaya koymaktadır²⁶.

²¹ D. Chappell, V. Di Martino, *Violence at Work*, International Labor Office, 3. baskı, Genevre 2006 Nakleden, Len, Sperry "Workplace Mobbing and Bullying: A Consulting Psychology Perspective and Overview", *Consulting Psychology Journal: Practive and Research*, Yıl:61, Sayı:3, 2009, s. 165.

²² *Results of the 2010 WBI*, U.S. Workplace Bullying Survey, <http://www.workplace-bullying.org/wbiresearch/2010-wbi-national-survey/>, (11.06.2012).

²³ "Workplace Violence and Harrassment: A European Picture", *European Risk Observatory Report*, s.11- 14.

²⁴ Şaban Cobanoğlu, *Mobbing İşyerinde Duygusal Saldırı ve Müdahale Yöntemleri*, Timaş Yayınları, İstanbul 2005, s. 13.

²⁵ Nazan Bilgel, Serpil Aytaç, Nuran Bayram, "Bullying in Turkish White-Collar Workers", *Occupational Medicine*, Cilt:4, Sayı:56, 2006, s. 226- 231.

²⁶ "Çalışanların Yarıdan Fazlası Şiddete Maruz Kalıyor", <http://ekonomi.milliyet.com.tr/calisanlarin-yaridan-fazlasi-is-yerinde-siddete-maruz-kaliyor/ekonomi/ekonomidetay/17.04.2011/1378905/default.htm?ver=03> (10.05.2012).

İKİNCİ BÖLÜM

I. Hukuksal Mücadele ve Önleme

Mobbing olgusu ilk incelenmeye başlandığı 1990'lı yıllarda çoğunlukla çalışma ve örgütsel psikologlar tarafından psikoloji disiplini altında incelenen bir konu durumundayken ilerleyen yıllarda mobbing ile ilgili araştırmalar sosyoloji, iletişim teorisi, endüstri ilişkileri, tıp ve hukuk disiplinlerinin de kapsam alanına girmeye başlamıştır²⁷.

Mobbing ile mücadelede kurumun amacını ve etkinliğini olumsuz etkileyen bu olgu ile mücadelede en önemli görev, işyeri konumundaki kurum ve örgütlerin sahipleri ve yöneticilerine düşmektedir²⁸. Bu kişilerin, kurum içinde gerçekleşen çatışmaların farkında olmaları ve bunların çözümlerinde adil, yapıcı ve insani olmaya özen göstermeleri, mobbing olgusunun nedenleri ve sonuçları hakkında çalışanlarını eğitmeleri gerekmekte, bu bağlamda örgütün yönetim anlayışının yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Aynı zamanda bu konuda kişilerin bilgilendirilmesi ile birlikte çalışanların koruması için hukuki düzenlemelerdeki yetersizliklerin de giderilmesi gerekmektedir²⁹. Gerçekten de, "hukuki yaptırımların uygulanması", iş yapısında değişikliğe gidilmesi, yeni liderlik davranışlarının benimsenmesi, çalışanların sosyal durumlarının iyileştirilmesi ve kurum içi ahlaki standartların yükseltilmesi mobbing ile mücadelede önem taşıyan hususlar olarak sıralanmaktadır³⁰.

Zaman içinde boyutu ve şiddeti genişleyerek artan ve hem işçi hem de örgüt açısından ciddi olumsuz kayıplarla kendisini gösteren bir işyeri terörü olan mobbing olgusuna karşı önlem olarak uluslara-

²⁷ Ståle Einarsen, Cary L. Cooper, Helge Hoel, Dieter Zapf, "Bullying and Emotional Abuse in the Workplace: International Perspective", Ståle Einarsen, Cary L. Cooper, Helge Hoel, Dieter Zapf (editörler) Bullying and Harrassment in the Workplace, s. 9.

²⁸ Çiğdem Mercanlıoğlu, "Çalışma Hayatında Psikojik Tacizin (Mobbing) Nedenleri, Sonuçları ve Türkiye'deki Hukuksal Gelişimi", Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2010, s.1- 19.

²⁹ Çiğdem Mercanlıoğlu, "Çalışma Hayatında Psikojik Tacizin (Mobbing) Nedenleri, Sonuçları ve Türkiye'deki Hukuksal Gelişimi", s. 43.

³⁰ M. Resch, M. Schubinski, "Mobbing- Prevention Management in Organizations", European Journal of Work and Organizational Psychology, cilt: 5, sayı: 2, 1996, s. 299- 302 Nakleden, Yavuz Demirel, "Psikolojik Taciz Davranışının Kamu Kurumları Arasında Karşılaştırılması Üzerine Bir Araştırma", s. 124- 125.

rası alanda temel olarak UÇÖ çatısı altında önemli sözleşmeler imzalanmıştır. Bu sözleşmelerden 111 Sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi'nde³¹ üye devletler edinilen iş veya meslekte eşitliğe aykırı her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı ortadan kaldırmak ve iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte eşitliği geliştirmek amacıyla milli bir politika takip etme ve bu politikanın kabulünü ve uygulanmasını sağlayacak kanunlar çıkarma taahhüdü altına girmişlerdir³². 155 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme'de³³ ise her üye devletin iş güvenliği, sağlığı ve çalışma ortamına ilişkin tutarlı bir ulusal politika geliştirmesi, uygulaması ve gözden geçirmesi öngörülmüştür³⁴. Bu Sözleşme'nin 8. maddesine göre, her üye devlet yasa veya yönetmelik çıkarmak suretiyle söz konusu politikanın geliştirilmesi ve uygulanmasını sağlama taahhüdü altına girmiştir. Ayrıca, yine UÇÖ çatısı altında imzalanan 161 Sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşme³⁵ ile üye devletler işle ilgili en uygun fiziksel ve zihinsel sağlık koşullarını karşılayacak düzeyde, güvenli ve sağlıklı bir çalışma ortamı oluşturmak yükümlülüğü altına girmektedir. Görüldüğü gibi bu Sözleşme'lerin tamamı sözleşmeciler devletlere işyerlerinde mobbingi önleyici düzenlemeler yapması için pozitif yükümlülük getirmektedir. Türkiye her üç sözleşmeye de taraf ülke konumundadır³⁶. Bu bakımdan Türkiye sözleşmeler ile getirilen söz konusu pozitif yükümlülükleri, uygun politika ve yasal düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirme taahhüdünü altına girmiştir.

UÇÖ çatısı altında imzalanan sözleşmelerin etkisiyle bölgesel düzeyde de sosyal hakların korunması amacıyla düzenlemelere gidilmiştir. Avrupa düzeyinde Avrupa Konseyi çatısı altında kabul edilen Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı sosyal hakların korunması bakımından Avrupa bölgesel düzeyinde oluşturulan en temel belge

³¹ 04.06.1958 kabul tarihli, 13.12.1966/811 sayılı UÇÖ Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi.

³² Bkz. 111 sayılı Sözleşme'nin 1,2 ve 3. maddeleri.

³³ 03.06.1981 kabul tarihli, 07.01.2004/5038 sayılı UÇÖ İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme.

³⁴ Bkz. madde 4.

³⁵ 07.06.1985 Kabul Tarihi, 07.01.2004/5039 sayılı UÇÖ İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşme.

³⁶ Sözleşmeler sırasıyla, 21.09.1967 tarih ve 12705 sayılı; 13.01.2004 tarih ve 25345 sayılı; 13.01.2004 tarih ve 25345 sayılı Resmi Gazetelerde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

durumundadır. Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi bünyesinde, 2006 tarihinde uygun bulma kanunuyla onaylanarak iç hukukumuz bakımından yürürlüğe giren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın³⁷ 26. maddesinde çalışanların onurlu çalışma hakkına ilişkin düzenleme getirilmiştir. 26. maddenin 1. fıkrası cinsel tacizi konu alırken, 2. fıkrası onurlu çalışma hakkını zedeleyen sözlü taciz veya kasıtlı yıldırma biçimlerini düzenlenmektedir. 26. maddenin 2. fıkrasında akit taraflar,

“Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı” taahhüt etmişlerdir.

Çalışanları işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları olumsuz davranışlardan korumaya yönelik uygun önlemler arasında, iç hukukta ilgili yeni yasal düzenlemelerin yapılmasının da yer aldığı şüphe götürmemektedir.

Aday ülke konumunda bulunduğumuz Avrupa Birliği'nin tabi olduğu hukuk düzeni içerisinde de mobbing ile mücadele edilmesi ve önlenmesi amacıyla önemli politikaların uygulandığını, hukuki düzenlemelerin yapıldığını ve halen de yapılmakta olduğunu görmekteyiz. Avrupa Birliği bakımından da mobbinge mücadelede izlenecek en etkili yolların mevcut ilgili yasal mevzuatın mobbing olgusunu gözeterek şekilde uygulanması, Avrupa düzeyinde mobbing sorunuyla mücadelede daha spesifik olarak katkı sağlayabilecek yeni yasal düzenlemelerin yapılması ve mobbingin üzerinde mutabakata varılacak bir tanımının yapılması olduğu belirtilmektedir³⁸. Bu bağlamda, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın³⁹ insan saygınlığı, ayrımcılık yasağını ve işçinin sağlığını, güvenliğini ve saygınlığını gözetken çalışma koşullarına sahip

³⁷ Avrupa Konseyi tarafından 03.05.1996 kabul tarihli, 163 sayılı ve 01.07.1999 yürürlük tarihli (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı. Türkiye bakımından Şart, 06.10.2004 tarihinde onaylanarak 03.10.2006 tarih ve 26308 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁸ *Mobbing in the EU and in Europe, Raising Awareness of Women Victims of Mobbing*, Centro Recherche Affari Sociali, 2009, s. 8.

³⁹ Avrupa Birliği'nin 18.12.2000 tarih ve C364 sayılı Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

olma hakkını düzenleyen 1., 21. ve 31. maddeleri bu konudaki temel yasal dayanaklar olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, ayrımcılık yasasını teyit eden Roma Antlaşması⁴⁰ ve Amsterdam Antlaşmaları'nın⁴¹ ilgili maddeleri de yine bu genel düzenleyici temel yasal dayanaklara örnektir. Bunlar yanında, mobbingi doğrudan konu alan tematik bir yönerge bulunmamasına rağmen Avrupa Konseyi'nin 89/391/EEG sayılı İşyerlerinde Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin Konsey Yönergesi⁴², mobbingi de kapsayan çerçeve bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. 1989 yılında kabul edilen bu Yönerge ile tüm işverenlere "iş ile ilgili tüm konularda" işçilerinin psikolojik ve fiziksel sağlığını koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Avrupa Konseyi'nin genel olarak ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik ilkesinin uygulanmasına dair 2000/43/EC⁴³, 2000/78/EC⁴⁴ ve 2002/73/EC⁴⁵ sayılı Yönergelerine göre genel olarak, ırk ve etnik kökenle, din ya da inançla, maluliyetle, yaşla, cinsiyetle ya da belli bir cinsel yönelimle ilgili olarak, insan haysiyet ve itibarının çiğnenmesi amacını taşıyan veya o sonucu doğuracak ya da yıldırıcı, düşmanca, başkalarının gözünde alçaltıcı, aşağılayıcı, hakaretamiz bir ortam yaratılmasına yol açan, arzu edilmeyen kasıtlı hareketlerin de ayrımcılık olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Avrupa Parlamentosu ise üye devletlerin hukuk sistemlerini mobbinge ilgili olarak gözden geçirme

⁴⁰ Avrupa Birliği'nin 29.12.2006 tarih ve C321 sayılı Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴¹ Avrupa Birliği'nin 10.11.1997 tarih ve C340 sayılı Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴² Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the Introduction of Measures to Encourage Improvements in the Safety and Health of Workers at Work, Avrupa Birliği'nin 29.06.1989 tarih ve L183 sayılı Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴³ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Avrupa Birliği'nin 19.07.2000 tarih ve L180 sayılı Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴⁴ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, Avrupa Birliği'nin 02.12.2000 tarih ve L303 sayılı Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴⁵ Directive 2002/73/EC of The European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the Implementation of the Principle of Equal Treatment for Men and Women as Regards Access to Employment, Vocational Training and Promotion, and working conditions, Avrupa Birliği'nin 05.10.2002 tarih ve L269 sayılı Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

ve bu konuda alacakları önlemleri tamamlama ve bir mobbing tanımı üzerinde mutabakata varmaları konusunda tavsiye kararı yayımlamıştır⁴⁶. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerdeki çalışma koşullarının çalışanların ruhsal sağlıkları üzerinde yarattığı olumsuz etkilerle ilgili anket sonuçlarının yaygınlaşması üzerine ise Avrupa Sosyal Ortakları tarafından işyerinde taciz ve şiddet konulu Çerçeve Sözleşme imzalanmış ve ayrıca 2007 ile 2013 yıllarını kapsayan Avrupa Komisyonu da Avrupa Sağlık ve Güvenlik Stratejisi'nde işyerinde ruh sağlığının önemine vurgu yapmıştır. Bu araştırmalardan Yaşam ve Çalışma Koşullarının İyileştirilmesi Avrupa Kurumu tarafından yayımlanan 2007 tarihli Avrupa Çalışma Koşulları Anketi son on iki ay içinde çalışanların yüzde beşinin mobbinge maruz kaldığını belgelemiştir⁴⁷.

Avrupa Birliğine üye ülkelerde yapılan araştırma sonuçlarına göre de ciddi boyutlara ulaşmış⁴⁸ olan işyerinde mobbing olgusu farklı hukuki yöntemlerle ele alınmıştır. Mobbing, kültür ve sosyal davranış kurallarıyla sıkı bağı nedeniyle bazı ülkelerde kabul edilebilir bir olguyken bazıları için tamamen bunun tersi geçerli olmaktadır. Bu nedenle, sorunla yüzleşmede kullanılan araçlar bile ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. Dolayısıyla, Avrupa Birliği'ne üye bazı ülkeler mobbing sorunuyla mücadelede yeni tematik yasalar kabul ederken bazıları ise hâlihazırdaki kanunlarının kapsamalarını genişleterek veya onları mobbingi kapsayacak biçimde yorumlayarak mevcut yasal düzenlemelerine başvurmayı tercih etmektedirler. Örnek olarak, Fransa, Belçika, Polonya, Danimarka, Finlandiya, İsveç ve Hollanda mobbing ile mücadelede mobbingi konu alan yeni yasalar kabul eden ülkeler arasındadır. Buna karşılık, İrlanda, İngiltere, Almanya ve İspanya'nın da içinde olduğu ülkeler mevcut kanunlarının mobbing sorunuyla baş etmede yeterli olabileceğini ve şimdilik konuyla ilgili yeni yasal düzenlemelere gerek olmadığını düşünmektedirler. Buradan hareketle, ya İrlanda gibi yasal yaptırım bulunmayan davranış ve usul kuralları veya rehberler oluşturmuşlar; ya da İspanya ve Alman-

⁴⁶ European Parliament Resolution on Harrasment at the Workplace (A5-0283/2001), Avrupa Birliği'nin 28.03.2002 tarih ve C 77 sayılı Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴⁷ Mobbing, <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/mobbing.htm>, 20.06.2012.

⁴⁸ Nuray Gökçek Karaca, "AB Ülkelerinde İşyerinde Psikolojik Tacizin Boyutları, Psikolojik Tacizle Mücadele ve Bu Mücadelede Sendikaların Rolü", Çimento İşveren, Eylül 2009, s. 30- 34.

ya gibi hem kamu hem özel sektör için mahkeme içtihatları yoluyla ve toplu sözleşmelerle soruna çözüm bulma yoluna gitmişlerdir. Bununla birlikte Avrupa Birliği üyesi olmayan Norveç'te de 1994 yılında mobbingi konu alan özel bir yasa kabul edilmişken, İsviçre'de hâlihazırda mobbinge karşı yeterli düzeyde koruma sağladığı düşünülen mevcut yasalar uygulamada yer almaktadır⁴⁹. Avrupa kıtası dışında, Kanada ve Arjantin'de mobbing karşıtı yasalar yapılmıştır. Avustralya'nın Queensland eyaletinde de bu türden yasanın yapılma çalışmaları sürmektedir. Sonuç olarak, dünyadaki pek çok ülkenin mobbing faillerini ve iştirakçilerin sorumluluğunu düzenleyen yasalara sahip olduğu veya sahip olma aşamasında olduğu gözlemlenmektedir⁵⁰.

II. Mobbingin Hukukumuzdaki Yeri

A. Genel Olarak

Mobbing çok eski zamanlardan günümüze kadar uzanan eski bir olgu olmasına rağmen 1980'li yılların başında batılı ülkelerde Heinz Leymann'ın çalışmaları sonucunda akademik araştırmaların konusu haline gelmiş, 1990'lı yıllarda ise örgütlerin içinden konuyla ilgili şikâyetlerin yükselmeye başlaması ve medyanın ilgisiyle birlikte kurumların/örgütlerin ilgisini çekmeye başlamıştır. Konunun kamuoyu tarafından tartışılmaya başlanmasına ise bağımsız danışman kuruluşlara konuyla ilgili başvuruların yöneltilmesi önyak olmuştur. Günümüzde pek çok ülkede mobbinge ilgili televizyon, radyo programları ve konferanslar düzenlenmekte, bu sorunla mücadele için çalışan kurum ve kişiler hükümetler tarafından desteklenmektedir. Türkiye'de ise Davenport, Schwartz ve Elliott'un "Mobbing: İşyerinde Duygusal Taciz" başlıklı kitabının⁵¹ 2003 yılında Türkçe'ye çevrilerek yayımlanması ile konu tartışmaya açılmış ve bugüne kadar hakkında çeşitli araştırmalar, yayınlar ve çalışmalar yapılan bir konu haline gelmiştir⁵².

⁴⁹ *Mobbing in the EU and in Europe, Raising Awareness of Women Victims of Mobbing*, s. 13- 14.

⁵⁰ Jordan Kaplan, "Help Is On The Way: A Recent Case Shed Light on Workplace Bullying", *Houston Law Review*, Cilt:47, Sayı:1, 2010, s.152.

⁵¹ Noa Davenport, Ruth Distler, Gail Schwartz, Elliott Pursell, *Mobbing İşyerinde Duygusal Taciz*.

⁵² Server Yıldız, "A New Problem in the Workplace: Psychological Abuse (Bullying)", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı: 34, 2007, s.113- 114.

Mobbingi karşılamak için kullanılan terminolojik çeşitlilik Türk yazınında da yaşanmakta olup, mobbingin Türkçe karşılığıyla ilgili yeknesak bir tutumun mevcut olmadığı görülmektedir. Mobbingin Türkçe karşılığı olarak kullanılan veya önerilen terimlerin genel olarak işyerinde psikolojik taciz⁵³; *sindirme*⁵⁴, işyerinde duygusal saldırı, *duygusal taciz*, *zorbalık*, *yıldırma*, *işyeri sendromu*, psikolojik terör, işyerinde psikolojik şiddet, moral taciz, manevi taciz, manevi saldırı, duygusal şiddet, psikolojik saldırı⁵⁵ olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, Türk Dil Kurumu ise mobbingin Türkçe karşılığı olarak “bezdiri” sözcüğünün kullanılmasını önermektedir⁵⁶.

Türk hukukuna ilişkin mevzuatta bir mobbing tanımı henüz tespit edilmemiş olmakla beraber, Türk yazınında akademik çevrelerce yapılan tanımlara rastlanmaktadır. Örnek olarak, mobbing alanındaki çalışmalarıyla bilinen örgütsel psikolog Pınar Tınaz mobbingi, “*Örgütlerde psikolojik taciz, örgüt içinde gerilimin (fikir ayrılıkları ve çatışmaların) ve kargaşalı bir iklimin oluşmasına neden olan tüm psikolojik faktörlerin birleşimi sonucunda ortaya çıkan, örgütün düzenini ve işleyişini bozan, çalışanların iş doyumunu ve çalışma barışını veya performansını olumsuz yönde etkileyen temel bir örgütsel sorun*”⁵⁷ şeklinde tanımlamaktadır. Bununla birlikte, 2006 senesinde bir Türk mahkemesinin ilk defa mobbinge ilişkin bir tanım yaptığı görülmektedir. Ankara 8. İş Mahkemesi tarafından verilen gerekçeli bir kararda geçen tanım şöyledir:

*“Mobbing kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama v.b. davranışları içermektedir.”*⁵⁸

⁵³ Pınar Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, s. 19- 120.

⁵⁴ Ahmet Erkan, “*Mobbing: İş yerinde Psikolojik Taciz*”, Psikoloji, Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Makaleleri Kütüphanesi, TavsiyeEdiyorum.com, (10.05.2012).

⁵⁵ Şaban Çobanoğlu, *Mobbing İşyerinde Duygusal Saldırı ve Müdahale Yöntemleri*, s.20.

⁵⁶ *İşyerinde Psikolojik Tacizin Adı “Bezdiri”*, <http://haber.mynet.com/detay/guncel/is-yerinde-psikolojik-tacizin-adi-bezdiri/557076>, (10.06.2012).

⁵⁷ Pınar Tınaz, “*Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz*”, Çalışma ve Toplum, Sayı:4, 2006, s. 12.

⁵⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2007/9157 E., 2008/13308 K. ve 30.05.2008 tarihli ilamı içinde Ankara 8. İş Mahkemesi’nin 2006/19 E., 2006/625 K. ve 20.12.2006 tarihli kararı, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları(konunun önemi nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararı Yargıtay kararı ile birlikte yayımlanmıştır).

Yukarıda da belirtildiği gibi, mevzuatımızda henüz mobbing kavramı tanımlanmamış olsa da kavramsal çerçeveden yola çıkarak mobbing olgusunun hukuksal analizinin yapılması, dava ve taleplere konu olması mümkün olabilmektedir. Buradan hareketle, ulusal hukuk bakımından mobbing işyerlerinde yaşanan bir olgu olması itibarıyla sadece iş hukuku açısından ihtilaflar doğuran bir sorun olarak değil, aynı zamanda medeni, borçlar ve ceza hukuku başta olmak üzere birçok hukuk dalı bakımından etki ve sonuçlar doğuran bir vaka olarak ortaya çıkmaktadır.

Mobbing sürecinin genel anlamda bir hak ihlali olduğu, özel anlamda kişinin kişiliğini oluşturan değerlerden onur ve saygınlığına ilişkin kişilik hakkının ihlali olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Zira bu sonuca kişiliğin, hak ve fiil ehliyeti de dâhil olmak üzere maddi ve manevi kişilik değerlerinden oluşan bir bütünü ifade ettiği⁵⁹ düşüncesinden varılmaktadır. Diğer bir deyişle, kişinin maddi, manevi varlığıyla bir bütün olduğu düşünüldüğünde; bu maddi ve manevi yanlarının ise yaşamı, beden bütünlüğü, özgürlüğü, sağlığı, onuru, haysiyeti, özel yaşamı, sözü, resmi, adı, eseri gibi değerlerden oluştuğu hatırlandığında, bu değerleri üzerindeki hakkının kişilik hakkını oluşturduğunda⁶⁰ duraksama yaşanmayacaktır.

Bu bağlamda, Türk hukukunda kişilik haklarıyla ilgili mevcut düzenlemeler mobbinge karşı koruma sağlamada hukuki zemini oluşturmaktadır. Pozitif hukuk bakımından kişilik hakkı ve kişiliğin korunmasının temeli başta T.C Anayasası'ndaki⁶¹ (Anayasa) temel hak ve özgürlükler kapsamında koruma altına alınmıştır. Anayasa'nın herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunun belirtildiği 12. maddesi, kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan 17. maddesinin 1. ve 3. fıkraları bu bağlamda temel hükümlerdir. Mobbingin anayasal bir hak ihlali olması bakımından burada dikkat çeken bir nokta 12. maddenin 2. fıkrasının, temel hak ve hürriyetlerin kişinin

⁵⁹ Kemal Oğuzman, Özer Selici, Saibe Oktay, *Kişiler Hukuku-Gerçek ve Tüzel Kişiler*, Filiz Kitabevi, 6. baskı, İstanbul 1999, s. 115; Aydın Zevkliler, Beşir Acabey, Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, 6. baskı, Ankara, 2000, s. 190- 191.

⁶⁰ Rona Serozan, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 14, 1977, s. 93.

⁶¹ 2709 sayılı ve 07.11.1982 kabul tarihli T.C. Anayasası.

topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiğine ilişkin hükmüdür. Anayasa'nın 49. maddesiyle bir hak ve ödev olarak düzenlenen "çalışma hak ve ödevi" de o halde 12. maddede kapsamında kişiliğe bağlı dokunulmaz, devredilmez vazgeçilmez bir temel hak ve özgürlüktür ve mobbingin kişinin çalışma ortamını çekilmez bir duruma getirerek onu işten ayrılmaya yöneltmesi⁶²; kişiyi uzun vadede iş ve çalışma yaşamından dışlayıcı etkisi⁶³, kişinin anayasayla güvence altına alınmış çalışma hakkına da doğrudan müdahale durumundadır.

Mobbing sürecinin içini dolduran psikolojik saldırı eylemleri kişilik hakkını ihlal eden davranışlar bütünü olmakla, yasal düzeyde de 4721 sayılı Medeni Kanun'un⁶⁴ (Medeni Kanun) kişilik haklarını koruyan; kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimseye saldırıda bulunana karşı koruma talep etme hakkı veren 24. maddesi ile değişiklikten önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun⁶⁵ haksız fiil ve borca aykırılık hükümleri; kişilik hakkı tecavüze uğramış kimseye manevi tazminat talep etme hakkını düzenleyen 49. maddesinin 1. fıkrası mağdur tarafından başvurulabilecek genel hükümlerdir.

Mobbingin işyerlerinde, başka bir deyişle, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin söz konusu olduğu yerlerde gerçekleşebilecek, işveren veya diğer işçiler tarafından başka bir veya birden fazla işçi sıfatını haiz kişilere karşı icra edilebilecek bir olgu olması nedeniyle aslında özel olarak 4857 sayılı İş Kanunu⁶⁶(İş Kanunu) kapsamında işçi-işveren ilişkileri çerçevesinde ele alınabilecek bir vakadır. İş Kanunumuzda mobbinge ilgili doğrudan ve açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte işveren ve işçi davranışlarını düzenleyen ve bu davranışlara hukuki sonuç bağlayan düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bağlamda, işverenle işçi arasındaki sözleşme ve borç ilişkisi nedeniyle borca aykırılık hali teşkil etmektedir. Bu nedenle, mobbing sürecinin İş Kanunu'nun 24. maddesiyle düzenlenen işverenin işçiyi gözetme; iş-

⁶² Fuat Bayram, "Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz", in Pınar Tınaz, Fuat Bayram, Hediye Ergin, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Beta Yayınları, 1. baskı, İstanbul 2008, s. 86.

⁶³ Aşağıda mobbingin sonuç ve zararları bahsinde daha ayrıntılı olarak görülecektir.

⁶⁴ 4721 sayılı ve 22.11.2001 kabul tarihli Türk Medeni Kanunu.

⁶⁵ 818 sayılı ve 22.04.1926 kabul tarihli Türk Borçlar Kanunu.

⁶⁶ 4857 sayılı ve 22.05.2003 kabul tarihli İş Kanunu.

çinin kişilik değerlerini koruma borcuna, 5. maddesinin 1. fıkrasıyla düzenlenen eşit davranma borcuna aykırı olduğu; Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca ise işverenin yönetim hakkını kötüye kullanması sonucunu doğurduğu ileri sürülebilecektir.

Hukuk sistemimizde yukarıdaki hükümlerin dolaylı olarak mobbinge karşı koruma sağlamaya müsait olmasına rağmen içinde bulunduğumuz seneye kadar kanunlarımızda mobbing ile ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak son zamanlarda ülkemizde yaşanan bazı siyasi çalışmalar, düzenlemeler ve değişikliklerle Türk hukukunda mobbingin doğrudan yer almasıyla ilgili bazı gelişmeler yaşanmıştır. Öncelikle, 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Borçlar Kanununun⁶⁷ 417. maddesiyle mobbing "işçinin kişiliğinin korunması" başlığı altında "işçinin psikolojik tacize uğraması" ifadesiyle doğrudan Borçlar Kanunumuzda yer almıştır. Söz konusu 417. maddeye göre, işveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı görmek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğrayanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır. Böylelikle yasalarımızda ilk kez doğrudan mobbingi konu alan, mobbinge karşı direkt olarak koruma sağlayan spesifik bir düzenleme yapılmış bulunmaktadır.

Bu gelişmeden sonra son dönemde mobbingin hukuk sistemimizde doğrudan görünür kılınmasıyla ilgili olarak iki gelişme daha yaşanmıştır. Bunların ilki Başbakanlık tarafından "İşyerinde Psikolojik Tacizin Önlenmesi" başlığı altında yayımlanan sekiz maddelik genelgedir⁶⁸ (Genelge). Söz konusu Genelge'de de mobbing yerine kullanılması uygun görünen Türkçe ifade "psikolojik taciz" olarak tain edilmiştir. Genelge'de mobbingin, iş yerinde kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıktığı belirtilerek, yukarıda değindiğimiz Ankara 8. İş Mahkemesi tarafından yapılmış olan tanım çerçevesinde ele alınmış olduğu görülmektedir. Bunun yanında, mobbingin önlenmesinin, gerek iş sağlığı ve güvenliği gerekse

⁶⁷ 6098 sayılı ve 11.01.2011 kabul tarihli Türk Borçlar Kanunu.

⁶⁸ 27879 sayılı ve 19.03.2011 Resmi Gazete yayım tarihli Başbakanlık Genelgesi.

çalışma barışının geliştirilmesi açısından çok önemli olduğu belirtilmiş ve mobbinge karşı önlemler getirilmiştir.

İkinci olarak ise, iş yeri şiddetine yönelik Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu bünyesinde oluşturulan Mobbing Alt Komisyonu mağdurların haklarının korunması ve yapılması gerekenlerin sıralandığı bir rapor yayımlamıştır. Söz konusu raporda, mobbing olgusunun hem birey hem kurum üzerinde tahrip edici sonuçları bulunduğu, mobbing konusundaki farkındalığın artırılmasıyla ilgili çalışmaların yapılması gerektiği, mağdur için hem şikâyet hem müracaat usulünün hak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, mobbing failinin kredi ve teşvik olanaklarından mahrum bırakılması gerektiği, toplu sözleşmelere korunma önlemleri konulması gerektiği, mobbing yapan ve yetkisi olmasına rağmen yapılmasını önlemeyenlere de dolaylı olarak katkısı nedeniyle disiplin cezası verilmesi gibi önerilerde bulunulmuştur. Mobbingin ceza hukuku bağlamında bir suç olarak yer almasıyla ilgili olarak ise, Ceza Kanunumuzda mobbingin açık bir tanımının yapılarak mobbing yapanlara, yapılmasına göz yumarlara alt sınırı iki yıl olmak üzere hapis cezası ve ayrıca en az on bin ile yirmi bin lira para cezası yaptırımını gerektiren bir suç haline getirilmesi önerisi açıklanmıştır⁶⁹.

B. Ceza Hukuku Bakımından

TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu bünyesinde oluşturulan Mobbing Alt Komisyonu tarafından hazırlanan raporda Ceza Kanunumuzda mobbingin bir suç olarak tanımlanması öngörülmüşse de Türk Ceza Kanunu'nda⁷⁰ (Ceza Kanunu) mobbingi ayrı bir suç olarak yaptırıma bağlayan bir düzenleme mevcut değildir ve henüz konu Ceza Kanunu'nda bir değişiklik yapılması kapsamında ele alınmamıştır. Bununla birlikte, mobbing sürecini oluşturan münferit veya münferit olmayan eylemler Ceza Kanununda düzenlemiş olan diğer suçlarla bağlantılı olduğu sürece cezalandırılabilir.

⁶⁹ "TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları No: 6, -Mobbing Raporu", http://www.mobbing.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=121:tbmm-kadin-erkek-firsat-etl-komsyonu-mobbing-raporu&catid=11:basinda-mobbing-bullying&Itemid=9, 06.04.2011,(10.06.2012).

⁷⁰ 5237 sayılı ve 26.09.2004 kabul tarihli Türk Ceza Kanunu.

Mobbing sürecini oluşturan eylemler tamamı olmasa da bir kısmı genel mobbing sürecinden bağımsız bir şekilde düşünüldüğünde çeşitli kişilik haklarının ihlalini doğuracak sonuçlara sahip olabilmektedir. Bu nedenle, Ceza Kanunumuzda kişiliğe bağlı pek çok hakkın ihlalini yasaklayan hüküm aslında mobbing davranışlarına uyan münferit eylemlerin cezalandırılabilmesini sağlayabilmektedir. Örnek olarak, hakaret suçunu düzenleyen 125. madde, kasten yaralamayı suç olarak düzenleyen 86. madde, tehdit suçunu düzenleyen 106. madde, görevini kötüye kullanma suçunu düzenleyen 257. madde, ayrımcılık yasağına ilişkin 122. madde, iş ve çalışma özgürlüğünün ihlaline karşı koruma sağlayan 117. maddeler verilebilir.

Mobbing sürecini oluşturan münferit eylemlerin bu şekilde ayrı ayrı farklı suç tiplerini oluşturabilmesinin yanında, mobbing sürecinin bütüncül şekilde Ceza Kanunumuzda mevcut bazı suç tiplerinin içinde değerlendirilebilmesi de mümkündür. Ceza Kanunumuzda mevcut, mobbingin unsurlarını içinde barındıran bu suç tiplerine örnek olarak ise, eziyet suçunu düzenleyen 96. maddeyi, işkence yasağına ilişkin 94. maddeyi, huzur ve sükûnu bozma suçuna ilişkin 123. maddeyi gösterebiliriz. Somut olayın şartlarına, mobbing davranışlarının niteliğine ve çeşidine göre ise ayrıca, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu düzenleyen 134. madde, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesini yasaklayan 118. madde gibi hükümlere de başvurulabilmesi olasıdır.

Ceza hukuku açısından mobbing olgusuna ilişkin uygulamadaki ilk örnek davalar olarak 2011 yılının Mart ayında biri üniversite dekanına biri ise okul müdürü ve yardımcıları aleyhinde açılan davalar gündeme gelmiş ve medyada “*Mobbinge İlk Ceza*” ve “*Öğretmenden Rekor Mobbing Davası*” gibi başlıklarla yer almıştır.

İlk olayda, bir hukuk fakültesi dekanının bir öğretim görevlisine uyguladığı iddia edilen ve mobbing eylemleri içerisinde mütalaa edilebilecek türden davranışları nedeniyle “görevi kötüye kullanmak” suçundan ceza mahkemesinde yargılanmasına karar verilmiştir. Olayda, öğretim görevlisinin bir kongreye katılmak için yaptığı başvurunun görüşüldüğü hukuk fakültesi yönetim kurulu toplantısında dekan ve diğer bir öğretim görevlisinin çekimser oy kullanmasının Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK) Kanununa aykırı olduğu iddiasıyla Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmuş ve savcılığın ilgili yasa-

lar uyarınca soruşturma izni verilmesi için şikâyet dilekçesini göndermesi üzerine YÖK olayla ilgili inceleme başlatmıştır. YÖK Denetleme Kurulu üyesinin hazırladığı inceleme raporunda dekan hakkında soruşturma açılması uygun görmüştür⁷¹.

Diğer olayda ise, Türkiye’de ilk kez bir mobbing davasının ağır ceza mahkemesine taşındığı bilgisi verilmiş; mağdur bir öğretmene; görev yaptığı okuldan uzaklaştırıp başka bir okula tayinini çıkarttırmak için mobbing yaptığı iddia edilen bir okul müdürü, iki yardımcısı ve iki de kadın öğretmen hakkında “Kamu görevlilerine işkence yapma” iddiasıyla 12 yıla kadar hapis istemiyle dava açıldığı bildirilmiştir. Bu bilgiye ulaşabildiğimiz haber kaynaklarında, iddianameye yansıyan ve dava açılmasına zemin hazırlayan olaylar şu şekilde anlatılmaktadır:

“Liseye edebiyat öğretmeni olarak atanan F.İ., okula ilk geldiği hafta şiiir gecesi düzenlemek için dilekçeyle idareye başvurdu. Dilekçeyi kabul etmeyip öğretmen hakkında bir takım kötü yakıştırmalarda bulunan okul müdürü M. K., öğrencileri de kullanarak bayan öğretmen hakkında dedikodular yaymaya başladı. Bununla da yetinmeyen okul müdürü, bayan öğretmeni okuldan uzaklaştırmak için hakkında tahkikat yaptırdı. Okul müdürü M.K. , okul müdür yardımcısı S.T. ile hiç bir duygusal ilişkisi olmadığı halde onunla evlenmek istediğini ancak açılmadığı yönünde dedikodular yaydı. Şüpheliler bilinçli bir şekilde edebiyat öğretmeni ile samimiyeti olan herkesin kendisinden uzaklaşmasını sağladı. Bunlarla da yetinmeyen şüpheliler, edebiyat öğretmeni ile konuşan diğer öğretmenleri de soruşturmayla tehdit etti. Sınıfındaki bir grup öğrenciye örgütlenerek öğretmenleri F.İ., hakkında toplu şikâyet yaptırılırken, okul müdürü edebiyat öğretmenin eğitim adına yaptığı bütün işlerin kötü olduğunu bahane ederek ihtar cezaları yağdırıp ders ücretlerini kesti. Şüpheli iki bayan öğretmen C. Ş. ve A.B.K. ise F.İ’ e psikolojik baskı yaparak mücadelesinden vazgeçirmeye çalıştığı iddia edildi. Okul müdürü M.K., F.İ. öğretmenin not verirken tarafsızlık ilkesini ihlal ettiğini iddia ederek F.İ.’nin 1 yıl kıdem indirme cezası ve 4 kez ihtar cezasının yanı sıra okulunun değiştirilmesi için İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü’ne başvurdu. Baskılara dayanamayan F.İ., uykusuzluk, tedirginlik, mutsuzluk ve hayattan tikslenme şikâyetiyle 9.10.2009’da İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı’na

⁷¹ *Mobbinge İlk Ceza*, <http://yenisafak.com.tr/Gundem/Default.aspx?t=16.03.2011&i=308577>, (19.5.2012).

başvurarak tedavi görmeye başladı. F.İ. öğretmene yapılanın mobbing olduğunu bilimsel olarak ortaya koyan Psikiyatri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı, "Trauma sonrası stres bozukluğu ve major depresyon" tanısını koydu. F. İ.'nin sağlığının ve algılama yeteneğinin basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek düzeyde bozulduğunu ortaya koyan Fincancı, yaşanan tramanın "mobbing" ile uyumlu olduğunu ileri sürdü. Savcılığın sevk ettiği F.İ.'ye Adli Tıp Kurumu da hazırladığı raporla mobbing'i doğruladı. Adli Tıp Kurumu'nun ve bilirkişinin raporunu değerlendiren savcı, mağdur F.İ.'ye yönelik mobbing süreci içinde uygulanan fiillerin TCK'nun 94/2-b'deki işkence suçuna uygun olduğunu belirtti. İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nün 28.04.2010 tarihli atama kararname ile F. İ.'nin Halkalı'da bir başka devlet lisesine Türk Dili ve Edebiyatı öğretmeni olarak atanmasıyla mobbing sürecinin tamamlandığını ileri süren savcı, şüpheli M.K. , S. T. , A H.T. , C.Ş. ve A.B. K.'nun "Kamu görevlisine işkence yapma" suçundan 3 yıldan 12 yıla kadar hapis istemiyle dava açtı.⁷²"

C. Mobbing Suçu Analizi

Yukarıdaki hükümler uyarınca mobbing sürecini oluşturan eylemlerin cezalandırılabilmesi mümkün olmakla birlikte, Ceza Kanunumuzda özel olarak mobbing eylemini konu alan bir düzenleme yapılmasının, mobbingin bir suç tipi olarak tanımlanmasının mobbingle mücadele açısından daha etkili sonuçlar doğuracağı söylenebilecektir.

Karşılaştırmalı hukuk bakımından mobbingin bir suç olarak ceza yasalarında yer alması yeni bir girişim olmadığı gibi, mobbingi ceza yasaları kapsamına alan ülke sayısının da belirli bir çoğunluğa ulaşmış olduğu görülmektedir. Mobbing, kendi adıyla bir suç olarak İş Güvenliği ve İşçi Sağlığı Yasası kapsamında 1993'te İsveç'te yasalaştırılmış; 2000 yılının başlarında Finlandiya, Hollanda, Fransa, Danimarka, Norveç gibi diğer Avrupa ülkeleri de işyerinde psikolojik tacizi suç olarak kabul etmişlerdir. Örnek olarak, Fransa'da mobbing suçunu işleyen faillere 1 yıl hapis ve 15000 Euro para cezası öngörülmüştür. Amerika kıtasında mobbingi suç olarak kabul eden ilk ülke Kanada olmaktadır.

⁷² "Öğretmenden Rekor Mobbing Davası", http://nethaberci.com/sondakika-otomobil-haberleri/ogretmenden-rekor-mobbing-davas%C2%AO%C2%AO%C2%AO_162122.html, (19.05.2012), *Mobbing Ağır Cezalık: 12 Yıl Ceza İstendi*, <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1037748&Date=27.04.2011&CategoryID=77>, (27.04.2012).

ABD’de ise mobbing ülkenin bütününde hukuktaki yerini tam olarak almış sayılmasa da, bazı eyaletlerde yasalara girmiş durumdadır⁷³.

Aşağıda Ceza Kanunumuzda mobbingin bir suç tipi olarak tanımlanması durumunda suç teorisi bakımından unsurlarına ilişkin bir analiz yapılarak bir “mobbing suçu” tasvir etme denemesi yapılmaktadır. Bu bağlamda, mobbing suçu ile korunan hukuki değer, suçun fail ve mağduru bakımından bir inceleme, suçun hareket unsurunun incelenmesi, netice ve zarar unsuru bakımından inceleme, manevi unsurunun değerlendirilmesi ve mobbingin bir suç olarak ortaya konulmasında bütün bu unsurlar ve suç genel teorisi verileri ışığında mobbing suçunun niteliği konusunda genel bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

1. Korunan Hukuki Değer

Mobbing suçu ile korunan değerın karma bir nitelik taşıyacağını söyleyebilmek mümkündür. Mobbing sürecini oluşturan eylemler bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına, onur ve saygınlığına, daha kapsayıcı bir söylemle kişilik haklarına saldırı niteliği taşımakta ve yapılan araştırmalara göre beden ve ruh sağlığını bozmaktadır.

Diğer yandan, mobbinge maruz kalan kişinin irade serbestisinin, algılama yeteneğinin ve psikolojik durumunun olumsuz yönde etkilenmesi sebebiyle, içine sokulduğu baskı, sindirme, yıldırma ve yıpratılma halleri sonucunda işyerindeki huzuru tükenmektedir. Kişinin çalışma ortamında, diğer bir deyişle işyeri kavramına dâhil yerlerde kötü muamele gördüğü, tehdit edildiği veya saldırıya uğradığı hallerde sağlığı, güvenliği ve iç barışı olumsuz olarak etkilenmektedir⁷⁴. İşyerinin ruhsal ve fizyolojik sağlığını etkilemesi sonucunda ise kişi bu eziyete son vermek için sonuç olarak çoğu kez işinden ayrılmakta veya ayrılmaya zorlanmaktadır⁷⁵. Mobbing sonucu işyerlerinden ve mes-

⁷³ Dilşat Özer, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Raporu*, Bilge Kadın Araştırma Merkezi, 2009, www.bilka.org.tr, (27.12.2012), s. 12; Ceren Altuntaş, “*Mobbing Kavramı ve Örnekleri Üzerine Uygulamalı Bir Çalışma*”, Journal of Yaşar University, Cilt:18, Sayı:5, 2010, s. 3011.

⁷⁴ Elif Yüçetürk, Kemal Öke, “*Mobbing and Bullying: Legal Aspects Related to Workplace Bullying in Turkey*”, South-East Europe Review, Sayı:2, 2005, s. 64.

⁷⁵ Noa Davenport, Ruth Distler, Gail Schwartz, Elliott Pursell, *Mobbing İşyerinde Duygusal Taciz*, s. 22.

leklerinden ayrılan üretken ve kaliteli çalışanların iş yaşamından dışlanmaları ve pek çok vakada gözlemlendiği gibi iş ve çalışma hayatına geri dönememeleri⁷⁶ bu kişilerin istihdam edilmelerini engellemekte, nihai olarak işsizlik ve yoksulluk problemleriyle karşı karşıya gelmelerini sağlayabilmektedir. Bu durum mağdurların iş ve çalışma hürriyetini ihlal ettiği gibi, aynı zamanda, ülke bakımından verimli işgücü kaybına da yol açmaktadır.

Mağdurların sağlık, işsizlik ve erken emeklilik masrafları ise ülkenin sosyal sağlık, sosyal güvenlik ve emeklilik sigortası sistemi üzerinde ek külfet yaratmaktadır⁷⁷. Nihai olarak, mobbing ülke ekonomisi bakımından da zararlı sonuçlar doğuran bir olgudur.

Sonuç olarak, mobbing suçu ile korunması amaçlanan hukuki değer, kişilerin ruh ve beden sağlığı ve her türlü cebir ve şiddetten uzak olarak çalışabilmesinin, iş ve çalışmasını icra edebilmesinin; çalışma özgürlüklerinin ve iş sağlığı ve güvenliğinin korunması ile birlikte ülkenin çalışma ekonomisinin zarara uğratılmasının önlenmesi olduğu söylenebilecektir.

2. Fail ve Mağdur

Mobbingin günümüzde cinsiyet ve hiyerarşi farkı gözetmeksizin tüm kültürlerde ve işyerlerinde gerçekleşen bir olgu olması⁷⁸ nedeniyle, kamu veya özel teşebbüslerde çalışan herkes bu suçun faili ve mağduru olabilecektir.

Heinz Leymann'a göre, mobbing eylemi bir ya da nadiren dörtten fazla birey tarafından gerçekleştirilebilir⁷⁹. Mobbing eylemi bir kişi tarafından gerçekleştiriliyorsa, bu kişinin prensip olarak işyerinin sahibi işveren veya işyerinde bulunan herhangi bir pozisyonda amir konumunda bulunan yönetici olarak tanımlanabilmesi mümkündür. Mobbing eyleminin birden fazla kişi tarafından uygulandığı durumda ise,

⁷⁶ Heinz Leymann, "The Content and Development of Mobbing at Work", s. 174.

⁷⁷ European Parliament Directorate-General For Research Working Paper, "Bullying At Work", Social Affairs Series. Soci 108 EN, Sayı:8, Luxembourg, 2001, Nakleden Server Yıldız, "A New Problem in the Workplace: Psychological Abuse (Bullying)", s. 115.

⁷⁸ Pınar Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, s. 100.

⁷⁹ Heinz Leymann, "The Content and Development of Mobbing At Work", s.165.

bu kişilerin mobbing mağduruna eş durumdaki iş arkadaşları, mobbing mağdurunun hiyerarşik düzendeki astları veya üstleri olmaları mümkündür.⁸⁰ Bu ihtimalde mobbing suçunun zorunlu olarak çok faili bir suç olduğu kabul edilecektir. Mobbing failinin kişilik özellikleri olarak, kendi eksik taraflarını, korku ve güvensizliklerini, bir başkasını küçük düşürerek telafi etmeye çalışan, farklılıklara karşı hoşgörüsüz, ikiyüzlü, kendini üstün gören ya da göstermek isteyen, aşırı denetleyici ve kıskanç kişiler olduklarını ve hedef aldıkları kişinin zor durumlarıyla eğlenerek, kendi yetersizlik duygularını yenmeye çalışan kişilik ve psikolojik özelliklere sahip kimseler olduğu belirtilmektedir⁸¹.

Heinz Leymann, mobbing faillerinin mobbing davranışlarının arkasında aşırı kontrolçülük duygusuna sahip olma, korkak saldırgan bir yapıya sahip olma, iktidar açlığı içinde olma, kişileri grup kuralına uymaya zorlamayı isteme, düşmanlıktan hoşlanma, can sıkıntısı içinde zevk arayan ve önyarguları pekiştirmek isteği içinde bulunma gibi saikler bulunduğunu belirtmektedir⁸².

Mobbing eylemine mağdur olarak genelde bir, nadiren birden fazla kişinin maruz kalabileceği kabul edilmektedir. Heinz Leymann, mobbing mağdurlarının genel kişilik özellikleriyle ilgili çıkarımlarını, işini çok iyi hatta mükemmel yapma, etrafına pozitif enerji yayma ve sevme, çalışma prensipleri sağlam ve bunlardan taviz vermeyen, dürüst, güvenilir, kuruluşa sadık olma, bağımsız ve yaratıcı olma, mobbing faili için ileride tehlike arz eden ve işyerinde sessiz ve etrafındakilerle ilişki kurmayan kişi olarak sıralamaktadır⁸³.

Fail ve mağdur haricinde mobbing sürecinde bir de "izleyici" konumundaki kişiler tanımlanmaktadır. Bu bağlamda mobbing sürecinde iki grup "izleyici" olduğundan bahsedilmekte; ilk grupta yer alan "izleyicilerin" mobbing olayına müdahale etmeyip ilgisiz kaldıkları, ikinci gruptakilerin ise etkin bir şekilde mobbing olgusuna katıldıkları belirtilmektedir. Her iki gruptaki "izleyiciler" bakımından da dikka-

⁸⁰ Loreleigh Keashly, "A Researcher Speaks to Ombudsmen About Workplace Bullying", Journal of International Ombudsman Association, Cilt:3, Sayı:2, 2010, s. 12.

⁸¹ Dilşat Özer, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Raporu*, s. 3.

⁸² "Why Does Mobbing Takes Place?", The Mobbing Encyclopedia, <http://www.leymann.se/English/frame.html>, (19.05.2012).

⁸³ Heinz Leymann, "The Content and Development of Mobbing At Work", s.165; "Why Does Mobbing Takes Place?", The Mobbing Encyclopedia.

ti çeken hususun bunların mobbing sürecinin devam etmesine veya durmasına etki edebilecek güçte olmaları olarak açıklanmaktadır. Buradan hareketle, ilk gruptaki “izleyiciler”, süreci engelleme yönünde bir irade sergileyebilecek olmalarına rağmen yaşanan süreçte meydana gelen olayları görmezden gelmeleri nedeniyle “dolaylı mobbingci” olarak da adlandırılmaktadırlar. Örnek olarak eş düzeydeki iş arkadaşları arasında gelişen bir mobbing olgusunu izleyici konumundaki bir müdür veya amir gösterilebilecektir. Bu halde amir konumundaki kimsenin mobbing faillerinin davranışlarına engel olması gerekmesine rağmen engel olmayıp faillerin davranışlarını görmezden gelmesi söz konusudur. İkinci gruptaki “izleyiciler” ise mobbing süreciyle doğrudan ilgileri yokmuş gibi gözükken ve fakat asıl faille birlikte mağdura yönelik tacizlerde bulunan çalışanlar olmaktadır ki bunlar da psikoloji disiplininde “yardımcı mobbingci” olarak tanımlanmaktadırlar. Örnek olarak, üstten asta veya asttan üste yönelik mobbingin uygulandığı bir işyerinde mağdurun iş arkadaşları veya ast konumundaki çalışanların mobbing sürecinin yaşanmasına katkı sağlaması, yardım etmesi gösterilebilecektir.⁸⁴

Mobbing sürecinde asıl fail ve mağdur dışında yer alan aktörler olarak “izleyicilerin” suçun işlenmesindeki yerlerinin ve bu kişilere yönelik suç isnadının, Ceza Kanunu’nun 37. ila 41. maddelerinde düzenlenen iştirak hükümleri bağlamında yapılmak gerekeceği söylenebilecektir. Kanımca, “dolaylı mobbingcinin” Ceza Kanunu’nun 37. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “birlikte faillik” hükümleri gereği cezai sorumluluğuna gidilmesi mümkün iken, “yardımcı mobbingcinin” ise Ceza Kanunu’nun 39. maddesine göre “suça yardım eden” sıfatından dolayı sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir.

3. Hareket

Mobbing suçunun hareket unsuru tek tip bir hareketten oluşmaktadır. Mobbingi oluşturan hareketlerin çeşitliliğinin failin hayal gücü ile sınırlı olduğu, diğer bir deyişle, failin hayal gücü ne kadar genişse sergilenen mobbing hareketlerinin de o kadar çeşitlilik arz edebileceği ifade edilmektedir.⁸⁵ Mağdura yöneltilebilecek mobbing dav-

⁸⁴ Pınar Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, s. 114- 116.

⁸⁵ Gönül Dangaç, “Akademik, Hukuksal ve Tıbbi Açından Mobbing (İşyerinde Psikolojik

ranışları, hakkında yanlış bilgilerin ve dedikoduların yayılmasından saldırgan ve düşmanca söz ve davranışa kadar geniş bir yelpaze içinde ele alınabilecek ve mağdurun hem psikolojik hem de fiziksel olarak zarar görmesine neden olan duygusal saldırılar olabilmektedir. Belirli bir süreye yayılmış olan bu davranışlar neticesinde mağdurun sağlığı, emniyeti ve iş verimi olumsuz bir şekilde etkilenmektedir⁸⁶. Bir grup araştırmacının gözlemlerine göre, mobbing davranışları genel olarak aktif “yapma” eyleminden ziyade, bilgi vermeme, toplantılardan haberdar etmeme, tepkisiz kalarak tepki gösterme gibi “yapmama” eylemleridir⁸⁷.

Tipik mobbing davranışları olarak, düşmanca tavır takınmak, ayrımcılık yapmak, aşağılamak, özgüveni azaltıcı davranışlar sergilemek, istenmediğini hissettirmek, sık sık haksız eleştirilere maruz bırakmak, gülünç duruma düşürmek, alay etmek, hakaret etmek, görmezden gelmek, yalnızlaştırmak, fikirlerini ciddiye almamak, konuşmamak, cinsel davranışlarda bulunmak, gözdağı vermek, sağlığa zarar verici veya gereksiz görevler vermek veya hiç görev vermemek gibi davranışlardır⁸⁸. Kısaca, mobbingin hareket unsurunun işyerinde gerçekleşen, hedef seçilen çalışan mağduru sindirme ve yıldırmaya yönelmiş bir süreci meydana getiren her türlü olumsuz davranış ve tutumlardan oluşabileceği söylenebilecektir.

Nitekim psikoloji yazınında mobbingi davranış eksenli olarak açıklayan tanımlar da, suça uygun hareket tanımı için ipucu vermektedir. Literatüre geçmiş 1989, 1992 ve 1994 yıllarında mobbingin hareket unsurunu merkeze alarak yapılan birkaç tanım aşağıdaki gibidir:

“Bir ya da daha fazla kişinin, çalışma gruplarındaki kişi ya da kişileri hedef alan, sürekli, tekrarlayan negatif davranışlar ya da temaslarıdır.”

“Kamu ya da özel sektörde, kişiyi küçük düşüren ya da alçaltan, sürekli eleştiri ve kişisel taciz veya saldırı içeren davranışlardır.”

⁸⁶ Yıldırma, Zorbalık”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:4, Sayı: 11, Aralık 2009, s. 27. Server Yıldız, “A New Problem in the Workplace: Psychological Abuse (Bullying)”, s. 114- 115.

⁸⁷ Loreleigh Keashly, “A Researcher Speaks to Ombudsmen About Workplace Bullying”, s. 12.

⁸⁸ Yener Ünver, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:4, Sayı: 11, Aralık 2009, s. 102- 103.

“Kendilerini koruyamayacak durumda olan, bir ya da daha fazla kişiye yöneltilen ve bu kişilere zihinsel bazen de fiziksel acı veren, devamlı tekrarlanan davranışlardır.”⁸⁹

Mobbing faili/failleri tarafından gerçekleştirilebilecek hareketler yelpazesi daha önce de belirtildiği gibi, oldukça geniş olmakla beraber bu davranışlar/hareketler arasında gruplandırma çalışmaları yapılmıştır. Söz konusu hareketlerin işyerinde mağdur ve fail arasındaki statü farkına bağlı olarak çok değişik formlarda ortaya çıkabileceği; amir durumundaki faillerin olumsuz addedilebilecek bu hareketleriyle aynı kademedeki iş arkadaşlarının birbirlerine veya amir mağdura karşı gerçekleştirdikleri hareket türleri arasında farklılıklar bulunduğu belirtilmektedir⁹⁰. Bununla birlikte, psikoloji yazınında sıklıkla atıf yapıldığı gibi Leymann, failerin mağdurlara yönettiği mobbing davranış/hareket çeşitlerini temelde beş kategori halinde incelemektedir.

İlk kategoride mağdurun kendisini ifade etmesini engellemeye yönelik hareketler bulunmaktadır. Bunlar mağdurun kendini ifade etme olanağının sınırlandırılması, susturulması, sözünün kesilmesi, azarlanması, yüzüne bağırılması, yaptığı işle ilgili sözlü saldırılar, özel yaşamıyla ilgili eleştiriler, yazılı ve sözlü tehditler alınması, jest ve mimiklerle mağdurun küçük düşürülmesi gibi hareketlerdir. İkinci kategoride, mağdurun içinde bulunduğu sosyal yapıya ilişkin hareketler bulunmaktadır. Örnek olarak, çalışma arkadaşlarıyla konuşmanın engellenmesi, çalışma arkadaşlarının mağdurla iletişimini kesmesi, mağdura diğerlerinden ayrı bir yerin ayrılması, görmezlikten gelme, yasakçı bir tavrın ortaya konulması v.b. Üçüncü kategoride, mağdurun sosyal itibarına ilişkin hareketler yer almaktadır. Mağdurun dedikodusunu yapmak, asılsız söylentiler çıkarmak, mağdurun özel yaşamıyla, dini inanç, ırkıyla, fiziksel bir engeliyle veya değerleriyle alay edilmesi, gülünç duruma düşürme, psikolojik bir rahatsızlığı varmış gibi muamele etme, taklit etme, aldığı kararların sürekli eleştirilmesi gibi davranışlar bunlardandır. Dördüncü kategoride, mağdurun mesleki ve özel yaşamının niteliğine yönelik davranışlar bulunmaktadır;

⁸⁹ Stale Einarsen, *“Harassment & Bullying At Work: A Review Of The Scandinavian Approach”*, Aggression and Violent Behavior, Cilt:5, Sayı:4, 2000, s.379- 401.

⁹⁰ Loreleigh Keashly, Joel H. Neuman, *“Bullying in the Workplace: Its Impact and Management”*, Employment Rights and Employment Policy Journal, Cilt:8, Sayı: 43, 2004, s. 335.

mağdura görev verilmemesi, çalışma faaliyetini engelleme, kendi işiyle ilgili olmayan, anlamsız veya rencide edici görevler verilmesi, bireyi maddi açıdan zarara uğratabilecek işleri yerine getirmeye zorlama v.b. Beşinci kategoride ise, mağdurun sağlığına yönelik hareketler bulunmakta olup; cinsel tacize maruz bırakma, tehlikeli işler verme, fiziksel olarak saldırı, daha küçük çapta fiziksel şiddet uygulama, fiziksel şiddetle tehdit etme, sağlığına zararlı işler verme gibi davranışlar sayılmaktadır⁹¹.

Belirtildiği gibi, mobbing suç tipine uygun hareket unsurunu, tek bir hareketin varlığı değil, bir süreç içine yayılmış belli bir sıklıkla tekrarlayan birden fazla hareketin toplamı oluşturmaktadır. Çeşitlilik gösteren ve asla bir veya bir kaç hareketle sınırlı olmayan bu hareketlerin mobbing suç tipini oluşturabilmeleri için bu hareketlerin belirli bir sistem dâhilinde (sistematik) ve belirli bir süre(süreklilik) devam ediyor olması da gerekmektedir. Diğer bir deyişle, suçun hareket unsurunu tanımlayan davranışlar belirli bir süreklilik ve sıklık arz etmediği sürece suçun maddi unsuru gerçekleşmeyecektir. Nitekim sıklık ve süreklilik kriterlerinin Heinz Leymann tarafından yapılan mobbing tanımının da esasını oluşturduğu ve mobbing ile ilgili olarak Heinz Leymann'dan sonra yapılan tanımların da bu iki temel eşiği içerdiği gözlemlenmektedir⁹². Bu maddi unsurların varlığı aynı zamanda mobbingi işyerinde yaşanan diğer düzenli olmayan kişisel çatışmalardan ayırmaya yardımcı olmaktadır. Örnek olarak mobbing, yönetimin veya yöneticinin genel olarak bütün astlara yönelmiş müstebit ve saygısız davranış biçimlerinden ayırt edilmelidir. Bu davranış biçiminin de ahlaken tasvip edilebilir bir yanı bulunmamasına rağmen, psikiyatrist Marie Hirigoyen'e göre, davranışın mobbing olarak kabul edilebilmesi için yöneticinin, genel olarak tüm çalışanlara değil de, bir çalışanına kişisel olarak ve onun, örneğin tahkir edici söz veya davranışlarla, kişisel yaşamını, zaafalarını hedefleyen davranışlar sergilemesini gerektirmektedir⁹³. Mobbing davranışları sonucunda mağdurda zararın mey-

⁹¹ "Identification of Mobbing Activities", <http://www.leymann.se/English/frame.html>, (19.05.2012).

⁹² Mogen Agervold, "Bullying at Work: A Discussion of Definitions and Prevalence, Based on an Empirical Study", s. 165.

⁹³ Maria Isabel S. Guerrero, "The Development Of Moral Harrassment (Mobbing) Law in Sweden and France As a Step Towards EU Legislation", s. 4.

dana gelmesinin de aynı zamanda yöneltilen davranışların süreklilik ve sıklık özellikleri nedeniyle gerçekleştiği de belirtilmektedir⁹⁴.

Leymann mobbing sürecini oluşturan hareketlerin, en az haftada bir olmak üzere çok sık ve en az altı ay olmak üzere uzun bir süre için devam eden bir temelde gerçekleştiğini belirtmektedir⁹⁵. Gary ve Ruth Namie ise, davranışların ortalama olarak devam etme süresini yirmi iki ay olarak tespit etmişlerdir⁹⁶. Diğer bir takım yazarlara göre ise, bu süre bir yıl ila beş yıl arasında değişmektedir⁹⁷. İtalyan psikolog Harald Ege ise davranışların sıklığı, şiddeti; mobbing uygulayanın konumu, sayısı; davranışların mağdurda oluşturduğu psikolojik ve fiziksel zararların ciddiyeti gibi hususlar göz önünde bulundurularak söz konusu davranışların devam etme süresinin en az üç ay olarak kabul edilebileceğinden bahsetmektedir⁹⁸. Ne var ki, mobbing hareketlerine mağdurun ne kadar uzunlukta maruz kalması gerektiğinin tespiti ceza hukuku bakımından önemli bir husustur ve kanımca mobbingin oluşup oluşmadığının tespiti bakımından iki ay dahi yeterli bir süredir. Ülkemizde, İş Kanunumuzla işçinin bir iş yerindeki deneme süresinin iki ay olarak tespit edildiği göz önüne alındığında, iki aylık bir süre ülkemizde işçi ve işverenin karşılıklı olarak memnuniyetlerinin açığa çıkması için tespit edilmiş makul ve yeterli bir süre olmakla bizce aynı süre mobbing davranışlarının gerçekleşmiş sayılması için de geçerli bir süre olarak kabul edilmelidir.

Yukarıdaki anlatımlarımızdan da görüleceği gibi, mobbingin bir süreç içinde gerçekleşen bir olgu olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu mobbing süreci, Leymann tarafından beş aşamada incelenerek ortaya konulmaktadır. İlk aşamada mobbing sürecini başlatabilecek bir çatışmanın baş göstermesi durumundan bahsedilmektedir. İkinci

⁹⁴ Loreleigh Keashly, Joel H. Neuman, "Bullying in the Workplace: Its Impact and Management", s. 342.

⁹⁵ Heinz Leymann, "The Content and Development of Mobbing at Work", s.165.

⁹⁶ Gary Namie, Ruth Namie, "Workplace Bullying: How to Address America's Silent Epidemic", Employment Rights and Employment Policy Journal, Cilt:8, Sayı: 43, 2004, s. 320.

⁹⁷ Loreleigh Keashly, "A Researcher Speaks to Ombudsmen About Workplace Bullying", s. 13.

⁹⁸ Harald Ege, *Oltre il Mobbing Straining, Stalking e altre forme di Conflittualita Sul Posto di Lavoro*, Milano, 2005, s. 20- 40 Nakleden, Pınar Tınaz, "Çalışma Yaşamında Eski Bir Olgu; Yeni Bir Kavram", in Pınar Tınaz, Fuat Bayram, Hediye Ergin, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, s. 65.

aşama ise normal günlük iletişim içinde ortaya çıkabilecek saldırgan davranışların zaman içinde şekil değiştirerek mağduru grup içinde yalnızlaştırmaya yönelik saldırgan davranışlar niteliğine bürünerek mobbing dinamiklerini harekete geçirdiği aşama olarak tanımlanmaktadır. Üçüncü aşamada ise, yönetimden beklenebilecek çalışma ortamının psikososyal durumunu kontrol etme eyleminden ziyade yönetimin ikinci aşamada yalnızlaştırılan mağduru, yalnızlaştırılanların söylemine aktif veya pasif bir şekilde katılması, suçu mağdurda bulma; böylelikle sorunu başından atma ve mobbing negatif döngüsüne dâhil olması durumu söz konusu olmaktadır. Bu aşamada mağdur nihai olarak damgalanmış durumdadır. Yönetimle birlikte yalnızlaştırma/damgalama eyleminde bulunanlar olayların sorumlusu olarak iş ortamından ileri gelen nedenleri değil de mağdurun kişisel özelliklerini görme eğilimindedirler. Dördüncü aşama ise, mağdurun mobbingden kaynaklı sorunlarıyla baş etme amacıyla bir hekim veya psikolog yardımından faydalanmak istemesi üzerine işyerindeki sosyal durumları irdelemek konusunda yeterli eğitim düzeyine sahip olmayan kişiler tarafından mağdurun yaşadığı durumun “paranoya”, “manik-depresif bozukluk” gibi yanlış yorumlanması sonucu hatalı bir teşhisle karşı karşıya kalmasının sık karşılaşılabileceği bir faz olmaktadır. Bu yargı veya damgalama mağdurun uzun süreli hastalık izinleriyle işyerinden uzaklaşmasına ve sonunda da istifa veya işten çıkarılmasına neden olmakta ve iş hayatına veya önceki mesleğine geri dönememe riskini de beraberinde getirmektedir. Beşinci ve son aşama ise, iş yaşamından uzaklaşan mağdurun tıbbi ve psikolojik yardıma başvurmasına neden olan yaşadığı ve devam eden ciddi sağlık sorunlarının yaşandığı bir evre olmaktadır. Bu evrede, mağdurun sağlık yardımı talep ettiği kişilerce iş yaşamından uzaklaşmasına neden olan olayların irdelenmemesi, anlattıklarına inanılmaması gibi nedenlerle durumuyla ilgili yanlış teşhisin konulması durumlarına şahit olunmaktadır⁹⁹.

4. Netice ve Zarar

Mobbingin mobbinge maruz kalan birey/bireyler açısından olduğu kadar, mobbingin gerçekleştiği örgüt/kurum ve toplum açısından

⁹⁹ Heinz Leymann, “Mobbing- its Course Over Time”, The Mobbing Encyclopedia, <http://www.leymann.se/English/frame.html>, (02.06.2012).

da zararlı sonuçları bulunmaktadır¹⁰⁰. Ancak mobbing süreci içerisinde en büyük zararı mağdurun kendisinin gördüğü çoğunlukla kabul edilmektedir.

Mobbingin bir suç olgusu olarak incelenmesi faaliyeti çerçevesinde, mobbingin özellikle mağdur açısından zarar verici neticeleri önemli olmaktadır. Araştırmalar ve hekim deneyimleri sonucunda mobbinge maruz kalan bireyin psikolojik ve fiziksel sağlığının doğrudan etkilenmekte ve zarar görmekte olduğu saptanmaktadır. Söz konusu etkilerin derecesi bireyden bireye dayanma gücüne paralel olarak farklılık göstermekte ise de her bireyde mobbing zarara neden olmaktadır¹⁰¹. Bazı araştırmacılar mobbing sürecini metaforik olarak birinci, ikinci ve üçüncü derece yanık vakalarına benzetmekte, süreç sonucunda mobbingin neden olduğu psikolojik ve psikososyal zararları ise son tahlilde derin yaralar ve kalıcı zarara neden olan üçüncü derece yanıklara benzetmektedirler¹⁰². Mobbingin yarattığı endişe ve stres düzeyi korku, fobiler, uyku bozuklukları gibi travma sonrası semptomlara neden olmakta; ileri düzeyde ise travma sonrası stres bozukluğuna, sakatlığa ve ölüme kadar varan sonuçlara götürebilmektedir¹⁰³.

Heinz Leymann, mobbing süreci sonunda kendisine ve diğer hekim arkadaşlarına başvuran hastaların deneyimlerinden yola çıkarak mobbingin birey açısından ağır fiziksel, sosyal ve psikosomatik etki ve zararlara neden olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda, İsveç’de bir yılda meydana gelen intihar vakalarının yüzde 10 ila 15’inin mobbing geçmişi bulunduğunu belirtmekte, İsveç’de kurulu işçi ve hizmet personeli birliklerine üye çalışanların yarısından fazlasının, işyerinde yaşadıkları çatışmalar nedeniyle başka bir iş bulmadan mevcut işinden tereddütsüz ayrıldıklarını ifade etmektedir¹⁰⁴.

Bireyin sağlığı üzerinde mobbingin yol açtığı en yaygın etkilerin depresyon, endişe, kaygı, sinirsel rahatsızlıklar gibi psikolojik prob-

¹⁰⁰ Heinz Leymann, “*The Content and Development of Mobbing at Work*”, s. 173.

¹⁰¹ Çiğdem Mercanlioğlu, “*Çalışma Hayatında Psikolojik Tacizin (Mobbing) Nedenleri, Sonuçları ve Türkiye’deki Hukuksal Gelişimi*”, s.40.

¹⁰² William Martin, Helen LaVan, “*Workplace Bullying: A Review of Litigated Cases*”, s. 4- 5.

¹⁰³ Lene Olsen, “*Preventing Workplace Violence-We Can’t Afford Not To*”, *Violence at Work, Labour Education*, Cilt: 4, Sayı: 133, 2003, s.31.

¹⁰⁴ Heinz Leymann, “*Mobbing and Psychological Terror at Workplaces*”, *Violence and Victims*, Cilt:5, Sayı:2, 1990, s. 122.

lemler, kronik baş ağrıları, kalp rahatsızlıkları, karın ve bağırsak spazmları, diyabet, dermatolojik rahatsızlıklar gibi fizyolojik hastalıklar olduğu bilinmektedir. Bunların yanında, migren, terleme, mide bulantısı, çarpıntı, mide rahatsızlıkları, tansiyon, iştahsızlık, enerji kaybı, sinir bozukluğu, panik atak, konsantrasyon ve motivasyon bozukluğu, çabuk sinirlenme, saldırgan davranış, kincilik, içe kapanıklılık, eleştiri kaldıramama gibi etkilerinin de bulunduğu belirtilmektedir¹⁰⁵. Ayrıca, özgüven ve özsaygı kaybı, dışlanmış olma hissinin yarattığı performans düşüklüğü, işini yapamaz hale gelme, sonunda işten ayrılmak zorunda kalma ve dahası bazı vakalarda intihar girişimleri gözlemlenmiştir¹⁰⁶. Yukarıda Heinz Leymann tarafından intihar vakaları üzerine verilen veriye ilave olarak Norveç’de ise mobbing nedeniyle her yıl 100 kişinin intihar ettiği bildirilmiştir¹⁰⁷. Hatta Belçika’da mobbingi konu alan yasanın geçirilmesi çalışmaları mobbing sonucu gerçekleşen bir intihar olayı sonrası başlatılmıştır¹⁰⁸.

Mobbing, ona doğrudan maruz kalan birey üzerinde zararlı neticeler doğurduğu gibi mağdurun ailesi, arkadaşları ve mobbing tanıkları üzerinde de zararlı sonuçlar doğurmaktadır. Heinz Leymann’ın “dalga etkisi” olarak nitelediği bu durum, aile içinde ayrılık ve boşanmalara sebep olmaktadır¹⁰⁹; mobbinge tanık olan iş arkadaşları düşmanca davranışlara tanık olmalarından ve bir sonraki mağdurun kendileri olacağına ilişkin korkuları nedeniyle yüksek derecede kaygı problemi yaşamaktadırlar¹¹⁰.

Bütün bu ruhsal ve fizyolojik rahatsızlıkların tedavisi için katlanılmakta olan maddi ve manevi bedeller de mobbingin yol açtığı zararın bir başka boyutunu oluşturmaktadır¹¹¹.

¹⁰⁵ Server Yıldız, “A New Problem in the Workplace: Psychological Abuse (Bullying)” s.115.

¹⁰⁶ Farman A. Moayedy, Nancy Daraisehy, Richard Shelly, Sam Salem, “Workplace Bullying: A Systematic Review of Risk Factors and Outcomes”, Theoretical Issues in Ergonomics Science, Cilt:7, Sayı:3, 2006, s.311- 321.

¹⁰⁷ Lene Olsen, “Preventing Workplace Violence-We Can’t Afford Not To”, s. 31.

¹⁰⁸ Elif Vatanoglu, “İşyerinde Duygusal Taciz ile İlgili Araştırma Perspektifleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:4, Sayı: 11, Aralık 2009, s. 86.

¹⁰⁹ Server Yıldız, “A New Problem in the Workplace: Psychological Abuse (Bullying)”, s.115; William Martin, Helen LaVan, “Workplace Bullying: A Review of Litigated Cases”, s.179; Lene Olsen, “Preventing Workplace Violence-We Can’t Afford Not To”, s.31.

¹¹⁰ Jordan Kaplan, “Help Is On The Way: A Recent Case Shed Light on Workplace Bullying”, s.149

¹¹¹ Lene Olsen, “Preventing Workplace Violence-We Can’t Afford Not To”, s.32.

Örgüt bakımından mobbingin neden olduğu zarar ise ekonomik nitelikteki olumsuz sonuçlardan oluşmaktadır. Deneyimli çalışanların işten ayrılmaları nedeniyle yeni işe alma ve eğitim masrafları ile örgüt bütçesinde bir maddi kaybın söz konusu olduğu görülmektedir. Bununla birlikte uygulanan psikolojik taciz nedeniyle, işletmede sık sık hastalık izinlerinin alınması nedeniyle örgüt maliyetleri artmakta ve verimlilik de düşürmektedir. Mobbinge maruz kalanların, istifaya zorlandıklarını veya işlerine son verildiğini kanıtlamak ve haklarını elde etmek amacıyla girişecekleri yasal mücadele sonucunun da, işverenlere mağdurların zararlarını tazmin etme yükümlülüğü getirmektedir¹¹². Bunların yanında ve daha da önemli olarak, yaşanan mobbing süreçlerinin sonucunda işletmelerin örgütsel imajlarının olumsuz etkilenmesi ve dolayısıyla bu örgütlerin istihdam edecek yetenekli, kaliteli çalışana ulaşmakta zorluk çekmesi nedeniyle uğrayacağı zarardan da bahsedilmektedir¹¹³. Bu durumun uzun vadede örgütlere mal veya hizmet üretimlerinde kalite ve verimlilik düşüşü olarak yansyabileceğini söylemek mümkün olabilecektir.

Mobbingin topluma verdiği zararlar ise, mağdurların yaşadıkları zarar verici süreç sonrasında sağlık problemleri nedeniyle yapılan sağlık harcamalarının artması, işsizlik, erken emeklilik oranlarının artmasıyla ülkenin sosyal sigorta ve güvenlik masraflarının artması olarak belirlenebilmektedir. Ayrıca, kişilerin hayatlarında iş yaşamının büyük bir yer kaplaması nedeniyle iş yaşamında ve ayrılık sonrası bireylerin mutsuz olması son tahlilde mutsuz bir toplum da yaratmaktadır¹¹⁴.

5. Suç İle İlgili Diğer Değerlendirmeler

Ceza Kanunumuzda yer alabilecek bir mobbing suçunun manevi unsuru bakımından ise suçun kasten işlenmesinin öngörülebileceği söylenebilecektir. Yukarıda verilen pek çok tanımdan da anlaşılabilir-

¹¹² Pınar Tınaz, "Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz", s.24- 25; Heinz Leymann, "Mobbing and Psychological Terror at Workplaces", s.123; Leymann, "The Content and Development of Mobbing at Work", s. 174.

¹¹³ Pınar Tınaz, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", s. 159- 163.

¹¹⁴ Pınar Tınaz, "Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz", s. 26; Jordan Kaplan, "Help Is On The Way: A Recent Case Shed Light on Workplace Bullying", s. 150; Loreleigh Keashly, "A Researcher Speaks to Ombudsmen About Workplace Bullying", s.14.

ceği üzere, suçun temel şekli açısından fail mağdurun özgüvenine ve özsaygısına saldırıda bulunmak, sindirme, yıldırma, üzerinde baskı kurmak amacıyla hareket etmelidir. Mobbing, çalışanın işyerinden ayrılması amacına yönelik olarak yapılırsa ve bu sonuç gerçekleşirse suçun nitelikli hali gerçekleşecektir. Suçun bu halinin en azından tak-sirle işlenmesi gerekeceği söylenebilir. Mobbingin mağdurun intiharına sebep olması durumunda ise suç netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak kabul edilmelidir. Yukarıda suçun yapısal unsurları bakımından yapılan analiz sonucunda Ceza Kanunumuzda mobbing suçunun düzenlenmesi halinde, bu suçun hareketin önemi bakımından serbest hareketli bir suç olarak kabul edileceği söylenebilecektir. Bununla birlikte, hareketin sayısı bakımından itiyadi bir suç olduğu ortaya konulabilecektir. Ayrıca yine hareket unsuru bakımından, hareketin şekli bağlamında icrai nitelikteki hareketlerle işlenebilecek bir suç olabileceğini de söyleyebilmekteyiz. Netice yönünden ise suçun temel şekli bakımından mobbing suçunun şekli, diğer bir ifadeyle, sırf hareket suçu olarak kabul edilebileceği söylenebilecektir. Mobbing sürecini oluşturan bu hareketlerin yeterli bir süre ve sıklıkla yapılması sonucunda suçun gerçekleşmiş olduğu kabul edilecektir. Diğer taraftan, suçun nitelikli hali bakımından ise maddi bir suç oluşturabileceği ifade edilebilecektir. Bununla birlikte, mobbing suçu yine netice bakımından mütemadi bir suç görünümündedir. Son olarak, bir kimsenin ruh ve beden sağlığına, itibarına, çalışma özgürlüğüne yönelik bir saldırı mevcut olduğundan mobbing suçunun bir tehlike değil zarar suçu olduğu söylenebilecektir.

Suçun yapısal unsurlarına yönelik yukarıda yapılan inceleme ve değerlendirmenin ardından Ceza Kanunumuzda mobbing suçu olarak bir suç şekli düzenlenecekse, ceza hukukuna hâkim suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği önce suçun adının konulması sonra da tanımlanması gerekmektedir. Mobbingin Türkçe dilindeki karşılık terimin kullanımı bakımından çalışmanın ilgili kısımlarında da belirtildiği gibi bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Ne var ki, Türkiye’de gerek mahkeme içtihatlarında gerekse de yeni geliştirilen yasal düzenlemelerde kavramı “psikolojik taciz” olarak niteleme eğiliminin baskın olduğu görülmektedir. Ancak mobbingin sistemli, bir süreç içinde devamlı bir şekilde gerçekleşen hiyerarşik olarak üstten asta veya gruptan bireye yönelik şekilde gerçekleştirilebilen, bir kişilik

hakkına yönelmiş yeni “saldırı” yolu olarak karşımıza çıktığı ortaya konulabileceğine göre¹¹⁵ kavramı Türkçede “psikolojik veya manevi saldırı” terimiyle ifade etmek kanımca daha doğru bir nitelendirme olarak görünmektedir. Bununla birlikte, “taciz” ve “saldırı” sözcükleri arasındaki anlam farkı da bizi bu sonuca götürmeye elverişlidir. Tacizin sözlük anlamı rahatsız etme, bıktırma, tedirgin etme olarak ifade edilirken, saldırının ise kötülük yapmak, yıpratmak amacıyla doğrudan doğruya silahlı veya silahsız bir eylemde bulunma, hücum, taarruz, tecavüz olarak açıklanmaktadır¹¹⁶. “Taciz” sözcüğüne kıyasen “saldırı” sözcüğüne mündemiç daha aktif bir hareket, eylem niteliği bizce mobbingin kişinin duygusal bütünlüğüne yönelmiş bir saldırı eylemi olduğu gerçeğini daha iyi karşılamaktadır. Ayrıca eylemin “saldırı” olarak nitelenmesi, Ceza Kanunumuzun cinsel tacizi düzenleyen 105. maddesinde tacizin cezasının alt sınırının 3 ay hapis cezası olarak belirlenmiş olduğu göz önüne alındığında, mobbingi ifade etmek için taciz yerine saldırı teriminin kullanılmasının, yukarıda değindiğimiz Meclis Mobbing Alt Komisyonu tarafından mobbingin suç kapsamında ele alınması halinde hapis cezasının alt sınırının 2 yıl olarak tespit edilmesi önerisine daha uygun düşecektir. Nitekim Ceza Kanunumuzda münferit bir suç olarak yer almamasına rağmen, mobbingin uygulamada hali hazırda işkence ve eziyet suçları kapsamında değerlendiriliyor olması ve bu suçların ise alt sınırlarının 2 ve 3 yıl hapis cezasını gerektirmesi, mobbingin ceza adaleti bakımından ceza alt sınırı 3 ay olan “taciz” eylemi olarak nitelendirilmesini güçleştirmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz Başbakanlık tarafından yayımlanan Genelge’de ve Ankara 8. İş Mahkemesi’nin gerekçeli kararında yapılan mobbing tanımlarına ve Meclis Mobbing Alt Komisyonu tarafından yayımlanan rapordaki öneri de göz önünde bulundurularak mobbing veya önerdiğimiz ifadeyle “psikolojik saldırı suçunun” Ceza Kanunumuzda bir suç olarak tanımlanması denemesini, temel şekliyle, şu şekilde yapmayı uygun görmekteyim:

¹¹⁵ Fuat Bayram, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz”, s. 93.

¹¹⁶ Bkz. Türk Dil Kurumu çevrimiçi sözlük, <http://www.tdk.org.tr/TR/Genel/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelimme=sald%c4%b1r%c4%b1> ve <http://www.tdk.org.tr/TR/Genel/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=taciz>.

“İşyerinde çalışanın, her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama ve buna benzer sistematik davranışlarla, manevi bütünlüğünü ihlal eden kişi veya kişiler iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır ve bu suçu işleyenler hakkında 10 bin ile 20 bin lira para cezasına hükmolunur.

Manevi saldırı çalışanın bu nedenle işyerinden ayrılmasıyla sonuçlanmışsa fail iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve on beş bin ile yirmi beş bin liraya kadar para cezasına hükmolunur.”

Mobbing veya önerdiğimiz ifadeyle psikolojik saldırı Meclis Mobbing Alt Komisyonu ve diğer bağımsız kuruluşlarca¹¹⁷ da belirtildiği gibi Ceza Kanununda bir suç olarak yer almalıdır. Bununla birlikte, elbette, mobbing ile mücadelede ve önlenmesinde yasal düzenlemelerin yapılması tek başına yeterli bir çözüm yolu olarak görülmeyebilir. Mobbing örgütsel bir sorun olmakla, mobbinge mücadelede organizasyonel düzeyde çözüm üretmek öncelikli yaklaşım olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda, konuyla ilgili farkındalığın artırılması, mobbinge karşı örgütsel politikaların geliştirilmesi ve risk değerlendirilmesi yapılması olumlu etkiler doğuracak yöntemler olarak gözükmektedir¹¹⁸. Bununla birlikte, mobbinge ilişkin olarak, kanunlarda özel düzenleme yapılmasının, sorunla mücadelenin ona büyük katkı sağlayacak bir parçasını oluşturacağını söylemek de yanlış olmayacaktır. Nitekim Ceza Kanununda mevcut genel düzenlemelerin sorunu karşılamakta yeterli olabileceği görüşü de ileri sürülebilecek olmasına rağmen özel düzenlemenin yapılmasının pek çok faydası bulunmaktadır. Örnek olarak, böyle bir düzenlemenin yapılması sorunun görünürlüğünü ve sorunla ilgili olarak farkındalığı artıracak gibi kabulünü de kolaylaştıracaktır. Ayrıca örgütlerde konunun tartışmaya açılması ve çözüm arayışlarının başlatılmasına da öncü ve destek olacaktır. Bununla birlikte, özel yasal düzenlemeler çalışanlara güven duygusu verecek, örgütlere önleme adına eyleme geçme ve sorunla mücadele konusunda zorlayıcı bir etki sağlayacaktır. Aynı zamanda, örgütleri denetleyecek olan kamu otoritelerine örgütleri mücadele eylemlerine zorlamak bakımından araç ve meşru dayanak vazifesi de görecektir¹¹⁹.

¹¹⁷ Örneğin bkz. Dilşat Özer, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Raporu*, s. 26.

¹¹⁸ Janette Porteous, “Bullying at Work- The Legal Position”, *Managerial Law*, Cilt:44, Sayı:4, 2001, s.88.

¹¹⁹ “Workplace Violence and Harassment: A European Picture”, *European Risk*

Kaldı ki, genel düzenlemeler yanında mobbingi konu alan özel düzenlemelere sahip ülkeler ve sahip olmayan ülkeler bakımından yapılan araştırmalar, konuyla ilgili olarak yasalarda özel düzenlemelerin bulunmayışının, bu konuda yasaların suskunluğunun örgütlere ve topluma yanlış mesaj verdiğini, olguyu isimlendirmek için kullanılan terim her ne olursa olsun olguyu odağına alan yasal ve siyasi müdahalelerle mobbing ile ifade edilen davranışların yanlış olduğuna dair mesajın verilmesinin mücadelede aktif önlemlerin gerçekleştirilmesinde ve mağdurların zararlarının tazmin edilmesinde çok daha başarılı sonuçlar doğurduğunu göstermektedir¹²⁰. Diğer hukuki düzenlemelerin yanında ceza kanunlarında da mobbingin yasaklanması ve onu özel olarak cezai yaptırımlara bağlayacak düzenlemelerin yapılması bu faydaları en üst düzeyde sağlayacak hukuki girişimler olarak görünmektedir.

Sonuç

Mobbing işyerinde hiyerarşik düzende her kademedeki çalışanlar veya yönetim kademesindeki amirce gerçekleştirilen ve mağdur çalışanın manevi bütünlüğünü ihlal etmeye yönelik olarak geniş bir yelpazedeki olumsuz ve kötü tutum ve davranışlarla sergilenen davranışlar bütünüdür. Mobbingi, diğer bir ifadeyle, psikolojik veya duygusal saldırı olarak isimlendirebileceğimiz bu olguyu oluşturan başta mağdurun ruhsal bütünlüğüne yönelmiş hareketler silsilesinin sistemli ve belirli bir süreye yayılmış olma karakteri nedeniyle sonuçta maruz kalan mağdurun psikolojik ve bedensel varlığı üzerinde ağır zararlara yol açması söz konusudur. Mobbing kamu ve özel kesimdeki her türlü işyerinde gerçekleşen ve araştırmalara göre yaygınlığı salgın derecesinde ortaya konulan bir sorun olarak mağdurun tek başına baş edebileceği bir konu olmaktan çok uzaktadır.

Mobbing olgusu Avrupa'da 1980'li yıllarda tanımlanarak incelenmeye başlanmış ve kavrama ilişkin belirli bir bilincin oluşmasıyla son-

Observatory Report, s. 41.
¹²⁰ Ståle Einarsen, "Shortcomings of Antibullying Regulations: The Case of Sweden", European Journal of Work and Organizational Psychology, Cilt:19, Sayı:1, 2010, s.34- 36 ve Katherine Lippel, "The Law of Workplace Bullying: An International Overview", Comparative Labour Law and Policy Journal, Cilt: 32, Sayı:1, 2010, s. 12- 13.

raki yıllarda günümüzde sayısı belirli bir çoğunluğa ulaşmış ülkeler tarafından sorunla mücadele yöntemleri geliştirilmeye başlanmıştır. Mobbing olgusuyla hukuksal alanda mücadele ve önleme çalışmaları çerçevesinde İsveç, Fransa, Danimarka, Belçika ve Polonya gibi ülkeler mobbingi açık bir yasal düzenlemeye konu ederken, Almanya, Avusturya, İsviçre, İtalya ve Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı ülkeler ise çalışanı ve kişilik haklarını koruyan mevcut yasal düzenlemelerinin mobbing olgusuyla baş etmek için yeterli olduğunu düşünmektedir.

Yasal düzenlemeler geliştirmenin, çok boyutlu ve aynı zamanda örgütsel bir sorun olan mobbing olgusunu önleme ve mücadele etmek bakımından tek başına yetersiz bir yol olduğu söylenebilecekse de, farkındalık ve bilinç artırma çalışmaları, örgütsel düzeyde yeni mücadele yöntem, politika ve davranış kuralları geliştirilmesi gibi çarelerle birlikte çok vahim sonuçlara meydan veren bir hak ihlali ve saldırısı olarak değerlendirilmesi gereken bu olguyla mücadelede bu yolun olumlu sonuçlara büyük katkı sağlayacağı görüşümdedir. Kaldı ki, farkındalık yaratmanın ve örgütleri kendi içlerinde sorunla mücadelede girişimlerde bulunmaya teşvik etmenin sorunun önüne geçilmesinde oynayacağı rol göz önüne alındığında, özel yasal düzenlemelerin yapılmasının, özellikle de konunun cezai nitelikte sonuç ve yaptırımlara bağlanmasının ne kadar önemli olduğu anlaşılacaktır. Bu nedenlerle, Ceza Kanunumuzda mobbing ayrı bir suç olarak yer almalıdır.

Çalışmada, Ceza Kanunumuzda mobbingin bir suç tipi olarak tanımlanması durumunda suç teorisi bakımından suçun yapısal unsurlarına ilişkin bir analiz yapılarak bir "mobbing suçu" tasvir etme denemesi yapılmıştır. Bu bağlamda, mobbing suçu ile korunan hukuki değer, suçun fail ve mağduru bakımından bir inceleme, suçun hareket unsurunun incelenmesi, netice ve zarar unsuru bakımından inceleme, manevi unsurunun değerlendirilmesi, suç genel teorisi ile psikoloji biliminin verileri ışığında yorumlanarak ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ayrıca, "mobbing" İngilizce teriminin yerine Türkçe karşılığı olarak "psikolojik saldırı" ifadesinin kullanılması önerisinde bulunulmuş ve buna paralel olarak suç tipinin, "psikolojik saldırı suçu" olarak nitelenmesi ve Ceza Kanununda yer alacak böyle bir suçun madde metnindeki ifadesinin de önerimizde anıldığı biçimde yer alması yönünde görüş bildirilmiştir.

KAYNAKLAR

- "Çalışanların Yarıdan Fazlası Şiddete Maruz Kalıyor", <http://ekonomi.milliyet.com.tr/calisanlarin-yaridan-fazlasi-is-yerinde-siddete-maruz-kaliyor/ekonomi/ekonomidetay/17.04.2011/1378905/default.htm?ver=03> (10.05.2012).
- "Identification of Mobbing Activities", <http://www.leymann.se/English/frame.html>, (19.05.2012).
- "Mobbing Ağır Cezalı: 12 Yıl Ceza İstendi", <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1037748&Date=27.04.2011&CategoryID=77>, (27.04.2012).
- "Mobbing İlk Ceza", <http://yenisafak.com.tr/Gundem/Default.aspx?t=16.03.2011&i=308577>, (19.5.2012).
- "Öğretmenlerin Rekör Mobbing Davası", http://nethaberci.com/sondakika-otomobil-haberleri/ogretmenler-rekor-mobbing-davas%C2%AO%C2%AO_162122.html, (19.05.2012).
- "TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayınları No: 6, -Mobbing Raporu", http://www.mobbing.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=121:tbmm-kadin-erkek-firsat-etl-komisyonu-mobbing-raporu&catid=11:basinda-mobbing-bullying&Itemid=9, 06.04.2011,(10.06.2012).
- "When Working Becomes Hazardous?", International Labour Organization, <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inf/magazine/26/violence.htm>, (19.05.2012).
- "Why Does Mobbing Takes Place?", The Mobbing Enclopedia, <http://www.leymann.se/English/frame.html>, (19.05.2012).
- Ahmet Erkan, "Mobbing: İş yerinde Psikolojik Taciz", Psikoloji, Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Makaleleri Kütüphanesi, TavsiyeEdiyorum.com, (10.05.2012).
- Anne Renault, "Moral Harrassment- Work Organization to Blame", Violence at Work, Labour Education, Cilt: 4, Sayı: 133, 2003.
- Aydın Zevkililer, Beşir Acabey, Emre Gökyayla, Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, 6. baskı, Ankara, 2000.
- Ceren Altuntaş, "Mobbing Kavramı ve Örnekleri Üzerine Uygulamalı Bir Çalışma", Journal of Yaşar University, Cilt:18, Sayı:5, 2010.
- Collins English Dictionary, Harper Collins Publisher, 3. baskı,1992.
- Çiğdem Mercanloğlu, "Çalışma Hayatında Psikolojik Tacizin (Mobbing) Nedenleri, Sonuçları ve Türkiye'deki Hukuksal Gelişimi", Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2010.
- Dilşat Özer, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Raporu, Bilge Kadın Araştırma Merkezi, 2009, www.bilka.org.tr, (27.12.2012).
- Elif Vatanoglu, "İşyerinde Duygusal Taciz ile İlgili Araştırma Perspektifleri", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:4, Sayı: 11, Aralık 2009.
- Elif Yüçetürk, Kemal Öke, "Mobbing and Bullying: Legal Aspects Related to Workplace Bullying in Turkey", South-East Europe Review, Sayı:2, 2005.
- Farman A. Moayed, Nancy Daraisehy, Richard Shelly, Sam Salem, "Workplace bullying: a systematic review of risk factors and outcomes", Theoretical Issues in Ergonomics Science, Cilt:7, Sayı:3, 2006.
- Gary Namie, Ruth Namie, "Workplace Bullying: How to Address America's Silent Epidemic", Employment Rights and Employment Policy Journal, Cilt:8, Sayı: 43, 2004.

- Gönül Dangaç, "Akademik, Hukuksal ve Tıbbi Açından Mobbing (İşYerinde Psikolojik Yıldıрма, Zorbalık)", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:4, Sayı: 11, Aralık 2009.
- Gwenaelle Poilpot-Rocaboy, "Combating Psychological Harrassment in the Workplace: Process for Management Intervention", <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00084579/en/>, (22.06.2012).
- Heinz Leymann, "Mobbing and Physchological Terror at Workplaces", Violence and Victims, Cilt:5, Sayı:2, 1990.
- Heinz Leymann, "Mobbing- its Couse Over Time", The Mobbing Encyclopedia, <http://www.leymann.se/English/frame.html>, (02.06.2012).
- Heinz Leymann, "Psychological Terrorization – The Problem of Terminology", TheMobbing Encyclopaedia, <http://www.leymann.se/English/frame.html>, (08.08.2012).
- Heinz Leymann, "The Content and Development of Mobbing at Work", European Journal of Work and Organizational Psychology, Yıl:5, Sayı:2, 1996.
- İşyerinde Psikolojik Tacizin Adı "Bezdiri", <http://haber.mynet.com/detay/guncel/is-yerinde-psikolojik-tacizin-adi-bezdiri/557076>, (10.06.2012).
- Janette Porteous, "Bullying at Work- The Legal Position", Managerial Law, Cilt:44, Sayı:4, 2001.
- Jordan Kaplan, "Help Is On The Way: A Recent Case Shed Light on Workplace Bullying", Houston Law Review, Cilt:47, Sayı:1, 2010.
- Katherine Lippel, "The Law of Workplace Bullying: An International Overview", Comparative Labour Law and Policy Journal, Cilt: 32, Sayı:1, 2010.
- Kemal Oğuzman, Özer Selici, Saibe Oktay, *Kişiler Hukuku-Gerçek ve Tüzel Kişiler*, Filiz Kitabevi, 6. baskı, İstanbul 1999.
- Laura Crawshaw, "Workplace Bulying? Mobbing? Harrassment?Distraction by a Thousand Definitions", Consulting Psychology Journal: Practice and Research, Cilt:3, Sayı:61, 2009.
- Len, Sperry "Workplace Mobbing and Bullying: A Consulting Psychology Perspective and Overview", Consulting Psychology Journal: Practive and Research, Yıl:61, Sayı:3, 2009.
- Lene Olsen, "Preventing Workplace Violonce-We Can't Afford Not To", Violence at Work, Labour Education, Cilt: 4, Sayı: 133, 2003.
- Loraleigh Keashly, "A Researcher Speaks to Ombudsmen About Workplace Bullying", Journal of International Ombudsman Association, Cilt:3, Sayı:2, 2010.
- Loraleigh Keashly, Joel H. Neuman, "Bullying in the Workplace: Its Impact and Management", Employment Rights and Employment Policy Journal, Cilt:8, Sayı: 43, 2004.
- Maria Isabel S. Guerrero, "The Development OfMoral Harrassment (Mobbing) Law in Sweden and France As a Step Towards EU Legislation", http://www.bc.edu/dam/files/schools/law/lawreviews/journals/bciclr/27_2/10_TXT.htm, (25.05.2012).
- Martin William, Helen LaVan, "Workplace Bullying: A Review of Litigated Cases", Employ Respons Rights Journal, Sayı:22, 2010.
- Mobbing in the EU and in Europe*, Raising Awareness of Women Victims of Mobbing, Centro Recherche Affari Sociali, 2009.

- Mobbing, <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/mobbing.htm>, 20.06.2012.
- Mogen Agervold, "Bullying at Work: A Discussion of Definitions and Prevalence, Based on an Empirical Study", *Scandinavian Journal of Psychology*, Sayı: 48, 2007.
- Nazan Bilgel, Serpil Aytaç, Nuran Bayram, "Bullying in Turkish White-Collar Workers", *Occupational Medicine*, Cilt:4, Sayı:56, 2006.
- Noa Davenport, Ruth Distler, Gail Schwartz, Elliott Pursell, *Mobbing İşyerinde Duygusal Taciz*, Osman Cem Öner toy(çeviren), Sistem Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 22.
- Nuray Gökçek Karaca, "AB Ülkelerinde İşyerinde Psikolojik Tacizin Boyutları, Psikolojik Tacizle Mücadele ve Bu Mücadelede Sendikaların Rolü", *Çimento İşveren*, Eylül 2009.
- Pınar Tınaz, "Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz", *Çalışma ve Toplum*, Sayı:4, 2006.
- Pınar Tınaz, Fuat Bayram, Hediye Ergin, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Beta Yayınları, 1. baskı, İstanbul 2008.
- Pınar Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Beta Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2008.
- Redhouse Büyük El Sözlüğü*, İngilizce-Türkçe Türkçe-İngilizce, Redhouse Yayınevi, İstanbul 1999.
- Results of the 2010 WBI, U.S. Workplace Bullying Survey*, <http://www.workplacebullying.org/wbiresearch/2010-wbi-national-survey/>, (11.06.2012).
- Rona Serozan, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 14, 1977.
- Server Yıldız, "A New Problem in the Workplace: Psychological Abuse (Bullying)", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı: 34, 2007.
- Stale Einarsen, "Harassment & Bullying At Work: A Review Of The Scandinavian Approach", *Aggression and Violent Behavior*, Cilt:5, Sayı:4, 2000.
- Ståle Einarsen, "Shortcomings of Antibullying Regulations: The Case of Sweden", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, Cilt:19, Sayı:1, 2010.
- Ståle Einarsen, Cary L. Cooper, Helge Hoel, Dieter Zapf (editörler) *Bullying and Harassment in the Workplace*, Taylor and Francis, 2. baskı, London 2011.
- Şaban Cobanoğlu, *Mobbing İşyerinde Duygusal Saldırı ve Müdahale Yöntemleri*, Timaş Yayınları, İstanbul 2005.
- Vittorio Di Martino, *Relationship Between Work Stress and Workplace Violence in the Health Sector*, Geneva, 2003, http://www.icn.ch/SewWorkplace/WPV_HS_Stress-Violence%20.pdf, (21.05.2012).
- Workplace Violence and Harassment: A European Picture*, European Risk Observatory Report, European Agency For Safety and Health at Work, Publications Office of the European Union, Luxemburg 2010.
- World Health Organization, Occupational and Environmental Health Programme, *Raising Awareness of Psychological Harassment at Work*, Protecting Worker's Health Series, No.4, Geneve 2003.
- Yavuz Demirel, "Psikolojik Taciz Davranışının Kamu Kurumları Arasında Karşılaştırılması Üzerine Bir Araştırma", *Tisk Akademi*, Sayı:1, 2009.
- Yener Ünver, "Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:4, Sayı: 11, Aralık 2009.

MÜKELLEFE İADESİ GEREKEN VERGİLERDE FAİZ UYGULANMASI

THE IMPLEMENTATION OF INTEREST ON TAXES GIVEN BACK TO THE TAXPAYER

Ümit Süleyman ÜSTÜN*

Özet: Vergi Usul Kanunu'nda, fazla veya yersiz olarak tahsil edilen veya vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin mükellefe iadesinde faiz ödeneceği düzenlenmiştir. Ancak ilgili maddedeki düzenleme anayasaya aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda madde yeniden düzenlenmiştir.

Bu çalışma kapsamında, mükellefe iadesi gereken vergilere faiz uygulanması, eski düzenleme de dikkate alınarak, mahkeme kararları çerçevesinde ele alınacaktır. Son kanunî değişiklik dâhilinde ilgili maddedeki hüküm değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Usul Kanunu, vergi, faiz, mükellef, fazla veya yersiz ödenen vergilerin iadesi.

Abstract: It is arranged that overpaid or undue collected taxes and the taxes to refund in accordance with the tax laws are to be paid with interest in Tax Procedure Law. But the provisions of the article canceled by the Constitutional Court. Article is re-arranged accordance with the decision of the Constitutional Court.

In this study the implementation of interest on taxes to refund to the taxpayer will be discussed by taking into consideration the old regulation in the article within the framework of court decisions. The current provisions of the TPL article will be examined within the recent legal changes.

Keywords: Tax Procedure Law, tax, interest, taxpayer, refund of taxes collected more or undue.

* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Malî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Alacaklarda zamanın geçmesine bağlı olarak değer kayıpları meydana gelebilmektedir. Bu değer kayıplarının telafi edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla vergi alacaklarında da ortaya çıkabilecek kayıpların giderilmesine yönelik bir takım müesseseler kabul edilmiştir. Bu müesseselerden birisi Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) yer alan gecikme faizidir. Bu faizin oranı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'da (AATUHK) düzenlenen gecikme zammı oranına bağlanmıştır. Bu iki müessese de devletin kayıplarını telafi etmeye yönelik olarak düzenlenmiştir.

Mükelleflerin de çeşitli sebeplerle ödemiş oldukları ve kendilerine iadesi gereken vergiler bakımından zamana bağlı kayıpları söz konusu olabilmektedir. Bu kayıpların telafisi için gecikme faizinden çok sonra sınırlı bir düzenleme yapılmıştır. Ancak bu düzenleme ortaya çıkan zararların giderilmesinde yetersiz kalmıştır. Adil olmayan sonuçlara yol açan madde, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş ve ardından yeni bir kanunî düzenleme yapılmıştır.

Bu çalışma kapsamında gecikme faizine kısaca değinilecek ve vergi mükelleflerine iadesi gereken vergilerde faiz uygulanması konusu üzerinde durulacaktır. İlk olarak, Anayasa Mahkemesi kararı öncesindeki düzenleme ele alınacaktır. Daha sonra Anayasa Mahkemesi kararı incelenecektir. Son bölümde ise Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda gerçekleştirilen kanunî düzenleme incelenecek ve yapılan değişiklik hakkında değerlendirme yapılacaktır.

II. VERGİ ALACAKLARINA FAİZ UYGULANMASI

Vergi alacaklarının geç tahakkuk etmeleri dolayısıyla meydana gelen kayıpların telafisi amacıyla uygulanan gecikme faizi, 1985 yılında yapılan kanun değişikliği ile VUK'ta yer almıştır¹. Kanunun genel gerekçesinde mükelleflerin vergilerini zamanında ve tam olarak ödemelerinin sağlanması ve bu suretle mükellefler arasında ortaya çıkabilecek eşitliğe aykırı durumların önlenmesinin hedeflendiği belirtilmiştir-

¹ 3239 Sayılı Kanun, RG. 11.12.1985, S. 18955.

tir². Gerçekten de tahakkukun gecikmesi dolayısıyla, devlet gecikmeye bağlı olarak zarara uğramaktadır.

Yapılan düzenleme ile VUK'un 112/3. maddesinde gecikme faizine ilişkin olarak yer alan hüküm şu şekildedir: “*Vergi mahkemesinde dava açma dolayısıyla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27’nci maddesinin 3 numaralı fıkrası gereğince tahsili durdurulan vergilerden taksit süreleri geçmiş olanlar, vergi mahkemesi kararına göre hesaplanan vergiye ait ihbarnamenin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir. Ayrıca ikmalen, re’sen veya idarece yapılan tarhiyatlarda:*

a) *Dava konusu yapılmaksızın kesinleşen vergilere, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar;*

b) *Dava konusu yapılan vergilerin ödeme yapılmamış kısmına, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, yargı organı kararının tebliğ tarihine kadar;*

Geçen süreler için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanır. Gecikme faizi de aynı süre içinde ödenir. Gecikme faizinin hesaplanmasında ay kesirleri nazara alınmaz.

Uzlaşılacak vergilerde gecikme faizi; uzlaşılacak vergi miktarına, (a) fıkrasında belirtilen tarihten itibaren uzlaşma tutanağının imzalandığı tarihe kadar geçen süre için uygulanır.

Dava açılması nedeniyle tahsili duran vergi ve cezalar mükellefler tarafından istenildiği takdirde davanın devamı sırasında da kısmen veya tamamen ödenebilir”.

Getirilen bu düzenleme ile tahakkukun gecikmesine bağlı olarak devletin zaman kaybı dolayısıyla uğrayacağı zararın telafisi mümkün hale gelmiştir. Devletin vergi alacağını zamanında tahsil edememesi halinde kamu hizmetlerinin aksayacağı, bu yüzden mükelleflerin vergilerini zamanında ödemelerinin sağlanması ve zamanında ödemeyenlere ise faiz uygulanmasının gerekli olduğu doktrinde vurgulanmaktadır³.

² “Mükelleflerin vergilerini tam ve eksiksiz olarak zamanında ödemelerini sağlamak gayesiyle gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenleme ile vergisini ödeyen mükellefle vergisini ödemeyen mükellef arasında, vergi ödemeyen lehine teşekkül eden rekabet eşitsizliğinin giderilmesi hedeflenmiştir”. 3239 Sayılı Kanun’un gerekçesi, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler/BSMV/cilt_4_3239_sayili_kanun.pdf, s. 116.

³ SONSUZOĞLU Elif, *Türk Vergi Hukukunda Fer’i Borç ve Alacak Olarak Faiz*, Filiz

Gecikme faizinin gecikme zammı oranında uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Gecikme zammı AATUHK'un 51. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, "Amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 1,40⁴ oranında gecikme zammı tatbik olunur". Tahakkuk edip ödenecek aşamaya gelen kamu alacaklarının vadesinde ödenmemesi halinde, söz konusu alacaklara gecikme zammı uygulanmaktadır. Gecikme zammı AATUHK ile 1954 ile sisteme girmiştir. Gecikme faizi ise 1986 yılından beri yürürlüktedir⁵.

Gecikme zammı ve gecikme faizinin niteliğini ortaya koyabilmek için öncelikle faizin tanımı ve niteliği üzerinde durmak gerekmektedir.

Faiz genel olarak nakdî sermayenin getirisidir. Bir kimsenin parasını kullanmaktan vazgeçerek başkasının kullanımına bırakması sonucu elde ettiği irattır⁶. Detaylı bir tanımlaya göre ise faiz, "alacaklının nakdinden bir süre için yoksun kalması nedeni ile, nakdin kullanılması olanağını borçluya bırakması karşılığında elde ettiği, miktarı kanun ya da hukuki işlem ile belirlenmiş, para borçları bakımından özel olarak düzenlenen, tahsili için zararın ve kusurun varlığı şart olmayan bir tür tazminat, bir medeni semeredir"⁷.

Faiz, parayı bugün kullanmaktan vazgeçmenin bedeli olup alacaklının parayı belli bir süre kullanamaması dolayısıyla ödenen hukukî bir üründür⁸. Özellikle enflasyonist ekonomilerde bir müddet elden çıkan paranın değer kaybının telafisi aracı niteliğindedir⁹. Faiz borçlu bakımından parayı belli süre kullanmanın bedeli niteliğindeyken, ala-

Kitabevi, İstanbul 2001, s. 1.

⁴ 2010/965 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen oran. RG. 19.10.2010, S. 27734.

⁵ YALTI Billur, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları - Türk Yargıçları: Mülkiyet Hakkının İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/Değer Kayıpları", *Vergi Dünyası*, S. 310, Haziran 2007, <http://www.vergidunyasi.com.tr>, s. 1; Aynı makale için ayrıca bkz. YALTI Billur, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları - Türk Yargıçları: Mülkiyet Hakkının İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/Değer Kayıpları", *Danıştay 2007 İdarî Yargı Sempozyumu*, http://www.danistay.gov.tr/insan_haklari_avrupa.htm.

⁶ SONSUZUĞLU, s. 4.

⁷ HELVACI Mehmet, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2000, s. 65.

⁸ SONSUZUĞLU, s. 4-5.

⁹ ERMUMCU Osman, "Yargı Kararlarıyla İptal Edilen Verginin İadesinde Faiz Uygulanması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Kasım 2010, S. 51, s. 150.

caklı bakımından ise paradan belli bir süre mahrum kalmanın karşılığı olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin kanunî faize ilişkin bir kararında da faizin özelliklerine değinilmiştir: *"Faiz, kişi veya kurumların kullanımına terk ve tahsis edilen nakdî sermayeye karşılık sermaye sahibi lehine oluşan medenî bir "semere" veya "ivaz"dır. Ayrıca alacaklının zararını karşılama işlevi olan, edimini taahhüdüne uygun biçimde süresinde; muaccel borcunu vadesinde ödemeyen borçlunun, bu süreden yararlanmış olma sonucu alacaklı lehine doğan nakdî bir ödentidir. Kaynağı, asıl alacağın kaynağını oluşturan, hukukî işlem, hukukî fiil veya kanundur. Asıl alacağa bağlı olarak doğan fer'i bir haktır"*¹¹.

Faiz borçları asıl borcun varlığı halinde işleyen ve ona bağlı olan fer'i bir borç olup kendiliğinden doğmaz. Özel hukukta ya sözleşme hükümlerine ya da kanun hükümlerine bağlı olarak doğmaktadır¹². Oysa kamu hukukunda sözleşme hürriyeti bulunmadığı için akdî değil, kanunî faiz söz konusudur¹³. Nitekim AATUHK'ta düzenlenen gecikme zammı, tecil faizi, haksız çıkma zammı; VUK'ta düzenlenen gecikme ve iade faizleri ile İdarî yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) düzenlenen infazın gecikmesi dolayısıyla idarenin ödemesi gereken faiz, hep bu kanunî faizlerdendir¹⁴.

Gecikme zammı, devletin uğramış olduğu gelir kaybı ile alacağının değerinde enflasyon sebebiyle ortaya çıkan azalmanın karşılığı niteliğinde bir fer'î kamu alacağıdır¹⁵. Her ne kadar AATUHK Tasarısı'nın gerekçesinde gecikme zammında faiz esasının kabul edilmediği belirtilse de¹⁶, gecikme zammı niteliği itibariyle temerrüt (geçmiş günler)

¹⁰ ÇÖLGEZEN Övül, "Gecikme Faizinin Niteliği", *Vergi Dünyası*, S. 354, Şubat 2011, s. 77.

¹¹ AyM. 15.12.1998 gün ve E. 1997/34, K. 1998/79, RG. 26.11.1999, S. 23888.

¹² SONSUZOĞLU, s. 6.

¹³ SONSUZOĞLU, s. 20, 68.

¹⁴ ERMUMCU, s. 150; SONSUZOĞLU, s. 20, 68.

¹⁵ ÜYÜMEZ M. Erkan, "Yanılma Halinde Gecikme Zammının Uygulanabilirliği", *Vergi Sorunları*, S. 253, Ekim 2009, s. 111.

¹⁶ "95 nci madde gecikme zammı için tasarı ile kabul edilen yeni esasları göstermektedir. Gecikme zamlarında faiz esası kabul edilmeyerek, kanunla muayyen, gerek mükelleflerce, gerek memurlarca anlaşılıp hesap edilmesi kolay esaslar kabul edilmiştir. Filhakika faiz esası ne mükelleflerimiz ve ne de bir kısım memurlarımız bakımından kolay anlaşılıp hesap edilebilecek bir usul olarak görülmemiştir". Bkz. AATUHK Tasarısı Gerekçesi, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekciler/6183/cilt_3_6183_sayili_kanun.pdf, s. 785.

faizine benzetilebilir¹⁷. Ancak, gecikme faizinin kamu alacağını enflasyona karşı korumanın yanı sıra, devlet parasının haksız şekilde tutulması sebebiyle menfaat elde edilmesinin önlenmesi amacıyla da uygulandığı belirtilmektedir. Bu yüzden gecikme faizini özel hukuktaki temerrüt faizi ya da cezaî şart ile karşılaştırmanın doğru olmayacağını ifade eden görüş de bulunmaktadır¹⁸.

Gecikme zammı, muaccel hale gelmiş kamu alacaklarına muaccel oldukları andan itibaren uygulanırken, gecikme faizi sadece re'sen, ikmalen ve idarece tarh edilen vergilerde, tahakkuk aşamasındaki gecikme dolayısıyla alınmaktadır¹⁹. Gecikme faizinin zamanında tahakkuk ettirilmeyen verginin tazmini amacıyla alınan ek bir malî yükümlülük olduğu, ceza niteliği taşımadığı kabul edilmektedir²⁰. Gecikme faizinin tazmin amacı taşıması önemli bir özelliktir. Nitekim ilerleyen bölümlerde de görüleceği üzere, bazı Danıştay kararlarında faizin bu niteliğinden hareket edilmektedir.

VUK'un 112/3. maddesinde düzenlenen gecikme faiziyle ilgili hüküm, anayasaya aykırılık iddiasıyla itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararında gecikme faizinin niteliği üzerinde durulmuştur. Kararda faizin paranın fiyatı olduğu, parayı kullanan kimsenin parayı kullanmaktan

¹⁷ ÖNCEL Muallâ/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 127; SONSUZOĞLU, s. 22; "Temerrüt faizi ise, gecikme nedeniyle verilmesi gereken ve yasa hükmüne dayanan bir faizdir". SONSUZOĞLU, s. 6.

¹⁸ BAYAR İbrahim Nihat, "Vergi Hukukunda Mükellef Aleyhine Uygulanan Gecikme Faizinin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 3-4, Yıl 2003, s. 312.

¹⁹ "Gecikme zammı muaccel hale gelmiş her çeşit kamu alacağına vade tarihini izleyen günden itibaren uygulandığı halde, gecikme faizi sadece re'sen, ikmalen ve idarece tarh edilen vergilerde uygulama alanı bulmaktadır; yani tarhedilmiş ve tahakkuk etmiş, ancak vadesinde ödenmemiş vergilere değil, hiç tarhedilmemiş veya eksik tarh edilmiş vergilere uygulanır". ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 129; KUMRULU Ahmet, "Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40, S. 1-4, 1988, s. 239.

²⁰ KUMRULU, s. 239; SONSUZOĞLU, s. 73; ÇÖLGEZEN, s. 79, 80. Ancak karşı görüş de bulunmaktadır: "Mevcut uygulaması ile gecikme faizi bir mali yaptırımdan öte bir cezai yaptırım niteliği taşımaktadır. Gecikme faizi oranı genel olarak piyasa faiz oranından çok yüksek olarak belirlenmektedir. Özellikle ilave tarhiyatın normal vade tarihinden 3-4 yıl sonra yapılması halinde, gecikme faizi tutarı vergi ziyayı cezasından daha ağır külfet oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu niteliği itibariyle gecikme faizi fiilen ceza hüviyetine bürünmektedir. Bu durum da gecikme faizinin, vergi cezalarında olduğu gibi mükellefin kusuruna bağlı olarak uygulanmasını gerekli kılar". ÜREL Gürol, *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Ankara 2007, s.221-222.

vazgeçen kimseye bu kaybını ödemesi gerektiği vurgulanmaktadır: “Devlete ödenmesi gereken bir vergi borcunu vaktinde ödemeyen yükümlü, bu parayı başka amaçlarla kullanmakta ve çeşitli yararlar sağlamaktadır. Buna karşılık devlet, vergi gelirlerinin bir kısmından yoksun kalmakta ve bu durumda ya harcamalarını kıstak veya borçlanmak zorunda kalmaktadır. Harcamaların kısılması durumunda toplum bazı devlet hizmetlerinden yoksun kalmakta, devletin borçlanması durumunda ise devlet hizmetlerinin maliyeti artmaktadır. Doğrudan ortaya çıkan bu sonuçlara ek olarak, vergi yükümlülerinin vergilerini zamanında ödememeleri; devlet cârî harcamaları ile devlet yatırımlarının ya aksamasına ya da borçlanma yoluyla finansmanına neden olduğu için enflasyon, işsizlik ve gelir dağılımında eşitsizlik gibi önemli ekonomik dengesizliklerin kaynağını da oluşturmaktadır. Bu olumsuz etkiler, yüksek oranlı enflasyon dönemlerinde daha çabuk ve daha şiddetli olarak hissedilmektedir. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112. maddesini değiştiren ve dava konusu bendi getiren 3239 sayılı Yasanın, yurdumuzda yüksek enflasyonun mevcut olduğu dönemde çıkarılıp yürürlüğe girdiği gözönünde tutulursa, Yasa Koyucunun amacı açıkça ortaya çıkar... Vergisini ödemek yerine, bu parayı kendi işlerinin finansmanında kullanan veya başkasına ödünç veren veya mevduat olarak bankaya yatıran yükümlü, enflasyon oranı üzerinde veya en azından bu orana eşit bir yarar sağlamaktadır. Gecikme faizi ile yapılan, bu yararı paranın asıl sahibi olan devlete geri vermektir. Bu açıdan değerlendirildiğinde gecikme faizini, ek bir mali ceza olarak nitelenecek de olanaksızdır”²¹.

²¹ “Bilindiği gibi faiz; ekonomik açıdan, “paranın fiatı”dır. Herhangi bir kimse, kendisine ait olmayan bir parayı, hangi isim altında olursa olsun, belli bir süre kullandığında, paranın asıl sahibine “faiz” ödemek zorundadır. Çünkü paranın likidite özelliği, onun her an her türlü üretim faktörünü, mal ve hizmeti satın alabilmesine olanak verir. Daha açık bir deyişle parayı nakit olarak elinde bulunduran kimse, “bugünkü” ihtiyaçlarını karşılayabildiği gibi, piyasanın “yarına dönük” olanaklarından da yararlanabilir. Elindeki parayı başkasına veren veya kendine belli tarihte ödenmesi gereken bir miktar para olduğu halde bu parası ödenmeyen kimse ise bu inkânlardan yararlanamaz. Bu nedenle parayı kullanan kimsenin, parayı kullanmaktan vazgeçen kimseye bu kaybını ödemesi gerekir. İşte faizi doğuran temel neden budur. Bu temel neden, paranın değerini sürekli olarak kaybettiği enflasyon dönemlerinde ayrı bir önem kazanır. Dönem başında, kullanılmaktan vazgeçilen ya da hak edildiği halde alınamayan bir miktar paranın satınalma gücü; dönem sonunda; enflasyon oranında azalmış olacaktır. Bu durumda dönem sonunda paranın asıl sahibine ödenmesi gereken faiz; sadece belli bir dönem için yapılan fedakârlığın karşılığında ibaret olmayacak, aynı zamanda sözkonusu dönemde paranın satınalma gücündeki kaybı da karşılayacak miktarda olacaktır. Teknik deyişle, hem para sahibinin tasarrufla bulunmasının bedeli ödenecek, hem de paranın satınalma gücü korunacaktır. İtiraz konusu “gecikme faizi”nin dayandığı ekonomik mantık budur... Mevduat faizinin % 65’i, kredi faizinin ise % 100’leri aştığı bir enflasyonist ortamda, vergi borcunu ödemeyen ve bu parayı başka

III. MÜKELLEFE İADE EDİLEN VERGİLERE FAİZ UYGULANMASI (01.01.1999 - 14.05.2012 ARASINDAKİ DÖNEM)

A. GENEL OLARAK

Vergi mükellefinden fazla veya yersiz tahsil edilen ya da vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilere faiz ödenmesine ilişkin düzenleme ise, devletin kendi alacaklarına ilişkin faiz alınmasına yönelik yaptığı düzenlemeden neredeyse 13 yıl sonra, 1999 yılında yürürlüğe girmiştir²². 4369 sayılı Kanun'la²³ yapılan düzenleme ile VUK'un 112. maddesine yeni fıkra eklenmiş ve mükellefe iade edilmesi gereken vergilere faiz ödenmesi kabul edilmiştir: *"Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen veya vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120 nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir"*.

Mükelleflere yapılan iadenin gecikmesi, mükelleflerin hukukî durumunu zedelemekte ve tepkiye yol açmaktadır. İlgili dönemde enflasyonun yüksek olması ise iadesinde gecikilen vergilerin bir bedelinin olmaması eleştirilerine daha büyük oranda haklılık kazandırmaktaydı²⁴. Bu eleştiriler yeni bir düzenleme yapılmasını gerektirmiştir.

Yapılan kanun değişikliğinin genel gerekçesinde, bu düzenleme ile mükellef hakları yönünde önemli adım atıldığı, mükelleflerin haklı sebebe dayanmadan bekletilen vergi iadesi alacaklarına faiz ödeneceği belirtilmekte, bu durumda devletin de külfete katlanacağı vurgulan-

işler için kullanan bir vergi mükellefinden "gecikme faizi" adı altında ek bir ödemede bulunmasını istemek, yukarıda açıklanan ekonomik nedenlerle yerindedir. Böyle yapmakla, devlet maliyesi korunduğu ve istenmeyen ekonomik aksaklıkların ortaya çıkması engellendiği gibi, vergisini zamanında ödeyen yükümlü ile ödemeyen yükümlü arasında bir eşitsizliğin doğmasına da fırsat verilmemiş olmaktadır". AyM. 27.09.1988 gün ve E. 1988/7, K. 1988/27, RG. 26.12.1988, S. 20031.

²² YALTI, s. 1; CANDAN Turgut, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Yaklaşım Yayıncılık*, Ankara 2001, s. 191.

²³ 4369 Sayılı Kanun, RG. 29.07.1998, S. 23417 (mükerrer).

²⁴ SONSUZOĞLU, s. 101.

maktadır²⁵. Ancak ileride de ele alınacağı üzere burada tam anlamıyla bir gecikme faizi müessesesi ihdas edilmemiş, sadece iadenin aşırı gecikmesi halinde, bu iadedeki gecikmeden dolayı daha düşük oranlı olan tecil faizinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Yani gerekçede belirtilen devletin de külfete katlanacağı söylemi, aslında çok da gerçekçi değildir.

VUK'un 112/4. maddesinde yapılan değişikliğin madde gerekçesinde ise, mükellef hukukunun gözetilmesi, enflasyonist etkilerin mükellef alacağına oluşturacağı aşınmasının giderilmesi ve idarenin gereksiz zaman kayıplarının önlenmesinin hedeflendiği belirtilmektedir²⁶.

Mükellefe iade edilecek vergilerde faiz ödenmesine ilişkin düzenlemenin, devletin vergi alacağının tahakkukunun gecikmesi dolayısıyla alınacak gecikme faizine ilişkin düzenlemeden yaklaşık 13 yıl sonra -eksik de olsa- yürürlüğe girmesi ayrı bir sorundur. Bu dönemde gecikme faizinin anayasa aykırılığı dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itiraz başvurusunda da bu husus gündeme gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, mükellefe iadede faiz ödenmemesinin bir eksik düzenleme durumu olduğu, bunun anayasaya aykırılık iddiası kapsamı içinde değerlendirilemeyeceğini, yasama organının dilediği zaman bu eksik-

²⁵ "Bu Kanunla, mükellef haklarını koruma yönünde atılan adımlardan birisi de mükelleflerin haklı sebebe dayanmadan bekletilen vergi iadesi alacaklarına devletin faiz ödemesi uygulamasının getirilmesidir. Böylelikle mükellef alacağının zamanında ödenmemesi nedeniyle Devlet de bir külfete katlanacaktır". 4369 Sayılı Kanun Tasarısı'nın Gerekçesi, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler/6183/tvk_4369_sayili_kanun_1.pdf, s. 348.

²⁶ "Bu madde ile fazla ve yersiz tahsil edilen veya kanun gereği iadesi gereken vergilerin mükellefe red ve iadesinde mükellefhukukunun gözetilmesi, enflasyonist etkilerin mükellef alacağına yaratacağı aşınmanın giderilmesi ve idarenin haklı ve yasal iade işlemlerinde gereksiz zaman kaybının önlenmesi amacıyla düzenlemeler yapılmaktadır. Buna göre, mükellefin, ilgili mevzuat uyarınca kendisinden istenilecek bilgi ve belgeleri iadeyi yapacak idareye tesliminden itibaren üç aylık normal bir iade süreci başlayacaktır. Bu süre içinde iadenin yapılamaması durumunda, üç ayı aşan süreler için, aynı dönemde uygulanmakta olan ve 6183 sayılı Kanununun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi esas alınmak suretiyle bir faiz hesaplanacak ve bu faiz, iadesi gereken miktarlarla birlikte mükellefe ödenecektir. Bu faiz, üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için hesaplanacaktır. Üç aylık normal iade sürecinin, mükellefin eksik bilgi ve belgeleri tamamladığı tarihten itibaren başlayacağı kuşkusuzdur. Red ve iadenin mükellefe bildirilmesi üzerine 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 120 nci maddesinde sözü edilen bir yıllık hak düşürücü süre işlemeye başlayacaktır". 4369 Sayılı Kanun Tasarısı'nın Gerekçesi, s. 350-351.

liği giderebileceğini belirtmiştir: “İtirazın gerekçesi açıklanırken de belirtilmiş olduğu üzere, itiraz yoluna başvuran mahkeme, itiraz konusu kuralın, ikmalen, re’sen veya idarece yapılan tarhlarda yükümlülerce faiz ödenmesini kabul ettiğini, buna karşılık, Devleti, hatalı biçimde veya yanlışlıkla tahsil ettiği vergileri iade ederken bu tür bir faiz ödemekle yükümlü tutmadığını ve böylece Devlet yararına ayrıcalık doğurduğunu iddia etmiştir. Öncelikle belirtilmesi gereken nokta, bu tür bir gerekçe ile Anayasa’ya aykırılık iddiasında bulunmanın mümkün olmadığıdır. Anayasa Mahkemesi’nin daha önceki kimi kararlarında açıkça belirtilmiş olduğu üzere Anayasa’ya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için bu konunun Yasa Koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Bu bakımdan eksik düzenleme nedeniyle veya mevcut bir kuralın uygulama alanını genişletmek amacıyla Anayasa’ya aykırılık iddiası öne sürülemez. Mahkemenin başvurusunda öne sürülen “Devlet tahsil ettiği verginin bir kısmını veya tamamını geri verirken faiz ödemiyor” savı; bir eksik düzenleme iddiası olup, Anayasa’ya aykırılık nedeni olamaz Yasa Koyucu, dilediği zaman bu eksikliği giderebilir”²⁷.

Anayasa Mahkemesi bu kararı ile aslında, mükellefe iade edilecek vergilerde, kanunî bir düzenleme olmaksızın faiz ödenmesinin önüne geçmiş olmaktadır.

Kararda devletin gecikme faizi almasının haklılığı açıklanmaya çalışılmaktadır. Buna göre, “Devlete ödenmesi gereken bir vergi borcunu vaktinde ödemeyen yükümlü, bu parayı başka amaçlarla kullanmakta ve çeşitli yararlar sağlamaktadır. Buna karşılık devlet, vergi gelirlerinin bir kısmından yoksun kalmakta ve bu durumda ya harcamalarını kısımak veya borçlanmak zorunda kalmaktadır. Harcamaların kısılması durumunda toplum bazı devlet hizmetlerinden yoksun kalmakta, devletin borçlanması durumunda ise devlet hizmetlerinin maliyeti artmaktadır”²⁸.

²⁷ AyM. 27.09.1988 gün ve E. 1988/7, K. 1988/27, RG. 26.12.1988, S. 20031; Ancak doktrinde bu durumda eksik düzenleme bulunmadığı ifade edilmektedir: “Vergi Usul Kanununda bu yönde bir hükmün yer almamasını esas itibarıyla bir eksik düzenleme olarak nitelendirmek mümkün değildir; çünkü yükümlü genel hükümlere göre bu alacak hakkını elde edebilir: İdarî Yargılama Usulü Kanunu uyarınca açılacak bir tam yargı davası ile yükümlü, ihlâl edilen hakkına karşılık tazminat talebinde bulunmak suretiyle uğradığı kaybı faiz hesabına göre telâfi edebilir”. Bkz. KUMRULU, s. 250. Gerçekten de ileride ele alınacağı üzere, mükelleflerin uğradıkları zararların tazmini için dava açabilmeleri mümkündür. Bu davada da adil denge için gecikme faizi uygulanması söz konusu olabilecektir.

²⁸ AyM. 27.09.1988 gün ve E. 1988/7, K. 1988/27, RG. 26.12.1988, S. 20031.

Doktrinde, yapılan bu tespitlerin özünün, ödeme yapmayan veya eksik ödeme yapan mükellefler için geçerli olduğu gibi, fazla ödeme yapan mükellefler bakımından da hukuken geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Buna göre, tarafların yer değiştirdiği objektif bir durumda, maddi içerik objektif olarak değişmeyecektir²⁹. Mükellef de kendisine faizsiz iade yapıldığında, kararda belirtildiği gibi zarara uğramış olmaktadır. Doktrinde bunu destekleyen nitelikteki diğer bir görüşte de, 3239 sayılı Kanun'un gerekçesinde devletin alacakları için faiz alınması gerekliliğini gösteren günümüzde her çeşit alacak için gecikmelerde faiz alındığı yönündeki ifadenin, zarara uğrayan mükellef bakımından da tümüyle geçerli olduğu belirtilmektedir³⁰. Gerçekten de mükellefler için zarar, kendilerinden hukuka aykırı olarak alınan vergilerin iadesinde doğmaktadır³¹.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında ayrıca eşitlik ilkesi bakımından da faiz uygulaması değerlendirilmiştir: *“Öte yandan böyle bir eksik düzenlemenin eşitlik ilkesini zedelediğini ileri sürmek de mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi kararlarında tekrarlandığı üzere, Anayasa’da öngörülen eşitlik, “yasa önünde eşitlik” olup herkesin aynı hak ve yükümlülüklere sahip olması anlamında değildir. Eşitlik, her yönüyle aynı hukukî durumda olanlar arasında sözkonusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, “eşitlerin eşitliği” anlamındadır. Farklı durumda olanlara, yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani “eşit olmayanların eşitsizliği”; eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz”³². Bu karar doğrultusunda Anayasa Mahkemesi, eğer sadece devlet alacaklarına faiz ödenmesine ilişkin kanunî düzenleme varsa, bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğine hükmetmiş bulunmaktadır. Ayrıca bu karar, yeni dü-*

²⁹ YALTI, s. 3.

³⁰ KUMRULU, s. 249.

³¹ CANDAN, s. 192.

³² *“Çağdaş toplum düzeninde, devlet tüzelkişiliğine, gerçek kişilere verilmeyen üç temel yetki verilmiştir. Bunlar vergi salma yetkisi, zor kullanma yetkisi ve para basma yetkisidir. Bu üç yetki sayesinde “devlet egemenliği” veya “devletin üstün iradesi” gerçekleşmektedir. Toplumsal yaşamı; adalet ve istikrar içinde mümkün kılan unsur, devletin bu üstün iradesidir. Vatandaşlara yüklenen çeşitli yükümlülüklerin devlet tüzelkişiliğine de aynen yüklenmesini istemek, yukarıda açıklanan nedenlerle eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı gibi; toplumsal yaşamın adalet ve istikrar içinde devamını mümkün kılan “devlet” kavramının üstün anlamı ile de bağdaşmaz. Düzenlemenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bir yönü görülmemiştir”*. AyM. 27.09.1988 gün ve E. 1988/7, K. 1988/27, RG. 26.12.1988, S. 20031.

zenleme çerçevesinde ele alınacak olan, devlet alacaklarına gecikme faizi uygulanmasına karşın mükellefe iade edilecek vergilerde tecil faizi oranında faiz uygulanmasını da eşitliğe aykırı bulmayacak bir yaklaşım içermektedir.

1999 yılına kadar, hukuka aykırı olarak tarh ve tahsil edilen ancak daha sonraki bir tarihte iade edilen vergiler için mükelleflerin faiz ödenmesine yönelik açtıkları davalar da, Anayasa Mahkemesi'nin kararına uygun olarak, bu konuda bir kanun hükmü bulunmadığı gerekçesiyle Danıştay tarafından reddedilmekteydi³³. Yapılan kanunî düzenleme ile belli şartlar altında mükellefe yapılacak iadelerde faiz ödenmesinin önü açılmış oldu.

B. İADE FAİZİ UYGULAMASININ ŞARTLARI

Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmeden önce mükellefe iade edilecek vergilere faiz ödenmesine ilişkin düzenleme şu şekilde idi: VUK madde 112/4: *"Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen veya vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120 nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir"*.

Mükellefe iade edilecek vergilere faiz ödenmesinin şartlarını, madde hükmü çerçevesinde şu başlıklar altında belirlemek mümkündür:

1. Vergilerin fazla veya yersiz olarak tahsil edilmiş olması veya kanunları uyarınca iadesinin gerekmesi:

VUK'un 112/4. maddesi uyarınca sadece fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin geri verilmesinde veya vergi kanunları uyarınca iade edilmesinde faiz uygulanması mümkün olabilecektir.

³³ Dş.3.D. 14.12.1993 gün ve E. 1992/1866, K. 1993/3667; Dş.9.D. 23.05.1996 gün ve E. 1996/519, K. 1996/1886, DVDDGK. 14.05.1999 gün ve E. 1998/303, K. 1999/283, Bkz. CANDAN, s. 191, dn. 202.

Düzenleme sadece vergiler için yapılmış olup vergi cezası, gecikme zammı, gecikme faizi gibi fer'î alacakları kapsamamaktadır³⁴. Ayrıca bu düzenleme VUK ile yapıldığı için, iade faizi her türlü vergiler için değil, sadece bu kanuna tâbi vergiler için uygulanacaktır³⁵.

Madde metninde “veya” ibaresi kullanıldığından, iadesinde faizin söz konusu bulunduğu üç ayrı durum bulunduğu ifade edilmektedir³⁶. Ancak bir başka görüşte ise, fazla veya yersiz tahsiller genel itibariyle tek bir durum olarak ele alınmaktadır. Buna göre fazla ve yersiz tahsil, verginin tarh, tahakkuk ve tahsilindeki hukuka aykırılık hallerini ifade etmektedir³⁷.

Kanunda “veya” bağlacı kullanıldığı için fazla veya yersiz tahsili ayrı durumlar olarak ele almak gerekmektedir. Fazla ve yersiz tahsilin ikisi birden, haksız tahsil olarak kabul edilebilir. Çünkü vergi idaresi bu durumlarda mükelleften alması gerekenden daha fazla vergi tahsil etmiş veya almaması gereken bir vergiyi almış olmaktadır³⁸.

Yersiz tahsil, idarenin vergiyi hukuka aykırı olarak tahsil ettiği durumları ifade etmektedir. İdarenin hizmet kusurunun bulunduğu vergi tahsilâtı söz konusudur³⁹.

Fazla tahsil ise, esas itibariyle idarenin hukuka aykırı hareketiyle tahsil edilme durumu dışında kalan halleri kapsamaktadır⁴⁰. Aksi halde, kanunda veya ibaresine rağmen iki defa hukuka aykırı tahsilden bahsedilmesi gibi bir anlam ortaya çıkacaktır⁴¹. Fazla tahsil, idarenin hizmet kusuruna dayanmayan bir fazla tahsili ifade etmekte olup bu da esas olarak mükelleften kaynaklanmaktadır. Çünkü kanundan kaynaklanan sebepler maddede ayrıca zikredilmiştir. Mükellef kusurlu ya da kusursuz şekilde matrahını fazla beyan etmiş olabilir⁴². Dolayısıyla

³⁴ SONSUZOĞLU, s. 102, 103.

³⁵ SONSUZOĞLU, s. 102.

³⁶ BAŞARAN YAVAŞLAR Funda, “Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İadelerinde Faiz”, *Vergi Dünyası*, S. 316, Aralık 2007, s. 94; ERMUMCU, s. 151, 153.

³⁷ Bunlar tüm hukuka aykırılık hallerini kapsamayıp vergi hatalarından biri ile meydana gelen hukuka aykırılık hallerini içermektedir. Bu konuda bkz. CANDAN, s. 193.

³⁸ ERMUMCU, s. 151.

³⁹ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 94.

⁴⁰ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 94; ERMUMCU, s. 151, 153.

⁴¹ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 94.

⁴² BAŞARAN YAVAŞLAR, S. 94; ERMUMCU, s. 151.

fazla tahsil, yersiz tahsilden farklı olarak, idarenin kusuruna dayanmayan bir şekilde verginin mükellef tarafından fazla olarak ödenmesi hallerini kapsamaktadır.

Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergi, kanunda öngörülen bir düzenleme çerçevesinde tahsil edilmiş bulunan ve şartları gerçekleştiği için iade edilmesi gereken vergiyi ifade etmektedir. Buna göre, katma değer vergisinin iadesi veya sene içinde tevkifat yoluyla tahsil edilmiş olan verginin sene sonunda ödenecek vergiden fazla olması ya da geçici vergiden doğan iadeler gibi sebeplerle fazla tahsilin iadesi, örnek olarak gösterilebilir⁴³. Bu sebeple yapılacak iadenin kapsamında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır⁴⁴.

2. Vergilerin VUK'un 120. maddesi hükümlerine göre red ve iadesinin gerekmesi:

Mükellefe iade edilecek vergilerin kapsamını belirlerken, madde-
deki *"hesaplanan faiz, 120 nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir"* hükmüyle birlikte değerlendirmek gerekir. Yani, fazla veya yersiz olarak tahsil edilmiş ya da kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin aynı zamanda *"VUK'un 120. maddesi hükmüne göre red ve iadesi gereken"* bir vergi olması da gerekmektedir⁴⁵.

Faiz hesaplanmasını gerektiren durumların vergi hatalarından biri ile meydana gelmesinin zorunlu olduğu madde hükmünden anlaşılmaktadır⁴⁶. Madde bir bütün olarak ele alındığında bu sonuca ulaşılmaktadır⁴⁷. Bu itibarla verginin fazla veya yersiz tahsiline yol açan her türlü hukuka aykırılık halinin mükellefe faiz ödenmesini gerektirmediği, faiz ödenecek hallerin sebep yönünden sınırlandırıldığı anla-

⁴³ YALTI, s. 4; BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 94; ERMUMCU, s. 151-152.

⁴⁴ CANDAN, s. 193.

⁴⁵ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 94; ERMUMCU, s. 155.

⁴⁶ CANDAN, s. 193.

⁴⁷ *"Yasa hükmünün başlangıcındaki "fazla veya yersiz tahsil edilen veya vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin" ibaresinden fazla veya yersiz olduğu anlaşılan her tür verginin bu kapsamda olduğu sonucunu çıkarmak da mümkündür. Eğer Yasa maddesinin kapsamını bu şekilde kabul edersek, buna yargı yerinin iptal ettiği vergiler de dahil olur. Çünkü yargı yerinin iptal kararı verginin, "fazla ve yersiz" olduğu anlamına gelir. Ancak, madde bir bütün olarak ele alınınca bu maddenin, yargı kararı ile iptal edilen vergi iadele-
rini kapsamadığı sonucu çıkmaktadır"*. ERMUMCU, s. 155.

şılmaktadır⁴⁸. Dolayısıyla madde hükmüne göre, sadece hata düzeltme kapsamında değerlendirilecek fazla ve yersiz tahsillerin iadesinde mükellefe faiz ödemesi söz konusu olacak, bunun dışındaki fazla ve yersiz tahsillerin iadesinde ise mükellefe faiz ödenmeyecektir.

Bu kapsamda iade faizi uygulaması sadece, düzeltme talebi ile düzeltilen fazla ve yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde gecikilmesi ile her türlü vergi iadeleri ve mahsuplar sonucunda fazla çıkan vergilerin mükellefe iadesinde gecikilmesinde söz konusu olabilecektir⁴⁹. Yargı kararı uyarınca mükellefe iadesi gereken vergiler, bu madde hükmü kapsamına girmemektedir⁵⁰.

VUK'un 120. maddesine göre, "*Vergi hatalarının düzeltilmesine, ilgili vergi dairesi müdürü karar verir.*

Bu hatalar düzeltme fişine dayanılarak düzeltilir. Hatanın mükellef aleyhine yapılmış olması halinde, fazla vergi aynı fişe dayanılarak terkin ve tahsil olunmuş ise mükellefe reddolunur. Düzeltme fişinin bir nüshası, reddedilecek miktarla müracaat edeceği muhasebe ve müracaat süresi zikredilmek suretiyle mükellefe tebliğ edilir. Mükellef tebliğ tarihinden başlayarak bir yıl içinde parasını geri almak üzere müracaat etmediği takdirde hakkı sakıt olur.

Nakden veya mahsuben tahsil edilen ancak fazla veya yersiz olarak tahsil edildiği anlaşılan vergilerde ve kanunları gereğince mükelleflere yapılacak iade ve mahsup işlemlerinde, düzeltmeye dayanak teşkil edecek belgeler ile bu işlemlere ait usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir".

Vergi hataları idare tarafından yapılabileceği gibi, mükellef tarafından da yapılmış olabilir. VUK'ta mükellef tarafından yapılan hataların düzeltilebilmesine de imkân tanındığından⁵¹, mükelleften yanlışlıkla alınan fazla vergilerin iadesinde de faiz ödenecektir⁵². VUK'un 120/3. maddesinde de belirtilen "*nakden veya mahsuben tahsil edilen ancak fazla veya yersiz tahsil edildiği anlaşılan vergilerde*" ibaresi de yanlışlıkla fazla tahsil edilen vergilerde faiz ödenmesi gerektiğini göstermektedir⁵³.

⁴⁸ CANDAN, s. 193.

⁴⁹ SONSUZUOĞLU, s. 103.

⁵⁰ ÜREL, s. 229; ERMUMCU, s. 152, 157; BAYAR, s. 311.

⁵¹ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 175.

⁵² BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 94, 95; ERMUMCU, s. 153; Karşı görüş için bkz. CANDAN, s. 193.

⁵³ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 95.

3. İlgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlanması:

VUK'un 112/4. maddesindeki sebeplere binaen iadesi gereken vergilere faiz uygulanması için iade talebinin yanı sıra, vergi iadesi için tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin eksiksiz şekilde vergi idaresine teslim edilmesi de gerekmektedir. Bu bilgi ve belgeler tamamlanmadan iade mümkün olamayacağı için faiz ödenmesi de söz konusu olmayacaktır⁵⁴.

Maddede tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin neler olduğu tanımlanmamıştır. Doktrindeki bir görüşe göre, Devlet Harcama Belgeleri Yönetmeliği'nde belirtilen belgelerin tamamlanması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵. Ancak bu yönetmelik daha sonra 31.12.2005 tarihli Merkezî Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁶. Bu yönetmeliğin "vergi, resim, harç ve benzeri giderlere ilişkin ödemeler" başlıklı 33. maddesinde "İş veya mal veya hizmet satın alınması sırasında ödenen vergi, resim ve harçlar dışında kalan; taşıt vergileri, emisyon ölçüm giderleri, belediye resim ve harçları, noter harcı, muayene ve ruhsat harçları ve benzeri giderler ile diğer vergi, resim ve harç ödemelerinde;

- Harcama talimatı,

- Alındı,

ödeme belgesine bağlanır", hükmü bulunmaktadır. Ancak bu hüküm, vergi iadeleri bakımından yardımcı olacak nitelikte değildir⁵⁷. VUK'un 112/4. maddesinin atıfta bulunduğu VUK'un 120/3. maddesinde, düzeltmeye dayanak teşkil edecek belgeler ile bu işlemlere ait usûl ve esasların Maliye Bakanlığı'nca belirleneceği hükme bağlanmıştır. Maliye Bakanlığı, bu belgeleri belirlemektedir. Örneğin katma değer vergisinde iade ile ilgili olarak, 91 seri numaralı Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nde böyle bir hüküm bulunmaktadır⁵⁸.

⁵⁴ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 95; CANDAN, 193.

⁵⁵ SONSUZUOĞLU, s. 104.

⁵⁶ RG. 31.12.2005, S. 26040 (3. Mükerrer).

⁵⁷ Eski yönetmelikle yer alan hükmün, vergi iadelerinde yardımcı olmadığına yönelik görüş için bkz. BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 96, dn. 50.

⁵⁸ 91 seri numaralı Katma Değer Vergisi Genel Tebliği, RG. 28.02.2004, S. 25387. Tebliğin A/8-c bölümünde şu hüküm bulunmaktadır: "Teokifata tabi hizmetleri ifa eden

Maliye Bakanlığı'na bu ölçüde geniş yetki verilmesinin keyfiliğe gidebileceği ve bu yetkiyle faiz ödenmesinin fiilen engellenebileceği doktrinde ileri sürülmektedir⁵⁹. Mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelere ilişkin hükmün “*belli bir vuzuhsuzluk*” taşıdığı da doktrinde haklı olarak belirtilmektedir. Buna göre faiz ödeme süresinin başlangıcının mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelere bağlanmış olması, hükmün “*işlerliğini bütünüyle ortadan kaldıracak sonuçlar*” verebilecektir.⁶⁰

Bu konunun kanunla düzenlenmesi gerektiği, bu yüzden söz konusu yetki veren hükmün kanunilik ilkesine aykırı olduğu da ifade edilmektedir⁶¹. Buna göre, “*vergi iadesi gerektiğini açıkça ispatlayan bilgi ve belgelerin tesliminin yeterli olduğu*” na ilişkin genel bir kanunî düzenlemenin gerekli olduğu ileri sürülmektedir⁶². Ancak idarenin, uygulamanın işleyişi hakkında uzmanlığa sahip olduğu ve ayrıntıları belirlemeye ilişkin yetki tanınmanın gerekliliğinin, idareye takdir yetkisi tanınmanın özünü oluşturduğu da göz ardı edilmemelidir⁶³. Mükellef-

mükellefler iade talep etmeleri halinde hizmetin yapıldığı dönem beyannamesinin 49 uncu satırına hizmet bedelini, 50 nci satırına ise “sorumlular tarafından tevkiif edilen katma değer vergisi tutarını” yazacaklardır. Bu bölüme işlemin bünyesine giren verginin yazılması söz konusu değildir. İade olarak talep edilecek tutar işlemin bünyesine giren vergi değil, tevkiif edilen vergi esas alınarak belirlenecektir. Dolayısıyla iadesi istenilecek katma değer vergisi hiçbir surette tevkiif edilen vergiden fazla olmayacaktır. Ayrıca iade talep eden mükelleflerden istenecek olan “yüklenilen vergiler listesi” iadenin tevkiif edilen vergi tutarına göre belirlenmesine engel değildir.

Öte yandan, yukarıda belirtilen tevkiifat kapsamına alınan işlemlerle ilgili olarak doğan katma değer vergisinin nakden veya mahsuben iadesi miktarına bakılmaksızın sadece banka teminat mektubu veya inceleme raporu karşılığında yerine getirilecek, teminat mektupları vergi inceleme raporunun düzenlenmesinden sonra çözülecektir.

İade talebinde bulunan mükelleflerin, dilekçelerine tevkiifat uygulanan işleme ait faturaların aslına uygunluğunu belirten bir şerh taşıyan örneklerini veya bu faturaların dökümünü ihtiva eden bir liste ile yüklenilen vergilerin listesini de eklemeleri gerekmektedir”.

⁵⁹ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 96.

⁶⁰ ÖZBALCI Yılmaz, *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara 2006, s. 351.

⁶¹ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 96; ERMUMCU, s. 154.

⁶² BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 96.

⁶³ “Ayrıntı, teknik ve uzmanlığa ilişkin konular, kanunlarla düzenlenmesi son derece zor olan, kanunları ve diğer üst hukuk normlarını açıklayıcı, herhangi bir malî yük getirmeyen, uygulamaya yön verici ve onu aydınlatıcı özelliğe sahip, talî nitelikteki konulardır... İdare ayrıntılara yönelik yaptığı düzenlemelerle kesinlikle temel öğelere müdahalede bulunmamalı, mükelleflere ek malî yük yüklememelidir”. Bkz. ÜSTÜN Ümit Süleyman, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 69, 214.

lerin hukukî güvenliklerinin zedelendiği hususların başında, idarenin ayrıntıları belirlemeye ilişkin yetkilerinin geldiği de unutulmamalıdır⁶⁴. Bu bakımdan kanaatimce, mükelleften istenecek belgelerin kanunda düzenlenmesi şarttır. Ayrıca, Maliye Bakanlığı'nın ek olarak isteyebileceği belgelerin de kanunda yer alması gerekir. Bakanlığa tanınacak yetki ise sınırlı bir yetki olarak, söz konusu belgeleri isteyip istememe, isteyecekse zamanını belirleme noktasında olmalıdır. Aksi durumda mükelleflerin hukukî güvenliklerinin zedelenme riski her zaman için mevcut bulunacaktır.

4. Bilgi ve belgelerin tamamlanmasını takip eden üç ay içinde iadenin gerçekleşmemesi halinde, düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar faiz uygulanması:

Mükellefe iadede faiz uygulanabilmesi için, mükellefin bilgi ve belgeleri tamamlamış olmasına rağmen, verginin bu tamamlanma tarihinden itibaren üç ay içinde iade edilmemiş olması gerekmektedir⁶⁵. Vergi, bilgi ve belgelerin tamamlanma tarihinden itibaren üç ay içinde iade edilecek olursa, mükellefe herhangi bir faiz ödemesi yapılmayacaktır⁶⁶. Bu süre geçtiği halde iade yapılmadığında faiz ödenmesi gündeme gelmektedir.

Bu hükme göre, verginin tahsil edildiği tarihten üç aylık sürenin dolduğu tarihe kadar geçen süre için faiz ödemesi yapılmayacaktır. Aynı şekilde düzeltme fişinin tebliği tarihinden verginin mükellefe ödendiği tarihe kadar geçen süre için de herhangi bir faiz ödemesi söz konusu olamayacaktır⁶⁷. Üstelik VUK'un 120/2. maddesinde yer alan bir yıllık hak düşürücü süre de işlemeye başlayacaktır⁶⁸. Bu bakımdan mükellefe ödenmesi öngörülen faizin ödenme sebebinin verginin fazla

⁶⁴ GÜNEŞ Gülsen, *Verginin Yasallığı İlkesi*, Alfa basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1998, s. 134.

⁶⁵ CANDAN, s. 193; SONSUZUOĞLU, s. 104; BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 96.

⁶⁶ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 96; CANDAN, s. 193; "Mükellef aleyhine, devlet lehine, izahı kabil olmayacak şekilde müphem bir bilgi/belge toplama zamanı ile müteakip üç aylık bir zaman dilimi, faizsiz dönem olarak düzenlenmektedir". ERMUMCU, s. 154.

⁶⁷ CANDAN, s. 193.

⁶⁸ SONSUZUOĞLU, s. 104; VUK'un 120/2. maddesinin son iki cümlesi: "Düzeltilme fişinin bir nüshası, reddedilecek miktarla müracaat edeceği muhasebe ve müracaat süresi zikredilmek suretiyle mükellefe tebliğ edilir. Mükellef tebliğ tarihinden başlayarak bir yıl içinde parasını geri almak üzere müracaat etmediği takdirde hakkı sakıt olur".

veya yersiz tahsil edilmesi olmadığı⁶⁹, iadedeki gecikme sebebiyle faiz ödendiği, haklı olarak vurgulanmaktadır⁷⁰.

Bu düzenleme çerçevesinde yanlışlıkla fazla ödenen vergilerin iadesinde faiz hesaplanma süresinin VUK'un 112/4. maddesinde belirtilen sürelerden farklı şekilde belirlenmesi gerektiği doktrinde haklı olarak ileri sürülmektedir⁷¹. Bu bakımdan VUK'un 112/4. maddesindeki düzenlemenin mükellef hakları açısından olumlu bir başlangıç olsa da, mükellefin uğradığı zararın çok azını telafi edebilecek nitelikte olduğu, haklı olarak ifade edilmektedir⁷².

5. Mükellefe iade edilecek vergilere tecil faizi oranında faiz uygulanması:

Verginin iadesi halinde mükellefe ödenecek faizin oranı, tecil faizi ile ilişkilendirilmiştir. Buna göre mükellefe tecil faizi oranında faiz ödenecektir. Tecil faizi AATUHK'un 48. maddesinde düzenlenmiştir⁷³.

⁶⁹ CANDAN, s. 193; "Mükellefe iade edilen vergiler için, idarenin verdiği faiz sadece, belgelerin tamamlanmasından sonraki üç ayın doluşu ile başlamakta olup, mükelleften haksız yere tahsil edildikleri günden, iade gününe kadar gecikilen zaman birimini kapsamamaktadır". SONSUZUOĞLU, s. 104-105.

⁷⁰ CANDAN, s. 193; BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 96; ÜREL, s. 227; BOZDOĞAN Mine Nur, "Mülkiyet Hakkına Haksız Bir Müdahale, İptali ve Yeni Hukuki Zemin: Fazla veya Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Süre Sorunu", *Maliye Dergisi*, S. 162, Ocak - Haziran 2012, s. 222.

⁷¹ ERMUMCU, s. 151.

⁷² SONSUZUOĞLU, s. 102; BAYAR, S. 311; "Zira, haksız yere alınan bir vergi, bir yıl önce de, beş yıl önce de zamanaşımı süresi dolmadan önce, örneğin düzeltme isteği kabul edilerek iade edilebilecektir. Bu durumda, mükellefin belgeleri teslim tarihini izleyen, üç aylık sürenin geçmesi halinde, vergi iade edilmezse, faiz bu sürenin dolmasıyla, yani, bu süreden sonra işlemeye başlayacaktır. Vergi dört yıl önce ödenmiş olup, hata 4. yıl dolduğunda fark edilip, düzeltme istemi kabul edilirse, gerekli belgelerin verilmesinden sonraki üç ayın doluşu ile faiz işlemeye başlayacaktır. Bu süre, dört buçuk yıl önce yersiz olarak tahsil edilmiş vergi için, faizin işlemeye başlayacağı süredir. Bundan itibaren iki ay sonra iade yapılmış olursa, iki aylık kısa bir süre için faiz yürütülmüş olacaktır. Halbuki, mükellefin alacaklı olduğu tutar, dört buçuk yıllık bir aşınmaya maruz kalmıştır. Yersiz tahsilatın tespiti ve gerekli belgelerin teslimi, belki de, yersiz olarak idarenin tahsil ettiği süreden yıllar sonra olmaktadır. Fakat, gerekli belgelerin tesliminden üç ay sonra iade yapılmaması halinde faiz işletilmektedir". SONSUZUOĞLU, s. 108.

⁷³ AATUHK md. 48: "Amme borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veyahut haczedilmiş malların paraya çevrilmesi amme borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazılı ile istenmiş ve teminat gösterilmiş olmak şartıyla alacaklı amme idaresince veya yetkili kılacağı makamlarca; amme alacağı 36 ayı geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olunabilir".

Seri C, 2 sıra numara Tahsilat Genel Tebliği⁷⁴ ile tecil faizinin oranı yıllık % 12 olarak belirlenmiştir. Tecil müessesesine hem devlet hazinesinin hem de mükellefin korunması amacıyla yer verildiği doktrinde belirtilmektedir. Buna göre alınan tecil faizi de asıl borcun ertelenmesi dolayısıyla, borçlunun devlete ait bir parayı kullanması karşılığında devlete ödemek zorunda kaldığı, asıl borca eklenen ferî nitelikte bir malî yüküdür⁷⁵.

Tecil durumunda, mükellefle idare arasında bir uzlaşma halinin bulunduğu Plan ve Bütçe Komisyonu'nda Maliye Bakanı tarafından açıklandığı ifade edilmektedir⁷⁶. Ancak mükellefe faiz ödenmesi halinde, mükellefle idare arasında verginin geç iadesi hususunda anlaşma bulunmadığı, burada sadece iadesi gereken vergilerin, iade edileceği noktasında bir anlaşmadan bahsedilebileceği ileri sürülmektedir⁷⁷. Bu itibarla, mükellefe iade edilecek vergilerde gecikme faizi yerine tecil faizi uygulamasının tatminkâr bir dayanağının olmadığı söylenebilir.

Devletin kendi alacağı için gecikme faizi uygulamasına karşın mükellefe iade edeceği vergilerde daha düşük oranlı olan tecil faizi uygulamasının mükellef aleyhine bir durum olmakla birlikte, arada adil bir denge olduğu da ifade edilmektedir⁷⁸. Buna göre idare zor durumdaki mükellefler için belirlediği düşük oranlı tecil faizini, kendisi temerrüde düşünce de uygulamaktadır. Mükellefe tecil faizi uygulanmasını haklı bulan başka bir görüşte de gecikme faizinin niteliği üzerinde durulmaktadır. Buna göre gecikme faizi mükellef tarafından verginin geç tahakkuk ettirilmesine yol açması sebebiyle olmaktadır. Dolayısıyla gecikme faizinin bünyesinde geç tahakkukun cezalandırılmasına yönelik bir unsur da bulunmaktadır⁷⁹. Dolayısıyla bu görüşe göre, mükellefe alacağı iade edilirken tecil faizi oranında faiz uygulanması - içinde gecikme faizi gibi cezaî bir unsur taşımadığı için - kabul edilebilir bir durumdur. Ancak mükellefin alacağının enflasyon sebe-

⁷⁴ RG. 21.10.2010, S. 27736.

⁷⁵ SONSUZOĞLU, s. 50.

⁷⁶ Bu konuda bkz. SONSUZOĞLU, s. 105, dn. 182.

⁷⁷ SONSUZOĞLU, s. 105.

⁷⁸ ERMUMCU, s. 155.

⁷⁹ AY Hakan, "Anaya Mahkemesi'nin İptal Kararı; "İade Edilen Vergiler Üzerinden Hesaplanan Faizin Hesaplanma Süresi Anayasa'ya Aykırıdır"", *Vergi Dünyası*, S. 358, Haziran 2011, s. 46.

biyle uğrayacağı değer kaybının tecil faizinin çok üzerinde olabileceği ve tecil faizinin gerçek zararı karşılamaya hizmet edemeyeceği de göz ardı edilmemelidir⁸⁰.

Mükellefe faiz ödenmesine ilişkin düzenleme mükellef hukukunun gözetilmesi amacı ile yapılmışsa, borca da alacağa da aynı oranda faiz uygulanmasının gerektiği belirtilmektedir⁸¹. Bununla aynı yöndeki diğer bir görüşte de, maddedeki şartların gerçekleşmesindeki adaletsizliklerin yanı sıra, oranlar bakımından da eşitliğe aykırılık bulunduğu haklı olarak vurgulanmaktadır. Buna göre mükellef devlete hangi şartlarda ve hangi oranlarda ödüyorsa, devlet de mükellefe aynı oranda faiz ödemelidir. Dolayısıyla bu madde anayasa ve hukuka aykırıdır⁸².

C. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI ÖNCESİNDE, YARGI KARARI GEREĞİNCE İADE HALİNDE FAİZ UYGULANMASI

Vergi yargısı kararıyla iptal edilen ve iadesi gereken vergilere faiz ödenip ödenmeyeceği konusu büyük önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesi dönemde, uygulamada ortaya çıkan sıkıntılar ve görüş ayrılıkları da bu noktadan kaynaklanmaktadır.

VUK'un 112/4. maddesinde yer alan fazla ve yersiz alınan vergilerin "120. madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte" mükellefe ödeneceği hükmü, mahkeme kararı gereğince iade edilecek vergileri kapsamadığı sonucunu doğurmaktadır⁸³. Bu düzenlemenin yargı kararı ile verginin iadesinde yeterli netliğe sahip olmadığı⁸⁴, bu yüzden uygulamadaki tereddüt ve ihtilafların bu konuda meydana geldiği ifade edilmektedir⁸⁵. Zaten konu Anayasa Mahkemesi'nin önüne bu gerekçeden dolayı getirilmiştir.

⁸⁰ ERMUMCU, s. 155.

⁸¹ SONSUZOĞLU, s. 105.

⁸² ÜZELTÜRK Hakan, "Vergilerin Kanuniliği - Kanunların Meşruluğu: Yüzyılların Serüveni", *Kriz Ortamında Vergi Politikalarının Değerlendirilmesi*, 25. Türkiye Maliye Sempozyumu, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2011, s. 135-136.

⁸³ ERMUMCU, s. 152, 157.

⁸⁴ BAYAR, s. 311.

⁸⁵ ERMUMCU, s. 152.

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun⁸⁶ 28/1. maddesinde "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiç bir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez*", hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin beşinci fıkrasında "*Vergi uyumsuzluklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe*" bildirileceği hükme bağlandıktan sonra, altıncı fıkrasında "*Tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanuni gecikme faizi ödenir*" hükmüne yer verilmiştir. Bu fıkra da mahkeme kararının geç infazı dolayısıyla, kararın tebliğinden sonraki kısım için kanunî gecikme faizi ödeneceği düzenlenmiştir. İşte, yargı kararı dolayısıyla iade edilecek vergilerde faiz ödenmesinin, esas itibarıyla bu hükme göre yapılacağı kabul edilmektedir.

Yargı kararına göre iadesi gereken vergiler, genellikle ihtirazî kayıtlarla verilen beyannameler üzerine ödenen vergilerden kaynaklanmaktadır. Çünkü beyana dayanan vergiler, tahakkuk fişi ile tarh ve tahakkuk ettirildiklerinden (VUK. md. 25), mükellefler kural olarak kendi beyanları üzerine tarh ettirilen vergilere karşı dava açamazlar (VUK. md. 378/2). Beyana karşı dava açılacak durumlardan birisini ihtirazî kayıtlarla verilen beyanlar oluşturmaktadır. Ancak bu halde de dava açılınca yürütme kendiliğinden durmamaktadır (İYUK. md. 27/3). İşte mükellefler beyan üzerine tarhedilen vergilere karşı dava açıp kazandıklarında daha önce ödedikleri vergiler kendilerine iade edilecektir.

İkmalen ya da re'sen tarhta dava açılınca yürütme kendiliğinden durmakta ise de, mükellefler davayı kaybetme ihtimallerine karşı söz konusu vergileri davanın devamı sırasında ödeyebilir (VUK. md. 112/3)⁸⁷. İkmalen, re'sen veya idarece tarha rağmen verginin ödenip

⁸⁶ 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu, RG. 20.01.1982, S. 17580.

⁸⁷ VUK. md. 112/3: "... Ayrıca ikmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhiyatlarda: ... b) Dava konusu yapılan vergilerin ödeme yapılmamış kısmına, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren yargı organı kararının tebliğ tarihine kadar; geçen süreler için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanır... Dava açılması nedeniyle

dava açılması ve davanın kazanılması halinde, ödenmiş olan vergi mükellefe iade edilecektir. Ancak bu durumda paranın dava süresince Hazine tarafından faizsiz olarak kullanılacağı belirtilerek, bu kuralın mükellef haklarını ihlâl ettiği ileri sürülmektedir⁸⁸.

İlk derece vergi mahkemesinin red kararı üzerine verginin ödenmesi, fakat temyiz süreci sonunda mükellef lehine karar verilmesi durumunda da ödenen verginin iadesi söz konusu olacaktır⁸⁹.

Bütün bu sayılan ihtimallerde, yargı kararı uyarınca mükellefin daha önce ödemediği vergi kendisine iade edilecek olsa da, VUK'un 112/4. maddesi, tahsilâtın yargı kararına kadar geçen süreler için devletin faiz ödemesine ilişkin bir düzenleme içermemektedir⁹⁰. Hatta madde metninde geçen "fazla veya yersiz olarak tahsil edilen" ibaresinin bütün hukuka aykırı tahsilâtları kapsadığı kabul edilse dahi, madde hükmünden bir sonuç elde edilemeyeceği doktrinde vurgulanmaktadır. Buna göre VUK'un 112/4. maddesindeki hüküm, "iade faizinin, hukuka aykırı tahsilâtın dolayısıyla değil, iade talebine dayalı işlemlerin hızlı bir biçimde cereyanını sağlamak üzere işlem gecikmesinden dolayı ödenmesini öngörmektedir"⁹¹. Sadece mahkeme kararının tebliğinden sonrası için faiz ödenmesi düzenlenmiş bulunmaktadır⁹². Dolayısıyla bu madde ile korunmaya çalışılan menfaat, vergi aslının zamanında ödenmemesine ilişkin bir menfaattir. Verginin dava sürecinde kaybetildiği değere ilişkin bir telafi mekanizmasını içermemektedir⁹³.

Yargı kararı uyarınca iadesi gereken vergilerde İYUK'un 28. maddesi hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaktadır. Buna göre vergilerin mahkeme kararının tebliğinden itibaren en geç 30 gün içinde iadesi gerekmektedir. 30 günlük sürede içinde iade gerçekleşmediği takdirde idare yargı kararlarını geç yerine getirmesinden dolayı

tahsili duran vergi ve cezalar mükellef tarafından istenildiği takdirde davanın devamı sırasında da kısmen veya tamamen ödenebilir".

⁸⁸ Bkz. DOĞRUSÖZ A. Bumin, "Gecikme Faizinden Kurtulmak", *Dünya Gazetesi*, 28.08.2006.

⁸⁹ AY, s. 47.

⁹⁰ YALTI, s. 5; AY, s. 48; ÜREL, s. 229.

⁹¹ YALTI, s. 5.

⁹² "Oysa tahsilatla mahkeme kararı arasında yıllar geçmiş olabilir. Tahsil edilen paranın satın alma gücü eridiği gibi, işletilemeyen paradan mahrum kalınan kazanç da vardır. Ancak Yasa bu kayıpları gidermemektedir". ERMUMCU, s. 152.

⁹³ BAYAR, s. 312.

faiz ödemek durumunda kalmaktadır⁹⁴. VUK'un 112/4. maddesinde tecil faizi oranında faizle iadeden bahsedilirken, yargı kararlarının yerine getirilmemesi halinde kanunî faiz uygulanacaktır. Bu durumda mükellefe VUK'un 112/4. maddesi hükmünün değil, İYUK'un 28/6. maddesi hükmünün uygulanması söz konusu olduğu için, mükellef bakımından daha avantajlı olan kanunî faizin uygulanacağı vurgulanmaktadır⁹⁵.

Yargı kararları uyarınca iade edilen vergilerde, VUK'un 112/4. maddesi uygulama alanı bulamamaktadır. Bu durumda sadece genel hüküm olan İYUK'un 28. maddesi uyarınca yargı kararlarının infazının gecikme haliyle sınırlı olarak faiz uygulaması gündeme gelebilmektedir. Buradaki faiz oranı kanunî faiz olsa da, haksız tahsilâtın gerçekleştiği tarihten itibaren meydana gelen kayıpları karşılamadığı için aynen VUK'un 112/4. maddesi gibi zararları telafide yetersiz kalmaktadır. Bu itibarla doktrinde bu düzenlemenin mükellef haklarını yeterince korumadığı ifade edilmekte ve bu maddenin yeniden düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁶.

Verginin geç tahakkukuna yol açan mükelleflerden gecikme faizi alınırken, hukuka aykırı tahsil edilen vergilerin yargı kararı sonunda ödenmesinde mükellef aleyhine dengenin bozulduğu ifade edilmektedir. Buna göre, bu durum adalet duygusunu rencide ettiği gibi, bu şekildeki haksız bir muamelenin vergi kaçırma konusunda mükellefe gerekçe oluşturabileceği de ileri sürülmektedir⁹⁷.

Devletle mükellef arasındaki menfaat dengesinin sağlanabilmesi için, davayı kaybettiğinde gecikme faizine muhatap kalan mükellefe, hüküm lehinde çıktığında ödediği vergileri gecikme faizi ile iade etmek gerekir⁹⁸.

⁹⁴ AY, s. 48; BAYAR, s. 311.

⁹⁵ SONSUZOĞLU, s. 105.

⁹⁶ "Bu düzenleme, mükellef hakkını yeterince koruyamamaktadır. Bu nedenle yasal bir düzenleme yapılarak, mükellef lehine bir başlangıç sayılabilecek olan İYUK. M. 28/6 da yer alan düzenlemenin, biraz daha mükellef lehine olacak şekilde yeniden yapılandırılması ile, bu haksızlık giderilmelidir. Yeniden yapılacak olan düzenlemede, peşin alınmış olan vergilerin iadesinde, tahsil edildiği tarihle, iade edildiği tarih arasında geçen süre için faiz işletilmesine ilişkin hükümlerin bulunması, mükellef açısından daha adil olacaktır". SONSUZOĞLU, s. 66.

⁹⁷ ÜZELTÜRK, s. 134.

⁹⁸ "Anayasaya uygunluğunu böylece belirlediğimiz gecikme faizi ile kurulmağa çalışılan

IV. VERGİ YARGISININ MÜKELLEFE İADEDE FAİZ ÖDENMESİNE YÖNELİK YAKLAŞIMI

Vergi yargısının mükellefe iade edilecek vergilerde faiz ödenmesine ilişkin yaklaşımını temelde iki dönemde ele almak mümkündür. İlk olarak, mükellefe iade edilecek vergilere faiz ödenmesine ilişkin hükmün yürürlüğe girdiği 1999 yılından önceki dönem incelenmelidir. 1986 ile 1999 yılları arasında bu konuda verilen kararlar bulunmaktadır. İkinci olarak ise, mükellefe faiz ödenmesine ilişkin hükmün yürürlüğe girdiği 1999 yılından sonraki dönem ele alınmalıdır. Bu dönemde ise temel sorun, bir önceki başlıkta da üzerinde durulduğu üzere, yargı kararı uyarınca mükellefe iade edilecek vergilerde, VUK'un 112/4. maddesi hükmüne rağmen, faiz ödenip ödenemeyeceğine ilişkindir.

A. 1999 YILINDAN ÖNCEKİ DÖNEMDE VERGİ YARGISININ YAKLAŞIMI

1999 yılından yani mükellefe iade edilecek vergilerde faiz ödenmesine ilişkin olan VUK'un 112/4. maddesinin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, devletin gecikme halinde gecikme faizi alırken mükellefe iadesi gereken vergilerde faiz ödememesi hususu vergi yargısının da önüne gelmiştir. Bu dönemde açılan davaların da hemen hemen hepsi yargı kararları uyarınca iadesi gereken vergilere faiz işletilmesine ilişkindir. Ancak bu dönemde iadede faiz ödenmesi talepleri reddedilmektedir.

çıklarlar dengesinde bir noktanın eksik bırakıldığını yukarıda ifade etmiştik: Açılan davayı kaybetmesi sonucu vergi aslı ile birlikte gecikme faizi ödeyen yükümlüye, daha sonra hüküm lehine kesinleştiği takdirde, tahakkuk aşamasında ödemediği verginin ve gecikme faizinin iadesi gerekir. Bu durumda sakatlığı kesin olarak saptanmış bulunan bir işlem nedeniyle, yükümlü malvarlığından hazineye haksız bir aktarma söz konusudur. Başka bir anlatımla, hazine bakımından yükümlü açısından sadece haksız olarak malvarlığından çıkan miktarın (vergi borcu aslı ve gecikme zammı) iadesi ile yetinilmemeli, vergi alacaklarının gözetilmesine paralel bir şekilde, vergi borçlusunun ekonomik kaybını gidermek üzere hazinece ona faiz ödenmelidir. Sebepsiz zenginleşme miktarı vergi aslını olduğu kadar, ödenmiş gecikme faizini de kapsadığından, yükümlüye tazminat olarak faiz verilmesi, sebepsiz zenginleşme bakımından ortaya çıkan bir zorunluluk olup, burada gecikme faizi vesilesiyle faize faiz işletilmesi gibi bir mekanizma hiçbir veçhile söz konusu olmaz. Önerilen şekilde bir tazminat öngörüldüğü takdirde çıkarlar dengesi tam olarak kurulur". KUMRULU, s. 249.

1997 yılında Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nca verilen bir kararda faizin ancak bir sözleşme ya da kanun hükmüne dayanılarak talep edileceği belirtilmiş ve bir kanunî düzenleme bulunmadıkça faize hükmedilemeyeceğine karar verilmiştir: *"Niteliği gereği faiz ancak sözleşme ya da bir yasa hükmüne dayanılarak talep edilebileceğinden, vergi alacağının kanunsuzluğundan bahisle dava açılması ve davanın kabul edilmesi durumunda kanuni faiz talebi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28 inci maddesinin son fıkrasına göre mahkeme kararının geç infaz edilmesi halinde mümkün olup, bir verginin hukuka aykırı olarak tahsili nedeniyle, tahsil tarihinden itibaren yükümlüler lehine yasal faiz işleyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığından yasal faiz yönünden bozma hükmüne uyulmaksızın verilen ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir"*⁹⁹.

Vergi Dava Daireleri Kurulu 2001 yılında verdiği bir kararda da, yargı kararı uyarınca iade edilecek vergilerde, aynı gerekçeye dayanarak kanunî faiz talebinin reddini hukuka aykırı bulmamıştır¹⁰⁰.

⁹⁹ Bu olayda, kararında ısrar eden Ankara 1. Vergi Mahkemesi, mükellefe faiz verilmemesinin eşitliğe aykırı olduğunu haklı olarak vurgulamıştır: *"İdare hukukunda, hizmetin yürütülmesi ve süreklilik kazanması açısından yönetime bir takım üstün yetkiler verilebileceği, oysa yargıda, taraflardan biri yönetim dahi olsa sözü edilen yetkilerin, yerini eşitlik ilkesine bırakacağı ve yargılama sırasında tarafların istemlerinin bu ilkeye uygun olarak karşılanacağı, bu bakımdan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112 nci maddesinde olduğu gibi davanın taraflarından birine gecikme faizi alma ayrıcalığı tanınırken, diğer tarafın "kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığı" gerekçesiyle bu haktan yoksun bırakılmasının hakkaniyete uygun olmadığı, Danıştay Dokuzuncu Dairesinin yasal faiz yönündeki gerekçesinin genel hukuk kuralları, eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle yasal faiz yönünden ilk kararında direnmiştir"*. Bkz. DVDDGK, 06.03.1997 gün ve E. 1995/283, K. 1997/138, <http://www.danistay.gov.tr>.

¹⁰⁰ DVDDGK, 07.12.2001 gün ve E. 2001/451, K. 2001/460, <http://www.danistay.gov.tr>. Ancak aynı kararda bir karşıoyda, zararların tazminat yoluyla giderilmesi için açık bir kanunî düzenlemeye gerek bulunmadığı belirtilmekte, ayrıca idarenin kusurunun açık bulunduğundan bahisle iadede faiz ödenmesi gerektiği vurgulanmaktadır: *"İdari Rejimi" kabul eden hukuk sistemlerinde idarenin hukuka aykırı davranışlarından dolayı idare edilenlerin uğrayacakları bu tür zararların tazminat yoluyla giderilmesi, Hukuk Devleti İlkesinin zorunlu gereğidir. Bunun için ayrıca bir yasal düzenlemeye ihtiyaç yoktur. İdari Yargının varlık nedenlerinden biri, idare edilenlerin idari işlem ve eylemlerden doğan zararlarını kendi iradeleriyle gidermeyen idari birimler aleyhine açılacak tazminat davalarının çözüme kavuşturulmasıdır... Bu açıklamalar karşısında; davada, hukuka aykırılığı yargı kararıyla sabit bulunan vergi tahsilatı dolayısıyla aksi yolda verilen davalı idarelerin kusuru açık bulunduğundan; ilk derece mahkemesi kararında, İdari Yargılama Usulü ilkelerine uyarlık görme olanağı yoktur. Bu nedenle, davacı isteminin kabulü ile Daire kararının faize ilişkin hüküm fıkrasının bozulması gerektiği oyu ile çoğunluk kararının bu kısmına katılmıyoruz"*.

Diğer kararlarda da hep kanunda hüküm bulunmadığı için faize hükmedilemeyeceği vurgulanmaktadır¹⁰¹.

B. 1999 YILINDAN SONRAKİ DÖNEMDE VERGİ YARGISININ YAKLAŞIMI

Bu dönemde vergi yargısına taşınan husus, asıl tartışma konusunu teşkil eden yargı kararı uyarınca geri verilecek vergilere faiz uygulanıp uygulanamayacağına ilişkindir. Mükellefler kendilerine iade edilecek vergileri işleyecek faiziyle birlikte talep etmektedir. Aşağıda ele alınacağı üzere, bu dönemde vergi yargısında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Hâkimler birbirinden çok farklı kararlara imza atmaktadır.

Bu dönemde temelde iki tür karar verilmektedir. İlki, yargı kararı uyarınca iade edilen vergilere faiz ödenmesine ilişkin olarak kanunda bir hüküm bulunmadığından faiz ödenmesinin mümkün olmadığıdır. İkinci olarak ise faizin niteliğinden hareket edilmekte ve faizin tazmin maksadının bulunduğu dolayısıyla yargı kararıyla iade edilecek vergilerde de mükellefe faiz ödeneceğidir. Ancak mükellefe iadede faiz ödenmesine dair kararların kendi içinde de bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bu kararların bazısında gecikme faizinin, bazısında da kanunî faizin uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

1) Yargı kararı uyarınca iadesi gereken vergilerde (mükellefin davayı kazanması halinde daha önce ödemiş bulunduğu verginin kendisine iadesinde), mahkemelerce verilen kararların ilk grubu, kanunda bu durum için faiz ödenmesinin düzenlenmediği gerekçesine dayanmaktadır. Bu durumda mahkemelerin sadece “yasa ekranının öni” ne

¹⁰¹ “213 sayılı Vergi Usul Kanununda fazladan tahsil olunan verginin kanuni faizi ile birlikte iadesini öngören bir hükme yer verilmediğinden davacı bankanın ihtirazi kayıtlı ödediği damga vergisi ve gecikme faizinin yasal faizi ile birlikte iadesi talebinin yerinde görülmediği...”. DŞ.9.D. 22.05.1996 gün ve E. 1996/519, K. 1996/1886, <http://www.danistay.gov.tr>; “Vergi Usul Kanununun hiç bir maddesinde fazla tahsil olunan verginin kanuni faizi ile birlikte iadesini öngören bir hükme yer verilmediği, diğer taraftan davalı idareye bağlı Vergi Dairesi Müdürlüğüne tarihyatın kısmen terkinine ilişkin kararın 14.12.1990 tarihinde tebliği üzerine 8.1.1991 tarihinde düzenlenen düzeltme fişine dayanılarak, 2577 sayılı Kanunun 28.maddesinde yazılı 60 günlük süre içinde fazla vergi, gecikme faizi ve gecikme zamlarının terkinini ile davacıya iadesi yolunda işlem tesis edildiğinin anlaşıldığı...”. DŞ.3.D. 14.12.1993 gün ve E. 1992/1866, K. 1993/3667, <http://www.danistay.gov.tr>; “Olay tarihi ve geri ödemenin yapıldığı tarih olan 30.6.1997’ de tazminat ve yasal faize ilişkin bir düzenlemenin de bulunmadığı...”, DŞ.4.D. 24.02.2003 gün ve E. 2002/3283, K. 2003/514, <http://www.danistay.gov.tr>.

baktıkları ve şeklen değerlendirmede buldukları ifade edilmektedir¹⁰². Bu yöndeki bir Danıştay kararında da kanunda hüküm bulunmadığı belirtilmekte, ayrıca söz konusu kaybın yargılama sürecinde meydana geldiği için idareye atfedilecek kusur bulunmadığı vurgulanmaktadır¹⁰³.

İhtirazî kayıtla verilen kurumlar vergisi beyannamesi üzerinden tarh edilen vergiye karşı açılan davada İzmir 2. Vergi Mahkemesi olaya değişik bir açıdan yaklaşarak farklı bir karar vermiştir. Bu mahkeme tarhiyatı iptal ederken mükellefin ödediği vergileri VUK'un 112/4. maddesine adeta kıyaslayarak, mükellefin ödemede bulunduğu tarihi, mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarih olarak kabul etmiştir¹⁰⁴. Dosyayı temyizen inceleyen Danıştay 3. Dairesi ise, VUK'un 112/4. Maddesinin, ihtirazî kayıtla verilen beyannameler üzerinden tarh edilen vergilerin dava konusu edilen kısmının mahkemece iadesine karar verilmesi halinde uygulanmasının imkânsız olduğuna hükmetmiştir¹⁰⁵. Ancak bu karar sonrası ilk derece mahkemesinin kararında ısrar etmesi¹⁰⁶ üzerine dosya Danıştay

¹⁰² Bkz. YALTI, s. 5.

¹⁰³ Dş.4.D. 24.02.2003 gün ve E. 2002/3283, K. 2003/514, <http://www.danistay.gov.tr>.

¹⁰⁴ "Davacıdan fazla ve yersiz olarak tahsil edilen vergiye 213 sayılı Yasanın 112'nci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre ödeme tarihini takip eden üç aylık sürenin sonundan başlamak üzere düzeltme fişinin tebliğ edildiği tarihe kadar yasal faiz işletilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, tahakkukun davaya konu edilen kısmını kaldırarak, ödeme tarihini takip eden üç aylık sürenin sonundan başlamak üzere düzeltme fişinin tebliğ edildiği tarihe kadar işleyecek yasal faiziyle birlikte ret ve iadesine karar veren İzmir 2.Vergi Mahkemesinin 11.3.2004 gün ve E:2003/499, K:2004/158 sayılı kararı...", Bkz. Dş.3.D. 03.02.2005 gün ve E. 2004/912, K. 2005/295, <http://www.danistay.gov.tr>.

¹⁰⁵ "Vergi mahkemesi kararları üzerine idarelerce yapılacak eylem ve tesis edilecek işlemler ile kararların uygulanmaması halinde izlenecek yolların kurala bağlandığı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28'inci maddesinden farklı bir konuyu düzenleyen, dolayısıyla mahkeme kararları üzerine idarelerce yapılacak vergi iadesi ve faiz uygulamalarıyla bir ilgisi de bulunmayan 213 sayılı Yasanın 112'nci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre mükelleflere faiz ödenmesi haksızlığı veya yersizliği ilgililerce belgelenmesi nedeniyle iade edilen vergilere uygulanabileceğinden, davacının, ihtirazi kayıtla verdiği beyanname üzerinden adına tahakkuk eden vergilerin dava konusu yapılan kısmının mahkemece iadesine karar verilmesi halinde uygulanması olanaksız olduğundan, faiz istemini, sözü edilen düzenleme kapsamında görerek yazılı gerekçeyle sonuçlandıran vergi mahkemesi kararının bu konudaki hüküm fıkrasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır". Dş.3.D. 03.02.2005 gün ve E. 2004/912, K. 2005/295, <http://www.danistay.gov.tr>.

¹⁰⁶ "Bozma kararına uymayan İzmir 2.Vergi Mahkemesi 23.2.2006 günlü ve E:2006/158, K:2006/150 sayılı kararıyla... idarenin hizmet kusurunun bulunduğu, ödenecek maddi tazminat miktarının da hukuka aykırı olarak tahsil edilen verginin Devlet Hazinesinde kaldığı süre için üç aylık süreye isabet eden kısım hariç olmak üzere ödenmesi gerekti-

Vergi Dava Daireleri Kurulu'na gelmiştir. Kurul, 2007 yılında verdiği kararda yargı kararları uyarınca iadede mükellefe faiz verilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu karar, bu konuyla ilgili tespit edilen son genel kurul kararıdır. Bu karardan yaklaşık üç ay önce verilen 2006/287 karar numaralı genel kurul kararında ise VUK'un 112/4. maddesi hükmüne göre faiz ödeneceğine hükmedilmiştir¹⁰⁷.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, VUK'un 112/4. maddesindeki hükmün yargı kararları uyarınca iadesi gereken vergilerle ilgili olmadığını vurgulamıştır: *"Bu düzenlemeyi içeren tasarrufların Plan ve Bütçe Komisyonu ile TBMM Genel Kuruluna sunulduğu sırada da, düzenlemenin mahkeme kararları üzerine yapılacak iadelerle bir irtibatının bulunmadığı, kesinleşen mahkeme kararları üzerine idarelerce yapılacak vergi iadelerine ilişkin usul ve esasların 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yer aldığı ve uygulamanın bu Yasaya göre yapılmakta olduğu belirtilmiştir. Vergi mahkemesi kararları üzerine idarelerce yapılacak eylem ve tesis edilecek işlemler ile kararların uygulanmaması halinde izlenecek yolların kurala bağlandığı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28 inci maddesinden farklı bir konuyu düzenleyen, dolayısıyla mahkeme kararları üzerine idarelerce yapılacak vergi iadesi ve faiz uygulamalarıyla bir ilgisi de bulunmayan, 213 sayılı Yasanın 112 nci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre mükelleflere faiz ödenmesi, ilgililerce belgelenmesi şartıyla haksızlığın veya yersizliğin açık olması nedeniyle iade edilen vergiler nedeniyle mümkün olup, davacının ihtirazi kayıtla verdiği beyanname üzerinden adına tahakkuk ettirilen vergilerin dava konusu edilen kısmının hukuka uygunluğu incelenerek mahkemeye iadesine karar verilmesi halinde bu hükme göre faiz ödenmesi olanaksızdır. Davacının faiz istemini anılan düzenleme kapsamında değerlendirerek 213 sayılı Yasanın 112 nci maddesinin 4 üncü fıkrası uyarınca faiz ödenmesi yönünde verilen ısrar kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır"*¹⁰⁸.

Bu kararda iki tane karşı oy bulunmaktadır. Bu karşı oylardan birinde, faiz verilmesinin icap ettiği ifade edilmiş ve hükmedilecek faizin, kanunî faiz oranında olması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁹. Diğer

*ğ*i gerekçesiyle faiz ödenmesine ilişkin hüküm fıkrasında ısrar etmiştir". DVDDGK, 26.01.2007 gün ve E. 2006/182, K. 2007/3, *Danıştay Dergisi*, 2007, S. 116, s. 81.

¹⁰⁷ Bu karara aşağıda değinilecektir.

¹⁰⁸ DVDDK, 26.01.2007 gün ve E. 2006/182, K. 2007/3, *Danıştay Dergisi*, 2007, S. 116, s. 82.

¹⁰⁹ "Dava dilekçesinde yasal faiz talebinde bulunulmuş olup, faiz istemi 213 sayılı Kanunun

karşı oyda ise ayrıntılı bir şekilde faizin tazminat niteliğinde olduğu ve hukuk devletinde uğranılan zararların tazminin gerektiği ifade edilmiştir. Verginin geç tahakkukundaki zararın haksız tahsil halinde de aynen vergi mükellefi içinde geçerli olduğu belirtilmiş ve adil denge bakımından hükmedilecek faizin, verginin devlet hazinesinde kaldığı süre için ve gecikme faizi oranında olması gerektiği vurgulanmıştır¹¹⁰.

Bu karardan sonra bir başka davada, Danıştay 3. Dairesi “Danıştay veya vergi mahkemeleri tarafından yükümlülere iadesine karar verilen vergilere, yükümlü lehine kanunî faiz uygulanmasını öngören bir düzenleme, gerek vergi kanunlarında gerekse 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yer almamaktadır” gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararının faize ilişkin kısmını bozmuştur¹¹¹.

112 nci maddesinin 4 üncü fıkrasına dayandırılmadığından, vergi mahkemesince faiz istemi hakkında davanın açıldığı tarih ve 3095 sayılı Kanunla düzenlenmiş olan yasal faiz esas alınmak suretiyle karar verilmesi gerekirken, 213 sayılı Kanunun 112 nci maddesinin 4 üncü fıkrası uyarınca ve ödeme tarihini izleyen üçüncü ayın sonundan itibaren düzeltme fişinin tebliğ tarihine kadar olan dönem için faiz isteminin kabulüne karar verilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığından, ısrar kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiği oyuyla karara katılmıyorum”. DVDDK, 26.01.2007 gün ve E. 2006/182, K. 2007/3, Karşıoy, Danıştay Dergisi, 2007, S. 116, s. 82.

110 “Olayda; davacının ihtirazi kaydı, davalı vergi idaresince, hukuka aykırı biçimde kabul edilmemiştir. Bu şekilde yapılan tahakkukun kanuna aykırılığı, temyize konu kararın vergi aslına ilişkin hüküm fıkrasıyla kesinlik kazanmış bulunmaktadır. Vergi İdaresince bu şekilde gerçekleştirilen hukuka aykırılık, yukarıda açıklandığı üzere bir hizmet kusurudur. Vergi alanında asıl olanın, kamu hizmetlerinin finansmanını sağlayan verginin zamanında tahsili olması nedeniyle, ihtirazi kayıtlı verilen beyannameye dayanılarak tahakkuk ettirilen verginin davacı tarafından herhangi bir zorlamaya maruz kalınmaksızın ödenmiş olması da, bu kusuru kaldırıcı nitelikte değildir. Dolayısıyla; davalı İdarenin, hukuka aykırı vergilendirme işlemiyle davacıya vermiş olduğu maddi zararı karşılaması zorunludur... Gecikme faizinin ilgili dönemlerde miktarını belirleyen zarar, hukuka aykırı olarak yapılan vergi tahsilatlarında, aynen mükellef için de söz konusudur. O halde; hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergiler dolayısıyla vergi idareleri tarafından mükelleflere ödenecek maddi tazminatın miktarının, davadaki istem de gözetilerek, anılan gecikme faizinin oranına göre, hukuka aykırı olarak tahsil edilen verginin Devlet Hazinesinde kaldığı süre için hesaplanacak miktar kadar olması da, Anayasada öngörülen eşitlik ve adalet ilkelerinin gereğidir”. DVDDK, 26.01.2007 gün ve E. 2006/182, K. 2007/3, Karşıoy, Danıştay Dergisi, 2007, S. 116, s. 83-84.

111 “2577 sayılı Yasanın 28’inci maddesinin 6’ncı fıkrasında yer alan; tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanunî gecikme faizi ödeneceği kuralı, davadan sonraki aşamaya ilişkindir... Herhangi bir yasal dayanağı bulunmaksızın faiz istemini yazılı gerekçe ile sonuçlandırılan vergi mahkemesi kararının bu konudaki hüküm fıkrasında hukuka uygunluk bulunmamaktadır”. Dş.3.D. 02.12.2008 gün ve E. 2007/1279, K. 2008/3820, Danıştay Dergisi, 2009, S. 121, s. 152.

Danıştay 9. Dairesi de, yargı kararları uyarınca iade edilmesi gereken vergilerde faize hükmedilemeyeceğini şöyle belirtmiştir: “213 sayılı Vergi Usul Kanununun 112/4. Maddesine göre mükelleflere faiz ödenmesi ancak tereddüt edilmeyen, açık ve mutlak bir vergi hatasından dolayı idarece re’sen ya da yükümlünün düzeltme istemi üzerine düzeltme fişi ile iade edilen miktarlar için mümkün olup, dava konusu yapılan ve Mahkemece iadesine karar verilen meblağlara uygulanmasına imkan bulunmadığından Mahkeme kararının yasal faize ilişkin kısmında isabet görülmemiştir”¹¹².

2) Yargı kararı uyarınca iade edilecek vergilerde faiz ödenmesine ilişkin kararlar da vardır. Bu kararlarda idarenin sorumluluğu için kanunî düzenlemeye gerek bulunmadığı noktasından hareket edilmektedir. Bu durum doktrinde hukuk devletinin esas alındığı ve “yasa ekranının arkası”na geçildiği şeklinde değerlendirilmektedir¹¹³.

Bu olayların birinde, ilk derece mahkemesi açılan davada, VUK’un 112/4. maddesindeki şartların oluşmadığını belirterek faiz talebinin reddine karar vermiştir. Dosya önüne gelen Danıştay 4. Dairesi de faizin tazminat niteliğinde olduğunu belirtmiş ve hukuk devletinde zararın faiz ya da başka bir ad altında tazminatla karşılanabilmesi için açık bir kanun hükmünün aranmasının düşünülmemeyeceğini vurgulamıştır. Haksız yere haczedilen malların mükellefe iadesinde kanunî faiz uygulanması gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁴. Bu kararda mükellefe

¹¹² Dş.9.D. 23.12.2009 gün ve E. 2007/2830, K. 2009/5237, karar yayımlanmamıştır. Aynı karardaki karşıoyda ise hizmet kusuru oluşturan hukuka aykırı işlemlerden doğan zararların işlemi yapan vergi idaresi tarafından karşılanması ve dolayısıyla faiz ödenmesi gerektiği belirtilmiştir.

¹¹³ YALTI, s. 5-6.

¹¹⁴ “Olayda, davacı kurumun 1998 yılında kesinti yoluyla ödenen vergilerin çeşitli vergi borçlarına mahsubunu istediği, mahsup yerine getirildikten sonra 2003 yılında yapılan sınırlı inceleme sonucu mahsubu istenen kesinti yoluyla ödenmiş vergilerin bir kısmıyla ilgili belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle mahsup edilen vergilerin gecikme faiziyle birlikte tahsili için 9.2.2004 tarihli ödeme emirlerinin düzenlendiği, 10.2.2004 işlemle de, davacının Tokat Defterdarlığı Vakıflar Bölge Müdürlüğü saymanlığı nezdindeki alacağına haciz uygulandığı, haciz bildirisinin ise 26.1.2004 tarihinde düzenlendiği görülmüştür. Temyizen incelenen Mahkeme kararının davacı kurumun alacaklarına uygulanan haczin iptaline ve haczedilen miktarın iadesine ilişkin kısmı hukuka uygun bulunduğundan bu işlem nedeniyle davacının zarara uğradığı açıktır. Bu durumda davacının mahsup talebinin yerine getirilmesinden 5 yıl sonra yapılan inceleme üzerine mahsup işleminin kısmen haksız olduğu ileri sürülerek mahsubu istenen vergilerin süresinde ödenmemiş olduğundan söz edilerek hukuka ve yasaya açıkça aykırı işlemler nedeniyle haksız yere haczedilen miktarın davacıya iadesinde genel hükümler çerçevesinde faiz hesaplaması gerekli olduğundan Mahkeme kararının, haczedilen miktarın davacıya iadesinde faiz hesaplanamayacağına karar verilmesiyle hukuka aykırı olduğu görülmüştür.”

iadede kanunî faiz ödenmesine karar verilmiştir. Danıştay'ın 7. Dairesi de bir kararında, aynı gerekçelerle mükellefe iade edilecek vergilerde kanunî faiz uygulanmasına hükmetmiştir¹¹⁵.

Danıştay 7. Dairesi daha sonra verdiği kararlarında da hep faizin tazminat niteliğinde olduğuna, hukuk devletinde zararın tazminatla karşılanabilmesi için açık kanun hükmüne gerek bulunmadığına vurgu yapmıştır. Aksi durumun, Anayasanın 125. maddesinde ifadesini bulan idarenin kendi fiil ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına aykırılık oluşturacağı da kararlarda belirtilmektedir. Ayrıca idarenin hukuka aykırı fiil ve işlemlerinin hizmet kusuru teşkil edeceği ve doğan zararların kusurlu sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmesinin Danıştay'ın istikrarlı içtihatlarından olduğu da hükümlerde yer almaktadır. Danıştay'ın 7. Dairesi bir kararında bütün bu hususları tekrar ettikten sonra, devletin gecikme faizi aldığı durumlarda söz konusu olan zararın aynen mükellefler için de geçerli olduğu, dolayısıyla hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergilerin mükellefe iadesinde de anayasanın eşitlik ve adalet ilkeleri uyarınca gecikme faizi oranında faiz uygulanması gerektiğine hükmetmiştir: “Gecikme faizinin ilgili dönemlerde miktarını belirleyen zarar, hukuka aykırı olarak yapılan vergi tahsilatlarında, aynen mükellef için de söz konusudur. O halde; hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergiler dolayısıyla vergi idareleri tarafın-

cağına ilişkin hüküm fıkrasında hukuka uyarlık görülmemiştir”. Dş.4.D. 24.11.2005 gün ve E. 2005/963, K. 2005/2261, <http://www.danistay.gov.tr>.

¹¹⁵ “Yargı, idare edilenlerin, kamu idaresinin idari nitelikteki eylem ve işlemlerinden doğan zararlarını, herhangi bir açık yasa hükmüne ihtiyaç duymaksızın, kusurlu veya kusursuz sorumluluk ilkelerine göre, giderme olanağına sahiptir. İdarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinin hizmet kusuru oluşturacağı ve bu işlem ve eylemlerden doğan zararların, idare tarafından, kusurlu sorumluluk esaslarına göre tazmin edileceği, Danıştayın öteden beri istikrarlı biçimde uygulanagelen içtihadıdır.... Hizmet kusuru oluşturacak hukuka aykırı vergilendirme işlemlerinden vergi mükellefleri için doğan zararların, işlemi yapan vergi idaresi tarafından karşılanması, açıklanan anayasal kuralın ve Hukuk Devleti İlkesinin gereğidir. Olayda; davacının ihtirazi kaydı, davalı idarece, kabul edilmeyerek yapılan tahakkukun Kanuna aykırılığının açık olması karşısında, Gümrük İdaresince bu şekilde gerçekleştirilen hukuka aykırılık, yukarıda açıklandığı üzere bir hizmet kusurudur. Dolayısıyla; davalı İdarenin, hukuka aykırı vergilendirme ve tahsil işlemleriyle davacıya vermiş olduğu maddi zararı karşılaması zorunludur. Bu bakımdan; mahkeme kararının, yasal faiz isteminin reddine ilişkin hüküm fıkrasında da hukuki isabet görülmemiştir”. Dş.7.D. 30.06.2005 gün ve E. 2001/4650, K. 2005/1507, <http://www.danistay.gov.tr>.

¹¹⁶ İlk derece mahkemelerinin de kanunî faiz ödenmesine yönelik kararları bulunmaktadı. Örneğin, Hatay 1. Vergi Mahkemesi, 23.03.2010 gün ve E. 2009/1079, K. 2010/328, Hatay 1. Vergi Mahkemesi, 23.03.2010 gün ve E. 2009/743, K. 2010/327, Kararlar yayımlanmamıştır.

dan mükelleflere ödenecek maddi tazminatın miktarının, davadaki istem de gözetilerek, anılan gecikme faizinin oranına göre, hukuka aykırı olarak tahsil edilen verginin Devlet Hazinesinde kaldığı süre için hesaplanacak miktar kadar olması da, Anayasada öngörülen eşitlik ve adalet ilkelerinin gereğidir”¹¹⁶. Dairenin bu kararında, diğer kararlardan farklı olarak kanunî faiz değil, gecikme faizi oranında faiz ödenmesine hükmedilmiştir.

Danıştay 7. Dairesi’nin bir diğer kararında da hukuka aykırı olarak tahsil edilip mükellefe iade edilecek vergilerde, önceki kararın gerekçesiyle aynı olarak, eşitlik ve adalet ilkeleri gereğince gecikme faizi uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir¹¹⁷. Karardaki karşı oyda ise iptal davalarında faize hükmedilemeyeceği ileri sürülmüştür¹¹⁸. Ancak ilk derece mahkemesi bozma kararına uymayıp ilk kararında ısrar etmiştir. Dosya önüne gelen Vergi Dava Daireleri Kurulu ise haksız tahsil edilen ihtirazi kayıtlarla ödenen vergilerin iadesinde faiz ödeneceğine hükmetmiştir. Ancak Kurul, mükellefin ihtirazi kayıtlarla yaptığı ödeme tarihinin, vergi idaresinin iade yükümlülüğünün doğduğu tarih olacağını ve bu tarihten sonraki üç ayın sonundan itibaren faiz hesaplanacağını da belirtmiştir¹¹⁹. Ancak karardaki bir karşı oyda

¹¹⁶ “Bu durumda, davacı Şirketten, haksız ve fazla tahsil edildiği anlaşılan sabit hizmet ücreti ile yatırım bedeline ilişkin damga vergisinin açıklandığı şekilde hesaplanacak faiziyle birlikte iadesi gerekirken, faiz istemini yazılı gerekçeyle reddeden hüküm fıkrasında da isabet bulunmamaktadır”. Dş.7.D. 29.11.2005 gün ve E. 2002/1901, K. 2005/2955, <http://www.danistay.gov.tr>.

¹¹⁷ “Başka anlatımla; olayda, davacı lehine hükmolunacak faizin oranı, verginin tahsil edildiği tarih ile karar tarihi arasındaki süre için Vergi Usul Kanununun 112’nci maddesi uyarınca belirlenen gecikme faizinin oranına eşit olmak zorundadır”. Dş.7.D. 24.02.2005 gün ve E. 2001/1208, K. 2005/239, *Danıştay Dergisi*, S. 110, s. 222-223.

¹¹⁸ “2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28’inci maddesinin 6’ncı fıkrasında yer alan tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle, idarece kanuni gecikme faizi ödeneceğine ilişkin hüküm ise, davadan sonraki safhaya ilişkindir. Bu itibarla, niteliği gereği bir alacak davası olmayıp, bir idari işlemin iptali istemine yönelik davada, kanuni gecikme faizinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır”. Dş.7.D. 24.02.2005 gün ve E. 2001/1208, K. 2005/239, karşıoy, *Danıştay Dergisi*, S. 110, s. 223-224.

¹¹⁹ “Finansal kiralama yoluyla geçici ithali yapılan uçak için taşıt alım vergisi ödeme yükümlülüğü bulunmayan davacı şirketin bütün bu bilgileri idareye vererek ihtirazi kayıtlarla ödediği verginin tahsil tarihi, aynı zamanda vergi idaresinin iade yükümlülüğünün doğduğu tarih olacağından, anılan madde hükmünün davacı hakkında uygulanması gerekmektedir. Bu durumda, ihtirazi kayıtlarla yapılan ödeme tarihinden sonraki üç ayın sonundan itibaren Vergi Usul Kanununun 112 nci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre hesaplanacak faizin tahsil edilmiş vergi ile birlikte davacıya iadesi gerektiğinden, aksi yolda verilen direnme kararında hukuka uygunluk görülmemiştir”. DVDDK. 18.10.2006 gün ve E. 2006/87, K. 2006/287, *Danıştay Dergisi*, 2007, S. 115, s. 96.

Danıştay 7. Dairesinin kararlarında belirtilen gerekçelerle mükellefe gecikme faizi oranında bir faizle verginin iade edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹²⁰. Diğer karşı oyda ise haklı olarak VUK'un 112/4. maddesinin olayda uygulama alanı bulmadığı şu açıklamalarla ifade edilmiştir: "112'nci maddenin (4) işaretli bendinin, yasa yapıcının amacı dışında yorumlanarak uygulanması, yorum sınırlarının aşılması sonucunu doğurmuştur"¹²¹. Gerçekten de VUK'un 112/4. maddesindeki faiz ödenbilmesi için aranan şartların, yargı kararları uyarınca iadesi gereken vergiler için de uygulanması bir bakıma, vergi hukukunda kesinlikle söz konusu olamayacak şekilde kanun sınırlarının aşılarak kıyas yapılması anlamına gelmektedir.

Görüldüğü üzere, yargı kararları uyarınca mükellefe iadesi gereken vergilere faiz uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin olarak vergi yargısı organları arasında bir görüş birliği bulunmamaktaydı. Bunun bir neticesi olarak neredeyse hemen her kararda karşı oyların bulunmasına rastlanmaktadır.

¹²⁰ "Davacı, faiz talebini, anılan fıkra hükmüne dayandırmış olmadığı gibi; danıştay yedinci dairesinin kararında da, uyuşmazlık, bu fıkra hükmüne dayanılarak çözülmüş değildir. Dolayısıyla; vergi usul kanununun 112'nci maddesinin, olayla ilgisi olmayan, 4'üncü fıkrası hükmünün davada uygulanamayacağı konusunda, mahkeme ile uzman daire arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Mahkeme ile uzman Daire arasındaki uyuşmazlık, hukuka aykırılığı sebebiyle yargı yerince iptal olunan vergilendirme işlemine dayanılarak tahsil olunan verginin geri verilmesi sırasında, tahsil edildiği tarihten geri verileceği tarihe kadar faiz hesaplanmasının, bir yasa hükmü olmaksızın olanaklı bulunup bulunmadığına ilişkindir... Hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergiler dolayısıyla vergi idareleri tarafından mükelleflere ödenecek maddi tazminatın miktarının, davadaki istem de gözetilerek, anılan gecikme faizinin oranına göre, hukuka aykırı olarak tahsil edilen verginin Devlet Hazinesinde kaldığı süre için hesaplanacak miktar kadar olması da, Anayasada öngörülen eşitlik ve adalet ilkelerinin gereğidir". DVDDK. 18.10.2006 gün ve E. 2006/87, K. 2006/287, Karşıoy, Danıştay Dergisi, 2007, S. 115, s. 97-98.

¹²¹ "İncelenen davanın konusu, tazmin borcu doğurabilecek olan bir miktar paranın tasarrufundan yoksun bırakılmaktan dolayı bir tazminat isteğine de ilişkin değildir. Davacı, taşıt alım vergisini çekince ile ödeyerek, tahakkuk eden bu vergiye karşı açılan davada verilen tahakkukun kaldırılması yolundaki karar gereğince iadesi gereken verginin yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır. Vergi mahkemesince verilen tahakkukun kaldırılması yolundaki karar, 2577 sayılı Yasanın 28 inci maddesi ve Anayasadan dolayı yerine getirilmesinden kaçınılamayacak yargı kararıdır. Bu karar gereğinin yerine getirilmesi için vergi idaresine hiçbir başka belge ibrazı gerekmediği gibi vergi idaresine üç ay gibi bir süre tanınması da söz konusu edilemez. Vergi Usul Kanununun 112'nci maddesinin 4'üncü bendinin, sözü ve öngörülüşü amacıyla aykırı olarak yorumlanması suretiyle verilen bozma kararına yukarıda belirtilen nedenlerle katılmamıza olanak bulunmadığından ve temyiz isteminin reddi gerektiği görüşünde olduğumuzdan Kurulca verilen karara katılmıyoruz". DVDDK. 18.10.2006 gün ve E. 2006/87, K. 2006/287, Karşıoy, Danıştay Dergisi, 2007, S. 115, s. 99.

V. ANAYASA MAHKEMESİ KARARIYLA İADE FAİZİNE İLİŞKİN DÜZENLEMENİN İPTALİ

Vergi yargı organlarının bu konuda farklı farklı kararlara imza atmaları, uygulamayı hem içinden çıkılmaz bir hale, hem de birbiriyle çelişen tarzda kararlar verilmesine yol açmaktaydı. Ancak yargı kararı sonucunda iade edilen vergilerde, mükellefe aradaki zamana bağlı olarak paranın değer kaybını karşılayacak miktarda tazminat verilmemesinin mükellefi zarara uğrattığı ve bu noktada bir hukuka aykırılık bulunduğu konusunda herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. İşte, idarenin hukuka aykırı bir işlemiyle zarara uğrayan mükellefin zararının karşılanması gerektiği noktasından hareketle, uygulamadaki hukukî tartışmayı bitirecek girişim Aydın Bölge İdare Mahkemesi'nce atılmıştır¹²².

İhtirazî kayıtlı beyan edilip ödenen verginin, iptal ve iadesi için açılan davada Aydın Vergi Mahkemesi faiz talebini reddetmiştir. Aydın Bölge İdare Mahkemesi ise VUK'un 112/4. maddesini olayda uygulanacak kural olarak yorumlayarak, bu hükmün anayasaya aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurmuştur¹²³. İtiraz dilekçesinde VUK'un 112/4. maddesinde mükellefin müracaatından üç ay sonrası için faiz işletilmesinin öngörülmesinin ve hele yargı kararı uyarınca iadesi gereken vergiler için faiz ödenmesinin hiç düzenlenmemesinin Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ayrıca mükellefe çok zaman sonra iade edilen vergilere faiz işletilmemesinin veya vadeden sonraki dönemlerde işletilmesinin mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurduğu da haklı olarak ifade edilmiştir¹²⁴.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurudan itibaren beş ay içinde netice gelmediğinden, Aydın Bölge İdare Mahkemesi dosyanın itiraz incelemesini mevcut mevzuat hükümlerine göre yapmıştır. İşin ilginç yanı, mahkeme Anayasa Mahkemesi'ne başvurduğu bu dos-

¹²² Bu husus, o dönemde Aydın Bölge İdare Mahkemesi üyesi bulunan hâkim Osman ERMUMCU'nun makalesinde ayrıntılı bir şekilde anlatılmaktadır. Bkz. ERMUMCU, s. 161.

¹²³ ERMUMCU, s. 161.

¹²⁴ İtirazın gerekçesi için bkz. AyM. 10.02.2011 gün ve E. 2008/58, K. 2011/37, RG. 14.05.2011, S. 27934.

yada bile ancak oyçokluğu ile karar alabilmiştir. Aydın Bölge İdare Mahkemesi'nin kararına göre, "haksız tahsil edildiği sabit olan verginin mükellefe iadesi sırasında faiz ödemesi zorunlu olup, ilgili yasa hükmünde de bunu engelleyen açık ve net bir düzenleme olduğundan sözedilemez. Bu sebeple davacının itirazının kabulüyle kararın faiz talebinin reddine ilişkin kısmının bozularak davacıya, verginin tahsil tarihinden itibaren yasal faize hükmetmek gerekmektedir"¹²⁵. Uygulamadaki görüş farklılıkları, konuyu Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşıyan mahkemesinin kendi içinde bile bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararında VUK'un 112/4. maddesindeki mükellefe faiz ödenmesine ilişkin kuralı, Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Kararda şu hususlar belirtilmiştir¹²⁶: "İtiraz konusu kural, kamu kurumları ile kişiler arasında kamu idarelerinin kamu gücüne dayalı yetkilerini kullanırken hatalı işlemleri nedeni ile oluşan alacaklı-borçlu ilişkilerinin borçlu olan kamu kurumları lehine bozulmasına sebebiyet vermektedir. Bunun yanında kamu kurumlarının borcunu ödemesini geciktirmede teşvik edici olmakta ve vatandaşların devlete olan güvenini sarsmaktadır". Buna göre Mahkeme, bu düzenlemenin devletle vatandaş arasındaki sağlanması gereken menfaat dengesine aykırı olduğunu, bunun da kamu kurumlarının borcunu geciktirmesi için adeta teşvik unsuru taşıdığını belirtmiştir. Söz konusu durum, hukuk devletinde kesinlikle olmaması gereken bir şekilde, vatandaşların devlete olan güvenini sarsacaktır.

"İdarece yapılmış olan vergi tahsilâtının fazla veya yersiz olduğu tespit edildikten sonra bu tahsilât, mükellefler için bir "alacak" haline gelmektedir. Alacak hakkı mülkiyet hakkı kapsamında kişilerin temel haklarındanıdır. Kişiler yanlış veya yersiz vergi tahsilatı nedeni ile belli bir süre mülkiyetlerinde olması gereken bir meblağdan kullanma, tasarruf etme ve harcama şeklinde yararlanma imkanından mahrum kalmaktadırlar. Bu süre zarfında enflasyon nedeni ile paranın değerinde oluşan aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azal-

¹²⁵ Aydın Bölge İdare Mahkemesi, 27.11.2008 gün ve E. 2008/486, K. 2008/1132, Karar yayımlanmamıştır. Ancak aynı karardaki ayrışık oyda VUK'un 112/4. maddesinin uygulama şartları belirtilmiş ve olayda söz konusu şartlar mevcut olmadığı için çoğunluk kararına kanunî faiz talebi yönünden katılmadığı vurgulanmıştır.

¹²⁶ Karar için bkz. AyM. 10.02.2011 gün ve E. 2008/58, K. 2011/37, RG. 14.05.2011, S. 27934.

diği gibi bu mülkiyetin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkânı da bulunmamaktadır. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır”.

VUK’un 112/4. maddesinde yer alan tamamlanması gereken bilgi ve belgelerden itibaren üç ay içinde iade edilmeme halinde faiz işleyecek olmasının kamu yararı ile alâkası bulunmadığı şu çarpıcı ifadelerle vurgulanmıştır: *“Düzenleme ile elde edilen kamu yararı kamu için öncelikli, genel menfaatleri koruyan, kamu hizmetlerinin sürdürülmesi için zorunlu bir durum arz etmemekte, sadece devlete başkasının mülkü üzerinde sebepsiz ve karşılıksız biçimde tasarruf etme hakkını vermektedir”.* Ayrıca bu kural, *“kişinin belli bir dönem için faiz gelirinden mahrum kalması sonucunu doğurarak genel yarar ile kişi yararı arasındaki dengenin bozulmasına yol açmakta, bu durum hukuk devletinde korunması gereken mülkiyet hakkının ihlaline neden olmaktadır”.*

Anayasa Mahkemesi’ne itiraz yoluyla başvuran Aydın Bölge İdare Mahkemesi, itiraz gerekçesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin Eko-Elda Avee/Yunanistan kararını da gerekçe göstermiştir. Anayasa Mahkemesi kararında AİHM’nin bu kararına da atıfta bulunarak, itiraz konusu kuralın mülkiyet hakkının ihlâli niteliğinde olduğuna hükmetmiştir: *“Nitekim Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye Ek Protokol’ün 1. maddesinde de:“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.” denilmektedir. Bu kural uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Eko-Elda Avee/Yunanistan davasında (9.3.2006 günlü, Başvuru No: 10162/02); haksız olarak tahsil edilen verginin beş yıl beş ay sonra faizsiz olarak iade edilmesini, belli bir meblağdan yararlanma hakkı uzun süre engellenen şahsın, mali durumunda önemli ve kesin zararlara neden olunduğu, bu durumun sürdürülmesi gereken genel yarar ile kişi yararı arasındaki dengeyi bozduğu, şahıs üzerine aşırı yük yüklediği gerekçeyle mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilmiş ve mülkiyet hakkı çiğnenen

şahsa faiz ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir".

Mahkeme, ilgili hükmü iptal ettikten sonra, iptal kararının yürürlüğe girmesini bir yıl ertelemiştir: *"Fıkranın iptali halinde sınırlı olarak yapılan ödemelerin dayanağını oluşturacak bir düzenleme kalmayacaktır. Doğacak bu hukuksal boşluk, iptal gerekçelerinde izah edilen kişilerin mülkiyet haklarında mevcut durumdan daha da geriye gidilmesine ve Anayasa gereği olması gereken durumdan daha da uzaklaşılmasına sebep olarak kamu düzeni ve kamu yararını bozucu nitelikte olduğundan ... bu fıkraya ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine, oybirliğiyle, 10.2.2011 gününde karar verilmiştir".* Karar Resmî Gazete'de 14.05.2011 tarihinde yayımlanmıştır. Dolayısıyla iptal hükmü 14.05.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında da atıf yapılan AİHM kararını da ele almak gerekir:

Eko-Elda Avee Anonim Şirketi, kendisinden gelir vergisi adı altında haksız olarak tahsil edilen meblağ için gecikme faizi ödenmesi talebinin Yunan Devleti tarafından reddedilmesi üzerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 nolu Protokolün 1. maddesinin¹²⁷ ihlâli ileri sürülerek AİHM'e dava açılmıştır¹²⁸. Davacı şirket, 1987 takvim yılına ilişkin beyannamesini 10.05.1988'de vermiştir. Ancak önemli miktarda zarar beyan etmiştir. Şirket 24.06.1988 ve 9.12.1991'de Atina Kurumlar Vergisi Dairesine başvurup 1987 kazancı üzerinden gelir vergisine tekabül eden meblağın kendisine verilmesini talep etmiştir. Devlet bu isteği belli olmayan bir tarihte reddetmiştir. 3.03.1993'de ya-

¹²⁷ *"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasanın öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez". Hükmün Türkçe metni için bkz: TC. Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, Temel Metinler, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/temel/ek1.pdf> (ET. 12.12.2012).

¹²⁸ AİHM. 1. Daire, E. 10162/02, 09.03.2006, Kesinleşme Tarihi: 09.06.2006. Kararın tam metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72757> (ET. 18.12.2012)

Kararın Türkçe tam metni için bkz. CANDAN Turgut (Çeviren), "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Eko - Elda Avee / Yunanistan Kararı", *Danıştay Dergisi*, yıl 37, 2007, S. 114, s. 1.

yımlanan bir kanunla haksız (ve yersiz) ödenen vergiler için Devletin faiz ödemesi öngörülmüştür¹²⁹. İdarî mahkemenin açılan davayı reddetmesi üzerine başvurulmuş istinaf mahkemesi itirazı kabul edilebilir bulmuştur. Ancak yargılama sonunda, olay tarihinde yürürlükte bulunan kanunda haksız (ve yersiz) alınan vergilerin geri verilmesi sırasında Devletin faiz ödemesini öngören düzenleme içermediği gerekçeyle dava reddedilmiştir. Yapılan temyiz başvurusu da 8.11.2000'de reddedilmiştir. *“Danıştay, kararında, Devletin haksız (ve yersiz) ödenen verginin geri ödenmesinde gecikme faizi ödemek zorunda olmadığı gerekçesine dayanmıştır. Danıştaya göre; kamu hukukundan kaynaklanan borçlar bakımından böyle bir zorunluluğun, Medeni Kanunun düzenlemelerinden çıkarılması olanaklı değildir”*¹³⁰.

AİHM kararındaki öncelikle bu alacağın ek protokolün 1. maddesi uyarınca malvarlığı (mülk) oluşturduğunu belirtmiştir. Devletin bu borcunu, sebepsiz zenginleşme ile ilgili hükümler uyarınca yerine getirmesi gerektiği de ifade edilmektedir¹³¹. *“Devletin, kesin hüküm halini alan bir yargı kararıyla haksız (ve yersiz) olarak ödendiği kabul edilen bütün vergi ve benzeri mali yükümleri geri vermek zorunda olduğu düşünülmektedir... Bu noktada, Mahkeme, içtihadının, bir borcun ödenmesindeki olası gecikme sebebiyle idari makamların gecikme faizi ödemeleri gerektiği yolunda olduğunu hatırlatır. Özellikle; Mahkeme, bir çok kez, makul sayılamayacak sürenin geçmesi gibi, hesaplanmasında etkili elemanların dikkate alınmamasının, ödenecek tazminatın zarar giderici etkisini azaltacağını açıklamıştır... Özellikle, vergi ödemesi söz konusu olduğunda, geri ödeme koşullarının ilgiliye özel bir yük getirmesi veya mali durumunda ciddi bir zarar oluşturması durumunda, Mahkeme, peşin (erken) ödenen vergi veya aidattan doğan mali yükümlülüğün, 1 Nolu Protokolün 1'inci maddesiyle sağlanan güvenceye zarar verebileceğini hatırlatır... (Buffalo Srl en liquidation c. İtalya...).* Söz konusu davada işbu davadakine benzer bir sorunu incelemek durumunda kalan Mahkeme, haksız ödenen meblağdan ilgili tarafından uzunca süre yararlanılmamasının, mali durumunda önemli ve kesin bir zarara (impact) neden olması sebebiyle, 1 nolu Protokolün 1'inci maddesinin ihlâl edilmiş olduğuna karar vermiştir”¹³².

¹²⁹ CANDAN, Eko – Elda Avee, s. 2.

¹³⁰ CANDAN, Eko – Elda Avee, s. 3.

¹³¹ Karardaki 25 ve 26. paragraflar. Bkz. CANDAN, Eko – Elda Avee, s. 5.

¹³² Karardaki 27, 29 ve 30. paragraflar. CANDAN, Eko – Elda Avee, s. 5-6. Mahkeme-

Sonuç olarak “Mahkeme, haksız tahsil edilen verginin davacı Şirkete, Atina Kurumlar Vergisi Dairesine iade istemiyle başvurduğu 24 Haziran 1988 tarihinden yaklaşık beş yıl beş ay sonra, 12 Kasım 1993 tarihinde geri verildiğini saptamıştır. Bu açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, idarenin, böyle uzunca süre gecikme sebebiyle, faiz ödemeyi reddetmesinin genel yarar ile kişi yararı arasında olması gereken dengeyi bozduğunu düşünmektedir”¹³³.

Bir diğer dava olan Buffalo davasında¹³⁴, kanunî merkezi İtalya’da bulunan Buffalo limited şirketi Aralık 1994’te tasfiyeye girmiştir. 1985 ila 1992 arasında ödemesi gerekenden fazla ödediği kurumlar vergisi için vergi iadesine hak kazanmış, vergi idaresi de vergiyi 1997 yılında peyderpey iade etmeye başlamıştır. Bu süreçte şirket finansman sıkıntısına girerek, devletin vergi iadelerinde ödediği faiz oranından daha yüksek oranda faizle kredi almak ve kredi faizlerine katlanmak zorunda kalmıştır. “Mahkemeye göre, iadenin peyderpey yapılması vergi yükümlülerinin üzerinde önemli bir yük yaratır ve bu durum idarenin iadeyi gecikerek yapması ile daha da şiddetlenir”¹³⁵. Mahkeme başvuran şirketin, vergi iadelerinin ödenmesindeki oransız gecikmelerden dolayı mağdur olduğuna ve bu durumun 1 Nolu Protokolün 1. maddesinin ihlâli anlamına geldiğine hükmetmiştir¹³⁶.

nin bu kararında ortaya koyduğu içtihatlar şu şekilde belirtilebilir: “-Kamusal borçların iadesinde, iadedeki gecikme ile gecikme faizi arasındaki ilişki mutlaka kurulmalıdır... - İadede (ödemede) makul olmayan süre gecikmeleri değer azaltıcı bir unsurdur. Değer azaltıcı bu unsurlar dikkate alınmadığı takdirde, bir tazminatın denkleştirici özelliği de azalır... - Zamana bağlı gecikmelerin ortaya çıkardığı değer kayıplarının, gecikme faizi ödenerek telafi edilmesi gerekir... -Vergi ödemelerinde, ödemenin koşulları ilgiliye aşırı yük yüklüyor veya ilgilinin mali durumuna esaslı biçimde zarar veriyorsa, bu yükümlülük P1-1’de düzenlenen güvenceye aykırı olabilir. Sadece haksız olarak ödenmiş vergiden uzayan biçimde yararlanamama ilgilinin mali durumu üzerinde kesin ve önemli bir etki yaratır... -P1-1 gereğince faiz ödenmesi, Devletin borçlu olduğu miktar ile ilgilinin sonunda alacağı miktar arasındaki farkı telafi etme yükümlülüğüne sıkı sıkıya bağlıdır”. Bkz. YALTI, s. 9-10.

¹³³ CANDAN, Eko – Elda Avee, s. 6.

¹³⁴ Buffalo srl en liquidation Italy, 03.10.2003, 38746/97, Kararın Fransızca tam metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-65747>.

¹³⁵ YALTI, s. 10; BOZDOĞAN, s. 230; *Taxation and the European Convention on Human Rights*, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8CE3BE16-6D76-4D3B-A143-19100041C2A3/0/FICHES_Fiscalit%C3%A9_EN.pdf, s. 6.

¹³⁶ *Taxation and the European Convention on Human Rights*, s. 6.

Intersplav davasında¹³⁷ iadede gecikme üzerinde durulmuştur. Ukrayna iç hukukuna göre KDV iadelerinde yapılması gereken onaylama işleminin yapılmaması dolayısıyla iade işlemleri sistematik olarak 1998-2004 yılları arasında yapılamamış ve buna bağlı olarak faiz de tahsil edilememiştir. Mahkeme vergi iadesi ve faiz ödemede gecikmenin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğine hükmetmiştir¹³⁸. Bu bağlamda başvuru hukukunun mülkiyet hakkına yönelik müdahale orantısız olup bu sürekli gecikmeler kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki adil dengeyi zedelemektedir. Mahkemeye göre, başvuru bireysel ve aşırı bir yüke katlanmakta ve sürekli taşımaktadır¹³⁹.

Dangeville davasında¹⁴⁰, şirket fazla ödediği KDV'lerin iade edilmemesini dava konusu etmiştir¹⁴¹. Fransız Danıştay'ı 1 Ocak - 30 Haziran 1978 dönemine ilişkin ödediği katma değer vergilerinin iadesini isteyen S. A. Jacques Dangeville'in bu vergi yükümlülüğünün, 17 Mayıs 1977 tarihli AB 6. Direktifinin amaçlarıyla uyuşmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. AİHM, başvuran şirketin 1 Ocak - 30 Haziran 1978 dönemine ilişkin hatalı olarak ödediği vergiler için devlete iki kez yaptığı başvurunun geçerli bir iddia olduğunu ve bu iddianın 1 nolu protokolün 1. maddesi gereğince mülk teşkil ettiğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca başvuran şirketin mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı için gerekli olmadığına ve orantısız bulunduğu karar vermiştir¹⁴².

Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer verdiği başta Eko-Elda Avee kararı olmak üzere AİHM'in kararları incelendiğinde, iadesi gereken vergilerin iade edilmemesi, kısım kısım yahut geç iade edilmesi, faizsiz veya zararını karşılamayacak kadar düşük faizli iade edilmesi, mülkiyet hakkının ihlâlini teşkil edecektir. Anayasa Mahkemesi bu hususa da değinerek ilgili hükmü, gerek hukuk devleti ilkesine gerekse de mülkiyet hakkına aykırılıktan dolayı iptal etmiştir.

¹³⁷ Intersplav v Ukraine, 09.01.2007, 803/02, Kararın İngilizce tam metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78872>.

¹³⁸ YALTI, s. 11.

¹³⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78872>, paragraf 40.

¹⁴⁰ S. A. Dangeville v. France, 16.04.2002, 36677/97, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60432>.

¹⁴¹ BOZDOĞAN, s. 229.

¹⁴² <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60432>, paragraflar 22, 26, 48 vd; *Taxation and the European Convention on Human Rights*, s. 5.

VI. 6322 SAYILI KANUNLA İADE FAİZİNİN YENİDEN DÜZENLENMESİ (15.06.2012'DEN İTİBAREN MEVCUT DURUM)

Anayasa Mahkemesi, iptal kararının yürürlüğe girmesini, “*fıkra-nın iptali halinde sınırlı olarak yapılan ödemelerin dayanağını oluşturacak bir düzenleme kalmayacaktır. Doğacak bu hukuksal boşluk, iptal gerekçelerinde izah edilen kişilerin mülkiyet haklarında mevcut durumdan daha da geriye gidilmesine ve Anayasa gereği olması gereken durumdan daha da uzaklaşıl-masına sebep olarak kamu düşeni ve kamu yararını bozucu nitelikte oldu-ğu*” gerekçesiyle Resmî Gazete’de yayımından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Buna göre karar, 14.05.2012’de yürürlüğe girmiştir. Ancak konuyla ilgili kanunî düzenleme ise bu ta-rihten yaklaşık bir ay sonra yapılabilmektedir.

6322 sayılı Kanun’la¹⁴³ 15.06.2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere VUK’un 112. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklikle maddenin 4. fıkrası yeni baştan düzenlenmiş, maddeye konuyla ilgili 5. fıkra eklenmiş, sonraki fıkra ise bu fıkradan sonra ge-lecek şekilde yeniden numaralandırılmıştır.

Vergi Usul Kanunu’nun 112. maddesinin 4. ve 5. fıkraları değişik-lik sonrası şu şekildedir:

“4. Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, fazla veya yersiz tah-silatın mükelleften kaynaklanması halinde düzeltmeye dair müracaat tarihi, diğer hallerde verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120 nci madde hü-kümlerine göre mükellefe red ve iade edilir.

5. Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuat-ı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tu-tarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe teb-liğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120 nci madde hükümleri-ne göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir”.

¹⁴³ 6322 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlar-da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 15.06.2012, S. 28324.

| Değişiklikten Önce VUK'un 112/4. Maddesi | VUK'un 112/4-5. Maddesinin Mevcut Hali |
|---|---|
| <p>“4. Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen veya vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120 nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir”.</p> | <p>“4. Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, fazla veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanması halinde düzeltmeye dair müracaat tarihi, diğer hallerde verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120 nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir.</p> <p>5. Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120 nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir”.</p> |

Yeni düzenlemede vergi iadelerinde faiz ödenecek durumlar tasnif edilmiştir:

1)Fazla veya yersiz tahsil edilen vergiler

Fazla veya yersiz tahsil edilen vergiler için iadede, bu tahsilin mükellefin hatasından kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre ikili bir ayrıma gidilmiştir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, yersiz tahsil, idarenin hukuka aykırı olarak tahsil ettiği durumları ifade etmektedir. Fazla tahsil ise, diğer tüm fazla tahsil hallerini kapsamaktadır. Bu itibarla yeni düzenlemede fazla ve yersiz tahsil olarak iki ayrı durumun belirtilmesi çok daha isabetli olacaktı. Bu durumların neyi ifade ettiği ise kanun gerekçesinde belirtilebilirdi. Mevcut düzenleme bu bakımdan isabetli olmasa da, en azından uygulamada muhtemel tereddütlerin oluşmasını engelleme bakımından olumludur.

a)Fazla veya yersiz tahsilâtın mükelleften kaynaklanması hali: Bu durumda düzeltmeye dair müracaat tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar tecil faizi oranında iade faizi ödenecektir.

Fazla veya yersiz tahsilâtın mükelleften kaynaklanması hali, yeni düzenlemede ayrı bir hal olarak kabul edilmiş ve mükellefin müracaat tarihi, devletin faiz ödeme yükümlülüğünün başlangıç noktası olarak tayin edilmiştir. İlk etapta, faizin haksız tahsilâtın yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlaması düşünülebilir. Mükellef hata yapsa bile idarenin bağlı yetki içinde bulunması ve vergileri kanuna uygun bir şekilde tahsil etmesinin anayasal bir zorunluluk olduğu dikkate alındığında, vergi idaresinin hatalı vergi tahsilinin farkına varması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak vergi idaresinin bütün beyannameleri hemen incelemeye almasının günümüz şartları içinde fiilen mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁴⁴. Mükellefin beyanına itibar eden ve tarhiyatı beyana göre gerçekleştiren bir sistemde bütün beyannamelerin verilir verilmez kontrol edilmesi ve varsa hataların tespiti mümkün değildir. Ayrıca mükellefin kendi hatasının sonucuna da katlanması (iade faizinin fazla tahsilden değil de başvuru tarihinden itibaren hesaplanması), kanaatimce, kamu yararı ile bireysel yarar arasında dengeyi de sağlamış olmaktadır.

¹⁴⁴ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 92.

418 sıra No.lu VUK Genel Tebliği'nde, maddede yapılan değişiklikler hakkında açıklamalar yapılmaktadır¹⁴⁵. Tebliğde, fazla veya yersiz tahsilâtın mükelleften kaynaklanması halinde müracaat tarihinden itibaren faiz işleyeceği belirtilip konuya ilişkin örnek de verilmektedir. Ayrıca iade için yapılan başvuruda, iade için gerekli olan bilgi ve belgelerin de dilekçeye eklenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁶.

b) Fazla veya yersiz tahsilâtın mükelleften kaynaklanmadığı haller: Fazla veya yersiz tahsilâtın mükelleften kaynaklanmadığı diğer haller aslında, idareden kaynaklanan sebepleri ifade etmektedir. Mükellefin hatasından kaynaklanmayan her türlü fazla veya yersiz tahsil bu kapsama girmektedir. Bu itibarla, vergi idaresinden kaynaklanan sebeplerle fazla veya eksik alınmada esas olarak hizmet kusuru mevcuttur ve buna dayanılarak faiz ödenmektedir¹⁴⁷. Verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin tebliğine kadar geçen süreler için faiz ödenecektir.

İdareden kaynaklanan sebeplerle yapılan fazla veya yersiz tahsil için, artık tahsilin yapıldığı tarihten itibaren devletin faiz ödemek zorunda kalması, Anayasa Mahkemesi'nin kararına uygun, olumlu bir düzenlemedir. Bu sayede kişilerin zararları daha iyi bir şekilde tazmin edilebilecektir. Hukuk devletinin gereklerine uygun bir düzenleme niteliğindedir. Elbette uygulanacak faiz oranı da değerlendirme yaparken dikkate alınmalıdır¹⁴⁸.

¹⁴⁵ 418 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği, RG. 08.09.2012, S. 28405.

¹⁴⁶ "Örneğin, mükellef daha evvel vermiş olduğu gayrimenkul sermaye iradına ilişkin gelir vergisi beyannamesinde beyan ettiği vergiyi ödemiş ve bilahare vergi hatası sebebiyle fazla vergi beyan ettiği gerekçesiyle düzeltme beyannamesi verip durumu açıklayan yazılı izahata, ilgili vergi dairesine vereceği dilekçede yer vererek ödediği verginin iadesini (mahsuben veya nakden) talep etmişse, düzeltme talebinin kabul edilmesi halinde, mükellefe iade edilecek vergi için vergi dairesine müracaat tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar faiz hesaplanacaktır. Diğer taraftan, fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iade edilebilmesi için varsa gerekli bilgi ve belgelerin tamamlanmasının ve vergi dairesine verilecek dilekçeye ilave edilmesinin icap ettiği tabiidir". 418 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği.

¹⁴⁷ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 92.

¹⁴⁸ Devletin kendi vergi alacağı için gecikme faizi uygulamasına rağmen mükellefe iade edeceği vergilerde tecil faizi oranında faiz uygulaması, adil denge bakımından eleştirilebilecek bir husustur. Bu konu son bölümde tekrar ele alınacaktır.

Bu yeni düzenlemenin kapsamına artık yargı kararları uyarınca iade edilecek vergiler de girmektedir. Eski düzenlemede, hesaplanan faizin “120 nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe” ödeneceği hükme bağlanmıştı. Bu durumda da ancak vergi hataları kapsamında iade edilecek vergilerde faiz ödenmesi mümkün olabiliyordu. Çünkü VUK’un 120. maddesine göre iade edilecek vergiler ancak, hata düzeltme kapsamında fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler olmaktadır. Oysa yeni düzenlemede fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin “hesaplanan faiz ile birlikte, 120 nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade” edileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile iade edilecek vergilerin sadece hata kapsamında tahsil edilen vergiler olması şartı kaldırılmış olmaktadır. Hataen veya hata dışında herhangi bir sebeple fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde faiz uygulanacaktır. VUK’un 120. maddesine yapılan atıf ise verginin iadesindeki usüle ilişkin olmaktadır. Buna göre VUK’un 120. maddesinde düzenlenen, düzeltme fişinin tebliği, düzeltmeye dayanak teşkil edecek belgeler, tebliğden itibaren bir yıl içinde müracaat edilmediğinde hakkın sakıt olması gibi hususlar vergi iadesi prosedüründe dikkate alınacaktır.

Vergi iadelerinde faizin işlenmesine ilişkin başlangıç tarihinin değişmesi olumlu bir gelişme olsa da, faiz işlenmesinin duracağı süre bakımından herhangi bir değişiklik olmaması, olumsuz bir durumdur. Doktrinde, (idarenin kusurundan kaynaklanan hallerde) fazla veya yersiz tahsilde mükellefin ödediği vergileri, ödeme tarihi ile iade tarihi arasında geçen süre için işleyecek faiziyle birlikte geri alması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁹. Düzeltme fişinin tebliğinden itibaren de iade gecikebilmektedir. Bu bakımdan düzeltme fişinin mükellefe tebliği ile iade arasında zaman farkı bulunmamalıdır¹⁵⁰.

2) Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergiler: Bu durumla ilgili herhangi bir değişiklik bulunmayıp, aynen değişiklikten önceki VUK’un 112/4. maddesindeki esaslar geçerlidir¹⁵¹. Buna göre “ilgili

¹⁴⁹ SONSUZUOĞLU, s. 96; ÜSTÜN Ümit Süleyman, *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı?*, İstanbul 2013, s. 140.

¹⁵⁰ ÜSTÜN, *Denetim-Yargı*, s. 141.

¹⁵¹ “Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin (örneğin katma değer vergisi iadeleri) iadesinde ise 6322 sayılı Kanunla herhangi bir değişiklik yapılmadığından uygulamaya aynı şekilde devam edilecek ve vergilerin gerekli bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi

mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için” faiz ödenecektir. Mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ayın sonundan itibaren faizin işleminin, vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergiler açısından doğru bir düzenleme olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹⁵².

Doktrinde, vergi kanunları uyarınca iade edilecek vergilerde faizin başlangıç tarihi olarak tahsil tarihinin esas alınmasının bazı önemli sorunlara yol açacağı ifade edilmektedir¹⁵³. Gerçekten de faizin işleyeceği tarih olarak tahsilin esas alınması, tahsil döneminin ve buna bağlı olarak iadenin gerekliliğinin ortaya çıktığı dönemin tespitindeki güçlükler sebebiyle önemli sakıncaları bünyesinde barındırmaktadır.

Doktrinde, AİHM’in Eko-Elda Avee davasında vardığı “*Mahkeme, haksız tahsil edilen verginin davacı Şirkete, Atina Kurumlar Vergisi Dairesine iade istemiyle başvurduğu 24 Haziran 1988 tarihinden yaklaşık beş yıl beş ay sonra, 12 Kasım 1993 tarihinde geri verildiğini saptamıştır*” tespiti gerekçe gösterilerek, AİHM’e göre, iade faizinin hesaplanmasında başlangıç noktasının başvuru tarihi olmasının uygun olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁴. Bu tespite fazla veya yersiz tahsilâtın mükelleften kaynaklandığı haller ile vergi kanunları uyarınca iade edilecek vergiler için katılmamak elde değildir. Ancak idarenin kusurundan kaynaklanan hallerde, mükellefin malından mahrum kaldığı süreler için faiz ödenmesi, hukuk devleti açısından olması gereken bir sonucu ihtiva etmektedir.

takip eden üç ay içinde iade edilmemesi hâlinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için faiz ödenecektir”. 418 sıra no.lu VUK Genel Tebliği.

¹⁵² “Elbette bu düzenlemenin, örneğin, vergi tevkifatlarının söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkan veya geçici vergiden doğan iadeler ya da katma değer vergisinden doğan iadeler bakımından doğru bir düzenleme olduğunu söylemek gerekir”. YALTI, s. 4.

¹⁵³ “Bay (X)’in 2010 yılında işyeri olarak kiraya verdiği gayrimenkulün kira geliri üzerinden yıl içinde 24.000 TL tevkifat yoluyla kesilmiştir. Bu tevkifat tutarının 15.000 TL’lik kısmı Bay (X)’in yıllık beyanname ile beyan ettiği gelir üzerinden hesaplanan vergiden mahsup edilmiştir. Bay (X) mahsup sonucu kalan 9.000 TL’nin iadesi için 20 Mayıs 2011 tarihinde dilekçe ile vergi dairesine başvurmuştur. Bu başvuru sonucu vergi dairesi iade işlemlerini 12 Haziran 2011 tarihinde tamamlamıştır... [Eğer tahsil tarihi esas alınacak olursa] bu hesaplama için iade konusu 9.000 TL’nin tahsil edildiği dönem veya dönemlerin tespit edilmesi gerekecektir”. AY, s. 51.

¹⁵⁴ AY, s. 51.

Kanaatimce vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerde faizin işlemeye başlamasında, bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarih değil, idareye müracaat tarihi esas alınmalıdır. Bunu, tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihe bağlamak, önceki dönemde de ileri sürülen eleştirilerdeki sakıncalara yol açacaktır. Bu hususta idarenin yetkili olması da hukukî güvenliği zedeleyen bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

Devlete belli bir süre tanınması düşünülebilir ama bu sürenin mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlanmasından itibaren üç ay olması kanaatimce, kamu yararıyla mükellef yararı arasında olması gereken adil dengeye aykırılık oluşturmaktadır. Bu sürenin kısaltılması hukuk devleti açısından bir zorunluluktur.

VII. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Mükelleften fazla veya yersiz alınan vergilerin mükellefe iadesine ilişkin düzenleme, devletin tahakkukun gecikmesi dolayısıyla mükelleften olan alacağına gecikme faizi uygulamasına ilişkin düzenlemeden yaklaşık 13 sene sonra yürürlüğe girmiştir. Sırf bu gecikme sebebiyle bile, kamu yararıyla mükellef yararı arasında olması gereken adil dengeye riayet edilmediği görülmektedir. Oysa bir hukuk devletinde kişilerin hukukî güvenlik içinde olabilmeleri ve idarî işlem veya eylemler neticesinde zarara uğramaları halinde bunun giderileceğine emin olmaları gerekir. Aksi yöndeki yaklaşımlar ve uygulamalar mükelleflerin devlete olan güvenini sarsabileceği gibi, vergi uygulamasının başarıya ulaşmasındaki en önemli engellerden birini teşkil edecektir.

Mükellefe iade edilecek vergiler için yapılan düzenleme ilk olarak 1999 yılında yürürlüğe girmiştir. Ancak bu ilk halinde, bünyesinde önemli sorunları barındırmaktadır. Getirilen hüküm, mükelleflerin uğradıkları zararın ancak bir kısmını telafi etmeye yönelik bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir. O haliyle getirilen müessese ancak iadede gecikme dolayısıyla mükellefe ödenecek faizi düzenlemektedir. Mükelleflerin tamamlanması gereken bilgi ve belgeleri tamamlamalarından sonra, iade etmek için vergi idaresine üç aylık bir imkân tanınmaktadır. Verginin bu üç ay içinde iade edilememesi halinde bu üç aydan sonra yani, iadedeki gecikme dolayısıyla faiz ödenmesi gündeme gel-

mektedir. Bu haliyle adeta idareye iadeyi üç ay içinde yapmama lüksü tanınmış olmaktadır. Eleştirilecek bir diğer husus da faizin oranının daha düşük olan tecil faizine bağlanmış olmasıdır ki, maddede yapılan değişiklikte değişmeyen unsurlardan birisini bu faiz oranı oluşturmaktadır.

1999 yılında yapılan düzenleme sadece vergi hatalarına ilişkin iadelerle ilişkilendirilmiş (faizin VUK'un 120. maddesine göre red ve iadesi gereken vergilerle birlikte mükellefe ödeneceği hüküm altına alınmış), dolayısıyla yargı kararları uyarınca iadesi gereken vergiler bakımından faiz ödenmesine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Yani, hukuka aykırı bir işleme karşı dava açılıp kazanıldığında ve buna bağlı olarak daha önce ödenmiş olan vergilerin iadesi gündeme geldiğinde, bu madde işlevsiz kalmakta ve mükellefe ödediği vergiler faizsiz bir şekilde iade edilmekteydi. Benzer durum bütün iade halleri için 1999 öncesinde zaten mevcuttu.

Bu konu vergi yargısına intikal ettiğinde, vergi yargısı organları arasında belirgin görüş farklılıkları ortaya çıkmıştır. Yargı içtihatlarının önemli bir kısmında, sözkonusu durum için faiz ödenemeyeceği, çünkü kanunda faiz ödenmesine ilişkin açık bir hükmün bulunmadığı ifade edilmiştir. Diğer bir kısım yargı kararlarında ise verginin mükellefe faizsiz bir şekilde iade edilmesi halinde, mükellefin zarara uğradığı haklı olarak ifade edilmiştir. Gerçekten de iadede gecikilen sürenin uzunluğuna bağlı olarak mükellefin zararı da bariz şekilde artacaktır. İşte, mükellefin uğradığı zararların tazmininin gerektiğini savunan yargı mercileri, bu zararın karşılanması için iadede faiz uygulanmasının zorunlu olduğunu vurgulamışlar ve mükellefe iadede faize hükmetmişlerdir. Ancak faize hükmeden yargı mercilerinin bir kısmı, burada VUK'un 112. maddesi kapsamına giren bir husus bulunmadığını ve genel anlamda faiz hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmiş ve kanunî faize hükmetmiştir. Diğer kararlarda ise bu zararın karşılanması için ödenecek faizin oranının VUK'un 112. maddesiyle ilişkilendirilmesi gerektiği ifade edilmiş, devlet nasıl kendi alacağına gecikme faizi uyguluyorsa, mükellefe iade edeceği vergilerde de tazmini sağlayabilmek, arada adil bir denge oluşturabilmek için hükmedilecek faizin oranının gecikme faizi oranında olması gerektiğine hükmedilmiştir.

Vergi Dava Daireleri Kurulu'nca da benimsenen bir başka kadarda ise, yine mükellefe faiz ödenmesi gerektiğine hükmedilmiş, ancak diğer kararlardan biraz farklı olarak yargı kararı uyarınca iade edilecek vergilerle ilgili durum VUK'un 112/4. maddesiyle ilişkilendirilmiştir. Buna göre mükellefin ihtirazi kayıtla yaptığı ödeme tarihi, mükellefin iade için bilgi ve belgeleri teslim ettiği tarihmış gibi kabul edilmiş ve bunun vergi idaresinin iade yükümlülüğünün doğduğu tarih olacağı ve bu tarihten sonraki üç ayın sonundan itibaren faiz hesaplanacağı ifade edilmiştir. Ancak bu şekilde bir yorum, maddede düzenlenmeyen bir durum için madde hükümlerinin amacı dışında genişletilmesi gibi bir sonuç oluşturmaktadır. Böyle bir yaklaşım, aslında vergi hukukunda açıkça yasak olan kıyas yoluna başvurmak anlamına gelmektedir. Mükellefin hukuki durumu korunmak istenirken bu sonuca hukuka aykırı bir şekilde ulaşılmıştır.

Yargı kararları arasında bir görüş birliği olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Konuyu Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşıyan mahkemede bile görüş ayrılığının bulunması, durumun aslında ne kadar önemli olduğunu, uygulamadaki bu karmaşanın ortadan kaldırılmasının gerektiğini göstermekteydi.

Mahkeme kararlarının üzerinde görüş birliğine varamadığı temel mesele, mükellefe faiz ödenebilmesi için açık bir kanun hükmüne ihtiyaç bulunup bulunmadığıdır. Çünkü faize hükmeden mahkemeler Anayasa'nın 125/son maddesinde düzenlenen "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*" hükmüne de dayanmaktadır. Buna göre, hukuka aykırı idarî işlem ve eylemler hizmet kusuru oluşturmaktadır ve bu işlem ve eylemlerden dolayı mükellefin uğradığı zararın karşılanması gerekmektedir¹⁵⁵. Bu görüşteki mahkemeler VUK'un 112/4. maddesinin varlığına rağmen, hukuk devletinde idarî işlem ve eylemlerden kaynaklanan zararların karşılanması gerektiğini ve bunun için de ayrı bir kanun maddesine ihtiyaç bulunmadığına karar vermiştir.

¹⁵⁵ Doktrinde de bu husus vurgulanmaktadır: "*Bu noktada ortaya çıkan, kanımızca, idarenin kusurlu sorumluluğunun ortaya çıkması için aranan zarardır. Vergi idaresinin tek taraflı gerçekleştirdiği tarh işlemi bir idari davranıştır. İdarenin belki de en çok gerçekleştirdiği tek taraflı idari işlem (idarî karar) olan tarhiyatın, kusurlu sorumluluk için aranan idari davranış olduğu kabul edilmelidir. İlliyyet bağı ise daha açık bir şekilde görülmektedir. Vergi idaresinin hukuka aykırı tarhiyatı olmasaydı, mükellef bu tarhiyatı dava konusu yapmayacaktı ve bir gelir kaybı da olmayacaktı. Yani idari fül, zararı kaçınılmaz bir şekilde ortaya çıkarmaktadır*". BAYAR, s. 315.

Doktrindeki bir görüşe göre burada asıl mesele, idare tarafından verilen zararın tazmini için açık bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç bulunup bulunmadığı değil, VUK'un 112/4. maddesinin varlığına rağmen faiz ödenmesinin mümkün olup olmadığıdır¹⁵⁶. Bu görüşe göre, VUK'un faiz ödenmesine ilişkin VUK'un 112/4. maddesi (eski hali) hükmü bulunduğu sürece Anayasa'dan kaynaklanan genel sorumluluk kurallarına gidilemeyeceği, yani yargı kararları uyarınca iadesi gereken vergilere faiz ödenemeyeceği ileri sürülmektedir¹⁵⁷.

Yargı kararı uyarınca iade edilen vergilerde İYUK'un 28. maddesinin uygulanması zararı tam anlamıyla telafi etmekten uzaktır. Burada yargı kararınının 30 gün içinde yerine getirilmemesi halinde faiz ödenmesi söz konusu olacaktır. Halbuki karar derhal yerine getirilse bile mükellefin zararı yine mevcut kalmaya devam etmektedir¹⁵⁸. Bu itibarla İYUK'un 28. maddesi de tek başına mükellefin zararlarını karşılamaya yetmemektedir.

Kamu hukuku dalı olan ve kanunîliğin egemen olduğu vergi hukukunda, faiz ödenebilmesi için kanunda açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Zaten yargı kararlarında da faiz verilebilmesi için faizin kanun veya sözleşmeden doğması gerektiği ifade edilmektedir. Bu itibarla, kanunda mükellefe açıkça faiz ödeneceğine dair hüküm bulunmadıkça, faize hükmedilebilmesi mümkün değildir.

Doktrinde de haklı olarak, VUK'ta mükellefe faiz ödeneceğine dair hükmün bulunmamasının, eksik bir düzenleme olarak nitelendirilemeyeceği, çünkü mükellefin alacak hakkını genel hükümlere göre elde edebileceği ifade edilmektedir. Diğer bir ifade ile İYUK uyarınca açılacak bir tam yargı davası ile mükellef, ihlâl edilen hakkına karşı tazminat talebinde bulunmak suretiyle uğradığı kaybı faiz hesabına göre telafi edebilecektir¹⁵⁹.

¹⁵⁶ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 98.

¹⁵⁷ BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 99, 101.

¹⁵⁸ "Zira mükellef, yerel mahkemede yargılama yapılırken, rızaen ödeme yapmışsa veya yürütmenin durmadığı hallerden biri söz konusuysa yada yerel mahkeme kararı üzerine ödeme yapmış olup, üst mahkemede haklı bulunursa, yargılama bitene kadarki zaman birimi kadar faiz kaybı bulunmaktadır". SONSUZUĞLU, s. 96.

¹⁵⁹ KUMRULU, s. 250; SONSUZUĞLU, s. 96; BAYAR, s. 312, 315-316; BOZDOĞAN, s. 233.

Kanunda faiz ödeneceğine dair hüküm bulunmasa bile, kanaatimce hukuk devletinde idarenin genel sorumluluk hükümleri gereğince, mükellefin uğradığı zararın giderilmesi mümkündür. Çünkü faiz almadığı takdirde, mükellefin zarara uğradığı konusunda herkes hemfikir. Bu zarar da idarenin hukuka aykırı işleminden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kanunda faiz ödeneceğine dair hüküm bulunmasa bile, mükellefler açacakları tam yargı davalarıyla uğradıkları zararların tazminini talep edebileceklerdir. Dolayısıyla mükelleflerin zararlarının tazmin edilmesi gerektiği yönündeki yargı kararları isabetlidir. Haksız tahsil edilen verginin iadesine karar verildikten sonra, mükellefin uğradığı zararın tazmin edilmesinin gerektiği belirtilmelidir.

Mükellefin zararı tazmin edilirken de zararın telafisi için faize hükmedilmektedir. Mükellefe de faiz ödenmesi gerekir deyip doğru- dan kanunî faize hükmetmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Aynı şekilde mükellefe faiz verilmesi gerekir deyip gecikme faizine hükmetmek de isabetli olmayacaktır. Sonuçta mükellefe faiz ödenmesi doğru olmakla beraber, bunun hukukî nitelendirmesini doğru olarak ortaya koyabilmek şarttır. Burada olması gereken şudur: Mükellefin haksız tahsil sebebiyle uğradığı zararın tazmini gerekir. Aradan geçen zaman dolayısıyla oluşan zararın tazmini için de bir kriterden hareket edilmelidir. Bu kriter de faiz olacaktır. Devletle mükellefin menfaatleri arasında adil denge sağlayabilmek için mükellefe iade edilecek vergilerde de, devletin kendi alacakları için uyguladığı gecikme faizi oranını esas almak gerekir. Dolayısıyla mükellefe faiz, uğradığı zararı tazmin etmek için hukuk devleti ilkesi gereğince takdir edilmektedir. Aynı şekilde hukuk devleti ilkesi gereğince adil dengeyi sağlamak için de hükmedilecek faizin gecikme faizi oranında olması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası madde yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme neticesinde mükellefe iade edilecek vergiler için üç farklı durum öngörülmüştür. İlk olarak fazla veya yersiz tahsilat mükelleften kaynaklanmışsa faizin başlangıç tarihi "*müracaat tarihi*"; diğer hallerde ise "*verginin tahsili tarihi*" esas alınmıştır. Vergi kanunları uyarınca iade edilecek vergilerde ise, eski düzenleme ile aynı şekilde "*mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren*" faiz ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Mükellefin kendi hatasından kaynaklanan hallerde, faizin müraaat tarihinden itibaren işlemesi, kanaatimce kamu yararı ile bireysel yarar arasında olması gereken dengeye uygundur. Fazla veya yersiz tahsilden itibaren faizin işlemeye başlaması ileri sürülebilirse de, kamu yararı bu durumu engellemektedir. Bu yüzden söz konusu düzenleme olumludur.

İdare tarafından kaynaklanan sebeplerle fazla veya yersiz tahsil halinde de, tahsil tarihinden itibaren faizin işleyecek olması, gerek hukuk devleti gerekse mükellef hakları bakımından oldukça yerinde bir düzenlemedir. Nitekim doktrinde de önceden, tahsil tarihi ile verginin mükellefe iade edildiği tarih arasında geçen süre için faiz işleminin mükellef hukuku ile mükellef idare arasındaki ilişkiler bakımından yararlı olacağı ileri sürülmekteydi¹⁶⁰. Yapılan düzenlemenin, hem mükelleflerin mülkiyet haklarının ihlâlinin, hem de farklı içtihatların ortaya çıkmasının engellenmesi bakımından olumlu bir düzenleme olduğu ve mükellef hukukunun gözetilmesinde söylemden eyleme geçilen bir adım niteliği taşıdığı vurgulanmaktadır¹⁶¹. Gerçekten de mükellef aleyhine ortaya çıkan zararların en baştan itibaren (tahsil anından itibaren) giderilmesine yönelik düzenlemeler, mükelleflerin vergiye uyumunu da artıran bir faktör olarak ortaya çıkmaktadır.

Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerde ise faizin işlemeye başlamasını mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihe bağlamak doğru bir yaklaşım değildir. Aynen mükelleften kaynaklanan sebeplerle iadede olduğu gibi, başvuru tarihini esas almak gerekir. Başvuru sırasında mükellefler iade haklarını ispat eden, kanunda belirtilecek belgeleri teslim etmelidir. Zaten bu husus 418 sıra No.lu VUK Genel Tebliği'nde, fazla veya yersiz tahsilâtın mükelleften kaynaklandığı sebeplerde, başvuru sırasında gerekli bilgi ve belgelerin de eklenmesi gerekir şeklinde ifade edilmektedir¹⁶². Madem, mükelleften kaynaklanan sebeplerle iade

¹⁶⁰ SONSUZÖĞLU, s. 106, Ayrıca bkz. s. 105, 66, 96; Yeni düzenlemeyi kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengenin sağlanmasında mükellef lehine atılan olumlu bir adım olarak nitelendirmek gerekir. Bkz. BOZDOĞAN, s. 233.

¹⁶¹ BOZDOĞAN, s. 236.

¹⁶² "Diğer taraftan, fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iade edilebilmesi için varsa gerekli bilgi ve belgelerin tamamlanmasının ve vergi dairesine verilecek dilekçeye ilave edilmesinin icap ettiği tabiidir". 418 Sıra No.lu VUK Genel Tebliği.

halinde gerekli bilgi ve belgelerin başvuru dilekçesine eklenmesi ve faizin başvurudan itibaren hesaplanacağı düzenleniyor, bu düzenleme aynen vergi kanunları uyarınca iade edilecek vergiler için de hayli hayli yapılabilir. Bu iki iade sebebi arasında, faizin hesaplanmasındaki ayrılığı haklı gösterecek bir durum bulunmamaktadır.

Mükellefin kanunda belirtilecek belgeleri başvurusu sırasında teslim etmesine yönelik yapılacak böyle bir düzenleme, hukukî güvenlik açısından son derece olumlu olacaktır. Ayrıca başvurudan sonra üç ay içinde iade edilmemesi halinde faizin işlemeye başlayacak olması da, devletle mükellef menfaatleri arasında olması gereken adil dengeye aykırılık oluşturmaktadır. Elbette devlette ödemelerin belli bir prosedüre bağlandığı ve iadelerin gecikebileceği de göz önüne alınmalıdır. Ancak üç aylık süre, mükelleflerin hukukî durumlarını zedeleyen bir nitelik oluşturmaktadır. Bu durumda kanaatimce İYUK'un 28. maddesinde olduğu gibi, kural olarak idarenin başvurudan itibaren gecikmeksizin iadeyi gerçekleştirmek zorunda olduğu ve bu sürenin bir ayı geçemeyeceğine yönelik bir düzenleme yapılmalıdır. Buna bağlı olarak, başvurudan itibaren bir ay içinde iade yapılmadığı takdirde iade faizi işlemeye başlamalıdır. Böyle bir düzenlemeyle kamu yararı ile bireysel yarar arasında denge kurulmuş olacaktır.

Mükellefe iade edilecek vergilerde faiz ödenmesine ilişkin VUK'un 112. maddesinin yeni düzenlenen 4 ve 5. fıkralarında, her üç iade durumunda da faizin işlemesinin biteceği tarih ise "*düzeltilme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarih*" olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme, adaleti tam olarak sağlamaktan biraz uzaktır. Çünkü mükellefe düzeltme fişinin tebliğ edildiği tarihten sonra da iade gecikebilir. Bu itibarla düzeltme fişinin tebliği ile fiilen iade arasında zaman kaybının olmaması gerekir¹⁶³. Bu yüzden mükellefe iade edilecek vergilerde faizin, fiilen iade tarihine kadar işlemesine yönelik kanunî düzenleme yapılmalıdır. Böyle bir düzenleme hukuk devletinin gereklerine çok daha uygun olacak ve ortaya çıkması muhtemel adaletsizlikler de önlenmiş olacaktır.

Mükellefe iade edilecek vergilerde tecil faizinin uygulanıyor olması da ayrı bir sorundur. Doktrinde mükellef devlete hangi oranlarda

¹⁶³ ÜSTÜN, *Denetim-Yargı*, s. 141.

faiz ödüyorsa, devletin de ona o oranda ödemesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁴. Gerçekten de mükellefe iadede gecikme faizinden daha düşük oranlı tecil faizinin uygulanması, mükellefin uğradığı zararların tam olarak karşılanamaması sonucunu doğurması mümkündür. Tecil faizinin uygulanması belki kamu yararı gerekçesi ile savunulabilir. Ancak kanaatimce, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki denge, mükellefe de gecikme faizinin uygulanmasını gerektirmektedir. O mükellefin de aynı zamanda vergi dairesinin adeta bir müşterisi niteliğinde olduğunun ve onun zarara uğramasının da ileride devletin vergi alacaklarını olumsuz olarak etkileme potansiyelinin bulunduğu da dikkate alınması gerekir. Bu değerlendirmeler yapıldığında mükellefin alacaklarına da gecikme faizinin uygulanmasının, kamu yararı ile bireysel yarar arasında olması gereken dengeye uygun olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Tecil faizinin çok düşük olarak belirlenmesi mümkündür. Bu ihtimal de mükellefin zararının tam olarak karşılanamayacağını göstermektedir. Hatta mevcut durum dahilinde bile, aradan geçen zamanın uzunluğu ve iade edilecek alacak miktarının büyüklüğüne bağlı olarak, tecil faizi mükellefin uğradığı zararları tam olarak karşılayamayabilir. Bu durumda, VUK'un mevcut 112/4-5. maddesine rağmen, mükellef ayrıca açacağı bir tam yargı davasıyla, kendisine iadede uygulanan tecil faizi ile karşılanamayan zararlarını ayrıca talep edebilir. Bu durumda da mahkemeler, mükellefin tecil faizinin uygulanmasına rağmen karşılanamayan zararının karşılanmasına hükmedebilir. Bu halde ise, gecikme faizi ile tecil faizi arasındaki fark kadar ayrıca tazminata karar verilebilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında AİHM kararına atıf yapılmıştır. AİHM kararları incelendiğinde, mükellefe iadede faiz uygulanmaması, düşük faiz uygulanması, iadenin kısım kısım yapılması gibi hallerin mükellefin hukukî durumunu zedelediği, mülkiyet hakkına aykırılık teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin AİHM kararlarına atıf yapması önemli bir gelişmedir. Muhtemel hukuka aykırılıkların engellenmesi, adaletin sağlanabilmesi için olumludur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları olmasaydı dahi, hukuk devleti ilkesi gereğince kişilerin zararlarının tazmin edilebilme-

¹⁶⁴ ÜZELTÜRK, s. 136.

sine yönelik karar verebilmek gerekirdi. Eğer AİHM'in böyle bir kararı olmasa idi, mükellefe iadede faiz ödenmesine karar verilmeyecek miydi? Bu yüzden, Türkiye'nin hukukun üstünlüğünü sağlama noktasında kendiliğinden adımlar atması önem arz etmektedir. Doktrinde de vurgulandığı üzere, Türkiye olarak Magna Carta'lar oluşturmak suretiyle dünyaya örnek olmalıyız¹⁶⁵. AİHM böyle bir içtihat geliştirmemiş olsa bile, Türkiye'de yargı organları hukukun üstünlüğünü, vergi adaletini sağlayacak içtihatları geliştirebilmelidir. Yasama organı da bu yönde adımlar atmalıdır. Yapılacak kanunî düzenlemelerde hukukun üstünlüğü esas tutulmalı ve sadece devletin menfaati değil, mükellefin menfaati de dikkate alınmalıdır. Bu iki menfaatin arasında adil bir denge sağlanmaya çalışılmalıdır. Bu itibarla mükellefe verilecek faizin fiilî iade tarihine kadar ve gecikme faizi oranında olmasına yönelik düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKLAR

- AY Hakan, "Anaya Mahkemesi'nin İptal Kararı; "İade Edilen Vergiler Üzerinden Hesaplanan Faizin Hesaplanma Süresi Anayasa'ya Aykırıdır"", *Vergi Dünyası*, S. 358, Haziran 2011, s. 42-51.
- BAŞARAN YAVAŞLAR Funda, "Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İadelerinde Faiz", *Vergi Dünyası*, S. 316, Aralık 2007, s. 84-101.
- BAYAR İbrahim Nihat, "Vergi Hukukunda Mükellef Aleyhine Uygulanan Gecikme Faizinin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 3-4, Yıl 2003, s. 310-317.
- BOZDOĞAN Mine Nur, "Mülkiyet Hakkına Haksız Bir Müdahale, İptali ve Yeni Hukuki Zemin: Fazla veya Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Süre Sorunu", *Maliye Dergisi*, S. 162, Ocak - Haziran 2012, s. 219-237.
- CANDAN Turgut (Çeviren), "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Eko - Elda Avey / Yunanistan Kararı", *Danıştay Dergisi*, yıl 37, 2007, S. 114, s. 1-8 (Eko - Elda Avey).
- CANDAN Turgut, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2001.

¹⁶⁵ ÜZELTÜRK, s. 139.

- ÇÖLGEZEN Övül, "Gecikme Faizinin Niteliği", *Vergi Dünyası*, S. 354, Şubat 2011, s. 77-81.
- DOĞRUSÖZ A. Bumin, "Gecikme Faizinden Kurtulmak", *Dünya Gazetesi*, 28.08.2006.
- ERMUMCU Osman, "Yargı Kararlarıyla İptal Edilen Verginin İadesinde Faiz Uygulaması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Kasım 2010, S. 51, s. 149-163.
- GÜNEŞ Gülsen, *Verginin Yasallığı İlkesi*, Alfa basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1998.
- HELVACI Mehmet, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2000.
- KUMRULU Ahmet, "Vergi Davalarında Uygulanan Gecikme Faizi Hakkında Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40, S. 1-4, 1988, s. 237-250.
- ÖNCEL Muallâ/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- ÖZBALCI Yılmaz, *Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara, Nisan 2006.
- SONSUZOĞLU Elif, *Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.
- ÜREL Gürol, *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2007.
- ÜSTÜN Ümit Süleyman, *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı?*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2013 (*Denetim – Yargı*).
- ÜSTÜN Ümit Süleyman, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- ÜYÜMEZ M. Erkan, "Yanılma Halinde Gecikme Zammının Uygulanabilirliği", *Vergi Sorunları*, S. 253, Ekim 2009, s. 109-119.
- ÜZELTÜRK Hakan, "Vergilerin Kanuniliği – Kanunların Meşruluğu: Yüzyılların Serüveni", *Kriz Ortamında Vergi Politikalarının Değerlendirilmesi*, 25. Türkiye Maliye Sempozyumu, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2011, s. 117-140.
- YALTI Billur, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları – Türk Yargıçları: Mülkiyet Hakkının İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/Değer Kayıpları", *Vergi Dünyası*, S. 310, Haziran 2007, <http://www.vergidunyasi.com.tr>, s. 1-25.
- YALTI Billur, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları – Türk Yargıçları: Mülkiyet Hakkının İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/Değer Kayıpları", *Danıştay 2007 İdarî Yargı Sempozyumu*, http://www.danistay.gov.tr/insan_haklari_avrupa.htm.
- 3239 Sayılı Kanun'un Gerekçesi, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler/BSMV/cilt_4_3239_sayili_kanun.pdf
- 4369 Sayılı Kanun Tasarısı'nın Gerekçesi, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler/6183/tvk_4369_sayili_kanun_1.pdf.

AATUHK Tasarısı Gerekçesi, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/gerekceler/6183/cilt_3_6183_sayili_kanun.pdf.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası: <http://www.anayasa.gov.tr>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bilgi Bankası (ECHR HUDOC): <http://hudoc.echr.coe.int>.

Danıştay Kararları Bilgi Bankası: <http://www.danistay.gov.tr>.

Taxation and the European Convention on Human Rights, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8CE3BE16-6D76-4D3B-A143-19100041C2A3/0/FICHES_Fiscalit%C3%A9_EN.pdf, s. 1-9.

TC. Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Daire Başkanlığı, Temel Metinler, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/temel/ek1.pdf>.

SİYASET VE ANAYASAL YABANCILAŞMA: ETİK İLKELERİN TÜRK HUKUKUNA UYARLANMASI PROBLEMİ

POLITICS AND CONSTITUTIONAL ALIENATION: THE PROBLEM OF ADAPTATION OF ETHICAL PRINCIPLES INTO THE TURKISH LAW

İ. Uğur ESGÜN*

Özet: Etik ve yabancılaşma, pozitif hukuk metinlerinin tartışılmasında pek rağbet görmeyen iki önemli kavramdır. Oysa yabancılaşma, her beşeri-bilimsel analizde odağa yerleştirilmesi elzem olacak kadar insana içkin bir olgudur. Normatif disiplinlerde normların vaz edilme ve uygulanma süreçlerinin insan referanslı bir yabancılaşma analizi olmadan etik açıdan sorgulaması mümkün görünmemektedir.

Bu çalışmada; kamu hizmetlerinin sunulması süreçlerindeki uygulama problemlerinin çözümü için başlatılan etiğin hukukleştirilmesi sürecinde ortaya çıkan kimi problemler, özellikle Anayasa Hukuku'nun temel ilkeleri perspektifinde ve yabancılaşma eksenli bir etik analiz üzerinden tartışılacaktır. Analizde “insanilik” değerlerinden uzaklaşmayı; bu değerleri manipüle etmeyi, anlamsızlaştırmayı, etkisizleştirmeyi içeren her bireysel/kolektif veya siyasal davranış ile pozitif hukuk düzenlemesi, birer yabancılaşma semptomu olarak belirlenecektir.

Anahtar Kelimeler: Etik, yabancılaşma, siyaset, anayasa, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, rasyonelleşmiş parlamentarizm.

Abstract: Ethics and alienation are two major concepts which, however, are not being taken into consideration sufficiently within the framework of the discussions on the sources of positive law. Alienation is not only a concept but also a fact which is entirely immanent to human condition and, therefore, must essentially be at the focus of every analysis in humanities. It seems unfeasible to make a critique of the procedures of setting and implementing norms in normative disciplines from the point of ethics without an alienation analysis that makes the human being its reference point.

In this essay, it is planned to deal with the issues that has appeared during the process of judicialisation of ethics which has been initiated in order to overcome the obstacles of implementation

* Yrd.Doç.Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

in public services procedures within a perspective that would take the basic principles of constitutional law into account and within a framework of an ethical analysis based on the concept of alienation. In the analysis, it is aimed to point every individual/collective or political attitude and all legislation that is intended to manipulate, neutralise or make nonsense of the values such as ‘humanitarianism’ as a symptom of alienation.

Keywords: Ethics, alienation, politics, constitution, rule of law, separation of powers, rationalized parliamentarism.

GİRİŞ

Yabancılaşma, insana ve insanlığa içkin olarak yaşanan, insanlığın keşfedip de bireysel ve toplumsal düzlemde nihai olarak bir türlü kopamadığı süreçleri ifade eden bir kavramdır. Yabancılaşma saptamaları antropoloji, psikoloji, sosyoloji, felsefe gibi beşeri-bilimsel disiplinlerde olduğu gibi normatif disiplinlere ilişkin analizlerde de aydınlatıcı işlev görür. Bu nedenle, insanlığın yabancılaşma süreçlerinden kopamaması, aslında yabancılaşma saptaması yapmaktan da kopamaması olarak değerlendirilebilir. Çünkü insan kendi dışındaki doğaya bile “yabancılaşma gözlüğü” ile bakabilmekte ve özellikle psikolojide bilinç bozunumu ve diğer disiplinlerde de birer “sapma” veya “başkalaşma” sayılabilen bu olguyu, insani anlamda bilincin mevcut olmadığı cansızlar, bitkiler ve hayvanlar dünyasına dahi uyarlayabilmektedir. Bununla birlikte bu yaklaşım bir eksiklik değil, tersine insan düşüncesini zenginleştiren ve eleştirel işlev taşıyan bir akıl yürütme etkinliği olarak nitelendirilebilecektir. Örneğin; “insan doğadan yabancılaştı”¹ ile “doğa, insanlaşarak yabancılaştı”² önermeleri, aralarındaki gerilime rağmen, aslında bir durum veya süreç tespiti açısından insan düşüncesine farklı bakış açıları kazandırabilmektedir.

¹ Paul Burkett, *Marx ve Doğa*, Çev. Ercüment Özkaya, Epos Yay., Ankara 2004, s. 110; Karl Marx, *1844 El Yazmaları*, Çev. Murat Belge, Birikim Yay., İstanbul 2000, s. 169-170, 179-182. Tuncar Tuğcu, *Yabancılaşma Problemi*, Alesta Yay., Ankara 2002, s.121.

² Tuğcu, s. 97-102; Serol Teber, *Doğanın İnsanlaşması*, Say Yay., İstanbul 2003, s. 12, 117 vd., 240, 367.

Hukuk teorisinde yabancılaşma kavramı çok rağbet görmemektedir. Pozitif hukukta ise yabancılaşma (*alienation*), çok dar bir biçimde “mülkiyetin temlik” veya “evlilikte eşlerin arasını bozma (*alienation of affections*)” olarak kullanılmıştır.³

Bu yazı, öncelikle siyasetin meta-etik⁴ karakterinin hukuk normlarının gerek vazedilmesi gerekse uygulanması aşamasında evrensel Anayasa Hukuku ilkeleri referansında yarattığı yabancılaştırma etkisinin “Anayasal Yabancılaşma” olarak adlandırılmasına ilişkin bir önerme içermektedir. Anayasal yabancılaşma, kulağa ilk gelişt, sadece “Anayasa hükümlerine aykırılık” durumunu çağrıştırmakla birlikte, aslında daha geniş bir biçimde, anayasacılık hareketlerinin var oluş nedeni olan ve “Demokratik Hukuk Devleti” ilkesi olarak kristalize edilebilecek “siyasi iktidarın sınırlanması” veya “siyasetin hukuksallaştırılması” üst-amacına aykırı her türlü anayasa ile daha alt düzeydeki normların ve uygulamaların yarattığı problemleri ifade edecektir. Siyasetin aslında kendi meta-etik doğasına içkin olan, “nesneleştirme ve özgürlük gaspı”⁵ anlamında iktidar kurma, kalıcılaştırma ve pekiştirme eğilimine rağmen, doyum noktasına ulaşmış evrensel hukuk ilkelerini kabul etmek zorunda kalmış olması, bizzat yabancılaşmayı ifade etmektedir. Siyaset, bu yabancılaşmasını, evrensel ilkeleri söylem düzeyinde kabul edip hukuku yaratma gücünü elde ederek ve fakat her fırsatta onu manipüle ederek aşmaya çalışmaktadır. Bu manipülasyon girişimleri, bazen anayasanın kendi “ruh”una aykırı olarak değiştirilmesi, bazen anayasaya aykırı anayasa-altı mevzuat düzenle-

³ Ziya Sak, *Terms of Law&Politics*, A-A Yay., İstanbul 1998, s. 38. Türk Pozitif Hukuku’nda yabancılaşma terimi bu anlamlarda dahi kullanılmamaktadır.

⁴ “Meta-etik” kavramı bu yazıda, “etik-dışı” veya “etik-ötesi” anlamlarında olumsuz bir nitelemeyi ifade edecek biçimde kullanılacaktır. Genellikle çoğu teorisyen, “meta-etik” kavramını olumsuz olarak nitelememekte ve hatta bizzat etik yaklaşımın bir türü olarak kullanılmaktadır. Kanımızca meta-etik, belirli bir ahlakiği ifade etmesiyle görece olumlu algılanabileceken, evrensel değerleri referans almaması bakımından görece ahlaksızlık olarak da algılanma potansiyeli taşıdığı için nihai anlamda olumsuz bir nitelik taşır. Örneğin; Feldman’ın meta-etik düşünme etkinliği olarak kodladığı “Eğer bir insanın ahlaki açıdan a edimini yapmasını gerekiyorsa ve b’yi yapmadan a’yı yapması mümkün değilse, o zaman ahlaki açıdan b’yi yapması gerekir.” önermesi, aşağıda değinileceği üzere “Makyavelist” siyaset ahlakına uygun olarak, amacı gerçekleştirecek her türlü aracı meşrulaştırmasıyla etiğe aykırı düşebilmektedir (Fred Feldman, *Etik Nedir?*, Çev. Ferit Burak Aydar, Boğaziçi Üniversitesi Yay., İstanbul 2012, s. 26).

⁵ İ. Uğur Esgün, “Makro İktidar Mikro İktidar ve Hukuk”, *Birikim Dergisi*, Sayı: 118, Şubat 1999, s. 29, 30.

mesi yapılması veya normların uygulanmaması olarak ortaya çıkmaktadır ki bu süreçler ise rahatlıkla birer anayasal yabancılaşma olarak saptanabilecektir.

Yabancılaşma kavramı, kuşkusuz sadece belirlenmiş referanslara aykırılıkları değil, aynı zamanda mevzu düzenlemelerin kendi iç-tutarsızlıklarını, ontolojik çelişkilerini de kapsayan daha geniş anlamlar da içerebilmektedir. Bunun en somut örnekleri ise, bu yazıda inceleneceği üzere, dünyada ve Türkiye’de “kamu etiği” adı altında etik ilkelerin pozitif hukuka uyarlanması girişimlerinde gözlemlenebilmektedir. Bu çalışmanın bir diğer yönü de anayasal yabancılaşma saptamalarının yanında; yaptırım içermeyen etik ilkelerin, bizzat yaptırım içermesiyle var olabilen normatif disiplinlerden biri olan hukuka taşınmasında ortaya çıkabilecek problemlere de dikkat çekilmesiyle ilgilidir. Yaptırımlarla bezenmiş hukuk normuna dönüştürülen bir etik ilke, artık ne kadar etik bir kategori olarak değerlendirilebilecektir? Bu yazıda yanıtı aranacak sorulardan biri de bu olacaktır.

I. ETİK VE NORMATİF DİSİPLİNLERİN YABANCILAŞMA EKSENİNDE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Etik Kavrayış Farklılıkları ile Etik İlkelerin Normatif Disiplinlere Uyarlanması Probleminin Yabancılaşmayla İlgisi

Etik kavramının siyaset ve hukuk tartışmaları kapsamında değerlendirilmesi eğiliminin özellikle 20.Yüzyıl’ın sonlarından günümüze hatırı sayılır bir ivme kazandığı; hatta dünyada ve Türkiye’de etik kavramının pozitif hukuk metinlerine geçirilecek denli ilgi merkezi olmaya başladığı rahatlıkla gözlemlenebilmektedir. Bu bağlamda etik, artık sadece felsefi bir tartışma konusu değil, bizatihi normatif-disipliner tartışmaların da odağına yerleşmiş bulunmaktadır. Örneğin “Hipokrat Yemini” ile başlayan tıbbi etik, sadece bir felsefi önermeler dizisinin araştırılması veya tıp fakültelerinde okutulan bir ders değil, pozitif hukukta “hasta hakları”⁶ kategorisinin yaratılmasına vesile olan bir bilimsel-disipliner kaynak işlevi de görebilmektedir.⁷ Hekimlikte

⁶ “Hasta Hakları Yönetmeliği”, *Resmî Gazete*, 01.08.1998, Sayı: 23420.

⁷ Neşe Kocabaşoğlu, İbrahim Başağaoğlu, Zekeriya Kökrek, “Tıbbi Etik”, *Yeni Symposium*, Sayı 36 (3-4), s. 81-84, 1998, s. 81 (<http://www.yenisymposium.net/>)

olduğu gibi çeşitli meslek grupları ve örgütlenmeleri, kendi mesleklerine ilişkin ilkeleri “meslek ahlakı” veya “meslek etiği” kurallarına dönüştüren ve “etik kurullar”ın kurulmasını sağlayan normatif düzenlemelere gitmiştir. Bunun en önemli nedenlerinden biri, her mesleğin icracıları arasında bu mesleği kötüye kullanarak icra etme potansiyel ve eğilimlerinin her daim mevcut olmasından kaynaklanır. “Meslek ahlakı” kavramının “meslek etiği”nden ayırt edilebilmesini sağlayan en önemli fark ise meslek ahlakının daha çok “meslek sevgisi, üstlendiği işin hakkını verme ve mesleğinde başarılı olma isteği” eğilim ve davranışlarını ifade etmesinden kaynaklanır. Bununla birlikte etik kavramı üzerinde bir fikir birliğine varılamamış olması ve çoğu zaman normatif bir disiplin olan ahlakla ayrıştırılmaması bir problem olarak karşımızda durur. Çünkü tam da bu noktada meslek ahlakı ile etiğin üst üste örtüştürülmesi, bazı mesleklerin öz-niteliklerinin sorgulanmamasına ve bizzat yabancılaşmaya yol açabilir. Bir cellâdın önündeki anne veya babası olsa bile görevini yapması, cellâtlık mesleğini “hakkıyla” yerine getirmesi anlamına gelir. Dolayısıyla meslek ahlakına uygun sayılır ama bu cellât etik sorgulamadan ve “yabancılaşmış” saptamasından kurtulamaz. Aynı paralelde; titiz, başarılı bir avukat olarak müvekkilini en zor durumda dahi cezadan kurtarabilen bir kişi “becerikli” olarak nitelenir ve mesleğinin hakkını vermiş addedilir. Oysa bu “becerisi” gerçekten suç işlemiş bir müvekkili her halükarda beraat ettirmek olarak algılandığında etik anlamda olumlu kabul edilemeyecektir ve bu “beceri” hukukun adalet üst-amacından bir sapma veya kopma, yani bir yabancılaşma sayılabilecektir. Meslek ahlakı, meslek etiğine dönüştüğünde ise artık sadece işinin hakkını vermek değil, titizlikle gösterilen mesleğin icrasını üst-insani değerlere uygun olarak gerçekleştirmek önemli bir ölçüt olarak var olacaktır. Ancak ne yazık ki, günümüzde “meslek etiği” kavramı dahi çoğunlukla, sadece mesleğinin gereğini yerine getirmeyi her türlü değer üzerinde tutma anlamında kullanılmaya devam etmektedir.

Etik kavramını tanımlama çabalarının önemli bir kısmında, onun doğrudan doğruya “evrensel ahlak” veya “ahlak felsefesi” adlandırılmalarıyla, aslında bir normatif disiplin olan ahlak içinde değerlendiril-

mesi eğilimi göze çarpmaktadır.⁸ Aslında bir yönüyle hak verilecek bu eğilimlerin tek problemi, ahlakın yaptırım içermesi nedeniyle normatif bir disiplin olmasına karşılık saf bir etiğin yaptırımdan arındırılmış bir disiplin olarak algılanması arasındaki farktan kaynaklanır. Bu açıdan mutlaka bir bağ kurulacaksa etik alan ile normatif disiplinler alanı arasında yine ahlak disiplini işlev taşıyabilir. Çünkü gerçekten Eski Yunan'da *ethos* sözcüğü hem kurallar bütünü olarak "ahlak (*morals*)"⁹ hem de Jeremy Bentham'ın yine Eski Yunanca'da gerekliliği ifade eden *deon*'dan esinlenerek türettiği "deontoloji"ye gönderme yapan "Nasıl davranılırsa erdemli olunur?"u ifade etmekteydi.¹⁰ Ancak böyle bir analizde dahi ahlak disiplini, ancak iç-muhakeme sonucu olarak kendi kendine yaptırım uygulama sayılacak vicdan azabını içeren "sübjektif ahlak" adlı kapısı etiğe açılan, dış-muhakeme sonucu olarak dışardan yaptırım uygulama sayılacak ayıplanmayı içeren "objektif ahlak" kapısı ise hukuk, din ve görgü kuralları denilen diğer üç normatif (yaptırımsız kurgulanamayan) disipline açılan bir koridor niteliği taşıyacaktır. Bu koridor aracılığıyla etik alandan normatif disiplinler alanına birçok ilke taşınabilmektedir ve fakat normatif alanda bu ilkeler etik kökenli olmasına rağmen artık yaptırımlarla bezenmiş birer normatif "hüküm"e dönüşecektir.

Bu dönüşme, normatif disiplinlerin kendi aralarındaki ilke alışverişleri sırasında da gerçekleşmektedir. Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesinde "Dürüstlük Kuralları" başlığı ile düzenlenen "hakkı kötüye kullanma yasağı", objektif bir iyiniyetlilik gösterme edimi olarak hem etik hem de ahlaki kategorilerden beslenmektedir. Yine "yalancı" tanıklığın hukuken ceza yaptırımına uğratılması, sübjektif ahlaki bir *emir* (ve aynı zamanda etik bir *ilke*) olan yalan söyleme ediminin ihlalinin, artık sadece ahlaki bir yaptırım olarak ayıplanmayı değil bir hukuka aykırılık olarak yaptırıma uğratılması sonucunu da vermektedir. Dolayısıyla bir hukuk uygulayıcısının artık yalancılığı "ahlaka aykırı" yönüyle değil, "hukuka aykırı" yönüyle olgusallaştı-

⁸ Doğan Özlem, *Kavram ve Düşünce Tarihi Çalışmaları (Kavramlar ve Tarihleri-II)*, İnkılâp Kitabevi Yay., İstanbul 2006, s. 73-81.

⁹ Annemarie Pieper, *Etiğe Giriş*, Çev. Veysel Atayman, Gönül Sezer, Ayrıntı Yay., İstanbul 1999, s. 30, 31.

¹⁰ Berna Arda, Serap Şahinoğlu Pelin, Ankara Tıp Mecmuası (The Of Journal Of The Faculty Of Medicine), Sayı: 48, 1995, s.323-325 (dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/36/859/10903.pdf, *Son Erişim Tarihi*: 13.02.2013).

racağı açıktır. Nitekim bir ceza hâkimi adam öldüren birisine günah diye değil, Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerini ihlal etti diye ceza verilmesine hükmedecektir. Buna karşılık; çoğunlukla laik karakter kazanmış modern hukuk, artık dinsel kaynaklı hükümlerle örtüşen emirleri bir bir sayma yöntemiyle iktibas edebilse de doğrudan dinsel disiplini referans alan emir-yasak ve yaptırımlara atıf yapmamaktadır. Oysa ahlaki ilkeleri bir bir sayarak hukuk hükümüne dönüştüren hukuksal düzenlemeler, bunun yanında bizzat genel olarak ahlaka atıf yapan hükümler de içerebilmektedir. Örneğin; “ahlaka aykırı sözleşme yasağı”, “genel ahlak nedeniyle Anayasa'daki bir çok temel hak ve özgürlüğün sınırlanabilmesi” imkanı artık doğrudan doğruya ahlak disiplininin temel bir referans alınması anlamına gelmektedir. Bu noktada, artık hukuk hükümlerinin yaptırım veya sonuç bağladığı etkinliklerin yorumlanmasında ahlaka aykırı olup olmama tespiti, bizzat hakimin yorumuna ve takdirine bırakılmış olmaktadır.¹¹

Keyfiyet böyleyken; pozitif hukuka geçirilmiş bir etik davranmama “yasağı”nın ihlali “suç” veya “hukuka aykırı fiil” sayıldığında artık etik değil, bizzat hukuki bir kategori olacaktır. Dolayısıyla hukuk; ahlaki, dini kategorilere ait değerleri iktibas ettiğinde bu değerler artık pozitif hukuk unsuruna dönüşür ve fakat hukuk bizzat ahlak veya dine temel kaynak olarak genel bir atıf yaptığında ontolojik olarak “yabancılaşır”; hukukun belirliliği ve yöresel değil de ülkesel (ulusal) olan karakteri sönükleşir. Yine de normatif disiplinlerdeki bu ilke alış-verişi, bir *emir (hüküm)* alış-verişi olarak, sadece emrin ihlaline bağlanan yaptırımın dönüştürülmesi ve bir göreceli durumdan bir başka göreceli duruma uyarlanmış olur. Hukuk, etiğe gönderme yaptığında ise daha evrensel bir karaktere bürünür ve bu ulus-üstü yönüyle olumlu sayılabilir; ancak, burada da “belirlenmişlikten belirlenmemişliğe geçiş” anlamında bir ontolojik yabancılaşmadan ve görecelikten kurtulamaz.

Bu nedenle, yazımızda yaptırımsız kurgulanacak ve ahlak felsefesi veya evrensel ahlak açısından değil de, davranışların insan, insanileşme; yaşam, yaşamsallığa aykırı olmama evrenselliği referansında sorgulandığı bir “etik” kavramsallaştırması temel oluşturmaktadır. Böyle bir referans noktasında etik sorgulama, ancak yabancılaşma analizleriyle mümkün olabilecektir.

¹¹ İoanna Kuçuradi, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 1999, s. 143-148.

B. Etiğin Ahlaktan Ayırıştırılmasında ve Normatif Disiplinler Dışında Kavranmasında Yabancılaşma Analizinin Önemi

İnsana ilişkin tüm süreç ve olgularda olduğu gibi, siyaset ve hukuk alanlarında da etik problemlerin “yabancılaşma” analizleri aracılığıyla çözülmesi imkân dâhilindedir. Çünkü iyi bir siyasetçi olmak, siyaset kavramının etimolojisine gönderme yapılırsa “iyi bir seyislik”¹² ve yine seyislik kök-anlamına sahip “mareşallik”¹³ veya Süleyman Demirel ile hatırlanan “Atın üzerinde uzun süre düşmeden kalmak” anlamına mı gelecektir?¹⁴ Keza “Üç kaz bile güdemeyenin siyasete soyunması” siyaset bakımından abesle iştigal mi sayılacaktır?¹⁵ Bu sorular, aslında siyasetin etik olup olmadığı probleminin birer ifadesidir. Machiavelli’nin ünlü yapıtındaki¹⁶ “başarılı siyasetçi” formülasyonları, siyaset biliminin “bilimselliğini kanıtlıyorsa”¹⁷; “kardeş katli vaciptir” fetvasıyla “siyaseten katli” hukukileştiren siyasetin ve “hukuk”un “ahlaka aykırı” bir yabancılaşma sayılmaması gerekir.¹⁸ Etik bakışa göre ise “siyaset” bu ise, hiç kimsenin “siyasetçi” olmaması gerekir.

Pozitivizmin doruğa çıktığı 18. Yüzyıl’dan 20. Yüzyıl’ın sonlarına kadarki süreçte her disiplinin, sübjektif ve göreceli sayarak etiği küçümsediği ve kendine içkin normlar, ilkeler ve değer yargıları dışında gördüğü için reddettiği, buna alternatif olarak ise “meta-etik” analizleri yücelttiği de ortadadır. Olgunun, “olan”ın sadece “fotoğrafını çekme” işleviyle açıklanması, en çok antropolojik/sosyolojik yaklaşımın karakterine yapışıktır. Bununla birlikte bilimsellik, “(...), tüm bilimsel

¹² Bülent Daver, *Siyaset Bilimine Giriş*, Doğan Yay., Ankara 1969, s. 3.

¹³ Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Kitabevi Yay., Ankara 2005, s. 201.

¹⁴ Nilgün Cerrahoğlu, “Demirel’i Mumla Aramak”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 28.10.2012 (<http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=374430>, son erişim tarihi: 13.02.2013).

¹⁵ Mehmet Şeker, “Üç Kaz Versen Güdemez”, *Yeni Şafak Gazetesi*, 30.10.2012 (<http://www.yenisafak.com.tr/yazarlar/MehmetSeker/uc-kaz-versen-gudemmez/1255>, son erişim tarihi: 13.02.2013).

¹⁶ Niccolo Machiavelli, *The Prince*, Oxford University Press (Oxford World’s Classics), New York 1998. İki ayrı Türkçe çeviri için: Machiavelli, *Hükümdar* (Prens), Çev. Anita Tatlier, Göçebe Yay., İstanbul 1997; Machiavelli, *Hükümdar* (Il Principe), Çev. H.Kemal Karabulut, Sosyal Yay., İstanbul 1998. Özellikle yapıtın VIII. Bölümü’nde yapılan meta-etik saptamalar, başarılı siyasette erdemden yoksun araçlar kullanmanın “Makyavelizm” olarak adlandırılmasına yol açmıştır (Mehmet Ali Ağaoğulları, Levent Köker, *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, İmge Kitabevi Yay., Ankara 1991, s. 165, 166).

¹⁷ Ağaoğulları, Köker, s. 166, 167.

¹⁸ Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katil*, Birey ve Toplum Yay., Ankara 1985, özellikle bkz. s. 109.

teoriler aynı zamanda büyük mantıksal olgular olarak düşünüldüğünden, mantıksal yasaların bilgisine erişmek yalnızca bu olguların sıkı bir biçimde gözlenmesiyle mümkündür"¹⁹ diyen Auguste Comte'dan günümüze, sadece sosyolojik ve/veya antropolojik değil, tüm analizlerde dominant olarak "olan" ı açıklarken "olması gereken"i dışlayan meta-etik yaklaşımlar olarak algılanmaktan kurtulamamıştır. Oysa meta-etik, insandışı doğa referanslı fizik bilimlerde olağan iken beşeri (insana ilişkin) bilim ve disiplinlerde "insana rağmen" bir etki yaratmaktadır. John Chipman Gray'ın dediği gibi "Yargıçlar ile Sir Isaac (Newton) arasındaki fark, dünyanın yörüngesini hesaplarken Sir Isaac'ın yapacağı bir yanlış, dünyanın güneş etrafında daha hızlı dönmesine yol açmazken, (...) bir yargıçın vereceği yanlış bir kararın yasal olarak geçerli olmasıdır"²⁰ ve doğrudan doğruya insan hayatını etkileyecektir. Fizik bilimler de nihayetinde insanın insan için gereken formüllerin keşfini ifade etmesine rağmen ancak "olan" ile ilgilenirken beşeri bilimlerin "insan için"liği, insanın altını değil de üstünü çizen "olan"ların ayıklanıp "olması gereken" alternatif formüllerin de üretilmesini hayati derecede gerektirmektedir.

Hukuk, din, ahlak ve görgü kuralları; sosyal düzeni sağlayan ve sosyal yaşamı belirleyen dört normatif disiplin olarak genel bir kabul görür. Bu disiplinler, aralarında çeşitli farklılıklar içermesine rağmen emir, yasak ve yaptırımlarla donatılmıştır. Şiddet, caydırıcılık ve korkutuculuğun farklı düzeylerde derecelendirilmesi mümkün olan yaptırımlar içeren bu normatif disiplinlerin tümünün sosyal düzenin bozulmaması için vazedilen emir ve yasakların ihlalinin yaptırım tehdidi ile önlenmesi yöntemini benimsediği görülür. Dolayısıyla bir yaptırım tehdidi taşıyan her davranış ilkesi, artık sadece bir "ilke" değil; aynı zamanda "hüküm" niteliği taşır. Hukukun, manevi niteliği ağır basan yaptırımlar içeren diğer üç normatif disipline göre daha etkili olması ise maddi yaptırımlar, yani fiziksel/parasal bir zorlama veya şiddet içermesinden kaynaklanır. Hukuk dışı normatif disiplinlerde vicdani kanaatler ve iç sorgulama (maneviyat) önemli rol oynar ve fakat buna rağmen, dışsal ithamlar da bu disiplinlerin emir ve yasaklarına uyma motivasyonu sağlayabilmektedir. "Sübjektif ahlak" diye kategorize

¹⁹ Auguste Comte, *Pozitif Felsefe Kursları*, Çev. Erkan Ataçay, Sosyal Yay., İstanbul 2001, s. 47-48.

²⁰ Akt. Catharine A. MacKinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, Çev. Türkan Yöney, Sabir Yücesoy, Metis Yay., İstanbul 2003, s. 183.

edilen disiplinde ise, artık dış-sorgulama ve ithamların baskı yaratması minimuma iner ve tamamıyla “vicdan sızısı” olarak genelleştirilebilecek bir iç-sorgulama ve öz-itham dominantlaşır.

“Olması gereken”in hukuk, din, ahlak ve görgü kurallarından ibaret dört beşeri-normatif disiplindeki yeri önceden belirlenmiş; somut veya soyut, kişisel veya kolektif bir tür “hükümdarın/egemenin” emirleri anlamında “olan”, yani birer “hüküm”den ibarettir. Normatif değerlendirme de, önceden belirlenmiş bir hüküm referansında davranışın sorgulanarak vazedilmiş emrin ihlalinin araştırılması ve yaptırımın hak edilip edilmediğinin saptanması etkinliğinin dar ve durağan kalıplarından kurtulamamıştır. Gerçekten de kişi, bu dört disiplinin emrettiği normlara uymayı bu normların vazedilişinde gerekçe olarak gösterilen “İnsan için en iyisi bu...” etik önermeyi aklına getirmekten çok yaptırım tehdidinden sıyrılma motivasyonu tercih etmektedir. İşte bu nedenle etik algılama, ahlaktan ve diğer normatif disiplinlerden ayrıştırılacak kadar evrensel, insanı, yaptırımından korktuğu bir tür “hükümdar”ın nesnesi olmaktan çıkarıp özneleşme imkanı verecek ve yabancılaşmadan kurtaracak bir işlev taşımaktadır. Normatif disiplinler ise sadece vazedildiği için değil, ancak etik sorgulamada temize çıkmasıyla meşruluk kazanabilecektir. Bu nedenle etik, bu noktada neredeyse tüm beşeri bilim ve disiplinler için nefes aldırıcı, kalıp kırdırıcı, dinamikleştirici bir motivasyon sağlamaktadır.

Bu bağlamda, “olması gereken”in normatif disiplinlerde “olan” bir hükme dönüşmesi ve yaptırımla donatılması, etiğin varlık nedenini ortadan kaldırıp onun dinamik karakterinden sıyrılıp durağanlaşmasına yol açtıkça yabancılaşma sayılabilecektir. Öte yandan; bir hukuk, din, ahlak veya görgü kuralının (hükümünün) etik sayılacak evrensel davranış ilkelerine sınırlı sayma (*numerus clausus*) yöntemiyle değil de dinamik süreçlerde devamlı sorgulama, tartışma ve arayışlar içeren etiğe bizzat atıf yapması, normatif disiplinlerin yabancılaşması ve varlık nedeninden uzaklaştıran bir yabancılaşma süreci olarak saptanmasını mümkün kılabilecektir.

Aslında meslek etiği (iş ahlakı) olarak genellenebilecek tüm “... etiği” şeklindeki tamlamalar ve pozitif-normatif düzenlemeler de, bir bakıma bu kaderi ifade eder. Bu kaderin silinmesinin olanaklarını ise yabancılaşma bilincinin alabildiğine genişletilerek yabancılaşma ana-

lizlerinin, etik problemlerinin eksenini belirlemesi verebilir. Yabancılaşmanın etik ile bağlantısı da bu noktada çıkar. Sübjektif ahlak dairesi içinde beliren “vicdan azabı”, artık etik dairesinde “insanın yaptığına, vicdanının sızlamasına neden olan davranışına yabancılaşması ve onu sahiplenmemesi” olarak şekillenir.

Yabancılaşma analizinin asıl önemi ise, sadece yabancılaşma saptamasının yapılması değil; bu yabancılaşmanın olumlu veya olumsuz olarak değerlendirilmesinde yatmaktadır. Çünkü yabancılaşma, her zaman olumsuz olarak algılanabilecek bir durumu ifade etmemektedir. Örneğin; insanların ilk çağlarda hayvanlara benzer bir yaşamdan sıyrılıp “uygarlaşması” bir yabancılaşma süreci olarak olumlu bir değeri ifade edebilmektedir. Keza, Nazi tecrübesi hatırlandığında toplumun külliye insanı değerlere yabancılaşması ve bir bireyin yabancılaşmış bu Nazi toplumuna konformist bir şekilde uyarak yabancılaşması olumsuz ve fakat bir başka bireyin konformizmi reddederek Nazi toplumuna yabancılaşması ise olumlu olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda siyaset, hukuk ve benzeri süreçler insan-dışı doğanın değil, bizzat insanın (beşeri) ürünleridir ve insan-dışı doğanın ürünlerin tersine her durumda “insana, insanlaşmaya, insanlığa, insaniliğe ve yaşamcılığa aykırılık” ölçütünde sorgulanmaya mahkumdur; mahkum olmalıdır. Bu çerçevede, aşağıda ayrıntılarına girilecek siyaset, hukuk ve kamu etiği ile ilgili yabancılaşma tespitleri “insan” referanslı bir etik sorgulama ışığında yapılacak olumlu veya olumsuz analizleri ve önermeleri ifade edecektir.

C. Normatif Disiplinlere Aykırı Uygulamaların Bir Yabancılaşma Süreci Olarak Etik Probleme Dönüşmesi

Bireyin normatif disiplinlere aykırı uygulamalar içeren davranışları, başta Durkheim ve Seeman olmak üzere birçok yabancılaşma kuramcısında *anomie* (kuralsızlık) durumu olarak nitelendirilir.²¹ Dolayısıyla bir normatif disiplinin hükümlerini ihlal, doğrudan doğruya o normatif disipline yabancılaşma anlamına gelir. Fakat bu kuralsızlık durumları, yine Seeman tarafından birer yabancılaşma semptomu sayılan “anlamsız bulma, toplumdaki soyutlanma veya kendinden uzaklaşma” süreçle-

²¹ Muhammet Ertoyl, *Yabancılaşma : Kader mi, Tercih mi?* Lotus Yay., Ankara 2007, s. 36, 42, 83; Temel Demirer, Sibel Özbudun, *Yabancılaşma*, Öteki Yay., Ankara 1998, s. 26-30.

rinin bir sonucu olarak da ortaya çıkabilmektedir.²² Bu durumların etik bir problem olarak algılanması ise normatif disiplinlerin bir hükmünün insan, insanlık; yaşam, yaşamsallık referansını doğrulayıcı olması bakımından bireyin insanlıktan ve yaşamcılıktan uzaklaşması anlamında bir yabancılaşması olarak değerlendirilebilecektir. Fakat birey, normatif disiplinlerin içerdiği emir ve yasakları bir şekilde insani veya yaşamcıl olarak kabul etmediğinde, tersine yabancılaşmamak için *anomie*'yi tercih edebilmektedir. Bu durumun ortaya çıkmaması için normatif disiplinlerin vazettiği hükümlerin sadece sosyal düzeni sağladığı değil, insani ve yaşamcıl değer taşıdıkları, yani etik olduğu konusunda bireyi ikna etmesi gerekmektedir. Bireyde insanlıktan ve yaşamcılıktan ve toplumsallaşmadan uzaklaşma anlamında bir yabancılaşma durumu varsa -ki bu durumun başta sağlıksız eğitim süreçleri olmak üzere birçok kültürel, ekonomik (çıkarsal), politik ve ideolojik nedenleri mevcuttur- artık *anomie* kaçınılmaz olacaktır ve buna karşı normatif disiplinler önleyici değil, caydırıcı ve ödettirici bir işlev taşıyacaktır.

Normatif disiplinlerin, içerdiği hükümlerin insani ve yaşamcıl nitelik taşıdığına bireyi ikna edemediği veya bireyin bizzat yabancılaşarak bu hükümlere uymayı reddettiği durumlar, hükümlerin etkisiz kaldığı bir uygulama olasılıkları evrenini ifade etmektedir. Birey bu evrende, ya normatif disiplinlerin içerdiği yaptırımlara maruz kalmadığına emin olduğu fırsatlar kollayarak veya yaptırımlara çarpıtılmayı göze alarak bu hükümleri ihlal edebilecektir. Normatif disiplinlerin yetersizliği bu nedenle "normatif yabancılaşma" adı verebileceğimiz meta-etik karakterinden kaynaklanmaktadır. Çünkü başta hukuk olmak üzere tüm normatif disiplinler referans aldığı değer ölçütlerine göre "iyi" veya "kötü" davranış biçimleri belirleyip bunların gerçekleştirilmesi için emir ve yasaklara hükmedecektir. Dolayısıyla o disiplinin "iyi" olarak kodladığı (emrettiği) bir davranışı gerçekleştirilmeme veya "kötü" olarak kodladığı (yasakladığı) bir davranışı gerçekleştirme etkinliği birer neden olarak yaptırım sonucuna bağlanacaktır. Normatif sorgulamada sadece yapma veya yapmama eyleminin yaratacağı doğal sonuçlar "yaptırım" denilen yapay bir sonuca yöneltilecektir. Etik sorgulamada da bir değer yargısı söz konusu olacaktır ve fakat bu değer yargısı müspet veya menfi eylemin doğal sonuçlarının insanlık ve yaşamcılık

²² Demirer, Özbudun, s. 40, 41.

ölçütüne göre “iyi” veya “kötü”; gerekli ve gereksiz, zararsız (yararlı) veya tehlikeli (sakıncalı) olarak kodlanmasını sağlayacak olmasına rağmen bir yaptırım tehdidi içermeyecektir. Sadece kendisinin de “etik” anlamda “kötü” sayabileceği müspet veya menfi bir eylemde bulunan birey, bunun farkına vardığında insanilikten ve yaşamcılıktan yabancılaştığını fark edebilecek ve bu davranışının normatif disiplinlerde yaptırımı düzenlenmişse bu disiplinleri ciddiye aldığı ölçüde kendisini yaptırımlara teslim edecektir. Böyle bir durum da ancak dürüstlük ve vicdani sorumluluk dairesinde gerçekleşebilir. Yani birey yabancılaşmamışsa ve etik bilinçle donanmışsa artık bu sonuçları önceden kestirebilme yeterliliği ve alışkanlığı kazanacağı için bir hükme uyması gerektiriyor diye değil; zaten özgürce, isteyerek etik davranış biçimlerini seçebilecektir. Yok eğer, insanlık ve yaşamcılıktan uzaklaşmış ve etik olarak eksilmişse eyleminin sorgulanması sadece ve sadece bir yabancılaşma saptamasının konusu olacak; bu durumda bu yabancılaşma durumunun bilincine varması gerekecektir. Bireyin “kötü” olduğunu kabul edene yöneldiği bir davranış, artık bireyin normatif disiplinler açısından *anomie*; etik açıdan ise bir yabancılaşma ve patolojik bir bilinç (veya bilinçsizlik) durumundan ibaret olacaktır.

Basit bir örnekle açıklamak gerekirse; bir ebeveyn çocuğunun dişleri çürümesin diye “dişlerini fırçalamazsan harçlığını keserim” şeklinde bir hüküm verirse, çocuk dişlerini fırçalamamasının, doğal olan (dişlerinin çürümesi) sonucundan yabancılaşır ve sadece harçlığı kesilmesin diye dişlerini fırçalamaya başlar. Ebeveynini atlatılabildiği veya kandırabildiği her süreçte dişlerini fırçalamadan da harçlığını kapabilir ve bu arada dişlerinin çürümesi sonucunu engelleyememiş olur. Buradaki *anomie* durumu, artık normatiflikten uzaklaşma anlamında bir yabancılaşma olsa da aslında bu yabancılaşma, temelinde doğal nedenlere yapay sonuçlar bağlanması anlamına gelen bir “normatif yabancılaşma”nın neden olduğu bir sonuç olarak ortaya çıkar. Çünkü çocuk, kendine emredilen diş fırçalamanın “iyi”, tersinin “kötü” olduğuna dair bir bilinç geliştirememiş ve sadece yaptırım tehdidine bağımlı hale gelmiştir. Normatif yabancılaşmanın anayasal yabancılaşma olarak belirmesi de siyasetin “diş çürümesin” diye değil de hukuk tarafından “harçlığı kesilmesin” diye hukukun sözünü dinlemesi olarak betimlenebilir. 1982 TC Anayasası’nda, vazedilişindeki siyasetin (askeri müdahalelerin) anti-demokratik karakterine rağmen

Demokratik Hukuk Devleti ilkesini değişmez bir hüküm olarak öngörülmesi de aynı yabancılaşmış zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Kuşkusuz buradaki anayasal yabancılaşma, sadece bununla sınırlı değildir. Anayasa'nın evrensel nitelikli değerlerine uygun mevzu düzenlemeler yapma ve uygulama görevi taşıyan siyasi irade, bunun yerine, yapacağı düzenlemeler veya gerçekleştireceği uygulamalar için Anayasa'nın evrensel değerleri bir engel olarak her karşısına çıkışta Anayasa'yı kendine uydurma veya anayasa-altı düzenleme ve uygulamalarda bu değerleri koruyan mekanizmaları etkisizleştirme, içini boşaltma yoluna gitmektedir. 1982 Anayasası'nda yapılan çoğu değişlikte ve diğer mevzuat düzenlemelerinde bunun örneklerine rastlanmıştır; rastlanmaktadır da.

Günümüzde evrensel nitelik taşıyan insan hakları, adalet ve eşitlik, anayasanın üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı gibi bir çok unsur barındıran hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi ilkeleri, çok öncesinden pozitif hukuk hükümleri olarak zaten belirlenmiş ve vazedilmiş durumdadır. Ancak bu normlara rağmen söz konusu ilkelerin ihlal veya maniple edildiği, içinin boşaltıldığı sayısız uygulama süreçlerine de tanık olunmaktadır. Aksi takdirde, en basitinden günümüzde "insan hakları"nu üstün değer olarak kabul etmeyen neredeyse yok düzeyinde olmasına rağmen her gün bunca insan hakkı ihlaline tanık olunmaması gerekirdi. Aynı şekilde dünyada ve Türkiye'de gözlenen kamu etiği arayışları da bu yabancılaşma süreçlerinin birer göstergesidir. Bu arayışlar, yeterince emir-yasak-yaptırımlarla vazedilen normların uygulama aşamalarında yetersizlikle malul olduğunun bir ön-kabulü anlamına gelir.

Aşağıda; ilk olarak siyaset-hukuk ilişkisindeki yabancılaşmanın Türk Anayasal Tarihi'ndeki izdüşümlerine değinilecek, sonraki bölümde ise Türkiye'deki kamu etiği arayışlarında beliren yabancılaşmaya dikkat çekilecektir.

II. SİYASET VE HUKUKUN YABANCILAŞMA OLGUSU ÜZERİNDEN ETİK ANALİZİ

A. Pragmatik Siyasetin Bir Yabancılaştırma Etkinliği Olarak Hukuku ve Demokrasiyi Maniple Etmesi

Siyaset ile hukuk arasında gözlemlenen yabancılaşma hali, bizzat modern demokratik hukuk sistemlerinin bir ürünü olarak ortaya

çıkmıştır. Çünkü modern-öncesi hukuk sistemleri, hukukun bizzat zorbalığın ve belirlenmemiş egemenlik uygulama (siyasi iktidar) etkinliklerinin hissedildiği; eşitsizliğin etiğe aykırılığı net ve fakat “hukuki” bir olgu olarak var olduğu süreçlerden oluşmaktadır. Örneğin, Roma Hukuku’nda kaçan bir kölenin cezalandırılması, bir köle sahibinin bir başkasının kölesine zarar vermesinin yaptırımını olarak kendi kölesine zarar verilmesine “katlanması”, hukuki süreçleri ifade etmekteydi.²³ Keza, feodal dönemde derebeyleri ile vassallar arasında yapılan “feodum” sözleşmesi, bizzat vassalların derebeyi adına reayadan (toprak kölesi köylülerden) haraç toplama hakkını ifade etmekteydi.²⁴ Modern hukuk sistemleri ise, modern-öncesi hukuk sistemlerinin tersine, hukuku herkesin selameti için gerekli olan; eşitliği, özgürlüğü ve insan haklarını üstün değer olarak kodlayan hukuk devleti ilkesini ortaya çıkarmıştır ve Roma Hukuku’nun köleciliği ile Feodal Dönem’in zümreciliği ve haraççılığını yasaklayarak “hukuka aykırı” ilan etmiştir. Hukuka böyle bakıldığında ve içselleştirilmiş olarak bu şekilde algılandığında, hukuk da etik bir değer olarak karşımıza çıkar ve yabancılaşmadan kurtulma anlamında pragmatik ve meta-etik siyasetten arındırılabilir. Hukukun siyasetten arındırılmasını ifade eden bu süreç, kişiselleşmiş iradelerin egemenliğin yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerini uygulama ihtiyaçlarının devamı için, devletin kişisel iktidardan arındırılması ödününü vermesi olarak değerlendirilebilir. Devlet, artık hukuku dikte ve inşa eden bir egemenlik aygıtı değil; tersine, hukukilik içinde var olan veya anayasacılıkla inşa edilebilen bir tüzel (hukuksal ama soyut) kişi, yani yasal ve meşru bir siyasi örgüttür. Yani Machiavelli’nin meta-etik siyasi iktidarı, etik bir karaktere bürünmüş, siyasetten arındırılmış bir hukukilikle donatılmış olmaktadır. Siyasetin doğasına aykırı olan bu ödün de, aslında bir tür yabancılaşmayı temsil etmektedir. Eşitlik, özgürlük ve insan haklarının evrensel düzlemde siyasetten daha üstün bir değer olarak kabul edilmesi, “devletin hukukundan hukukun devletine” şeklindeki dönüşümü olarak ortaya çıkan bu yabancılaşma ise, olumlu anlamda insan referanslı bir etik nokta olarak kabul edilebilecektir.

²³ Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 2008, s. 130-144.

²⁴ Gianfranco Poggi, *Çağdaş Devletin Gelişimi*, Çev. Şule Kut, Binnaz Toprak, Hürriyet Vakfı Yay., İstanbul 1991, s. 34-47.

Bu durumda, siyasetin kendinden arındırılmış hukuku kendine tâbi kılarak içine düştüğü bu yabancılaşmadan kurtulması gerekmektedir. Bu kurtuluşun bedeli ise, hukukun manipüle edilmesi ve bu manipülasyonun yine çeşitli siyasi strateji ve taktiklerle demokratik hukuk devletinin bir sonucu olarak algılatılıp kitlelere kabul ettirilmesi, yani kitlelerin yabancılaşması/yabancılaştırılması olarak ödenecektir. Egemenliğin gücünü demokratik yollarla elde eden siyasi iktidar unsurları ise hala meta-etik davranmaktan vazgeçmeme niyetinde ise, iktidar tepesindeyken bu tepeyi kendine yabancı gördüğü unsurlarla paylaşmayacak ve gerekirse bu uğurda hem uygulama aşamasında hem de vazetme aşamasında, hukuku manipüle ederek feda etmekten kaçınmayacaktır. Bu “doğa” guguk kuşunun doğasına çok benzemektedir: Guguk kuşu, yumurtasını başka bir kuşun yuvasına bırakır. Bu yumurta yuvadaki diğer yumurtalardan daha önce çatlar ve içinden çıkan guguk kuşu yavrusu, hayata öncelikle adım atar. Bu yavrunun ilk işi ise, güdüsel olarak yuvadaki diğer yumurtaları gagasıyla aşağı atmaktır. Yuvaya gelen ana kuş, guguk kuşu yavrusunu kendi yavrusu sanarak beslemeye çalışır. Bu doğa öyküsünün sonunda guguk kuşu yavrusu asalakça beslediği ana kuşun iki katı büyüklüğe ulaşır. Siyaset bu çerçevede hukuk kuşunun yuvasının guguk kuşudur. Robert Michels, bu durumu “Oligarşinin Tunç Kanunu” diye adlandırır: Bir örgütün yönetim katına gelenler, yönetimin gücünü kullanarak muhaliflere nefes aldırılmaz; hep yönetimde kalır ve oligarşik bir yapı oluşur.²⁵ Siyasetin içkin olduğu iktidardan, yani topluma rağmen edinilen kişisel, sınıfsal, zümresel menfaatlerin bekaası için üretilen iradede hukuk dolayımıyla arındırılma çabası, siyasetin pragmatik doğasına yabancılaştırılması, yani guguk kuşu yavrusunun diğer yumurtaları aşağıya itelememesi anlamına gelecektir. Siyasi iktidarın, doğasına içkin pragmatizmden kurtulması ise “güçlüyken gücünü dürüstçe toplum aleyhine kullanılamaması” anlamında etik bir davranıştır.

Siyasi pragmatizmin yarattığı yabancılaşmanın en yeni örneklerinden birisi 2010 Anayasa değişikliği ile getirilen Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkının tanınması sürecinde görülmektedir. AYM’ye bireysel başvuru gerekçesi olarak belirlenen kamu

²⁵ Tom B. Bottomore, *Seçkinler ve Toplum*, Çev. Erol Mutlu, Gündoğan Yay., Ankara 1990, s. 112.

gücünün sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS'de) yazan temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi süreçleridir. Oysa zaten 1982 Anayasası'nda AİHS'tekilere paralel olarak korunan bu hakların yanında birçok hakkın da tanındığı nettir. AYM, tüm anayasaya aykırılıkların yargısal denetimi için öngörülmüştür. Dolayısıyla Anayasa'da yer aldığı halde AİHS'de yer almayan bir hakkın ihlali gerekçesiyle bireysel başvuru yapılamaması, AYM'yi varlık nedeninden uzaklaştırma anlamında bir yabancılaşmayı ifade etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruları azaltmak ve Avrupa Birliği'ne uyum sağlamak pragmatizmi, AYM'nin Anayasa ile tanınmış tüm insan haklarını koruyucu fonksiyonunu daraltmış ve onun işlevini insan haklarını ve Anayasa'ya uygunluğu sağlamak yerine AİHM'ye giden yolda bir hız kesme tümseği olarak kısırlaştırmıştır.²⁶

B. Yürütme Erkinin Yasama ile Yargı Erklerine Göre Siyasete İçkinliği ve Anayasal Yabancılaşma

Egemenliğin (devlet iktidarının) uygulanma kuvvetleri, bilindiği üzere yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını ifade eder. Bu üç fonksiyonun resmi (hukuksal) olarak; monarşik yapılarda tek kişinin, oligarşik yapılarda ise bir zümrenin (grubun, azınlığın) kontrolünde olduğu da sabittir. Millet egemenliği ilkesine dayalı cumhuriyetlerde ise böylesi bir kontrol teorik ve retorik olarak reddedilmiştir. Egemenlik milletin elindedir; dolayısıyla üç kuvvetin de kontrolü millete aittir. Bu kontrol demokratik ilkelerin gerçekleştirilmesiyle hayata geçirilmek istenir. Ancak, doğrudan demokrasinin olanaksız sayıldığı kalabalık nüfuslu toplumların (yani neredeyse tüm dünya ülkelerinin) temsili demokrasilerde "millet" (aslında seçmenler), oy kullanarak bu kontrolü temsilcilerine bırakır. O yüzden, dünya anayasalarında egemenliğin sahibinin yanında, egemenlik kuvvetlerini kimin kullanacağı da belirtilir. 1982'de yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 6.maddesi de bu soruların, Türkiye'deki karşılığını verir: "*Egemenlik kayıtsız şartsız millete aittir. Millet egemenliğini yetkili organlar eliyle kullanır.*"

²⁶ Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı'nın (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2011, Yıl: 24, Sayı: 95, s. 34-37.

Siyasetin devreye girmesi de asıl bu aşamada ortaya çıkar: Anayasa’da egemenliğin kime ait olduğundan çok devlet egemenliğini kimin kullanacağı önemlidir. O nedenle siyasi hedef artık egemenliğin sahibi olmak değil, egemenliği kullanmak olarak belirir. Burada demokratik hukuk devleti ilkesi, tıpkı 1982 Anayasası’nda olduğu gibi, bir kuvvetin kullanılması yetkisini elde eden kişi veya grupların bu gücünü kötüye kullanmasını önlemek için egemenliğin kuvvetlerini farklı organlara paylaştırır. “Kuvvetler Ayrılığı” ilkesi olarak adlandırılan bu düzenleme siyasetin teknelci eğilimleri karşısında hukuksal bir engel oluşturur. Siyaset, doğasına aykırı bu engeli nasıl aşacaktır?

Parlamentar hükümet sistemlerinde “millet” (daha doğrusu halk, daha doğrusu seçmenler), sadece yasama yetkisini kullanacak kişileri belirler; yarı-başkanlık hükümeti sisteminde yasama yetkisi yanında yürütmenin devlet başkanı kanadını da seçerek, doğrudan belirler. Yürütme yetkisinin bir kişinin tekeline bırakıldığı ve bu kişinin hükümetle özdeşliğine dayanan başkanlık hükümeti sisteminde ise, hem parlamento seçimleri aracılığıyla yasama organını hem de devlet başkanı seçimleri aracılığıyla başkanın kişiliğinde ve iradesinde belirlenecek hükümetin (yönetimin) oluşmasına katkıda bulunur. Yargı kuvvetinin ise tüm ülkede yaygınlaşması ve çok daha kalabalık bir insan nüfusuna (hâkim kadrosuna) sahip olması gereği, teknik olarak mümkün görülmediğinden genellikle halkın oyları belirleyici olmaz; ancak bu seçilme değil de atanmayla yargı yetkisini kullanma zorunluluğu, “yargı bağımsızlığı” ilkesi perspektifinde çeşitli yöntemler kullanılarak telafi edilmeye çalışılır.

Yürütme yetkisinin kullanılması, yasama ve yargı yetkilerinin kullanılmasına göre çok daha dominanttır. Çünkü “idari fonksiyon” ve “kamu yönetimi” olarak adlandırılan egemenlik olarak kamu gücünün uygulanması, ülkenin tüm hücrelerinde gün be gün, an be an gerçekleşen ve hissedilen kesintisiz süreçleri ifade eder. Yürütme bu karakteriyle hem yasamanın yaptığı düzenlemeleri hem de yargı kararlarını *uygulayan*, yani egemenliğin pratikte somutlaşmasını sağlayan bir fonksiyon olarak var olur. Meta-etik (pragmatik) siyaset, bu nedenle öncelikle yürütme fonksiyonunda var olmaya çalışır. Çünkü hukuk devleti ilkesinin söylem düzeyinde reddedilemeyeceği bir düzlemde veya çağda, hukukun en elverişli bir şekilde manipüle edilmesi ağırlıklı olarak uygulama (yürütme) aşamasında mümkün olur.

Burada ise siyasetin önüne “kanunilik ve insan haklarına değer veren bir anayasaya uygunluk, idarenin yargısal sorumluluğu” olarak belirlenen diğer hukuk devleti ilkeleri yeni bir engel olarak dikilir. Anayasa ve kanunların etik bir içselleştirmeye vazedildiği, yargı bağımsızlığının da gerçekten başarılı olduğu bir hukuk düzeninde meta-etik siyasetin yürütmeyi ele geçirerek sadece uygulama aşamasındaki istismarı, hem yasama tarafından iktidarsızlaştırılma olasılığını hem de bağımsız yargı tarafından yaptırıma uğratılma tehlikesini yaratır. Öyleyse meta-etik bir siyasi iktidarın yaşaması için sadece yürütme değil, egemenliğin yasama ve yargı kuvvetlerinin de kontrolü gerekecektir. Parlamenter hükümet sistemlerinde, siyasi partilerin yürütme yetkilerine sahip olması, yasamaya talip olması ve parlamento çoğunluğunu elde edip ona sahip olmasıyla gerçekleşir. Yarı-başkanlık hükümeti sisteminde de bu durum aynı şekilde gerçekleşmesine rağmen, siyasi partilerin sadece parlamento değil, cumhurbaşkanlığı seçiminde de başarılı olması gerekir. Çünkü aksi takdirde parlamento çoğunluğu sayesinde elde ettiği yürütme iktidarı, güçlü yetkilerle donatılmış “yabancı” bir cumhurbaşkanı ile paylaşılmış olur. Başkanlık hükümeti sisteminde de siyasi partilerin çatallanmış bir seçim zaferi beklentisi vardır ve fakat iki zaferden sadece birisinin tercih edilmesi olasılığında cazip görünen, o siyasi partinin (veya menfaat çevrelerinin) devlet başkanlığı seçimlerinden galip çıkması olmaktadır. Bu nedenle, özellikle başkanlık hükümeti sisteminin en “başarılı” olarak kabul edildiği ABD’de, Kongre seçimlerinden çok Başkan seçimleri çok daha fazla siyasi heyecan yaratmaktadır.

C. Çoğulcu Demokrasi ile Hukuk Devleti Gerilimi Örneği Olarak Rasyonelleşmiş Parlamenterizm İdeolojisi

Rasyonelleşmiş Parlamenterizm, daha çok, “özellikle yürütmenin güçlendirilerek parlamenter sistemin tıkanıklık yaratma potansiyelinin zayıflatılması” ve böylelikle “sistemin akılcı ve akıcı işleyişinin sağlanması” nı ifade eden, ilk kez Boris Mirkin-Guetzevitch tarafından kullanılmış bir terimdir.²⁷ Aslında Mirkin-Guetzevitch’e göre, “siya-

²⁷ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2009, s. 439. Kemal Gözler, “Türkiye’de Hükümetlere Nasıl İstikrar ve Etkinlik Kazandırılabilir? (Başkanlık Sistemi ve Rasyonelleştirilmiş Parlâmentarizm Üzerine bir Deneme)”, *Türkiye Günlüğü*, Sayı 62, Eylül-Ekim 2000, s.25-47 (www.anayasa.gen.tr/istikrar.htm); *Son*

sal hayatın bütünü yazılı hukuk kuralları şebekesi içine kapatılmalı”²⁸ iken, yine tipik bir yabancılaşma örneği olarak siyasetin istediği bir hayatın, siyasetin istediği bir “hukuki”liğe büründürülmesi olarak okunmaktadır. Hal böyle iken, her türlü siyasi söylem, rahatlıkla hukukun siyasallaşmamasını kabullenir görünmektedir. Pragmatik siyaset, istikrarı neredeyse demokratik hukuk devletinin de üzerinde görüp fetişleştirmektedir ki bu pragmatizmin doğasına uygundur ve fakat bu fetişleştirme, Demokratik Hukuk Devleti’nden ödün vermeyi meşrulaştırmanın bir gerekçesini de oluşturduğu için hem “ideolojik” nitelendirmeli bir etik sorgulamadan kurtulamaz ve hem de hukuk devletinin ontolojik olarak yabancılaşmışlığını gösterir. Etik değil, Makyavelist bir pragmatizm içindedir; çünkü siyasi hedeflere ulaşmada Demokratik Hukuk Devleti’nin içini boşaltma aracını kutsamış olur. Hukuk Devleti’ni, “Devletin Hukuku” olarak baş aşağı çeviren bir yabancılaştırma içindedir; çünkü aracın Demokratik Hukuk Devleti ilkesinin evrenselleşmiş üst-amacını aşmış ve Herbert Marcuse’nin vurguladığı gibi “rasyonalizmin aracı, amaca dönüşmüş olur”.²⁹

Türkiye’de de özellikle 1961 Anayasası’nda yapılan 1971 değişiklikleri ile 1982 Anayasası’nın getirdiği yeniliklerde bu eğilim rahatlıkla gözlemlenebilmektedir.³⁰ Örneğin:

1971 değişikliğinin bir ürünü olan Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile 1982 Anayasası yeniliği olan Olağanüstü KHK rejimi, aslında kanun yapma sürecinde yaşanan ve bu süreci uzatan parlamento içi birçok prosedürle devlet başkanının veto yetkisinin geciktirici etkisi bertaraf edilerek yürütmenin ihtiyacı olan hukuki (yasal) zeminin yine bizzat yürütme (hükümet / Bakanlar Kurulu) tarafından yaratılabilmesini mümkün kılmaktadır. Ancak bu “zaman kazandırıcı” tekniğin bedeli olarak millet egemenliği ve kuvvetler ayrılığına dayanan “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesinden ödün verilmesi anlamı da taşımaktadır. 1982 Anayasası’nda her ne kadar bu iki yasama fonksiyonu niteliği taşıyan yürütme işleminin yine yasama organınca onaylanması veya reddedilmesi hükmü mevcut olsa da yasama organının bunları

Erişim Tarihi: 13.02.2013).

²⁸ Akt. Kemal Gözler, 41 no.lu sonnot.

²⁹ Ertoy, s. 113.

³⁰ Bu anayasacılık süreçlerin arkasında ise askeri müdahalelerin olduğu unutulmamalıdır.

reddedip yürürlükten kaldırmasına kadar geçen zaman diliminde bu iki düzenleme yürürlükte olup uygulanma imkanı bulacaktır. Üstelik TBMM tarafından reddedilip yürürlükten kaldırılması, hukuka aykırı bir işlemin geri alınması anlamında geçmişe yürür bir iptal hükmü ve sonucu doğurmayacaktır. Bu durum, olağan KHK'ların "geriye yürür" iptal kararları veren idare değil de; "geriye yürümez" iptal kararları verebilen anayasa yargısı denetimine tâbi kılınması ve olağanüstü KHK'ların ise anayasa yargısı ve diğer yargısal denetim kapsamı dışında tutulmasıyla birlikte düşünüldüğünde hukukun teknik bir manipülasyona maruz bırakıldığı rahatlıkla saptanabilir. Dolayısıyla TBMM tarafından reddedilen veya Anayasa Mahkemesi'nce (AYM'ce) iptal edilen KHK adlı bir düzenleyici işlemin yürürlükte kaldığı müddetçe yarattığı hukuka aykırı tahribat ve mağduriyetin tazmin edilmesi imkanı bulunmayacak, pejoratif bir deyimle "Atı alan Üsküdar'ı geçmiş" olacaktır.³¹ AYM, 1993'ten beri içtihadı olarak kullandığı bir kanun veya KHK'yı iptal etmeden önce yürürlüğünü durdurma yetkisiyle AYM'nin iptal kararlarının geriye yürümezliğinin sakıncalarını bertaraf etmeye çalışmakta olsa da, TBMM reddettiği bir KHK veya olağanüstü KHK'nın yürürlükte kaldığı müddetçe yaratacağı etkiyi telafi edecek hiçbir hukuki mekanizma mevcut değildir. Bu keyfiyetin dominant uygulayıcı yürütmenin lehine, hukuk devleti temel değerlerinin ise aleyhine olduğu açıktır.

Yine 1971 değişikliği ile vazedilen ve 1982 Anayasası'nın 73. Maddesinin son fıkrasında yaşamaya devam eden, Bakanlar Kurulu'na yine onun parlamento çoğunluğuna sahip olduğu için belirlediği yasa fonksiyonunca verilebilecek "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma*" yetkisi modern hukuk devletlerinin temelindeki "vergi ancak kanunla koyulur" ilke ve hükmünden bir uzaklaşma, bir yabancılaşma niteliği taşımaktadır. Hükümete böyle bir yetkinin verilmesi, hele bir de onun bu yetkisinin sınırlayan vergi kanunlarındaki üst sınırların Katma Değer Vergisi Kanunu'nda olduğu gibi %10 KDV oranının %40'a arttırılabileceği gibi oranlar olarak belirlenmesi, hükümete yeni bir mali yükümlülük koyma yetkisi vermiyor gibi görünse de ikiz, üçüz, dördüz

³¹ Karşı görüş için bkz. Gözler, s. 38-39.

vergi vs. toplayabilmesini sağlama işlevi taşımakta ve “kanuni vergi ilkesi”nin içeriği boşaltılmış olmaktadır. Nitekim, bu düzenlemenin gerekçesinde de bir tür rasyonelleşmiş parlamentarizm ruhu rahatlıkla görülebilir: *Yürütmenin, mali zorunluluklardan doğan konjonktüre hızlı bir biçimde uyumu*. 1982 Anayasası’na göre Bakanlar Kurulu’nun yapacağı oran değişikliği işlemleri hakkında yargısal yola³² başvurma imkanları daha geniş olsa da sonuç aynıdır: Teknik zorunluluklar nedeniyle ve tıkanıklık giderip istikrar sağlamak hukuk devletinin ruhundan (özellikle kuvvetler ayrılığı ilkesinden) ödün vermek... Ödün vermekse başlı başına bir yabancılaşma sürecinden başka bir şey değildir.

Siyasi pragmatizm ve teknik bir akılcılığın³³ yarattığı sakıncalı durum, hukuk devleti ilkesinde yasamaya göre var olan, yasama fonksiyonun yürütülmesi misyonuyla donatılmış olması gereken yürütmenin bu varlık nedeni ve misyonundan uzaklaşması olarak nitelendirilebilecektir. Gerçekten de özellikle parlamenter sistemde parlamento çoğunluğunu haiz bir hükümetin “yasaları uygulamak” görevinden vazgeçip kendi siyasi-ideolojik hedeflerini gerçekleştirecek uygulamaları için yasamayı maniple eden bir güce dönüşmesi, siyasetin doğasına uygun olsa da hukuk devletinin ruhuna aykırı olarak bir yabancılaşma örneği sayılabilecek ve tıpkı, bir oyunda kendine verilen rolü kabullenmiş görünüp diğer rolleri gasp etmeye çalışan bir çocuğun yabancılaşmasını akla getirecektir. Problemin özünde ise yürütmenin yasama fonksiyonu ürünleri olan kanunları uygulamayı reddetme değil, tersine oyunun kuralının o oyunda rolleri üstlenen çocuklardan birine, oyun sırasında başka bir rolü üstlenmesine izin verici mantıkla kuruluyor olması yatmaktadır ve bu paradoksla “oyun”, bizzat bir yabancılaşma ürünü olarak var olmaktadır. Bu yabancılaşmayı somutlaştıran kurgusal bir örnek verilmesi gerekirse; futbol için öyle bir kural konulmuş olsun ki futbolda ilk golü atan takımın oyuncuları,

³² Bakanlar Kurulu vergi vb. kamu alacaklarında oran değişikliğini KHK ile değil, sıradan Bakanlar Kurulu kararnamesiyle yapabilmektedir. Dolayısıyla kanunlara aykırı bir oran değişikliği hakkında Cumhurbaşkanı, en az 110 milletvekili, iktidar ve anamuhalefet partileri TBMM grubu ile sınırlanmış kişilerce AYM’ye değil, hukuki menfaati ihlal edilen herkes tarafından Danıştay’a dava açılabilir.

³³ Aslında teknik akılcılık, başta Jürgen Habermas olma üzere birçok düşünürce rasyonalizmde bir yarılma ve yabancılaşma olarak nitelenir ve alternatif olarak “iletişimsel, eleştirel, kapsayıcı veya varoluşsal” akılcılığın olduğu ileri sürülür (Taner Timur, *Habermas’ı Okumak*, Yordam Kitap Yay., İstanbul 2008, s. 154-156; Walter A. Weisskopf, *Yabancılaşma ve İktisat*, s.33-48).

oyunun devamında nasıl futbol oynanacağına dair yeni kurallar belirleyebilsin. Rasyonelleşmiş parlamentarizmin ürünleri yürütme adlı takıma böyle bir yetki vermekten başka bir anlam ifade etmeyecektir.

Rasyonelleşmiş parlamentarizm, yukarıda verilen KHK ve mali yükümlülüklerde oran değişikliği örnekleri üzerinden hukuk devletine tezat oluştururken aynı zamanda çoğulcu demokrasinin temel ilkelerinden ödün verilmesi işlevi de taşımaktadır. Bilindiği üzere demokrasi sınavının oy verme ile tamamlanacağı inancı içeren çoğunlukçu demokrasi, çoğunluğun azınlığı tamamen yok etme veya geçersizleştirilmesi anlamında “çoğunluğun despotizmi”³⁴ olarak eleştiri konusu olur. Rousseau’nun “Genel İrade Kuramı”na bağlanan bu anlayış, Rousseau’nun bu kuramı “Doğrudan Demokrasi” modeliyle birlikte oluşturduğu dikkate alındığında, karar alma sürecinde doğal bir zorunluluk olarak azınlığın değil, çoğunluğun oylarının belirleyici olması anlamında sadece oylamanın ne için yapıldığının sorgulanması ve aklanamaması dışında bir sakınca yaratmaz. Oysa bu kuram, karar alacakların seçilmesi kararının çoğunluk tarafından alınmasını ifade eden temsili demokrasilerde katılanların yarısından bir fazlasının oyu ile seçilenlerin, katılanların yarısından bir eksik oyların ve hatta kendini seçen çoğunluğun dahi iradesini hiçe sayarak katılanların tümü adına karar alma yetkisini ele geçirmek anlamında ciddi sakıncaların doğmasına zemin hazırlar. Kaldı ki, parlamento çoğunluğunun yaptığı kanuni düzenlemelerle azınlığı çoğunluk gibi göstermek işlevli manipülasyona ve spekülasyona açık seçim sistemlerinin varlığı ile birlikte düşünüldüğünde, karar alanların çoğu zaman aslında yine azınlıkta kalan ama diğer oylardan çok olduğu için belirleme gücünü eline geçiren iradenin oylarıyla seçiliyor olmasına dikkat edildiğinde, çoğunlukçu değil “azınlıkçı” bir “demokrasi” ile modern sistemlerin işlediği ortadadır. Bu durum da aslında demokrasinin ve millet egemenliği ilkesinin bir yabancılaşması olarak anayasal yabancılaşma kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu yabancılaşma, çoğulcu demokrasi anlayışının önermeleriyle kırılmaya çalışılmaktadır; ancak bu yabancılaşmadan siyaseten “pragma” elde eden veya elde etme potansiyeli taşıyan siyasi güçler çoğulcu demokratik mekanizmaların

³⁴ Oktay Uygun, *Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları*, İnkılâp Kitabevi Yay., İstanbul 2003, s. 145.

kötüye kullanılmasını ve tıkanık yaratma potansiyelini gerekçe göstererek teknik bir önerme olarak rasyonelleşmiş parlamentarizm alternatifini ileri sürmüştür. Nitekim 1995 değişikliği ile seçim kanunları için 1982 Anayasası'nın 67.maddesine getirilen "yönetimde istikrar" ilkesi, "temsilde adalet" ilkesinin diğer kefesinde olduğu bir teraziye yerleştirilmiş; böylelikle milletvekili seçiminde uygulanan %10 ülke barajına anayasal dayanak sağlanmıştır.

Siyasi pragmatizmin teknik akılcılığı, demokratik hukuk devletinin varoluşuna aykırı bir akıl-dışılığa denk düşmektedir. Siyaset ne zaman demokratik hukuk devletiyle barışık olabilir? Ancak kendine yabancılaşıp hukuka verdiği ödümlerle... Örneğin; hukuk devletine gerçekten inanan bir siyasi kişi veya grup samimiyetini kuvvetler ayrılığına inanmakla kanıtlayabilir; yani egemenliği millet adına uygulamanın üç rolünden sadece birisine talip olabilir. Söz gelimi; hedefi yasama ise yasamaya talip olup onunla yetinmesi gerekir; yani yasama kuvvetini uygulama gücüne kavuştuğunda yürütme veya yargı rollerinde gözü olmaması gerekir veya diğer kombinasyonlar... Siyasetin tüm roller üzerindeki doymak bilmez iştahını frenlemediği müddetçe hukuksallaşamaz ve hukuku yabancılaştırması devam eder. Hukuk yabancılaştırıldıkça da demokratik hukuk devleti ve doğal olarak "etik", kaybeder. Bununla birlikte, siyasetin "hukuk-sevmez ama sever-görünür" doğasıyla ilgili yukarıda çizilen tablonun çok karamsar okunmaması gerekir. Çünkü insanlığın yaşadığımız yüzyılda hukuku var eden evrensel ilkeler konusunda ortaklaşabildiği nokta, aslında bir doyum noktasıdır. Çünkü gerçekten de retorik ve hatta pozitif hukuk düzeyinde bu evrensel ilkeler bir bir kabul edilmiştir. Etiğe duyulan ihtiyaç da zaten, artık bunun bir göstergesidir. İnsanın artık yapacağı tek şey kalmıştır: "Kağıt üzerinde" kabul ettiği ilkeleri hayata geçirmek ve olumsuz anlamıyla yabancılaşma süreçlerine izin vermemek, uygulama aşamasındaki manipülatif yaklaşımları önleyici mekanizmalar geliştirmek... Bu çözüm de imkansız değildir; çünkü zaten hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin keşfettiği mekanizmalar ve ileri sürdüğü önermeler teorik ve retorik çözümler sunmaktadır. Bu çözümlerin pratiğe dönüştürülmesi öncelikle yasama fonksiyonu olmak üzere tüm egemenlik yetkilerini kullanan, hukuk yaratan ve uygulayan kişilerin bu öze yabancılaşmadan etik dairede kalmasıyla gerçekleştirilebilir.

III. TÜRKİYE'DE KAMU ETİĞİ ARAYIŞLARININ HUKUKSALLAŞTIRILMASI

A. Etik İlkelerin Türk Pozitif Hukuku'na Uyarlanması Süreci

1982 Anayasası'nda "ahlak" kavramının tersine "etik" kavramına hiç yer verilmemiştir. Buna karşılık, özellikle Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde "etik" kavramı, Anayasa dışı mevzuatta kullanılır olmuştur.³⁵ Kanun düzeyinde "etik", ilk kez 25/05/2004'te kabul edilen 5176 sayılı *Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun* ile Türk Pozitif Hukuku'na girmiştir.³⁶ 2004'ten önce ise kanun-altı düzeyde, sırasıyla, *Hacettepe Üniversitesi İşletmecilik Meslek Etiği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği*³⁷ ile *Orta Doğu Teknik Üniversitesi Uygulamalı Etik Araştırma Merkezi (UEAM) Yönetmeliği*³⁸ adlı düzenleyici işlemler "etik"i odak alsa da, yukarıda vurgulandığı anlamda etiğin hukuksallaştırılması değil, etik ilkelerin araştırılmasının hukuksallaştırılması niteliği taşımaktadır. Oysa 5176 sayılı Kanun ve bu kanuna dayanılarak başta 8044 sayılı *Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri İle Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* (RG, No: 25785, 13.04.2005)³⁹ olmak üzere yürürlüğe giren yönetmeliklerde artık "etik ilkeler" araştırılacak bir değerler alanı değil; bizzat referans alınan, içeriği açıklanan, emir ve yasaklarla belirlenen ve hukuksal sorumluluk doğuracak sonuçlar bağlanan birer hukuk normu haline dönüştürülmüştür.

Nitekim yukarıda sözü edilen yönetmeliğin 23.maddesinin ilk fıkrasında "*Kamu görevlileri, görevlerini yürütürken bu Yönetmelikte belirtilen etik davranış ilkelerine uymakla yükümlüdürler. Bu ilkeler, kamu görevlilerinin istihdamını düzenleyen mevzuat hükümlerinin bir parçasını oluşturur.*" denilerek açıkça "ahlaka aykırı sözleşme yasağı"nda oldu-

³⁵ Bu konuda ilk kanun-altı mevzuat düzenlemeleri sağlık alanında görülmektedir (Kocabaşoğlu, Başağaoğlu, Kökrek, s. 83).

³⁶ *Resmi Gazete*, 08.06.2004, Sayı: 25486.

³⁷ *Resmi Gazete*, 15.01.2001, Sayı: 24288.

³⁸ *Resmi Gazete*, 21.08.2002, Sayı: 24853.

³⁹ Bu yönetmelikten sonra çıkarılan yönetmeliklerde de 5176 sayılı Kanun'un yürütülmesi amacıyla peyderpey çıkarılmıştır ve benzer düzenlemeler içermektedir. Kanun'un emri dairesinde ve genel düzenleme niteliği taşıyan 8044 sayılı Ana Yönetmelik paralelinde bu içerikli yönetmeliklerin ve çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarında "Etik Komisyon"ların artacağı kuşkusuzdur. Bu çalışmada o nedenle sadece 8044 sayılı Ana Yönetmeliğe atıflar yapılacaktır.

ğu gibi, etik alanda tartışma, etik referanslı bir sorgulama ve karar verme sürecine hukuksal zemin yaratılmıştır. Üstelik yine 23.maddenin ikinci fıkrasındaki “Bu (5176 sayılı) Kanun kapsamındaki kamu görevlileri, bir ay içinde, Ek-1’de yer alan “Etik Sözleşme” belgesini imzalamakla yükümlüdürler. Bu belge, personelin özlık dosyasına konur.” hükmüyle, kamu görevlilerine “etik davranacaklarına dair” söz verme yükümlülüğü konulmuştur. Buna ek olarak; 5176 sayılı Kanun’un 4.maddesinde yer alan “Bu Kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarında etik davranış ilkelerine aykırı uygulamalar bulunduğu iddiasıyla, en az genel müdür veya eşiti seviyedeki kamu görevlileri hakkında Kurula başvurulabilir.” hüküm gereği, artık “etik davranış ilkelerine aykırı uygulamalar” için hukuksal yollar işletilebilecektir. Bu ilkeler ise yine kanunun amacının açıklandığı 1.maddesinde “saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme” olarak sayılmış ve “gibi...” ibaresiyle ucu açık bir listeleme yapılarak “etik davranış ilkelerine aykırılık”ları belirleme konusunda tespitle görevlendirilen ve bu kanunla öngörülen Kamu Görevlileri Etik Kurulu’na (ve Genel Müdür altı düzeydeki kamu görevlileriyle ilgili ise, kurum bünyesindeki disiplin kurulları işlevi taşıyan Etik Komisyonları’na) bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde ise “Etik Davranış İlkeleri” şöyle belirlenmiş ve aşağıdaki “etik sözleşme” metne eklenmiştir:

Kamu Görevlileri Etik Sözleşmesi

Kamu hizmetinin her türlü özel çıkarın üzerinde olduğu ve kamu görevlisinin halkın hizmetinde bulunduğu bilinç ve anlayışıyla;

- * Halkın günlük yaşamını kolaylaştırmak, ihtiyaçlarını en etkin, hızlı ve verimli biçimde karşılamak, hizmet kalitesini yükseltmek ve toplumun memnuniyetini artırmak için çalışmayı,
- * Görevimi insan haklarına saygı, saydamlık, katılımcılık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme ve hukukun üstünlüğü ilkeleri doğrultusunda yerine getirmeyi,
- * Dil, din, felsefi inanç, siyasi düşünce, ırk, yaş, bedensel engelli ve cinsiyet ayrımı yapmadan, fırsat eşitliğini engelleyici davranış ve uygulamalara meydan vermeden tarafsızlık içerisinde hizmet gereklerine uygun davranmayı,

- * Görevimi, görevle ilişkisi bulunan hiçbir gerçek veya tüzel kişiden hediye almadan, maddi ve manevi fayda veya bu nitelikte herhangi bir çıkar sağlamadan, herhangi bir özel menfaat beklentisi içinde olmadan yerine getirmeyi,
- * Kamu malları ve kaynaklarını kamusal amaçlar ve hizmet gerekleri dışında kullanmamayı ve kullandırmamayı, bu mal ve kaynakları israf etmemeyi,
- * Kişilerin dilekçe, bilgi edinme, şikayet ve dava açma haklarına saygılı davranmayı, hizmetten yararlananlara, çalışma arkadaşlarıma ve diğer muhataplarıma karşı ilgili, nazik, ölçülü ve saygılı hareket etmeyi,
- * Kamu Görevlileri Etik Kurulunca hazırlanan yönetmeliklerle belirlenen etik davranış ilke ve değerlerine bağlı olarak görev yapmayı ve hizmet sunmayı taahhüt ederim.

Bütün bu düzenlemeler, etiğe ve etik sorgulamalara dikkat çekmesi bakımından olumlu olsa da etiğe içkin olmayan yaptırımlara bağlanan bir normatif disiplin alanı olan pozitif hukuka taşınmasıyla hem ontolojik bir yabancılaşma olarak hem de etik problemlerin zaten uygulanma aşamalarında ortaya çıkmasında bir çözümsüzlük olarak nitelendirilebilecektir. Kaldı ki ilgili mevzu düzenlemeler; mücadeleden hedefindeki, “uygulama gücünün elinde bulunduranların kamu gücünü kötüye kullanarak” rüşvet, zimmet gibi suçları ifade eden *Kleptokrasi*⁴⁰ ile bürokratizmin sonucu olarak ortaya çıkan *Kırtasiyecilik* süreçlerinin aslında birer “yabancılaşma” olduğunun zımnen kabulünü de bir kez daha tescil etmiş olmaktadır.

B. Etik Çözümlerin Pozitif Hukukta Çözümsüzlüğe Dönüşmesi

Yabancılaşma; yukarıdaki mevzuat düzenlemeleri dikkate alındığında iki yönlü olarak ortaya çıkmaktadır: Hukuk, günümüzde içerdiği gerek çoğu dinsel veya ahlaksal gerekse insanilik ve yaşamcıl sayılacak etik ilkelerle örtüşecek nitelikteki normlarla bir doyum noktasına ulaşmış bulunmaktadır. Bu doyum noktasında en geniş etki alanına sahip hukuk normları dahi uygulama aşamasında ortaya çıkma-

⁴⁰ Psikolojide “hırsızlık yapma patolojisi” olarak tanımlanan *Kleptomania*’dan esinlenerek siyasi iktidarı ele geçirenlerin bu gücü kullanarak özellikle halktan topladığı vergilerle devlet hazinesini soyması anlamında türetilen bir terimdir. Bkz. Coşkun Can Aktan, *Politik Yozlaşma ve Kleptokrasi: 1980-1990 Türkiye Deneyimi*, Afa Yay., İstanbul 1992.

çak ekonomik, siyasi, ideolojik, kültürel, psikolojik motivasyonlu ihlal olasılıklarını yine başka bir uygulama etkinliğinin insafına bırakmış olmaktadır. Yani ihlal probleminin doğasında içkin olan ve problemin nedenini teşkil eden uygulama süreçlerini bertaraf edici çözüm olarak önerilen ve zaten var olan normların bir tekrarı niteliğindeki yeni normlar yine “problemlili araçtan” medet uyulması paradoksunu doğuran bir yabancılaşma olarak belirmektedir. Bu durum, tıpkı topluma rağmen işleyen ve nihai anlamda uygulama sayılacak meta-etik siyasetin anti-toplumsal olması probleminin hukuk ile aşmaya çalışılmasındaki paradoks (anayasal yabancılaşma) ile aynı niteliği taşımaktadır. Çünkü siyasetin hukuksallaştırılması sürecinde siyaset (ve özellikle yasama organında kanun çıkarma çoğunluğunu elde tutan siyasi iktidar) nasıl ki hukuku uygulama aşamasında manipüle etmeye elverişliyse hukuk yaratıcı yasama siyasetinin hukuktan uzaklaşmasında olduğu gibi, hukuk uygulayıcısı konumunda olan yürütme ve yargı organları ile kamu görevlilerinin de hukuka aykırı uygulamalar gösterme potansiyeli güçlü bir biçimde varlığını korumaktadır.

Mevzuat düzenlemelerindeki ontolojik yabancılaşmanın diğer yönü olan “etik sözleşme” imzalama yükümlülüğü, bu paradoksu sözleşmenin doğasına yabancılaşma anlamında da güçlendirmektedir. Bir ant içme (veya yemin) metnini andıran ve yukarı başlıkta aynen aktarılan bu sözleşme, etiği üstün-değer olarak kodlamakla birlikte aslında sözleşmeyi imzalayıp taahhütte bulunan kamu görevlisine “*Bir kamu görevlisi olarak zaten kanunlara uyma yükümlülüğüm vardı; şimdi artık bu kanuna da uyup etik davranacağım...*” şeklinde zaten doğal bir yükümlülük ve sorumluluğu mükerrer olarak kabul etme anlamı (daha doğrusu anlamsızlığı/yabancılaşmayı) içermektedir. Yani kamu görevlisi, etik davranmadığı zaman aslında etiğe aykırı değil, hukuka (kanun ve yönetmeliklere ve taahhüdüne) aykırı davranmış olacaktır. Burada tekrarlanan ve pekiştirilen ise zaten hukukun evrensel ilkelerinden sayılan “ahde vefa (*pacta sunt servanda*)” dan veya Anayasal ve doğal olarak hukuka uyma ve göreve sadakat yükümlülüğünden başka “yeni” bir durumu ifade etmemektedir. Nitekim Türk Medeni Kanunu’nun 2.maddesinde düzenlenen dürüstlük kurallarına paralel olarak militan demokrasi anlayışının ifadesi olan 1982 Anayasası’nın 14.maddesinin “*Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı müm-*

kün kılacak şekilde yorumlanamaz.” şeklindeki 2.fıkrası etik açıdan zaten doğal olan bir ilkeyi vurgulayıp anayasal hükme dönüştürmenin bir ifadesi olarak Kamu Etiği ile ilgili düzenlemelerin hedeflediği uygulama ve yorumlamaları *anomie* olarak belirleyip en üst düzeyde yasaklamaktadır. 14.maddenin son fıkrasında da ilgili yaptırımların kanunlarla düzenleneceği öngörülmüş ve başta Türk Ceza Kanunu’ndaki görevi kötüye kullanma, görevi ihmal, fiili irtikap, rüşvet ve zimmet suçları olarak çeşitli cezai yaptırımlar düzenlenmiş ve ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda da yine idari disiplin cezalarını gerektiren davranışlar olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Kamu Etiği alanında yapılan mevzuat düzenlemeleri, önceki hukuksal düzenlemelerin yetersizliğini kabul eden ve yine Seeman’ın yabancılaşma semptomu olarak belirlediği “güçsüzlük, acizlik, çaresizlik” durumunu hukuksal düzlemde tescil eden bir anlam içermektedir.

Üstelik etik sözleşme imzalama yükümlülüğü ile pekiştirilmeye çalışılan bu durum, sözleşmenin doğasına “inanırlıktan uzaklaşma ve anlamsızlaşma” niteliğinde ontolojik bir yabancılaşma semptomu sayılabilecektir; çünkü hukuki nitelikte bir metin olan sözleşmenin, “*Bu sözleşmeye aykırı davranmayacağım*” taahhüdüyle bitmesi zaten sözleşmenin anlamına içkin olanın bizzat sözleşmede tekrar edilmesi, paradoksal olarak sözleşmenin kendi içerdiği yaptırım gücüne güvenmeyen bir anlamsızlaşmayı ifade eder.

Yine, yukarıda sözü edilen yönetmeliğin 29.maddesinin son fıkrasında açıkça vurgulandığı üzere bu hukuka aykırı davranışı “*Kurum ve kuruluşların yetkili sicil amirleri, personelin sicil ve performansını, bu Yönetmelikte düzenlenen etik davranış ilkelerine uygunluk açısından da değerlendirir*” erek hukukun gereği olan yaptırımları uygulayabilecektir. Etik davranış olarak belirlenen “kamu yararını gözetmek, saydamlık, liyakat ve eşitlik ilkelerine uymak, hediye alma yasağı ve mal bildiriminde bulunma yükümlülüğü” gibi unsurlar, tıpkı görevi kötüye kullanma yasağı gibi hem özellikle Türk İdare Hukuku’nun kapsamındaki mevzuatta hem de içtihadı olarak zaten mevcut durumdadır. Ama ayrı ve özel bir mevzuat düzenlenmesi, denetim ve yaptırım yetkisiyle donatılmış yetkili birimlerin oluşturulması aynı zamanda etik problemlerin asıl uygulama aşamasında ortaya çıktığının kabulünü ifade etmektedir. Üstelik, sicil amirinin, memurunun etik olmadığına dair yaptığı tespitin etik olmaması olasılığı, hiyerarşi zincirinin en üstünde bulunan Kamu Etik Kurulu’nun veya “Etik Komisyonları”nın veyahut yargı or-

ganlarının uygulamalarında da mevcut olmasına rağmen sorgulanma ve yaptırıma uğratılma çözümsüzlüğü ile vazedilmiş olmaktadır.

İlgili Kanun ile yönetmeliklerde, siyasi niteliği de bulunan “Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Bakanlar Kurulu üyeleri” ile siyasi olmadığı kabul edilen ve fakat siyasetten kopamayan “Türk Silahlı Kuvvetleri ve yargı mensupları ve üniversiteler”in kapsam dışı tutulması da üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu istisna, siyasetin etikten muaf tutulmasının tescili olarak hukukun ve etiğin siyaseti değil, tersine siyasetin hukuku ve etiği belirlemesinin bir göstergesi olarak da nitelendirilmeye açıktır. Üstelik “etikten muaf” Başbakanlık Makamı’nın, bizzat etiğe aykırılık tespiti içeren Kamu Görevlileri Etik Kurulu kararını Resmî Gazete’de yayımlayarak kamuoyuna duyurma görevi (5176 sayılı Kanun / m.5) de dikkate alındığında “Kral hata yapmaz”⁴¹ kuramının artık sadece Cumhurbaşkanı’na tahvilini değil, tüm bir siyasete veya üst düzeyde siyaset potansiyeli taşıyan kurumlara kadar genişletildiği de gözlemlenebilmektedir. Etik davranacağı konusunda “kuşku duyulmayan” ve bu nedenle etik sorumluluktan da muaf tutulan “kral”ların (siyasetin/egemenliğin kuvvetlerini hukuki ve fiili olarak en üst düzeyde kullananların) tek yükümlülüğü, “Başbakan” sıfatıyla etiğe aykırılığı kamuoyuna ilan etme veya yargıya intikal ettiği durumlarda “mahkeme” sıfatıyla etiğe aykırılığın varlığına veya yokluğuna hükmetmeden ibaret olacaktır. Etik sözleşmeyi imzalamadan muaf tutulan siyasi irade ve egemenliğin üst-uygulayıcıları, Platon’un ön-kabullü “Filozof/Erdemli Kral”⁴² ile Thomas Hobbes’un sözleşmeye taraf olmayan “Leviathan”ını⁴³ güçlü bir biçimde çağırıştırılmaktadır. İnsanı özü itibariye “kötü, tehlikeli, güvenlik ve istikrar bozucu” Hobbesçu paradigma nasıl ki bu “kötü” varlığı otorite ve yaptırımlarla kontrol etme olarak etiği bile hukuksallaştırmaktaysa aynı biçimde otorite koyanın (Leviathan’ın) etik-dışılığını da hukuksallaştırmaktadır. Böylelikle siyasete ve siyasetin bir türevi olarak vazedilen hukuka etik sorgulamalara karşı bağımsızlık kazandırılmaktadır.

⁴¹ Ergun Özbudun, “İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1961, s. 340 (auhf.ankara.edu.tr/dergiler/.../AUHF-1961-18-01-04-Ozbudun.pdf, *Son Erişim Tarihi*: 13.02.2013).

⁴² Platon, *Devlet*, Çev. Selahattin Eyüboğlu, M.Ali Cimcoz, Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul 2010, s. 264 (7.Kitap/540-d).

⁴³ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2004, özelikle s. 130-138.

SONUÇ

Günümüzde insanın “kötü” olduğu önermesi, bireysel/toplumsal pratiklerde devamlı doğrulanır görünmektedir. Ancak evrensel olarak “kötü” diye kodlanabilecek bu pratiklere tanık olunduğunda “İnsanlığa sığar mı?.. İnsanlık bu mu?.. Bu ne biçim adalet?..” gibi etik değerlendirmeler devreye girmektedir. Bu tepkiler, bir paradoksu değil de, aslında “olması gereken” insanın “kurt” olmadığını tescil eder. Demek ki Hobbes’a göre bile “insan” özü itibariyle “iyi”dir ve fakat “kurt”a dönüşmüştür; yani yabancılaşmıştır. Hobbes “kurt”a dönüşen insanların dizginlenmesi için devletin ve hukukun varlığının zorunluluğuna vurgu yapmaktadır ama o aynı “kurt”un devlet iktidarının başında egemenlik yetkilerini de kullanabilecek ve yasama, yürütme ile yargı mevkilerini ele geçirebileceği olasılığını göz ardı etmektedir. Etik, bu anlamda metaforik olarak “kurt” olmama, yani “insana yaraşır insan olma”nın imkanını sunmaktadır. Çünkü insanlık tarihi, insanın “kurt” olarak yabancılaşmayacağı ve etik davranabileceğinin de sayısız örnekleriyle doludur. İnsanlığın geldiği bu noktada zulmün, yani insanın insana yabancılaşmasının ölmediği ortadadır ki hukuk kendini tekrarlarcasına etiği dahi kendi alanına dahil etme çabasından vazgeçmemektedir. Öyleyse normatif disiplinlere aykırı davranan insanın bu yabancılaşması, bizzat yukarıda açıkladığımız “normatifliğin yabancılaştırıcı” etkisi olarak düşünülemez mi?

Sübjektif ahlak koridorunun hem objektif ahlak aracılığıyla “hukuk, din ve görgü kuralları” adlı dünyaya bağlanan kapısı ile “ahlak” anlamında değil de, yaptırım tehdidi ve “korkutuculuğu”ndan arındırılmış “evrensel insani ilkeler” anlamında etiğe bağlanan diğer kapısı hep açık kalabilecek midir? Bu sorunun yanıtlanması Thomas Hobbes’un “insan insanın kurdudur”⁴⁴ önermesinin bir kader olarak algılanıp algılanmamasına kadar uzanacaktır. İnsanın “iyi”liği, gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bir düşüncü olarak kabul edildiği noktada, sübjektif ahlakın etiğe açılan kapısı bir daha açılmamak üzere kapanmış olur ve bu koridora artık sadece ve özellikle hukukun res-

⁴⁴ Oysa Hobbes, bu ünlü sözüne bitişik olarak “İnsan, insanın Tanrısı’dır.” önermesini de ortaya koymuştur. Buna rağmen, nedense ve nerdeyse hep “Tanrı” değil, “Kurt” metaforuna dikkat çekilmiş ve belleklere yerleştirilmiştir (Thomas Hobbes, *DE CIVE-Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri*, Çev. Deniz Zarakolu, Belge Yay., İstanbul 2007, s. 1-2).

mi makamlarca uygulanacak yaptırım tehdidiyle donatılmış soğuk rüzgârlarının dolması, bir kadere dönüşür ve yaptırım tehdidinden sıyrılabilinen alanlarda hukuk aracılığıyla gerçekleştirilmeye çalışılan etik değerler de ulaşamaz bir noktaya itilmiş olur.

Pragmatik/meta-etik siyasetin, özellikle hukuku araçsallaştırarak kurduğu eğitim, seçim ve yargı sistemlerinde yabancılaşma yarattığı/ yaratmaya çalıştığı bir gerçektir. İnsanın başka insanlara zarar vermesi ve tüm bir doğayı yok etmesini sağlayan psikolojisi ile uygulayıcıların toplum için görünmesine rağmen kişisel, grupsal menfaatlerine uygun ve fakat topluma rağmen meta-etik girişimlerini besleyen kültürel iklim yok edilmelidir. Bu da, öncelikle adaletsiz, çoğunluğun değil azınlığın iktidara gelmesini sağlayan siyasal iktidarların kendilerini var eden seçim ile yine kendilerinin belirlediği seçim, eğitim ve yargı sistemlerinden “dürüstçe” feragat etmemesinden doğmaktadır. Siyaseti hukuka uygun hale getirmek yerine hukuku siyasete uydurmaya çalışmak, evrenselliği somut millet egemenliği, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı kabul eder görünüp her fırsatta bu ilkelerin içini boşaltmak, bu nedenle hem bir yabancılaşmadır hem de etik sayılamaz. Bu nedenle Chantal Mouffe’un dediği gibi, belki de öncelikle “*İnsan hakları etiği ve özgürlük-eşitlik kavramları ile düzenin şiddeti ima eden sınırları zorunlu kılan politik mantığı arasında bulunan indirgenemez gerilimin kabulü ve ayrıca politika ve etik arasındaki zorunlu boşluğun daraltılmasının reddedilmesi, daima bir karar vermeyi gerektiren politik alanın rasyonel ahlaki bir hesaba indirgenemeyeceğini teslim etmek*” ve “*Aslında demokratik paradoksun kabul edilmesinin yegane yolu, etik ve politika arasında mümkün olabilecek bir uzlaşma yanılısamasını saf dışı bırakarak, politik olan’ın etik tarafından sonu gelmez sorgulanışını kabul etmektir.*”⁴⁵ gerekmektedir. Öyleyse kamu etiğinin gerçekten var olması için seçim, eğitim ve yargı sistemlerinin radikal dönüşümünü sağlamak, bizzat etik siyasi-hukuki bir süreç sayılacaktır.

Etik alanın normatif yabancılaşmadan korunarak genişletilmesi ise, bireylerde ve toplumda yabancılaşma bilincini oluşturacak, vicdani tepkimeleri ancak insani referanslarla vermeyi sağlayacak nesneleştirici değil, özneleştirici; ezberletici değil, aydınlatıcı; yasaklayıcı değil,

⁴⁵ Chantal Mouffe, *Demokratik Paradoks*, Çev. A.Cevdet Aşkın, Epos Yay., Ankara 2001, s. 148.

sorgulattırıcı; bencilleştirici değil, toplumcullaştırıcı; teknik (pragmatik) değil, varoluşsal akılcılığı motive eden mekanizmaları oluşturan samimi (yani meta-etik/pragmatik siyasetten arındırılmış) bir eğitim sistemine dayanacak; siyasetin hukuku, millet egemenliği ile çoğulcu demokrasiyi maniple etmesini önleyen seçim sistemleriyle temellenecek ve gerçekten bağımsız yargı sistemiyle korunacak bir toplumsal yaşamın radikal olarak yeniden inşa edilmesiyle mümkündür.

KAYNAKLAR

- Ağaoğulları, Mehmet Ali; Levent Köker, *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, İmge Kitabevi Yay., Ankara 1991.
- Akal, Cemal Bali, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Kitabevi Yay., Ankara 2005.
- Aktan, Coşkun Can, *Politik Yozlaşma ve Kleptokrasi: 1980-1990 Türkiye Deneyimi*, Afa Yay., İstanbul 1992.
- Arda, Berna; Serap Şahinoğlu Pelin, Ankara Tıp Mecmuası (The Of Journal Of The Faculty Of Medicine), Sayı: 48, 1995, s.323-336 (dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/36/859/10903.pdf, *Son Erişim Tarihi*: 13.02.2013).
- Bottomore, Tom B., *Seçkinler ve Toplum*, Çev. Erol Mutlu, Gündoğan Yay., Ankara 1990.
- Burkett, Paul, *Marx ve Doğa*, Çev. Ercüment Özkaya, Epos Yay., Ankara 2004.
- Cerrahoğlu, Nilgün, "Demirel'i Mumla Aramak", *Cumhuriyet Gazetesi*, 28.10.2012 (<http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=374430>, *Son Erişim Tarihi*: 13.02.2013).
- Comte, Auguste, *Pozitif Felsefe Kursları*, Çev. Erkan Ataçay, Sosyal Yay., İstanbul 2001.
- Çelebican, Özcan Karadeniz, *Roma Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 2008.
- Daver, Bülent, *Siyaset Bilimine Giriş*, Doğan Yay., Ankara 1969.
- Demirer, Temel; Sibel Özbudun, *Yabancılaşma*, Öteki Yay., Ankara 1998.
- Ertoyl, Muhammet, *Yabancılaşma : Kader mi, Tercih mi?* Lotus Yay., Ankara 2007.
- Esgün, İ.Uğur, "Makro İktidar Mikro İktidar ve Hukuk", *Birikim Dergisi*, Sayı: 118, Şubat 1999, s. 25-36.
- Feldman, Fred, *Etik Nedir?*, Çev. Ferit Burak Aydar, Boğaziçi Üniversitesi Yay., İstanbul 2012.
- Gözler, Kemal, "Türkiye'de Hükümetlere Nasıl İstikrar ve Etkinlik Kazandırılabilir? (Başkanlık Sistemi ve Rasyonelleştirilmiş Parlâmentarizm Üzerine bir Deneme)", *Türkiye Günlüğü*, Sayı 62, Eylül-Ekim 2000, s.25-47 (www.anayasa.gen.tr/istikrar.htm; *Son Erişim Tarihi*: 13.02.2013).
- Göztepe, Ece, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı'nın (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2011, Yıl: 24, Sayı: 95, s. 13-40.
- Hobbes, Thomas, *DE CIVE-Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri*, Çev. Deniz Zarakolu, Belge Yay., İstanbul 2007.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2004.

- Kocabaşoğlu, Neşe; İbrahim Başağaoğlu, Zekeriya Kökrek, "Tıbbi Etik", *Yeni Symposium*, Sayı 36 (3-4), 1998, s. 81-84. ([http://www.yenisymposium.net/full-text/1998\(3-4\)/ys1998_36_3-4_5.pdf](http://www.yenisymposium.net/full-text/1998(3-4)/ys1998_36_3-4_5.pdf) , *Son Erişim Tarihi*: 13.02.2013).
- Kuçuradi, İoanna, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 1999.
- Machiavelli, *Hükümdar (Il Principe)*, Çev. H.Kemal Karabulut, Sosyal Yay., İstanbul 1998.
- Machiavelli, *Hükümdar (Prens)*, Çev. Anita Tatlıer, Göçebe Yay., İstanbul 1997.
- Machiavelli, Niccolo, *The Prince*, Oxford University Press (Oxford World's Classics), New York 1998.
- MacKinnon, Catharine A., *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, Çev. Türkan Yöney, Sabir Yücesoy, Metis Yay., İstanbul 2003.
- Marx, Karl, *1844 El Yazmaları*, Çev. Murat Belge, Birikim Yay., İstanbul 2000.
- Mouffe, Chantal, *Demokratik Paradoks*, Çev. A.Cevdet Aşkın, Epos Yay., Ankara 2001.
- Mumcu, Ahmet, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, Birey ve Toplum Yay., Ankara 1985.
- Özbudun, Ergun, "İngiliz Hukukunda Hükümet Tasarrufları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1961(auhf.ankara.edu.tr/dergiler/.../AUHF-1961-18-01-04-Ozbudun.pdf, *Son Erişim Tarihi*: 13.02.2013).
- Özlem, Doğan, *Kavram ve Düşünce Tarihi Çalışmaları (Kavramlar ve Tarihleri-II)*, İnkılâp Kitabevi Yay., İstanbul 2006.
- Pieper, Annemarie, *Etiğe Giriş*, Çev. Veysel Atayman, Gönül Sezer, Ayrıntı Yay., İstanbul 1999.
- Platon, *Devlet*, Çev. Selahattin Eyüboğlu, M.Ali Cimcoz, Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul 2010.
- Poggi, Gianfranco, *Çağdaş Devletin Gelişimi*, Çev. Şule Kut, Binnaz Toprak, Hürriyet Vakfı Yay., İstanbul 1991.
- Sak, Ziya, *Terms of Law&Politics*, A-A Yay., İstanbul 1998.
- Şeker, Mehmet, "Üç Kaz Versen Güdemez", *Yeni Şafak Gazetesi*, 30.10.2012 (<http://www.yenisafak.com.tr/yazarlar/MehmetSekerc/uc-kaz-versen-gudemiz/1255>, *son erişim tarihi*: 13.02.2013).
- Teber, Serol, *Doğanın İnsanlaşması*, Say Yay., İstanbul 2003.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2009.
- Timur, Taner, *Habermas'ı Okumak*, Yordam Kitap Yay., İstanbul 2008.
- Tuğcu, Tuncar, *Yabancılaşma Problemi*, Alesta Yay., Ankara 2002.
- Uygun, Oktay, *Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları*, İnkılâp Kitabevi Yay., İstanbul 2003.
- Weisskopf, Walter A., *Yabancılaşma ve İktisat*, Ed. Oya Köymen, Çev. Çağatay Koç, Yahya Madra..., Anahtar Kitaplar Yay., İstanbul 1996.

HEKİMİN FİİLİNDEN DOLAYI ZARAR GÖREN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HASTANEYE KARŞI TALEBİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE YARGITAYIN GÖRÜŞÜ

LEGAL NATURE OF AGGRIEVED THIRD PERSON'S CLAIM BY REASON OF PHYSICIANS' ACTS AGAINST HOSPITAL AND OPINION OF COURT OF APPEALS

Hayrunnisa ÖZDEMİR*

Özet: Yargıtay, özel hastanelerde çalışan hekimlerin sorumluluğu ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarında, özel hastanenin sorumluluğu söz konusu olduğunda, hastane ile hekimler arasındaki ilişkiyi TBK m. 66 da yer alan “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu” hükümlerine göre nitelendirmektedir. Oysaki özel hastanede çalışan hekim ile hastane arasında hizmet akdi söz konusudur. Hekim bu sözleşme gereği hastanede çalışmalarda bulunur. Hekimin en önemli görevlerinden biri hastaneye gelen hastalara tıbbî teşhis ve tedavi uygulamadır. Bu edimi yerine getirirken de hastanenin ifa yardımcısı durumundadır. Çünkü hasta ile hastane arasında bir vekalet sözleşmesi sözkonusudur. Özel hastaneler gerçek kişilere veya tüzel kişilere ait olabilir. Her iki durumda da hastane işleticileri, hastalara karşı üstlendikleri asli edimlerini yerine getirirken hekimlerden yararlanacaklardır. İşte burada hekimler, hastanenin ifa yardımcılarıdır. Hekimler, hastanenin sözleşme gereği üstlendiği edimi hastaya karşı yerine getirirler.

Anahtar Kelimeler: Özel hastane, hasta, özel hastanede çalışan hekim, Adam çalıştırma, vekalet sözleşmesi.

Abstract: Whilst there is a responsibility of private hospitals, in its decisions for liability of physicians working at private hospitals Turkish Court of Appeals describes the relationship between hospital and physicians as “Employer Liability”, as it is regulated at Turkish Code of Obligations in Art. 66. However, the relationship between hospital and the physician is a contract of service. The physician carries on his works in pursuance of that service contract. One of the most important tasks of the physician is making medical diagnoses and treating patients. While the physician performs that fulfilment, he is in the position of the hospital's aider. This is because there is a contract of mandate between patient and hospital. Private hospitals may be belonging to either individuals or legal persons. In both cases, whilst they carry out their obligations, the operators of hospital will benefit from the physicians. At that point the physicians are the aider of the hospitals. Physicians perform the hospital obligations against the patients in pursuant to contract.

Key Words: Private hospital, patient, physician of private hospital, Employer, contract of mandate.

* Yrd. Doç. Dr., Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Kürsüsünde Öğretim Görevlisi; hayrunnisazdemir@gmail.com

BORÇLUNUN YARDIMCI KİŞİLERDEN DOLAYI SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 116'da yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı borçlunun sorumluluğu düzenlenmiştir¹. Türk Borçlar Kanununa göre, borçlu, borcunu aksi kararlaştırılmadıkça bizzat yerine getirmek zorunda değildir (m. 83). Aynı şekilde alacaklı da hakkını şahsen kullanmak zorunda değildir². Yaşadığımız toplumun karmaşık yapısı borçların yerine getirilmesinde tek kişinin artık yeterli olamayacağını göstermiş durumdadır.

İşlerin görülmesinde yardımcı kişi kullanılması durumunda, yardımcı şahsın fiili, karşı tarafa zarar verdiğinde, hem genel hukuk hükümlerine hem de akdî edime aykırı olduğu durumlarda, TBK. m. 66 ve TBK. m. 116 yarışma halindedir³. Taraflar kendi durumlarına en uygun olanı seçme haklarına sahiptirler. Ancak Yargıtay, özel hastanelerde çalışan hekimlerin, hukukî sorumlulukları ile ilgili karar verdiğinde, hep TBK. m. 66 hükmünü uygulamaktadır. Bu durum birçok yönden hastaların aleyhine sonuç doğurmaktadır. Örneğin, TBK. m. 66 haksız fiil hükümleri olduğu için hem kusurun ispatı, hem de zamanaşımı konusunda davacı tarafta olan hastanın durumu daha da ağırlaşmış olmaktadır. Oysaki, TBK. m. 116'ya dayanılsa sözleşme sorumluluğundan dolayı kusurun ispatı ters çevrileceği için hastanın durumu daha da iyi olacaktır. Aynı şekilde zamanaşımı da sözleşme sorumluluğunda haksız fiile göre daha uzun olacağından hastanın yararınadır. Yargıtayın kararlarındaki tercihi⁴, mağdur durumunda olan hastanın iyice mağdur olmasına sebep olmaktadır.

¹ Eren, 1070; Şenocak, 57 vd; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2845; Von Tuhr/Peter, 115.

² Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2847.

³ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2912 vd, 149 ; von Tuhr/Escher, 22 dpn. 1b; Wiegand, PN. 4, Art. 55 OR; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 1207; Eren, 621; Koller, 152; Şenocak, 136.

⁴ "... mahkeme hasta ile doktorlar arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu, vekilin özen görevinin bulunduğu, hafif kusurundan dahi sorumlu olduğunu, Adli Tıp genel Kurul raporuna göre anılan doktorların olayda 5/8 oranında kusurlu buldukları, diğer davalı hastanesinde istihdam eden sıfatıyla doktorların kusurlarından BK. 55 (TBK. m. 66) hükmünce sorumlu olduğu" (Y. 13HD. T. 21.12.2002, E. 9800/11883 K. naklen Kıcaloğlu, 473).

Çalışmamızda, işlerin görülmesinde yardımcı kişiden yararlanan gerçek ve tüzel kişilerin, yardımcı şahıslarının özellikle de özel hastanede çalışan hekimlerin, hastane ile aralarında bir sözleşme olmasına rağmen hastalara karşı verdikleri zararlarının tazmininde Yargıtayın hukuki nitelermeleri çerçevesinde TBK'nun yardımcı kişi çalıştırma ile ilgili hükümlerine konu ile ilgili olduğu oranda önce TBK. m. 116 sonra da TBK. m. 66'ya konunun daha iyi anlaşılması açısından yer verilmiştir.

B. Borçlu ile Zarar Gören Alacaklı Arasında Bir Borç İlişkisinin Varlığı

Borçlunun TBK. m. 116. maddesine göre sorumlu olabilmesi için herşeyden önce borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisinin bulunması gerekir⁵. Madde metninden de anlaşılacağı üzere borçlunun ifa yardımcılarında dolayı sorumluluğunun doğabilmesi için borç ilişkisinin türü önemli değildir⁶. Taraflar arasındaki ilişki sözleşmeden doğabileceği gibi⁷, kanundan özellikle haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden de doğabilir⁸. Burada önemli olan ifa yardımcısı tarafından alacaklıya zarar verilmesi anında, borçlu ile alacaklı arasında, bir borcun kaynağını teşkil eden borç ilişkisinin varlığıdır. Sözleşme görüşmelerinde de yardımcı kişi kullanmak mümkündür. Bu durumda da yardımcı kişi karşı tarafa zarar verdiğinde, yardımcı kişi kullanan taraf karşı tarafın zararını TBK. m. 116 gereği karşılamakla mükelleftir⁹.

⁵ Eren, 1072.

⁶ Oser/Schönenberger, Art. 101, PN. 4; Tandoğan, 435; Koller, 35; Weber, Art. 101, PN. 18; Şenocak, 57.

⁷ "...Davaya konu olan ilaç küpürleri ve 6 adet sağlık karnesi eczanenin önünde bulunan ve eczanede kalfa olarak çalışan Abdullah 'a ait araçta yapılan aramada bulunmuştur. BK.nun 100. maddesi gereğince eczacı kalfası eczacının denetimi altında bulunan yardımcı kişidir. Yardımcı kişinin eylemlerinden de davacı eczane sahibi sorumludur. Kalfaya ait aracın eczanenin önünde aranması ve bu araçta sözleşmenin feshine sebep olan sağlık karneleriyle ilaç küpürlerinin bulunması ve bunun araştırılması tarzı davacıyı sorumluluktan kurtarmaz. Aksi halin kabulü eczacı kalfası ve diğer yardımcılardan eczane önündeki özel vasıtalarında benzer sağlık karneleri ile küpürlerinin bulunmasının teşvik edebilir. Değinen bu yöner gözetilerek davanın reddine karar vermek gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulmasını gerektirir". (Y. 13 HD., T. 01.10.2003, E. 6181/10932 K., naklen Kazancı Otomasyon).

⁸ Spiro, 469 vd; Koller, PN. 509 vd.

⁹ Von Tuhr/Peter, 192-193; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 979, 200; Koller, 38; Becker, Art. 97 PN. 4; Eren 1073.

Borçlunun ifa yardımcılarından dolayı sorumluluğunda borcun kaynağını teşkil eden en önemli ve en sık rastlanır borç ilişkisi türü akitten doğan borç ilişkileridir. Türk Borçlar Kanunu m. 116'ın uygulanmasında borçlunun işin ifasında yardımcı kişi kullandığı sözleşme tipi, hakkında yardımcı kişilerden dolayı özel sorumluluk normları bulunmaması gerekir¹⁰. Yardımcı kişinin zarar verdiği sözleşmenin karşı tarafı ile yardımcı kişi kullanan taraf arasında kanunda düzenlenmiş akit tiplerinden herhangi biri olabileceği gibi kanunda düzenlenmemiş tamamen kendine özgü yapısı olan karma veya birleşik akit de olabilir¹¹. İstisna sözleşmesinde asıl işi üstlenen müteahhit, işi kendi üstlenmiş olmadıkça başka bir müteahhidle yapacağı istisna sözleşmesi ile üstlenebilir. Müteahhid ile sözleşme yapan alt müteahhid arasında asıl iş sahibi ile yapılan müteahhidlik sözleşmesinden farklı tamamen bağımsız bir istisna sözleşmesi bulunmaktadır. Müteahhid, alt müteahhidin, alt müteahhidin adamlarının ve hatta alt müteahhidin iş yaptırdığı ikinci derecede alt müteahhidlerin davranışlarından Türk Borçlar Kanunu m. 116 gereğince sorumludur¹². Birden fazla müteahhid müştereken tek bir eserin meydana getirilmesini üstlendiği takdirde¹³ her bir müteahhid istisna akdinin ifası bakımından diğerlerinin Türk Borçlar Kanununun 116. maddesi gereğince ifa yardımcısı sayılırlar¹⁴.

Vekalet sözleşmesinde de, ikame vekilden bahsedilmiştir. Ancak burada anılan ikame vekalet müessesesine vekalet akdinin ifasında kullanılan her türlü yardımcı şahıs dahil değildir. Vekil, ikame vekil dışında kendisine yardımcı olan kişilerden Türk Borçlar Kanunu m. 116 anlamında sorumludur. Buna göre, hekimin yanında çalışan hemşire¹⁵, avukatın bürosunda¹⁶ veya bankada çalışan kişiler¹⁷ avukatın veya bankanın yardımcı kişileridir.

¹⁰ Vekalet sözleşmesinde, vekilin ikame olunan vekillerden dolayı TBK. m. 507' vekilin sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca taşıma sözleşmesinde taşıyıcının yardımcı kişilerden ve ara taşıyıcılardan fiilleriyle ziya ve hasara uğramasına sebebiyet vermelerinden dolayı sorumluluğuna ilişkin Türk Ticaret Kanununda m. 879, 887 888 düzenlemeler bulunmaktadır. Ticaret Kanunu Borçlar kanununa göre özel bir kanundur. Bundan dolayı öncelikle Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır.

¹¹ BGE 113 II 424.

¹² Gauch, PN. 145 vd; Spiro, 168 vd.

¹³ Tandoğan, Özel, 96 vd.

¹⁴ Spiro, 183; von Tuhr/Escher, 308; Tandoğan, Özel, 99; Gauch, PN. 209, 86.

¹⁵ BGE 53 II 425.

¹⁶ BGE 85 II 48.

¹⁷ BGE 61 II 187; BGE 109 II 119.

Özel hastane veya klinik ile tıbbi tedaviye, oda tahsisine ve günlük bakıma ilişkin yapılan akitlerde hekim, hemşire ve hastanede çalışan diğer görevliler, hastanenin veya kliniğin ifa yardımcısı sayılırlar¹⁸. Türk Yargıtayı verdiği kararlarında hastanede görev yapan sağlık personelinin, hastaya sağlık hizmeti verirken içinde bulunduğu hukukî durumu tespit ederken genellikle TBK. m. 66 hükmünü uygulamaktadır¹⁹. Özel hastanede çalışan hekimin fiili sonucu zarar gören hasta

¹⁸ BGH, NJW 1956, 1106; devlet hastanelerinde yatan hastalara karşı uygulanacak olan tedavi devletin egemenliğine bağlı olarak kamu hukuku niteliklidir. Bundan dolayıdır ki, kamu hastanelerinde görev yapan hekimlerin tıbbi müdahalelerine Devlet Memurları Kanunu uygulanır (BGE 111 II 149; 102 II II 183); Loeffler, 32 vd; Laufs, PN. 347; Türk hukukunda da Anayasanın 125. Maddesi gereği devlet hastanelerden birinci dereceden sorumludur.

¹⁹ Aksi görüş Türk Yargıtayı mütemadiyen vermiş olduğu kararlarında, hastane ile hekim arasındaki ilişkiyi TBK. m. 66'ya dayandırmaktadır. Açık hekim ile hastane arasında hizmet sözleşmesi olmasa rağmen, hekim hastane ilişkisini haksız fiil hükümlerine dayandırmaktadır. "Davacılar Z. ve ÖHastanesi, Dr. B.....ve Dr. C arasındaki manevi tazminat, istirdat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne ve kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davacılar tarafından temyiz edilmesi..... dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi gereği düşüldü. Davacılar karı koca olduklarını, davacılardan Ö'nün hamileliğinin ilk günlerinden itibaren davalı hastanede çalışan Dr. A'nın hamilelik kontrollerini yaptığını, bu doktorun izne ayrılmasından sonra yine aynı hastanede çalışan diğer davalı doktorların davacı Ö ile ilgilendiklerini, doğum sancılarının başlaması ile birlikte hastaneye alındığını, sezeryanla doğumun gerçekleştirildiğini, doğumdan sonra bebeğin turnakları morarıp nefes almakta zorlanmasına rağmen dört gün bekleldikten sonra küveze alındığını, doğumdan sekiz gün sonra da hayatını kaybettiğini, kalp rahatsızlığının anne karnında teşhis edilememesi ve gerekli özenin gözetilmemesi nedeni ile davalıların olayda kusurlu olduklarını belirterekmanevi tazminata ödeme tarihinden itibaren tahsilin karar verilmesini istemişlerdir. Davacılar ise Ö için gerekli herşeyin yapıldığını ileri sürerek davanın reddini talep etmişlerdir. Mahkemece Adli Tıp raporu ve bu rapora dayanak teşkil eden Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Hastanesi Kadın Hastalıkları Ana Bilim Dalı Başkanlığının hazırladığı rapor hükme esas alınmak suretiyle asıl davanın reddine karar verilmiş ve temyiz itirazları reddedilmiştir. Davacılar Ö ve eşi Z karar düzeltme talebinde bulunmuşlardır. Dairemizin 2003/1364 Esas, 2003/13347 karar sayılı ilamı ile bu kez " davacılar karşı davalıların sair taleplerinin reddine, davalılardan hastanesi ile davacılar arasındaki ilişki vekalet ilişkisi olup, davalı hastane Borçlar Kanununun 55. (TBK. m. 66) maddesi gereğince istihdam eden sıfatı ile hastanede çalışan doktorların neden olacağı zararlardan kurtuluş kanıtı getiremediği sürece, kusursuz sorumluluk ilkesi gereği sorumludur. Mahkemece hükme dayanak alınan Adli Tıp raporunda da belirttiği üzere, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Ana Bilim Dalı Başkanlığının 15.03.2001 tarih ve 49 nolu raporunda bebeğin ölümünün doğuştan kalp hastalığı ve bunun getirdiği sorunlar nedeniyle oluştuğu, bahsi geçen kalp hastalığının gebelik esnasında teşhis edilmesi ve ailenin bu durumdan haberdar edilmesi ile bebeğin doğar doğmaz yoğun bakıma alınarak sürekli tedbirlerin alınması ve gerektiğinde

dava açtığında, hekim ile hastane arasındaki ilişki ısrarla Yargıtay tarafından TBK. m. 66'ya dayandırılmaktadır²⁰. Yüksek Yargı bu tutumu ile büyük bir yanılığa içindedir. Çünkü özel hastanede çalışan hekim, yardımcı kişi olmayıp özel hastane açısından ifa yardımcısıdır. Yargıtayın tespitinde yer alan TBK. m. 66 borçluyla herhangi bir sözleşme ilişkisi olmayan üçüncü bir kişiye karşı yardımcı kişinin zarar vermesidir. Söz konusu durumda, zarar gören üçüncü şahıs ile borçlu arasında herhangi bir ilişki bulunmamaktadır. Oysaki, özel hastane ile zarar gören hasta arasında gerçekleştirilen vekalet sözleşmesi niteliğinde²¹

düzeltilici operasyonlar yapılması ile bebeğin yaşam şansının artacağı, bu nedenle sonuçtan hastayı tüm gebelik boyunca izleyen ve doğumsal kalp damar hastalığı koymakta yetersiz kalan Dr. A'nın sorumlu olduğu belirtilmektedir. Hamileliği takip eden ve aynı hastanede çalışan doktor A'nın hamileliğin takibinde ve doğumsal kalp rahatsızlığı teşhisini koymakta kusur ve ihmalinin bulunduğu ve bunun da dava konusu tazminatı gerektirir olayı doğurduğunun kabulü gerekir. O halde mahkemece hamileliği takip eden Dr. A'nın bu takip sırasında kusur ve ihmalinin bulunup bulunmadığı, varsa bunun derecesi ve Borçlar Kanunu m. 55. maddesinin şartları, tarafların iddia ve savunmaları, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, gerektiğinde yeniden rapor alınmak suretiyle incelenmeli, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken bu durumun göz ardı edilerek, eksik inceleme ile, olaydan dolayı kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle hastane hakkında açılan davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, tarafların karar düzeltme taleplerinin kabulüne karar verilmiştir (Y. 13. T. HD. 07.07.2006, E. 2006/6143, K. 2006/11224).

20 " ...diğer davalı hastanenin de istihdam eden sıfatıyla doktorlarının kusurlarının BK. 55 maddesi hükümüne sorumlu olduğu" (YHGK. T. 11.12.2001, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047, naklen Kazancı Otomasyon); "Bu nedenle hastane, doktorun gerekli *özeni göstermemesinden ve ihmalden dolayı BK. m. 55* uyarınca davacıya karşı sorumludur. Çünkü davalı hastaneye yükletilen borç, kendi hastanesinde fennin ve tıbbın gerektirdiği bütün işlemleri, fen kuralları, doğruluk içerisinde yapılmasını gerektirir. Davacının maddi tazminat istemi iki bölümde toplanmaktadır" (Y. 13 HD., T. 14.03.1983, E. 1982/7237, K. 1983/1783, naklen Kazancı Otomasyon)

21 Sarıal, 41; Donay, 46; Köprülü, 600; Tandoğan, C. II, 360; Belgesay, 76; Reisoğlu, 13; Ayan, 53; Velidedeoğlu, Cumhuriyet Gazetesi 26.08.1969 tarihli yazısı; Özdemir, 81; Hatırnaz, 31; Özkan, 57; "Dava, davalı doktorların hamilelik kontrollerinde vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırı davranışları sonucu, çocuğun anomalili doğması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini talebine ilişkindir. Hemen belirtmelidir ki, vekil, vekalet görevini yerine getirirken, yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabadaki özen eksikliğinden dolayı sorumluluk altındadır. Eğer, bu özen eksikliği nedeniyle müvekkil bir zarara uğramış ise, vekilin tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Vekil müvekkil ilişkisinde, vekilin özen ve sadakat borcuna aykırı davranışının bir zarar doğurduğu, müvekkilin buna dayanarak tazminat talep etme hakkını kazandığı durumlarda, müvekkilin tazminat isteme hakkının doğacağı ve dolayısıyla zamanaşımı süresinin başlayacağı tarihin, müvekkilin söz konusu zararın varlığını öğrendiği tarih olacağı açıktır"

bir hastaneye kabul sözleşmesi bulunmaktadır. Zarar gören hasta özel hastaneye yabancı biri değildir. Aksine özel hastanenin karşı âkididir. Bu duruma rağmen hala Yargıtayın TBK. m. 66'yı uygulaması manidardır.

Hastane ile gerçekleştirilecek sözleşmelerde eğer hekim tedavisi ile diğer bakım hizmetleri farklı hastane veya hekim tarafından gerçekleştirilecekse bu durumda tarafların sorumluluğu, kendilerinin hastaya veya hasta yakınlarına vaad ettikleri fiiller çerçevesinde belirlenir. Örneğin hastanın, hastanede kazan patlaması sonucu ölmesi durumunda sorumlu olan kişi, hastane tüzel kişiliğidir. Buna karşın hastanın ameliyat sonrası gerekli olan bakımının gerçekleştirilmesinde aksaklıkların olması durumunda hastayı ameliyat eden hekim sorumludur²².

Vekaletsiz iş görmede de vekaletsiz işgören vekaletsiz işgörmenin konusunu teşkil eden fiillerde yardımcı kişi kullanılabilir. Vekaletsiz iş gören bu kişilerden dolayı TBK. m. 116 gereğince sorumludur²³. Yardımcı şahıs tarafından ifa edilecek borç, dava edilebilir bir borç olmalıdır. Buradan hareketle dava edilebilmesi mümkün olmayan eksik borçlar için yardımcı şahıs kullanılmasına gerek yoktur. Böyle bir borç, yardımcı şahıs vasıtasıyla ifa edilecek olsa, borçlu veya yardımcı şahıs tarafından borcun imkansız, gereği gibi ifa edilememesi ve geç ifa edilmesinden dolayı borçlu tazminat yükümlüsü olmaz. Çünkü buradan doğacak tazminat alacağı da eksik borç niteliğindedir²⁴.

Alacaklı ile borçlu arasında doğan borç ilişkisi içeriğinde sadece asli yükümlülükler bulunmayıp bunların yanısıra, yan yükümlülük-

(YHGK. T. 11.12.2002, E. 13-1011/1047 K, naklen Kazancı otomasyon); "...Dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturduğunda, asla duraksama sözkonusu değildir. Dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır" (Y. 13. HD., T. 25.04.2002, E. 2589/ 4560 K, naklen Kazancı Otomasyon); "...Davanın temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır" (Y. 13. HD, T. 04.11.2010, E. 13528/14640 K, naklen Kazancı otomasyon).

²² Şenocak, 63.

²³ Şenocak, 63.

²⁴ Becker, Art. 97 PN. 4; Koller, 38.

lerde bulunmaktadır²⁵. Yan yükümlülükler, ifaya yardımcı ve koruma yan yükümlülükleridir. Borçlu bunlarında yerine getirilmesini üçüncü bir şahsa bırakabilir. Bu takdirde yardımcının söz konusu bu yükümlülüklerle aykırı davranışı borca aykırılık olarak nitelendirilir ve borçlu doğan zarardan sorumlu olur²⁶.

C. Borç İlişkisinden Doğan Borcun Yardımcı Kişi Tarafından İfası

Türk Borçlar Kanununun 116. maddesi anlamında ifa yardımcısı kavramı, borçlunun bilgisi ve iradesi dahilinde, borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden ya da ifa faaliyetlerine katılan kişiyi ifade eder²⁷. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi üçüncü bir kişinin ifa yardımcısı olabilmesi için önce borçlunun, borcun bu kişi tarafından yerine getirilmesine izin vermesi ve onun ifaya bizzat katılması gerekir. Yardımcı kişi bu sıfatını borçlunun kendisine izin vermesi ile kazanır. Yardımcı kişinin borcun ifasına katılabilmesi için borçlu tarafından izin verilmemişse, yardımcı kişi sıfatı da kazanılamaz²⁸. Borçlunun izni onun üçüncü şahsı çağırması olmadan üçüncü kişi yardımcı kişi sıfatını kazanamaz. Bunun yanı sıra yardımcı kişi bu sıfatı kazanabilmesi için borçlunun borcunu yerine getirmiş olması gerekir. Borcun yerine getirilmesine fiilen katılmayan kişi yardımcı kişi sıfatını kazanamaz. Burada yerine getirilecek ifa borçlunun borcunun tamamının yerine getirilmesi

²⁵ Von Tuhr/Peter, 10 vd; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 116, 24; Eren, 39 vd; Bu yükümler, borç ilişkisinin türüne göre farklı kapsam ve ölçüde olabilen ve aslında her bir akdin akdin karşı tarafının dürüst ve makul düşünen bir akitten beklenebilecek davranış tarzına sahip olması konusundaki menfaatlerinin gözetilmesine hizmet ederler (Neuenschwander, 6); Yan yükümler, Türk Medeni Kanunu m. II/I'de yer alan doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanır (Kramer, PN. 96; Neuenschwander, 7; Esser/Schmidt, 86).

²⁶ Neuenschwander, 8, 10, 14, 51, 68, 69 vd; Koller, 39-40.

²⁷ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2848 136; Koller, PN. 124, 34 vd; Wiegand, Art. 101, PN. 7; Becker, Art. 101, PN. 9-11; Oser/Schönenberger, Art. 101, PN. 5-9; Schwenzler, PN. 23.04, 144; Furrer/Wey, Art. 101, PN. 11; Tschudi, 33-34; Tandoğan, 436; Oğuzman/Öz, 461; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1195; Eren, 1073; Serozan, PN. 7, 281; Şenocak, 104; "...Sadece, navlun sözleşmesinin ifasında kullanılan ve anılan sözleşmenin icrası kendisine bırakılan üst taşıyıcı, taşıyanın adamı değil, onun yardımcı şahsıdır, Y. 11.HD, T. 17.01.1980, E.1/133 K., naklen Kazancı Otomasyon).

²⁸ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2870, 140; Oser/Schönenberger, PN. 5 vd, Art. 101 OR; Tandoğan, 446; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1196; Serozan, PN. 6, Art. 101 OR; Oğuzman/Öz, 462; BGE 70 II 220.

olmayıp, burada ifadan maksat, bir borcun veya borçlanılan edimin yerine getirilmesini amaçlayan fiillerdir. İfa yardımcıları borcun ifasını tamamen yerine getirebilecekleri gibi ifa fiillerini bir kısmını da yerine getirebilirler²⁹. Bu açıdan değerlendirdiğimizde, özel hastanelerde çalışan hekimler, hastanın ameliyatını gerçekleştirmektedirler, ancak ameliyat sonrası bakım için hemşireler görevlendirilmektedir. Hekimler borcun tamamını yerine getirmeyip sadece belli kısmında görev yapmaktadırlar. Hekimler, yerine getirdikleri edim dolayısıyla özel hastanelerin ifa yardımcılarıdır.

Yardımcı kişi gerçek kişilerden olabileceği gibi tüzel kişilerden de olabilir³⁰, fakat adi şirketten yardımcı kişi olmaz³¹. Çünkü adi şirketin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bunun yerine yardımcı kişi sıfatı adi şirket ortaklarına ait olmaktadır³². Bunun yanı sıra, tüzel kişilerin organları da yardımcı kişi değildirlir³³. Tüzel kişiler ifa faaliyetine organları vasıtasıyla katılırlar. Yardımcı şahıs sıfatına organlar değil tüzel kişi sahip olur. Böylelikle, borcun ifasında tüzel kişi kullanan borçlu bu tüzel kişinin organları vasıtasıyla alacaklıya verdiği zararlardan TBK. m. 116 gereğince sorumludur³⁴.

Yardımcı kişi; gördüğü işin türüne göre, ifa yardımcısı, koruma yardımcısı veya kullanma yardımcısı olmak üzere üçe ayrılır³⁵. Bu ayırım tamamiyle soyut bir ayırımdır. Uygulamada bu ayırımın herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Sorumluluğun doğabilmesi için yardımcı kişi tanımına uyması yeterlidir³⁶. Borçlunun koruma yükümlerini yerine getiren ifa yardımcılarını "*koruma yardımcısı*" olarak adlandırılmaktadır. Dar anlamda koruma yardımcılarını, borçlunun koruma alanında bulunan kişilere karşı onların mal ve şahıs varlığı değerlerini korumakla görevlendirilen kişilerdir. Geniş anlamda koruma yardımcılarını ise, borçlunun, alacaklının kendisinin ve koruma sahasında bulunan

²⁹ Koller, 34; Şenocak, 104; Eren, 1075; Spiro, 142; Weber, Art. 101, PN. 40.

³⁰ Oğuzman/Öz, 462.

³¹ Furrer/Wey, Art. 101, PN. 11; Weber, Art. 101, PN. 39.

³² Koller, PN. 194, 53.

³³ Huguenin, Art. 101, PN. 702; von Tuhr/Escher, 127; Oğuzman/Öz, 464.

³⁴ Koller, PN. 193, 53; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2848, 136; von Tuhr/Escher, 127.

³⁵ Wiegand, Art. 101, PN. 7; BGE 130 III 601.

³⁶ Von Tuhr/Escher, 127 vd; Spiro, 152 vd; von Büren, , 397; Weber, PN. 6; Wiegand, Art. 101, PN. 6.

kişilerin edim konusu dışında kalan mal varlığı ve şahıs varlığı değerlerinin korunması yükümünün yerine getirilmesinde rol oynayan ifa yardımcılardır³⁷.

Borçlu ile yardımcı kişi arasında genellikle bir sözleşme vardır. Bu sözleşme hizmet vekalet, istisna olabilir. Buna karşın yardımcı kişinin eyleminden dolayı sorumluluğun doğması için borçlu ile yardımcısı arasında bir sözleşmenin olmasına gerek yoktur. Kanun koyucu, yardımcı kişiyi belirlerken genel sınırlardan hareket etmiştir. Bundan dolayı borçlu ile yardımcı arasındaki hukukî ilişkinin türü önemli değildir. Söz konusu ilişki sürekli veya geçici, hatta kanunun ifadesiyle, “borçlu ile birlikte yaşayan” veya “yanında çalışan kişiler” yardımcı kişi olabilmek için yeterli görülmüşlerdir. Birlikte yaşam veya yanında çalışmayı herhangi bir sözleşmeye bağlamamıştır. Buradan hareketle denilebilir ki, borçlu, yanında bulunan akrabasından tesadüfen yanında bulunan kişiden borcun ifası için yardım talep edebilir³⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 66’da da yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumluluk düzenlenmiştir. Ancak burada düzenlenen alan haksız fiil alanıdır. TBK. m. 116’da yer alan hükme bağlanan sonuç “*Borçların İfa Edilmemesine Bağlanan Sonuçlar*” kısmına ilişkindir. Bunun yanı sıra, TBK. m. 116’da yer alan yardımcı kişi kavramı TBK. m. 66’ya göre daha kapsamlıdır. Çünkü TBK. m. 66’da yardımcı kişinin adam çalıştırmanın otoritesi altında bulunması veya sürekli olarak onunla hizmet ilişkisi içerisinde bulunması gerekirken, buna karşın TBK. m. 116’ya göre, yardımcı kişinin sürekli veya geçici olarak borcun ifasına borçlunun muvafakatı ile katılması gerekir. Yardımcının borçluya tabi olması, onun otoritesinde olması şart değildir. Örneğin, eve gelen kömürün yoldan geçen biri ile anlaşılması sonucu taşınmasında, yer alan üçüncü kişi TBK. m. 116 gereği yardımcı kişidir. Aynı şekilde borçlunun bir arkadaşının borç konusunu nezaketten alacaklıya götürmesi halinde de yardımcı kişi olarak nitelendirilir. Aynı şekilde yardımcı şahıs borçlunun yönetim ve denetimine tabi olarak çalışan kişiler³⁹ de olabileceği

³⁷ Esser/Schmidt, 99.

³⁸ Von Büren, PN. 139, PN. 396; Spiro, 131 vd; Koller, 56; Wiegand, Art. 101, PN. 7-8; Wiegand, recht, 1983, 5; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2871, 140; BGE 98 II 48; BGE 70 II 220; Tandoğan, 436 vd; Eren, 1075; Kılıçoğlu, 645.

³⁹ Becker, PN. 10 zu Art. 101.

gibi tamamen bağımsız olarak çalışan kişiler de olabilir⁴⁰. Ancak burada bağımsız çalışan kişilerin yardımcı kişi sayılabilmeleri için bunların borçlunun izni ile çalışmalara katılmaları gerekir. Örneğin istisna sözleşmesinde, yer alacak mimarın işin gerçekleştirilmesinde yer alabilmesi için müteahhidin onayı gerekir. Yardımcı kişi aynı zamanda, yardımcı kişinin borçluya bir ücret karşılığında ya da ücretsiz olarak yardım etmesi de önemli değildir. Üçüncü kişilerin borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişkiyi bilmesi gerekmez. Bu söylenenlere uygun olarak, yardımcı kişi, hizmetçi, arkadaş, özel hastanede çalışan hekim⁴¹, istisna sözleşmesinde yer alan mimar⁴², alt müteahhidler, ara taşıyıcılar, bina sahibine çalışan mühendislik firması⁴³, kiracının yardımcı kişileri olarak aile üyeleri⁴⁴, kiracının yardımcısı olarak kendi yasal mirasçıları⁴⁵ CIF satışlarda bağımsız olarak çalışan nakliyeciler⁴⁶, hekimlerin yanında onlara görüşme saatlerinde yardım eden kişiler⁴⁷, belediyeye ait havuzu yapan usta⁴⁸ avukatın yanında çalışan personel⁴⁹ borçlunun borcun ifasını kendisine bıraktığı borçlunun eşi, çocuğu ana ve babası veya herhangi bir yakını olabilir⁵⁰. Bunun yanısıra kira sözleşmesinde asıl kiracı, alt kiracının kiralayana verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu TBK. m. 116'ya dayanır⁵¹.

⁴⁰ Von Tuhr/Escher, 123; Koller, 56; Spiro, 164; Weber, PN. 40 zu Art. 101 OR; "...SPK'nın Seri V No: 18 Sayılı Tebliğinin 25. maddesinde acente aracılığıyla yapılan işlemlerle ilgili olarak müşteriyle kurulan ilişkilerden doğan hukuki sorumluluğunun aracı kuruluşa ait olduğu öngörülmüştür. BK'nın 100. maddesine göre bir borç ilişkisi içinde bir edimin ifası veya bir hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakmış olan kimse, bu yardımcı kişinin işi gördüğü sırada sebep olduğu zararlardan sorumludur. Olayda, müşterilerle işlem yapan kişi aracı kurumun acentesinin çalışanı olup bu kişinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle müşterinin uğradığı zarardan aracı kurum sorumludur, Y. 19. HD., T. 15.04.2004, E. 2003/5127, K. 2004/4458, naklen Kazancı otomasyon).

⁴¹ Loeffler, 32 vd; Şenocak, 62.

⁴² Wiegand, ZBJV 2001, 98 ff.

⁴³ BGE 119 II 127.

⁴⁴ BGE 103 II 330

⁴⁵ 116 II 512 E. 2.

⁴⁶ BGE 128 III 28; Wiegand, ZBJV 1998, 206.

⁴⁷ BGE 116 II 519 ff.

⁴⁸ BGE 113 II 424 ff.

⁴⁹ BGE 4C.244/2005 E. 3.

⁵⁰ Koller, 148; von Tuhr/Escher, PN. 37, 128; Becker, PN. 22, Art., 101 OR; Eren, 1078.

⁵¹ BGE 117 II 65 ff, 67 ff; BGE 119 II 338; Huguenin, PN. 701, 116; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2854, 136; Eren, 1078.

Bunların yanısıra, kanuni temsilcilerin veli veya vasinin yardımcı kişi olup olamayacakları, yardımcı kişiye ilişkin kuralların kıyasen onlara uygulanabilmesi tartışmalıdır⁵². Yardımcı kişi olamayacaklar ise, hayvanlar, aletler, makinalar yani fiil ehliyetine sahip olmayanlardır⁵³.

D. Yardımcı Kişinin Alacaklıya Borca Aykırı Bir Davranışla Zarar Vermiş Olması

Borçlunun yardımcının eylemlerinden sorumlu tutulmasının sebebi, borcun ifasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, yardımcı kişinin eyleminden sorumluluk, ancak borcun ifasıyla ilgili ise, söz konusu olabilir. Bunun sonucu olarak yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarar borcun ifasıyla ilgili değilse borçlunun bundan sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu görüş, Türk İsviçre hukukunda da hakim olan görüştür. Bu görüşün dayanak noktası ise, kanun metninde yer alan “...onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür” cümlesidir. Hakim olan görüş, ortaya çıkan zarar ile yardımcı kişinin fiili arasında fonksiyonel bir bağın olmasıdır⁵⁴. Bu bağ olmazsa zaten yardımcı kişinin fiilinden borçlu da sorumlu olmaz. Bu bağın içeriği olarak, borçlu ile alacaklı arasında bulunan borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlalini yani borçlanılan edim imkansız hale gelmeli, hiç veya gereği gibi yerine getirmeme ve borcun gecikmiş olarak ifa edilmesi söz konusu olmalıdır⁵⁵. Aynı zamanda borç ilişkisinden doğan edim yükümlerinin yanısıra yan yükümlerini yani ifaya yardımcı ve koruma yükümlerinin de ihlali gereği gibi ifa etmemenin bir türü olarak kapsam geniş tutulmaktadır⁵⁶.

⁵² Von Tuhr/Escher, 127 ff; Weber, PN. 56 Art. 101; Becker, PN. 2 Art. 101 OR; Spiro, 164; Koller, PN. 195; Tandoğan, 439; Oğuzman/Öz, 465; Eren, 1076.

⁵³ Furrer/Wey, PN. 15 zu Art. 101 OR; Spiro, 209 ff; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2918, 147; Wiegand, PN. 9; Weber, PN. 41 zu Art. 101 OR.

⁵⁴ Spiro, 231; Schwenzler, PN. 23.09, 146; Wiegand, PN. 10 zu Art. 101 OR; Furrer / Wey, PN. 28 Art. 101 OR; Weber, PN. 121, zu Art. 101 OR; BGE 125 III 223, 225; Eren, 1079; Kılıçoğlu, 646.

⁵⁵ Von Tuhr/Escher, 126-127; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2873; BGE 92 II 18; BGE 85 II 270.

⁵⁶ Neuenschwander, 47; Guhl/Merz/Koller, 222-225-226; Wiegand, PN. 32 vd, Art. 97 OR; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2874-2878, 140-141; BGE 92 II 18; Şenocak, 170-171.

E. Yardımcı Kişinin Davranışı, Borçluya Farazî Bir Kusur Olarak Yükletilebilmelidir

Borçlunun, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarardan sorumlu olması için kendisinin veya yardımcısının kusurunun gerekli olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Türk, İsviçre ve Alman hukuk doktrin ve uygulamasında hakim olan görüşe göre, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğu için ne borçlunun ne de yardımcı kişinin kusuruna gerek vardır. Borçlunun sorumluluğu, onun farazî kusuruna dayanmaktadır⁵⁷. Borçlu yardımcı kişinin somut olaydaki davranışında bulunmuş olsaydı, bu davranış onun için kusuru teşkil edecek idiyse, borçlunun farazî kusuru şartı gerçekleşmiş sayılır⁵⁸. Böylece borçlu, ancak yardımcı kişinin aynı davranışında bulunmuş olsaydı bu davranışın kendisi için kusurlu sayılamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁵⁹.

⁵⁷ "...Aslında, BK.nun 100. maddesi hükmü uyarınca, yardımcı şahıs sıfatı taşıyan davalı bankanın kusursuzluğu saptansa bile, borçlu (asıl taşıyan) işi yardımcı şahıslara bırakmayarak, bizzat yapmış olsaydı, anılan zarardan kendisi kusurlu sayılabilecek durumda, zarardan, borçlunun sorumlu tutulması zorunludur, Y. 11. HD, T. 17. 01.1980, E. 1/133K., naklen Kazancı Otomasyon); "...Açıklanan şu hukuki ilişki itibariyle, davalı ile davacı arasında dolaylı da olsa bir sözleşmenin var olduğu, kabul edilmek gerekir. O halde bu tür uyumsuzluğun çözümündeki yasal dayanağın BK.nun 100. maddesinin olduğu kabul edilmelidir. Burada yükümlülüğünü yerine getirmekle sorumlu olan kişi, bu yükümlülüğünü, bizzat değil, yardımcı kişileri kullanarak sağlamaktadır. Burada yardımcı kişinin davaya konu edilen olayda yetkili servisin mali kullanana verdiği zarardan davalı üreticinin sorumlu olmasıdır. BK'nun 100. maddesinde sözü edilen "yardımcı kişi" somut olayda "yetkili servis çalışanı" olarak kabul edilmeli veya en azından yetkili servis yardımcı kişi gibi nitelendirilmelidir. Anılan madde gözetildiğinde, davalının sorumlu tutulmaması için yetkili servisin yaptığı işi, bizzat kendisi yapmış olsa idi, zararın yine de meydana geleceğini kanıtlaması gerekir. Eldeki davada böyle bir savunma ve kanıt getirildiğine göre, sorumlu tutulması gerekmektedir., Y. 4. HD, T. 10.04.2000, E. 1199/3287 K., naklen Kazancı Otomasyon).

⁵⁸ Wiegand, Haftung, 787; BGE 90 II 86, 90; 113 II 424; 119 II 337; 130 III 591 E. 5.5.4; "...Dava, doktorun yanlış teşhis ve tedavi sonucu ölüme sebebiyet vermesi nedeniyle tazminat talebine ilişkindir. Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulunun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A.'nın, davacının annesi olan S.'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Raporda her ne kadar davalı hastanenin kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de davalı hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan bahsedilmemektedir" (Y. T. 08.07.2005, E. 3645/11796 K, naklen Kazancı Otomasyon).

⁵⁹ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2884 vd, 142-143; Koller, PN. 302, 93 vd; Bec-

Bu görüşü paylaşan kişilerin birleştikleri alan, yardımcı kişinin davranışının kusurlu olup olmadığını tespitinde kusurun objektif yönünün, yani zarar verenin göstermekle yükümlü olduğu özen derecesinin, borçlu esas alınarak belirleneceğidir. Yardımcı kişinin somut olaydaki zarara sebebiyet veren davranışı, borçlu için geçerli olan, onun borcun ifasında göstermek zorunda olduğu özen kriterine göre bir değerlendirmeye tabi tutulur. Yardımcı kişinin somut olaydaki davranışı borçlunun göstermek zorunda olduğu bu özen derecesine ulaşmıyor, ondan sapma gösteriyorsa borçlu sorumlu olacaktır.

Bu görüşe göre yardımcı kişinin davranışı, borçlunun davranışı olsaydı ona kusur olarak yükletilip yükletilemeyeceği varsayımına dayandığı için, yardımcı kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmaması önem taşımaz. Aynı zamanda borçlunun bilgi, beceri ve yetenekleri yardımcı kişiye oranla daha üstün düzeyde ise, farazi kusurun belirlenmesinde bu yönler de gözönünde tutulur ve yardımcı kişi için kusur sayılamayan bir davranış biçimi borçlu için kusur sayılır⁶⁰. Buna karşın yardımcı kişi yönünden kusurlu sayılan bir davranış, borçlu tarafından yapılmış olsaydı, borçlu için bu durum kusur sayılmayacak ise, borçlu meydana gelen zarardan sorumlu olmaz⁶¹.

Borçlunun farazi kusuru, kast ve ihmâl şeklinde olabilir. Burada da kural olarak objektif kusuru teorisi uygulanır⁶². Yardımcı kişilerin alacaklıya vermiş oldukları zarardan kurtulmayı öğren kurtuluş kanıtı getirme yükümü burada borçluya tanınmamıştır.

F. Yardımcı Kişinin Fiilinden Dolayı Bir Zarar Ortaya Çıkmalı

Alacaklı, yardımcı şahsın fiili sonucu bir zarara uğramalıdır. Zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Alacaklının uğradığı zararın türü önemli değildir. Ortaya çıkan ve kişinin malına, şahsına ve ekonomik değerlerine verilen zarar, fiilî veya yoksun kalınan kâr şeklinde

ker, PN. 14-16- 20, zu Art. 101 OR; Wiegand, PN. 11-13 zu Art. 101 OR; Furrer/Wey, PN. 30 zu Art. 101 OR; BGE 130 III 591 E. 5.5.4; Portmann, 50 vd; Schwenzer, PN. 23.10, 147; Oğuzman/Öz, 469; Tandoğan, 444 vd; Eren, 1082; Kılıçoğlu, 646; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1201; Şenocak, 210-211.

⁶⁰ Koller, PN. 311, 94 vd; von Büren, PN. 136, 395.

⁶¹ Koller, PN. 311, 95.

⁶² Koller, 93-94; Neuenschwander, 28; Oser/Schönenberger, PN. 5, zu Art. 99.

olabilir⁶³. Burada gerçekleşen zararlara manevi zararlar da dahildir⁶⁴. Borçlunun, yardımcı kişinin verdiği zararlardan sorumluluğunun doğabilmesi için sorumluluğa sebep olan ifa fiiline yardımcı şahsın katılmasına izin verilmesi gerekir. Aksi takdirde borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaz⁶⁵. Alacaklıya verilen zarardan borçlunun sorumlu olabilmesi için zarar borcun ifası anında verilmiş olmalı ve zarar verici fiil ayrıca borca aykırılık teşkil etmesi gerekir⁶⁶.

Yardımcı şahıs alacaklıya karşı vermiş olduğu zarar gördüğü işle tesadüfi verilmiş bir zarar ise yani zarar işin görülmesi vesilesi ile verilmiş ise, TBK. m. 116 uygulanmaz⁶⁷. Yardımcı şahsın fiilinden dolayı ortaya çıkan zararın ifa dolayısıyla mı yoksa ifa vesilesi ile mi işlendiğinin tespitinde, borçlunun neyi veya neleri ifa etmek zorunda olduğunu araştırmak gerekir. Zarar verici olay borçluya ait bir ifa yükümünü ihlal ediyorsa, o zaman zararın ifa dolayısıyla gerçekleştiği kabul edilir. Ancak, berber kalfasını müşterisine tıraş için gönderir ve kalfa müşterinin saatini çalarsa burada borçlunun yardımcı kişiden dolayı sorumluluğu söz konusu olamaz⁶⁸. Çünkü saatin çalınması fiili borçlu tarafından borçlanılan bir edim değildir. Ancak borçlunun edimi alacaklının eşyalarının muhafazasını sağlamak olsaydı bu durumda borçlu yardımcı şahsın fiilinden sorumlu olurdu⁶⁹. Ayrıca, yardımcı şahsın alacaklı olmayan kişiye zarar vermesi durumunda da yine TBK. m. 116 gereği borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaz⁷⁰.

Borcun ifası sebebiyle zarar gören alacaklı ile yardımcı kişi arasında önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir. Burada, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarar, borçlunun borcunu ihlal teşkil etmemekle beraber TBK. m. 66'nın kapsamına giriyorsa, borçlu borç ilişkisi dolayısıyla değil, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur. Bu sebeple, doğan zarar sebebiyle alacaklı, yardımcı kişiyi sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumlu tutamaz. Çünkü yardımcı kişinin, fiilinden TBK. m. 116'ya göre sorumlu olabilmesi için yardımcı kişinin

⁶³ Weber, PN. 10 vd, Art. 101 OR; Spiro, 218 ff; von Tuhr/Escher, 110.

⁶⁴ Sağlam, 166.

⁶⁵ Koller, PN. 245 ff, 72; Weber, PN. 105, zu Art. 101 OR.

⁶⁶ BGE 92 II 15; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1198; Oğuzman/Öz, 467.

⁶⁷ BGE 88 II 430.

⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1200.

⁶⁹ BGE 99 II 96.

⁷⁰ Becker, PN. 18 zu Art. 101 OR.

kendisine bırakılan fiili gerçekleştirirken boçluya zarar vermelidir⁷¹. Aksi durumda TBK. m. 116 geçerli olmaz⁷². Ancak yardımcı şahsın fiili, hem TBK. m. 116'ya göre borca aykırılık, hem de TBK. m. 66'ya göre haksız fiil teşkil ediyorsa, bu takdirde alacaklının karşısında değişik hukuksal sebeplerle (sözleşme - haksız fiil) sorumlu tutulabileceği birden fazla kişinin TBK. m. 61 gereğince müteselsilen sorumluluğu söz konusu olur⁷³.

G. Uygun İlliyet Bağı

Yardımcı şahsın sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 116'da borçlunun sorumlu olması için yardımcının kendisine bırakılan işi gördüğü

⁷¹ "Somut olayda, davacı Emine'nin doğum için davalı doktora baş vurduğu, doktor kontrolünde doğumun gerçekleştirildiği, doğum sırasında küçüğün omuz sinirlerinin zedelendiği ve sakat kaldığı anlaşılmaktadır. Davamızda doğum sırasındaki arızanın meydana gelmesinde ve küçüğün sakat kalmasında davalı doktorun kusurlu olup olmadığının saptanması gerekir. Mahkemece, Adli Tıp 2. İhtisas Kurulundan alınan 16.2.2000 günlü raporda, 4000 gr. Doğum ağırlığında olan bebeğin, normal doğum ağırlıklı bebeklerde nadirde olsa, omuz mistozisi meydana gelebileceği tıbben bilinmekle, söz konusu doğum olayında hekime atfen herhangi bir kusur veya ihmâl verilemeyeceği bildirilmiş, davacının itirazı üzerine Adli Tıp Genel kurulundan oy çokluğuyla alınan 14.12.2000 tarihli raporda "omuz takıldıktan sonra bebeğin 2-3 dakika gibi kısa bir süre içerisinde acilen doğurtulması zorunluluğu söz konusu olduğundan hastayı takip eden hekimin olguda kusurunun bulunmadığı, ayrıca omuz takıldıktan sonra, klasik obstetrik biliminde yazılı bulunan manevraları yapmış olduğu mütalaa edilmiş, bu görüşe 6 uzman doktor muhalefet etmiştir. Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunca verilen 6.4.2001 tarihli raporda da doğum sırasında oluştuğu bildirilen arızadan dolayı yaşına göre küçüğün %59 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmiş sayılacağı açıklanmıştır. Hemen belirtelim ki Adli Tıp Genel Kurulu raporu oyçokluğu ile verilmiş ve kurul içinde tek bir kadın doğum uzmanı bulunmaktadır. Raporda çoğunluk görüşünün doğru olmadığı yönünde azınlık tarafından inandırıcı gerekçeler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu haliyle rapor inandırıcı ve tatminkar olmaktan uzaktır. Öyle olunca davalı tarafca da itiraz edilen Adli Tıp Genel Kurulu raporuna itibar edilip, hüküm kurulmaz. O halde mahkemece yapılacak iş; üniversitelerin ilgili anabilim dallarından ve özellikle kadın doğum uzmanlarından seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile dosyadaki hastahane de tutulmuş dosya ve kayıtlar taraf savunmaları tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak ve böylece hasil olacak sonuca uygun karar vermektir" (Y. 13HD., T. 06.03.2003, E. 2002/13959, K. 2003/2380, naklen Kazancı Otomasyon).

⁷² " ...yanında çalıştığı mühendisin kusuru ile kazaya uğrayan işçi tarafından şirket aleyhine açılan tazminat davasının TBK. m. 66 değişik TBK. m. 116'nın uygulanması gerekir" (YİBK. T. 18.03.1940, E. 14, K. 27, RG. S. 4522, T. 30.05.1940).

⁷³ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2897, 143; BGE 97 II 126; Kılıçoğlu, 647; Oğuzman/Öz, C. II, 136-138.

sırada alacaklıya bir zarar vermesi gerekir. Kanun metninde yardımcı şahsın fiilinden dolayı borçlunun sorumlu olabilmesi için gerekli olan illiyet bağına kanun metninde yer verilmiştir.

Borçlunun sorumlu olması için yardımcının fiili ile gerçekleşen zarar arasında önce tabii sonra uygun illiyet bağı olmalıdır⁷⁴. İfa veya kullanma yardımcısının davranışı, yani ifa fiili veya kullanma fiili ile somut olayda gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut değil veya söz konusu bu bağ mücbir sebep alacaklının veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile kesilmişse, zarardan sorumluluk söz konusu olmaz⁷⁵. Ayrıca, ifa yardımcısı kendisine verilen işi gördüğü sırada iş ile ilgili bir husustan dolayı karşı âkide zarar vermelidir. Yardımcı kişinin kendisine tevdi edilen işin görülmesi dışındaki fiilinden dolayı üçüncü şahsa zarar vermesi durumunda, yardımcı kişinin kendi fiilinden bizzat sorumlu olacağından, yardımcı kişinin fiilinden dolayı borçlunun sorumluluğu cihetine gidilemez⁷⁶.

H. Hüküm ve Sonuçları

1. Genel Olarak

Yukarıda anılan şartlar gerçekleşince borçlu, yardımcı kişinin alacaklıya vermiş olduğu zarardan dolayı bu zararı kendi fiiliyle vermiş gibi sorumlu olur⁷⁷. Çalışmamızda incelenen genel ve özel şartların varlığı halinde borçlunun alacaklıya karşı tazminat yükümlülüğü doğar. Borçlunun yardımcının eylemlerinden sorumluluğunun koşulları, borca aykırılık sebebiyle sorumluluğa ilişkin TBK.m. 112'deki genel koşullarla aynıdır. Tıpkı Borçlar Kanunu m. 112'de aranan, zararın, uygun illiyet bağının ve borca aykırılığın varlığını ispat yükü alacaklıda⁷⁸, kendisine farazî bir kusur yükletilemeyeceğini ispat yükü

⁷⁴ Koller, PN. 117vd, 32-33; Weber, PN. 109 zu Art. 101 OR; BGE 123 II 112 ; BGE 88 II 433.

⁷⁵ Eren, 1083.

⁷⁶ Wiegand, Haftung, 789.

⁷⁷ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2894, 143; Weber, PN. 154, zu Art. 101 OR; Wiegand, PN. 18, zu Art. 101 OR; Furrer/Wey, PN. 34, Art. 101 OR; Koller, PN. 508, 156; Spiro, 264.

⁷⁸ Koller, PN. 349, 108; Furrer/Wey, PN. 34, Art. 101 OR; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2894, 143; Wiegand, PN. 18 Art. 101 OR; Schwenzler, PN. 23.02; Wiegand, PN. 4 Art. 101 OR; Şenocak, 221.

ise borçludur⁷⁹. Ancak TBK. m. 116'nın uygulandığı alanlarda, kusur dışındaki diğer şartlar aranır. Burada TBK. m. 112'den farklı olan tek yön borçlunun yardımcısının eyleminden dolayı sorumlu tutulmasıdır. Alacaklının uğradığı zararın türü burada önemli değildir⁸⁰.

2. Borçlunun Tazminat Yükümlülüğü

Borçlu, ifa yardımcısının alacaklıya verdiği zarardan tıpkı bu zarara kendi davranışıyla sebebiyet vermiş gibi sorumlu olmalıdır. Bundan dolayı borçlu, ifa yardımcısı tarafından sebebiyet verilmiş olması halinde, alacaklı için ortaya çıkan her türlü zararı, yani müsbet yada menfi zararı, doğrudan doğruya zararı yada dolaylı zararı hatta manevi zararı dahi tazmin etmekle mükelleftir⁸¹. Ayrıca borçlu bazı hallerde alacaklıya karşı umulmayan hallerden de sorumlu olur⁸². İfa yardımcısı tarafından verilen zararın hesaplanmasında, TBK. m. 114/II'de yer alan "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır*" atfı dolayısıyla TBK. m. 51 vd maddeleri uygulanır. Türk Borçlar Kanununun 114 ve 116. maddeleri her ne kadar "Sorumluluğun Kapsamı" şeklinde ortak bir başlık altında toplanmış olsalar da, borçlunun bizzat kusurlu davranışı halinde uygulama alanı bulan TBK. m. 114'ün borçlunun yardımcı kişinin sorumluluğunda da uygulanmaması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Doktrinde bu görüştedir⁸³.

a. Tazminatın Hesaplanmasında Esas Alınacak Kriterler

Türk Borçlar Kanununun 51. maddesine göre, hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını gözönüne alarak belirler. Burada hakim, kusur sorumluluğunda tazminatın kapsamını, kusurun ağırlığını gözönüne alarak belirleyeceği hükümden anlaşılmaktadır. Tazminattan indirim sebepleri, özellikle zarar verenin farazi kusurunun hafifliği, alacaklının ken-

⁷⁹ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2891, 143; Tandoğan, 445.

⁸⁰ Kılıçoğlu, 647.

⁸¹ Furrer/Wey, PN. 34, Art. 101 OR; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2921, 146; Gauch/Aeppli/Stöckli, PN. 15 314; Koller, PN. 508.

⁸² Von Tuhr/Peter, 90; von Tuhr/Escher, 115.

⁸³ Koller, PN. 318, 98; Gauch/Aeppli/Casanova, OR-AT, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Aufl., 1989, 208;

di kusuru ve nihayet, alacaklının ortak kusurudur. Gerçekleşen olayda tazminatta indirim teşkil edecek hal ve şartların varlığına ve ya ne oranda indirime tabi kılınacağına hakim TMK. m. 4 gereği karar verir.

Borçlunun kusurunun tazminattan zorunlu olarak indirime sebebiyet teşkil etmeyeceği doktrin tarafından ileri sürülmektedir⁸⁴. İleri sürülen görüşe göre, hakim önüne gelen olayda kusurun hafif ve çok hafif olması durumunda, tazminatın borçluya yüklediği yük arasında aşırı nispetsizlik bulunduğu halde tazminattan indirim yapılabilir⁸⁵. Ancak TBK. m. 116'nın özel durumu da göz ardı edilmemelidir. Burada, diğer kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi ne zarar veren yardımcı kişinin ne de borçlunun fiili kusuru gözönünde tutulur. Burada alınacak olan kıstas, borçlunun yada yardımcı kişinin fiili kusuru olmayıp onların farazi kusurudur⁸⁶. Tazminatın indirilmesinde ölçü olarak alınacak hafif kusurun tespiti için gerekli olan özen, borçlu için geçerli olan özendir. Borçlunun alacaklının bizzat kendisinden beklemeye hakkı olduğu özen derecesi ile yardımcı kişilerden dolayı sorumlu olma prensibi burada da geçerlidir. Böylece, borçlu yardımcı kişinin davranışında bulunmuş olsaydı, yardımcı kişinin somut olaydaki davranış tarzı onun için de sadece hafif kusur teşkil edecek idiyse bu şekilde tespit edilen farazi kusur, tazminattan indirim teşkil eder.

Alacaklının kendi kusuru da tazminattan indirim sebebidir. Zarar görenin, zararın ortaya çıkmasında veya zararın artmasında diğer sebepler arasında kısmi sebep teşkil eden ve kınanabilir davranışı, Borçlar Kanunu'nun m. 52/II anlamında hakim tazminattan indirim gidebilir. Alacaklının tazminattan indirime sebep olabilmesi için öncelikle, alacaklının davranışının zararın doğmasında ve artmasında uygun sebep teşkil etmelidir⁸⁷. İkinci şart ise, alacaklının zararın ortaya çıkmasında veya artmasında uygun sebep teşkil eden davranışının kınanabilir olmasıdır. Kınanabilmenin ölçütünde, aynen zarar görende olduğu gibi objektif kusur kriterlerine başvurulmalıdır. Yani burada da

⁸⁴ Von Tuhr/Peter, 104-105; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, 83; Tandoğan, 317; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 797; BGE 104 II 88; Eren, 764.

⁸⁵ Weber, PN. 158 Art. 101 OR; Eren, 764; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 797; Tandoğan, 316; BGE 100 II 337; 92 II 240; 82 II 534.

⁸⁶ Şenocak, 226.

⁸⁷ Eren, 769; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 802; Schnyder, PN. 7, Art. 44 OR; Spiro, 436; Gauch/Aeppli/Stöckli, PN. 5, 165; Weber, PN. 159, Art. 101 OR; Y. 4 HD, T. 18.09. 1979, E. 1979/5480, K. 1979/5480, YKD. 1979, S. 11, 1573-1577.

objektifleştirilmiş kusur ilkesi geçerli olmalıdır⁸⁸. Alacaklının kusuru, “ Makul bir insanın aynı şartlar altında kendi menfaati icabı yapamaması gereken harekette bulunması, bir tazminat beklentisi söz konusu olmasaydı normalde alması gerekli tedbirleri almaması” alacaklının kusurunu teşkil eder⁸⁹. Ancak buradaki kusur, dar anlamdaki kusur değildir. Çünkü kusurlu olan davranış daima hukuka aykırı olan davranıştır. Kişilerin zararlara karşı kendilerini korumaya yönelik hukuki bir yükümlülükleri de bulunmamaktadır⁹⁰.

Alacaklının yardımcının zararın doğmasında etkili olan bir davranışının varlığı da, Türk Borçlar Kanununun 116. maddesi kıyasen uygulanarak alacaklıya isnad edilebilir ve TBK. m. 52/I gereği, tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir⁹¹. Tazminatın artırılmasına sebep olan haller ise, zarara sebep olanın ek kusurudur. TBK. m. 116’da da, borçlunun fiili kusuru, tazminatın takdirinde rol oynayan tazminattan indirim sebebi, tamamen veya kısmen etkisiz hale getirebilir⁹².

3. Borçlunun Yardımcı Kişiye Rücu Hakkı

Borçlun, üçüncü kişilerin zararını ödedikten sonra bir zarara uğramıştır. Oluşan bu zararı tazmin eden borçlu, yardımcı kişiden bunu talep eder. Ancak bu zararın borçludan istenmesi mümkün olmalıdır. Eğer istenebilen bir zarar ise, borçlu, yardımcıya rücu edebilir⁹³. TBK.

⁸⁸ Eren, 766; Gauch/Aepli/Casanova, 102, Art. 44 OR; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 802; BGE 92 II 242.

⁸⁹ Eren, 766; ; Gauch/Aepli/Casanova, 102, Art. 44 OR.

⁹⁰ Von Tuhr/Peter, 108; Tandoğan, 318-319; Y. 4. HD, T. 26.02.1976, E. 1978/5666, K. 1979/2516, YKD. 1980, S. 1, 35-38.

⁹¹ von Tuhr/Peter, 109 vd; Eren, 766 vd; Tandoğan, 324-325; Weber, PN. 160, Art. 101 OR; Koller, PN. 332, 103; Ott, 287 vd; Şenocak, 229.

⁹² Şenocak, 234.

⁹³ “...vesikalı akreditif sistemine göre davacı banka amir banka, yabancı banka da muhabir banka durumundadır. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatları gereğince (HGK. 4.11.1964 tarih ve 1942/D-T Esas, 637 Karar sayılı kararı ile Onbirinci Hukuk Dairesi’nin 22.4.1982 tarih 1982/1274-1845 sayılı kararı) yabancı ve yerli muhabir banka amir (davacı) bankanın yardımcısı durumundadır. Bu halde de, BK. nun 100. maddesi gereğince amir banka muhabir bankanın işini icra ederken yaptığı yanlış işlemin sonucundan ve verilen zarardan sorumludur. Maddenin tercüme şekli yanlış anlamaya yer verecek şekilde yapılmış ve sanki sadece (kendisi ile beraber yaşayan şahısların veya mahiyetinde çalışanların) fiillerinden sorumluluk söz konusu imiş gibi yapılmıştır. Oysa maddenin başlığı (muavin şahısların meşkuliyeti) şeklinde geniş anlamı olduğu gibi İsviçre BK. nun karşılığı ve kay-

m. 116' da bu hükme yer verilmemiştir. Bundan dolayı, borçlunun yardımcısına rücu hakkı TBK. m. 62' de belirtilen genel hükümlere göre yapılır. Rücu alacağı, borçlu ile yardımcısı arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenir. Borçlu ile yardımcısı arasındaki ilişki özel hastane ile hastanede devamlı çalışan hekim arasında olduğu gibi hukuki ilişkiye dayanabileceği gibi, sözleşme dışı bir ilişkiye de dayanabilir. Ancak borçlu ile yardımcı kişi arasındaki hukuki ilişki mevcut olup aynı zamanda, yardımcı kişinin de kusuru mevcut ise, borçlunu rücu alacağı, yardımcı kişinin sözleşmeye aykırı davranışına dayanır. Bu durumda yardımcı, karşı âkit durumunda bulunana borçlunun alacaklıya tazmin ettiği zararı gidermek zorundadır. Borçlu ile yardımcı şahıs arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmuyor ise, ve borçlu, ödediği tazminat için yardımcı kişiye TBK. m. 62' ye göre rücu eder. Bunun için de yardımcı kişinin kusurlu olması gerekir. Rücu alacağı, yardımcının kusuru oranında gerçekleşir. Yardımcı kusursuz ise, borçlu ona rücu edemez⁹⁴.

Borç ilişkisinin alacaklı tarafı ile ifa yardımcısı arasında akdi bir ilişki mevcut olmadığından, alacaklı ona karşı sözleşmenin ihlaline dayanan bir tazminat davası açamaz. Buna karşılık yardımcı kişinin davranışı bir haksız fiil teşkil ediyorsa, alacaklı TBK. m. 49 ve 66' ya dayanarak borçlu ile birlikte veya tek başına yardımcı kişiyi haksız fiil hükümlerine göre dava edebilir⁹⁵.

nak maddesi olan 101. maddesinde (... kendisi ile beraber yaşayan şahıslar veya mahiyetinde çalışanlar gibi, yardımcılara işin tevdiinden söz edilmekle maddede yazılı kişilerin sınırlayıcı değil örnek olarak gösterildiği açıkça belirtilmektedir. Bu yardımcı, borçlunun açık veya gizli rızasıyla ifa ya da haklı kullanma eylemlerine katılan herhangi bir kişi olabilir. Bu durumda Amerika' daki muhabir bankayı davacı bankanın yardımcısı kabul etmek ve onun yanlış işleminden ve davalı ithalatçıya karşı davacı bankayı sorumlu tutmak gerekmektedir. Muhabir bankanın yanlış işlemi nedeniyle ödediği paranın sorumlusu davalı olamaz. Bu sebeplerle davanın reddi gerekirken taraflar arasındaki ilişkinin bir vesikalı akreditif işlemi olduğu hususu ve vesikalı akreditifin özelliği üzerinde durulmadan davalının ithal süresinin uzatılmasını talep etmediği gibi ilişki dışındaki bir nedene dayanılarak davanın kabulü bozmayı gerektirmiştir. Davacı bankanın yardımcısı durumundaki Amerika' daki muhabir bankası olan (Bankers Trust Company) ye tabiiyle rücu hakkı saklıdır, " Y. 11. HD., T. 15.11.1982, E. 4852/5626 K., naklen Kazancı Otomasyon)

⁹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 1204; Eren, 1084; Kılıçoğlu, 647.

⁹⁵ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2878, 141; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 1205.

4. Yardımcı Kişiden Dolayı Sorumluluğu Kaldırılması veya Sınırlandırılması

Türk Borçlar Kanunu m. 116/II'ye göre, borçlu, alacaklı ile daha evvel yapmış olduğu sözleşme ile yardımcı kişinin alacaklıya vereceği zararlardan sorumlu olmayacağını kararlaştırabilir. Bu duruma sorumsuzluk sözleşmesi adı verilir. Taraflar arasında böyle bir sözleşmenin yapılabilmesi için işin yardımcı şahsa bırakılabilir olması ve borçlunun işletme organizasyonunun kusursuz ve eksiksiz olması gerekir⁹⁶.

TBK. m. 116/II'de yer alan ve borçlunun yardımcı kişinin borca aykırı fiillerinin sonuçlarından kurtulmayı amaçlayan sözleşme ile TBK. m. 115 arasında önemli bir fark vardır. Şöyle ki, TBK. m. 116/II'ye göre, borçlu alacaklı ile önceden yaptığı sözleşme ile yardımcı kişilerin kasıtlı veya ağır kusurlu davranışlarıyla alacaklıya verecekleri zararlardan tamamen veya kısmen sorumsuz olacağını kararlaştırmalarıdır. Buna karşın TBK. m. 115'e göre alacaklı ve borçlu arasında daha evvelden yapılacak kast ve ağır ihmalden dolayı sorumlu olunmayacağına ilişkin sözleşme kesin olarak hükümsüzdür. Ancak bu kuralların kanun maddesinde bazı istisnai halleri de düzenlenmiştir. Bunlar, TBK. m. 116/III'e göre, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san'at, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin yaptıkları anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

5. Adam Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu ile Yardımcı Kişinin Eyleminden Sorumluluğun Karşılaştırılması

Türk Borçlar Kanunu m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu, Borçlar Kanunumuzun haksız fiillerle ilgili bölümünde düzenlenmiştir. Burada, kusura dayanmayan bir haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. Buna karşılık, TBK. m. 116'da hükme bağlanan yardımcı kişinin eylemlerinden sorumluluk, "Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları"na ilişkin ikinci kısımda yer almıştır. Bu iki hüküm TBK. m. 49 ve TBK. m. 112 gibi, belirli bir zararın ne zaman sorumluluğa yol açacağını belirleyen birer sorumluluk normudur⁹⁷. Bu duruma veri-

⁹⁶ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2898, 144; Wiegand, PN. 16 Art. 101 OR; Furrer/Wey, PN. 36 Art. 101 OR; Weber, PN. 163, Art. 101 OR; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1203; Eren, 1085; Şenocak, 237.

⁹⁷ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2903 vd, 144; Şenocak, 135.

lecek en iyi örnek, özel hastanenin, sözleşme yaptığı hastasının mide ameliyatında gazlı bez unutulması sonucu hastanın belli bir süre ağrı çekmesi durumunda hekimin sorumluluğu TBK. m. 116'ya göre belirlenir⁹⁸. Aynı şekilde hastayı ziyarete gelmiş bulunan hasta yakınının özel hastanede temizlik görevlisi olarak çalışan (T)'nin koridorları fazla cilalaması sonucu kayıp düşmesi durumunda, özel hastane yönetimi hasta yakınına karşı aralarında her hangi bir sözleşme olmadığından TBK. m. 66'ya göre sorumludur. Ancak, doktrindeki hakim görüşe göre, zarar verici davranış, hem genel hukuk hükümlerine hem de akdî bir hükme aykırı olduğu sürece Borçlar Kanunu'nun 66 ve 116. maddeleri yarışma halindedirler. Buna karşın her iki sorumluluğun amacı ve koşulları arasında önemli farklar vardır. Bu farkları şu şekilde sıralayabiliriz.

1. Borçlar Kanununun 66. maddesine göre, yardımcı kişinin davranışından sorumlu olan kişi "iş sahibidir". TBK. m. 66'ya göre "iş sahibi", işlerini gördürmek amacı ile kendisiyle bağımlılık ilişkisi içerisinde olan bir kişiyi kullanan kişidir. Başkasının hizmetinden çoğunlukla bir hizmet sözleşmesi yoluyla veya diğer bir sözleşme ile istifade etmek gereklidir. Ancak burada önemli olan, bir kişinin diğer kişinin hizmetinden kendi amaçları için yararlanmasıdır⁹⁹. Adam çalıştırma ilişkisinde, önemli olan çalışanın işi görürken çalıştırmanın talimatlarının altında olmasıdır. Çalışma ilişkisi ne şekilde adlandırılırsa adlandırılınsın aralarında mutlaka bağımlılık ilişkisi olmalıdır. Buna karşın TBK. m. 116'ya göre, ifa yardımcısının borçluya tabi olması mümkün ise de, şart da değildir¹⁰⁰.
2. Türk Borçlar Kanunu m. 66'ya göre, iş sahibinden tazminat talep edecek kişi zarara uğramış herhangi bir üçüncü kişidir. Yani, TBK. m. 66'ya göre, zarar gören ile adam çalıştırın arasında herhangi bir ilişki söz konusu değildir¹⁰¹. Buna karşın, TBK. m. 116'ya göre, zarar gören ile borçlu arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır.

⁹⁸ YİBK. T. 18.03.1940, 14/21 sayılı içtihadında, "bir şirketin müstahdemi durumunda bulunan bir mühendisin kusurundan dolayı aynı şirketin işçilerinden biri zarara uğratıldığı takdirde, işçi tarafından şirkete karşı açılacak davanın BK. m. 100 (TBK. m. 116)'ya dayanacağı ve bu sebeple on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı içtihad edilmiştir".

⁹⁹ Sağlam, 165.

¹⁰⁰ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2906; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1206; Tandoğan, 80; Eren, 620; Kılıçoğlu, 648; Şenocak, 137.

¹⁰¹ Altay, 176.

Örneğin, özel hastanede ameliyat edilen hastanın hekimin hatalı davranışından dolayı, ölümüne sebebiyet verilmiş ise, burada zarar gören ile borçlu arasında bir hastane kabul sözleşmesi bulunduğu için TBK. m. 116 uygulama alanı bulur. Ancak, eğer hekim tarafından hastaya yapılan ihlal, aynı zamanda haksız fiilde teşkil ediyorsa, alacaklı istediği kuruma başvurmada muhayyerdir¹⁰².

3. Türk Borçlar Kanunu m. 66'da, yardımcı kişinin üçüncü şahsa hukuka aykırı bir şekilde zarar vermiş olması aranmaktadır. Burada, hukuka aykırılığın nitelikleri, TBK. m. 49'a göre belirlenir. Buna karşın, TBK. m. 116'nın uygulanabilirliği, yardımcı kişinin davranışının, borçlunun borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerinin ihlalini teşkil etmelidir. Yani burada, TBK. m. 116'ya göre sorumluluk için TBK. m. 49'da yer alan ve genel yükümlülüklerin ihlalini oluşturan, "hukuka aykırılık" kavramı yeterli olmaz¹⁰³.
4. Borçlar Kanunu m. 66 ve 116 arasındaki bir diğer fark ise, TBK. m. 66'da iş sahibine sorumluluktan kurtulma kanıtı getirme hakkı tanınmıştır. Buna göre, adam çalıştıran çalışanın seçiminde, denetiminde, talimat vermede gerekli objektif özeni gösterdiğini, kanıtladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir¹⁰⁴. Ancak TBK. m. 116'da borçluya bu şekilde bir kurtuluş kanıtı getirme olanağı tanınmamıştır¹⁰⁵. TBK. m. 66'ya göre, adam çalıştıran, yardımcı kişi ister kusurlu olsun ister olmasın daima sorumludur. Ancak TBK. m. 116'ya göre, borçlu, yardımcı kişi yerine geçip, onun davranışında bulunmuş olsaydı, bu davranış kendisine kusur olarak yükletilebilecek idi ise sorumlu olur. Bu sebeple, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için yardımcı kişinin fiilini, yardımcı kişi yerine; kendisi yapmış olsaydı bunun kendisine bir kusur olarak yükletilemeyeceğini, bundan dolayı kendisinin kınanamayacağını ispat etmesi gerekir¹⁰⁶.

¹⁰² Tandoğan, 79; Eren, 621.

¹⁰³ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2897, 143; Furrer/Wey, PN. 39, Art. 101 OR; Wiegand, PN. 6 Art. 101 OR; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1206; Tandoğan, 79.

¹⁰⁴ Sağlam, 168.

¹⁰⁵ Eren, 620; Kılıçoğlu, 648; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1206; Şenocak, 138; Y. 11 HD., T. 17.01.1980, 1/133, YKD. 1980, S. 9, 1246 vd; "...yardımcı kişilerden dolayı sorumlulukta, adam çalıştıran kurtuluş delili getirme imkanından mahrumdur (BK. m. 100), YHGK. T. 01.12.2010, E. 13-593/623 K., naklen Kazancı otomasyon).

¹⁰⁶ Koller, 154 vd; Eren, 620; Şenocak, 140; Tandoğan, 53; Kılıçoğlu, 648.

5. Zamanaşımı açısından , adam çalıştırmanın sorumluluğunun düzenlendiği TBK. m. 66'nın haksız fiil sorumluluğu olması dolayısıyla haksız fiil hükümlerine tabidir (TBK. m. 72). Buna göre, zamanaşımı, " Zarar görenin zararı, ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar..." hükmü gereği iki ve on yıllık haksız fiil zamanaşımına tabidir. Buna karşın TBK. m. 116'ya göre, akdi zamanaşımı süresi olan TBK. m. 146 vd hükümlerine tabi olduğundan on yıllık zamanaşımına tabidir¹⁰⁷.
6. Borçlar Kanunu m. 116'da alacaklıya, borçlu ile yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumsuzluk anlaşması yapılabileceğine dair bir yetki verilmiştir. Buna karşın TBK. m. 66'ya göre sorumluluğun emredici olmasından dolayı, sorumluluktan kurtulma mümkün değildir¹⁰⁸.
7. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda, kanun, açıkça zararı tazmin eden adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkını öngörmüştür. Buna karşın, yardımcı kişinin eyleminden sorumlulukta TBK. m. 116'da böyle bir rücu hakkından bahsedilmemiştir. Ancak, zararı tazmin eden borçlunun, yardımcısına rücu hakkına sahip olduğu genel hükümlerden çıkartılabilir¹⁰⁹.
8. Bütün bu farklara rağmen her iki hükümde, sorumlu kişinin gerçek kusurunu aramayan sebep sorumluluğunu düzenlemektedir¹¹⁰. Ancak, TBK. m. 66'da sorumluluk, adam çalıştırmanın göstermesi gereken objektif özen yükümünün ihlaline dayanmaktadır. İş sahibi burada kusura ehil olmadığını, yani temyiz kudretine sahip olmadığını veya özensizliğinin kusuru olarak nitelendirilebilecek bir dereceyi bulmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaktadır¹¹¹. Buna karşın borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda, kusur şartı, "borçlu yardımcı kişinin davranış tarzında bulunmuş olsaydı, bu hareket tarzı onun için geçerli olan objektif özen ölçüsüne göre kusuru teşkil edecektir" faraziyesine dayandığından onun gerçek kusurunu ifade edememektedir¹¹².

¹⁰⁷ YİBK. T. 18.04.1940, E. 14/27, RG. 4522, T. 30.05.1940.

¹⁰⁸ Tandoğan, 81; Eren, 620.

¹⁰⁹ Kılıçoğlu, 648.

¹¹⁰ Tandoğan, 23; Wiegand, PN. 1 vd, Art. 101 OR; Koller, PN. 41, 11.

¹¹¹ Tandoğan, 53.

¹¹² Şenocak, 140.

SONUÇ

Günümüzün gelişen teknolojisinin karşısında kişilerin tek başlarına bir işin üstesinden gelmesi beklenememektedir. Yaşadığımız çağda hizmetler bireysellikten çıkıp, birçok kişi tarafından yerine getirilen grup çalışmaları halini almışlardır. Sosyal devletin özelliklerinden olan sağlık hizmetleri de yaşadığımız çağda, kamunun yanısıra, özel sektör tarafından yerine getirilmektedir. Geçmişten beri süregelen sağlık hizmetleri de artık özel hastanelerde verilebilmektedir. Buralarda çalışan hekimler, özel hastanelerle özel hukuk hükümlerine göre yapmış oldukları hizmet akitleri ile çalışmaktadırlar. Bu ilişki içerisinde çalışan hekimler, Türk Borçlar Kanunu m. 116 gereğince ifa yardımcısı sıfatına sahiptirler. Türk Yargıtayı özel hastanelerde çalışan hekimlerin, işlerini yaparken hastalara verdikleri zararlar konusunda hekim ve hasta arasındaki ilişkinin TBK. m. 66 olduğunu kabul ederek, zarar sözleşme hükümlerine tabi kılmayarak bu durumlarda haksız fiil hükümlerini uygulamaktadır. Oysaki, hekim hastanın karşısında, özel hastanenin ifa yardımcısı niteliğindedir. Çünkü hasta, özel hastane ile bir sözleşme yapmaktadır. Bu sözleşmenin gereğini de hekim yerine getirmektedir. İşlerin görüldüğü anda da hasta zarar görmektedir. Burada, zarar gören hasta, ile özel hastane arasında TBK. m. 66'dan farklı olarak bir sözleşme bulunmaktadır. Bundan dolayı olaya TBK. m. 116 uygulanmalıdır. Gerçekten de, TBK. m. 66'da zarar gören ile adam çalıştıran arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Adam çalıştıranın işin görülmesinde çalıştırdığı kişilerin adam çalıştıranı yabancı onunla herhangi bir ilişkisi olmayan kişiye zarar vermesi durumunda, verilen zarar haksız fiil hükümlerine göre telafi edilir. Ancak, Yargıtay özel hastane ve hasta arasındaki sözleşmeyi atlayarak verdiği kararlarda hep TBK m. 66'yı uygulamaktadır.

Çalışmamızda TBK. m. 116'nın şartları ve uygulama alanları ve TBK. m. 66'dan farkına değinilmeye ve Yargıtayın uygulamalarının isabetsizliği yine Yargıtayın verdiği kararlarla ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

KAYNAKLAR

- Altay, S.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyon) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. m. 66/III), Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011.
- Ayan, M.: Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî sorumluluk, Ankara 1991.
- Becker, H.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, B. VI: Obligationenrecht, I, Abt., Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), 2. Auflg. Bern 1941.
- Belgesay, M. R.: Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1954.
- Donay, S.: Doktorun Hukukî Sorumluluğu, İktisadî ve Ticarî İlimler dergisi, S. 10, 1968, 39-53.
- Eren, F.: 6083 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012.
- Esser, J./Schmidt, E.: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflg., Heidelberg 1984.
- Furrer, A./Wey, R.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007.
- Gauch, P.: Der Wekvertrag, 5. Auflg, Zürich 2011.
- Gauch, P./Aepli, V./Casanova, H.: OR Allgemeiner Teil-Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Auflg., Zürich 1989.
- Gauch, P./Aepli, V./Stöckli, H.: Praejudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 6. Auflg. Zürich 2006.
- Gauch, P./Schleup, W./Schmid, J./Rey, H.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflg. Zürich 2003.
- Guhl, T./Schnyder, K. A./Koller, A./Druey, J. N.: Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflg, Zürich 2000.
- Hatırnaz, G.: Özel Hastanelerin Hukukî sorumluluğu ve Hasta Hakları, 2. Bası Ankara 2009.
- Huguenin, C.: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2004.
- Kıcalıoğlu, M.: Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012.
- Koller, A.: Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Zürich 1981.
- Köprülü, Ö.: Hekimin Hukukî Sorumluluğu, İBD., C. 58, S. 10-12 1984, 589-613.
- Kramer, E./Schmidlin, B.: Berner Kommentar, B. VI, I. Abt., I. Teilband., Bestimmungen, Art. 1-18 OR, Bern 1986 .
- Loeffler, W.: Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung Aarau 1945.
- Neuenschwander, M.: Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1971.
- Oğuzman, M.K./Öz, T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- Oser, H./Schönenberger, W.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, (Art. 1-183), 2. Auflg., Zürich 1929; B. V: Das Obligationenrecht, 3. Teil (Art. 419-529), 2. Auflg., Zürich 1945.
- Ott, W.: Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn, SJZ 1978 , 285 ff.

- Özdemir, H.: Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.
- Öztürkler, C.: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2003.
- Portmann, P.: Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Heft 335 der Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern 1958.
- Reisoğlu, S.: Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, 1-18.
- Sağlam, İ.: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011.
- Sarial, E.: Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.
- Schnyder, K. A.: Basler Kommentar, Zürich 2006.
- Schwenzer, I.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl, Zürich 2006.
- Serozan, R.: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006.
- Spiro, K.: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.
- Şenocak, Z.: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.
- Tandoğan, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
-: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II: İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmesi, B. 3, Ankara 1987, (Tandoğan, Özel).
- Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.: Tekinay Borçlar Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1988.
- Tschudi, J.W.: Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Bern 1949.
- Velidedeoğlu, H. V.: Hekimin Sorumluluğu, Yapıt ve Vekillik Sözleşmeleri, Cumhuriyet Gazetesi 26.08.1969.
- von Büren, B.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- Von Tuhr, A./Escher, A.: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, B. II 3. Aufl., Zürich 1974.
- Von Tuhr, A./Peter, H.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, B. I, 3. Aufl., Zürich 1979.
- Weber, H. R.: Berner Kommentar, B. VI/I/5, Art. 97-109 OR, Bern 2000.
- Wiegand, W.: Basler Kommentar, Obligationenrecht, B. 1, 4. Aufl., Zürich 2007.
-:Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999, ZBJV 137/2001,98 (Wiegand, ZBJV 2001).
-: Die Leistungstörungen, recht 1983, 1 ff. (Wiegand, recht 1983).
-: Die Haftung für Hilfsperson, festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Privat Law (Band I) (Wiegand, Haftung).

TERÖR SUÇLARI BAĞLAMINDA 13-15 YAŞ GRUBU ÇOCUKLARIN KUSUR YETENEĞİNİN BELİRLENMESİ

DETERMINATION OF THE CRIMINAL LIABILITY OF MINORS AGED BETWEEN 13-15 WITH RESPECT TO TERRORISM OFFENCES

Yusuf Solmaz BALO*

Özet: Terör olayları karşısında toplumun güvenlik ihtiyacının ön plana çıktığı, bu ihtiyacın karşılanmasına yönelik olarak “olağan suçlar” bakımından kabul edilmiş olan “olağan soruşturma, kovuşturma ve infaz ” kurallarından sapma gösteren düzenlemelere gidildiği ve bu tür hükümlere anayasaların izin verdiği bir gerçektir.

Genel olarak, “*olağan hukuk kural ve sisteminden*” sapma gösteren düzenlemeler iki sebebe bağlı olarak gerçekleştirilmektedir; terör eylemleri nedeniyle bireylerin güvenlik ihtiyacının karşılanması ve çocuk hukuku değerlerinin tatbiki. Bu sapma, terör suçlarının söz konusu olduğu durumlarda olağan suçlar hakkında öngörülmüş olan hukuk kurallarında teminat altına alınmış bir kısım haklarda daralma şeklinde ortaya çıkmakta iken, çocuk suçluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, bu kurallarda öngörülen sınırlamaların kaldırılması veya hakların üst düzeyde korunması ve genişletilmesi şeklinde kendini göstermektedir.

Yargı alanında da terörle etkin mücadele amacıyla Türkiye’de, terör suçları belirlenmiş ve bu suçların soruşturulması, kovuşturulması ve infazında özel kurallara yer verilmiş, bu suçlarla görevli özel kolluk, savcılık, mahkeme sistemi geliştirilmiş ve özel ceza infaz sistemleri öngörülmüştür.

Öte yandan, Türkiye’de 2005 yılında yürürlüğe giren temel ceza mevzuatı ve çocuk ceza hukuku ilkelerine göre, kanunun suç kabul ettiği bir eylemi gerçekleştiren 13-15 yaş grubunda yer alan çocuğun ceza sorumluluğundan bahsedebilmek için, çocuğun üzerine atılı suçun “*hukuki anlam ve sonuçlarını algılama*” ve “*davranışlarını yönlendirme*” yeteneklerine sahip olması gerekmektedir. Bu yaş grubunda bulunan çocukların işlemiş oldukları özellikle terör örgütü üyeliği suçu, terör örgütü üyesi olmamakla birlikte terör örgütü adına suç işlenmesi, terör örgütüne yardım ve yataklık suçu ile terörün propagandası suçlarından dolayı ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığının belirlenmesi, bu suçları oluşturan eylemler ve bu yaş grubunda bulunan çocuklara bağlı nedenlerle bir kısım özellikler ve zorluklar taşımaktadır.

Tebliğde, Türkiye’de terör suçları karşısında toplumun ve bireylerin güvenlik ihtiyacının karşılanması ile bu suçların 13-15 yaş grubunda bulunan çocuklar tarafından işlendiği durumlarda çocukların “yüksek yararı”, “çocuğun korunması ihtiyacı” ve “çocuğun suça itilme” olgu ve değerlerinin dengelenmesi ihtiyacı üzerinde durulmuş, güvenlik ihtiyacı ile çocuk ceza

* Dr., Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdür Yrd.

hukukunun çarpışan değerlerinin sınırları belirlenmeye ve bu iki çarpışan ihtiyacın Türkiye’de ne şekilde karşılandığı tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Terör, terör suçları, terör amacıyla işlenen suçlar, güvenlik, hakların sınırlandırılması, çocuk, ceza sorumluluğu, kusur yargısı, Türk çocuk ceza hukukunun genel prensipleri, terör suçu işleyen çocuklar bakımından öngörülen özel kuralların gelişimi, Türkiye’de çocuklar tarafından işlenen terör suçlarına ilişkin istatistikler.

Abstract: It is a fact that, encountered with terrorism acts, a need for security has arose and in order to satisfy this need, there have been some deviations from the “ordinary investigation, prosecution and enforcement” procedures which were adopted for “ordinary crimes” and the constitutions have also allowed these kind of provisions.

In general, the regulations which deviate from “ordinary law principles and system” are materialized due to two reasons; to satisfy the individuals’ need for security against terrorism acts and the implementation of juvenile law principles. In case of terrorism offences, this deviation appears as the restriction of some rights which are guaranteed in the provisions regulating ordinary crimes; whereas in case of juvenile criminality, the restrictions envisaged in those procedures are abolished or the rights are protected and broadened at the highest level.

In Turkey, in order to combat with terrorism effectively in the field of justice, the terrorism offences were defined and specific provisions were adopted for the investigation, prosecution and enforcement of these offences. A specific police force, prosecutor office and courts system were developed and particular enforcement systems were envisaged.

On the other hand, according to the new criminal legislation and juvenile criminal law principles adopted in 2005, in order to establish the criminal liability of a minor between 13-15 ages, who commits an act which is defined as an offence in criminal law, that minor has to be capable of “appreciating the legal meaning and consequences” of his act or his “capability to control” his behavior. There are some difficulties in establishing the criminal liability of minors who commit particularly the offence of being a member of a terrorist organization, committing an offence on behalf of a terrorist organization without being a member of that organization, aiding or abetting a terrorist organization and propaganda of that organization, due to some characteristics of those crimes and reasons regarding the minors under this group of age.

In this communique, the need to ensure a balance between providing security to the society and individuals against terrorist acts and the phenomenon and principles regarding minors such as “high interest of the minor” “need for protection” and “incitement to commit an offence” is elaborated. It has also been attempted to determine and identify the lines between the conflicting values of the need for security and juvenile criminal justice and how these interfering needs are met in Turkey.

Keywords: Terror, terrorism offences, offences committed for the purpose of terrorism, security, restriction of rights, minor, criminal liability, general principles of Turkish juvenile criminal justice, development of specific rules envisaged for the minors committing terrorism offences, statistics regarding minors who commit terrorism offences.

Sunuş

Şiddet vasıtası ile korku yaratmanın sistematik bir halde uygulanması olan terörizm, Soğuk Savaş'ın sona ermesinin ardından hiç olmadığı kadar uluslararası boyut kazanarak, 21. yüzyılın en önemli güvenlik sorunu olmuştur¹ ki; bu yüzyılın uluslararası huzur ve güvenliğe karşı yönelmiş en büyük tehdittir². Küreselleşmenin bir sonucu olarak, devletler arasındaki sınırların esnemesi, terör örgütlerinin de dünya üzerine yayılarak güçlenmelerine ortam sağlamış, yapılanma şekilleri, finansman yönetimleri³, personellerin eğitim ve uzmanlaşma süreçleri ile terör örgütleri adeta çokuluslu bir şirket profili çizen organizasyonlar haline gelmiştir⁴.

Terörizm, devletin otoritesini, toplumsal kurumları ve bireyleri tehdit ederek, suçlu-suçsuz ayrımı yapmadan toplumun her kesimini acımasız eylem ve saldırılarla yıldırıp, korkutarak hedefine ulaşmaya çalışmaktadırlar⁵.

Terör gruplarının kullandıkları taktikler, terör örgütleriyle bir kısım hükümetlerin var olan bağlantısı ve terörle mücadelede kullanılan politika ve taktiklerdeki farklılıklar nedeniyle, kanun yapıcı organlar, politikacılar, konuyla ilgili uzmanlar ve toplumun geneli için çok karmaşık bir konu olmuştur⁶.

¹ Yıldırım, Zeki, Hukuksal Açından Terörizmin Finansmanı, Önlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara-2012, s. 1.

² Madu, Enem Kelechi, Terrorism : The Search For an International Legal Framework, Master of Laws, Faculty of Law, University of Alberta, Alberta-2007, s. iv.

³ Örneğin, Türkiye'nin uzun yıllardır mücadele ettiği PKK terör örgütünün üyütürücü üretim ve sevkiyle ilgili bağlantıları hakkında bkz. Şahin, Fuat Salih, Case Studies in Terrorism-Drug Connection: The Kurdistan Workers' Party, The Liberation Tigers of Tamil Eelam, and the Shining Path, Thesis Prepared for the Degree of Master of Science University of North Texas, Texas-2001, s. 10 vd.; Terörün oksijeninin finansman olduğu ve 11 Eylül saldırısı sonrasında ABD'de İslami yardım kuruluşları hakkında FBI tarafından gerçekleştirilen işlemler hakkında bkz. Darling-Brekhus, Keith, Intennal Colonialism and Social Control in Age of Terror: The FBI's War on Islamic Charities Following the September 11th Attacks of 2001, the Faculty of the Graduate School, Columbia-2008, s. 13.

⁴ Çeviz, Tolga, 11 Eylül Saldırıları Sonrasında ABD'nin Uluslararası Terörizmle Mücadeleye İlişkin Güvenlik Politikası, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, Çanakkale, 2008, s. 2.

⁵ Çeviz, s. 2.

⁶ Bal, İhsan, Terörizm; Terör, Terörizm ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler, USAK Yay., Ankara, 2006, s. 159; Topal, Ahmet Hamdi, Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, Beta ya-

Devletler, uluslararası örgütler, sivil toplum kuruluşları ve hatta gerçek kişiler, artık politikalarını, planlarını, yatırımlarını belirlerken terörizm olgusunu gözetmektedir. Öte yandan, özellikle 11 Eylül saldırıları sonrasında terörizme karşı, devletlerin tek başına mücadele ederek başarı sağlayamayacağı anlaşılınca, terörle mücadelede gerek devletlerin gerekse uluslar örgütlerin yeni önlemler alması kaçınılmaz bir zorunluluk haline gelmiştir⁷.

Öte yandan, güvenlik ihtiyacı karşılanmadıkça, hak ve özgürlüklerin güvencede olduğunu kabul etmek de doğru değildir. Ancak devletler, teröre karşı mücadele verirken, insan haklarına müdahale etmek zorunluluğu ile de karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu ihtiyacın karşılanmasına yönelik uygulanacak önlemlerin bazıları, insan haklarını da ilgilendirmektedir ve çoğunlukla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Güvenliği sağlama ihtiyacını karşılamaya yönelik güvenlik önlemlerindeki genişleme, hak ve özgürlükler alanında daralmaya yol açmaktadır⁸.

Bu noktada öne çıkan tartışma konusu, terörle mücadele edilirken alınan önlemlerle, insan haklarının hangi dereceye kadar sınırlandırılacağı, somutlaştırmak gerekirse hangi hak veya özgürlüğün ne derecede daraltılacağı hususu olmaktadır. Konunun somut ve elle tutulur bir ölçütü olmadığı gibi, yaşanan terör tehdidinin yoğunluğu ve terörle mücadele eden devletin özellikleri gibi, zamana ve yere göre değişkenlik gösteren dinamikler de, sınırlandırmanın sınırını belirlemede evrensel standartlara ulaşmayı zorlaştırmaktadır⁹. Bununla birlikte, terörün tehdit ettiği toplumsal düzenin korunmasının, aynı zamanda insan haklarının korunmasına da hizmet etmekte olduğu bir gerçektir¹⁰.

yınları, İstanbul-2005, s. 2.

⁷ Uluslar arası terörizm ile mücadele amacıyla uluslar arası alanda gerçekleştirilmiş çalışmalar hakkında bkz. Cho, Harry Yeon, Human Rights and the War Against International Terrorism: A War Without Rights?, Faculty of Law University of Toronto, Master of Laws, Toronto-2009, s. 17; Topal, s. 1; Çeviz, s. 2; Yücebaş, Önder, Suç Ekonomisi ve Terörün Finansmanı, Turhan Kitabevi, Ankara-2011, s. 127 vd.

⁸ İştin, İnanç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Sınırlandırılması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara-2010, s. i.

⁹ İştin, s. ii.

¹⁰ İştin, s. 452.

Toplum ve bireylerin güvenlik ihtiyacının oldukça ön plana çıktığı terör eylemleri ortamında, çocuklar tarafından gerçekleştirilen terör eylemlerine ve bu çocuklara adalet sisteminin yaklaşımı nasıl olacaktır? Çocuk hukukunun değer ve ilkeleri, çocuğun yüksek yararı ve bir anlamda toplumun yararı nasıl korunacaktır? Güvenlik ihtiyacı ile sistemin kendilerini “suça sürüklenen” olarak kabul ettiği¹¹ çocukların korunması dengesi ne şekilde sağlanacaktır? Bu çalışmada, bu soruların cevaplandırılmasına çalışılmış ve özellikle suç tarihinde 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını ikmal etmemiş olan çocukların, çocuk hukuku değerlerini biraz daha ön plana çıkaran bir yaklaşımla, işlemler oldukları suçlar karşısındaki cezai sorumluluğu bakımından yasa değişikliği önerisi sunulmuştur.

I- Terör Olayları ve Güvenlik İhtiyacı

A. Genel Olarak

Neredeyse, insanoğlu kadar eski olan terör ve terörizmin yapılmış çok sayıda tanımı bulunmakla birlikte, üzerinde anlaşılmış bir tanıma sahip değildir ve onun tanımı üzerinde kolayca uyum sağlanamayacaktır¹². Ancak, terörizmden bahsedildiğinde zihinlerde ilk oluşan terörizm tanımına karşılık gelen, devlete karşı terörizmdir¹³. 1960’lı yıllardan itibaren uluslararası toplumun değişmez gündem maddelerinden biri haline gelen terörizm, uluslararası barış ve güvenliğe yönelik önemli bir tehdit oluşturmaktadır¹⁴.

Terörizm, hiç şüphesiz güvenlik kavramıyla çok yakından ilgilidir. Terörizm, bireylerin, toplumların, devletlerin ve yakın zamandan beri kazandığı yeni niteliğiyle küresel düzenin güvenliğine yönelmiş

¹¹ 2005 tarihinde Parlamento’da kabul edilen 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununa göre, suç olarak tanımlanan bir fiili işlemiş olan çocuklar “suça sürüklenen çocuk”tur (m.3).

¹² Siskind, Jillian Nicole, Terrorism Defined: An Impossibility or an Imperative?, University of Toronto, Faculty of Law, Master of Laws, Toronto-2005, s. 15.

¹³ Kocher, Lauren, The Impact of Terrorism on Human Rights: Consequences of the War on Terror, Yüksek Lisans Tezi, the School of International Relations of Webster University, London-2007, s. iv ve 7; Uytun, Alaattin, 11 Eylül 2001 Terör Saldırısı Sonrası Değişen Terör Algısı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ufuk Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, Ankara, 2009, s. 11.

¹⁴ Terörün tanımı ve kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Madu, s. 10 vd. ; Topal, s. 1.

bir tehdittir. Kişinin güvenliği, onun beden ve ruh sağlığına, aile yapısına ya da yaşadığı ortamın istikrarlı olmasına bağlı olabilmektedir. Bu kaygılar geçmişe dayalı olmakla birlikte geleceğe yönelik de olabilir.

Terör, toplumun sosyal ve ekonomik bakımdan gelişmesini de engellemektedir. Zira terör bireylere zarar vermekte, halkın korku ve paniğe kapılmasına yol açmakta, terörle mücadele eden devlet de, enerjisini ve kaynaklarını terörle mücadeleye harcamak durumunda kalmaktadır.

Güvenliğin bozulması insan haklarının tanınmasını ve uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Uzun yıllardır terörle mücadele etmekte olan Türkiye’de de insan haklarının eksiksiz bir şekilde tanınıp uygulanmasında zorluklar çıkarmaktadır. Dünya uygulamalarına baktığımızda, dış ve iç güvenlik endişelerinin başta yaşam hakkı olmak üzere temel hak ve hürriyetler rejimini doğrudan doğruya etkilediği görülmektedir¹⁵.

Güvensizlik ortamının kişilerin can ve mal güvenliğini doğrudan tehlikeye bırakmasının dışında, devletin hukuk düzeninin işleyişi üzerinde de olumsuz etki görülmektedir. Bu kapsamda olmak üzere, özellikle ceza hukuku alanında, gözaltına alma, tutuklama, koruma tedbirleri uygulama, özel savcılık ve mahkeme örgütlenmesi, delil toplama güçlüğü ve medya ve kamuoyunun baskısı sonucu güvenlik kuvvetleri ve adliyenin yeterli araştırma yapamadan sonuca gitme gibi olağan hukuk kural ve uygulamalarından sapma gösteren uygulamalar görülebilmektedir. Bunun yanında, güvensiz bölgelerden sermayenin kaçması, artan işsizliği, yatırımların gerçekleştirilememesi, eğitim ve sağlık gibi kamu hizmetlerinin aksaması dolayısıyla ekonomik ve sosyal hakların ihlalleri de eklenebilir¹⁶.

Devletin görevi ise, bireylerinin hak ve özgürlüklerini yaşanabilir kılmaktır. 21. yüzyılın başında, terörün yeni kimliğiyle batı medeniyetlerini hedef alan saldırıları sonucunda insan haklarının sınırlandırıl-

¹⁵ Gündüz, Aslan, «Terörle Mücadelede İnsan Hakları ve Güvenlik İkilemi : Bir Milletlerarası Hukuk Perspektifi», Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul-1996, s. 193 ; Ünal, Şeref, “Terörizm ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Terörizm İncelemeleri, Derleyen Ümit Özdağ ve Osman Metin Öztürk, ASAM Yayınları, Ankara - 2000, s. 88 vd.

¹⁶ Gündüz, s. 193.

ması hususu Batı medeniyetinin öncelikleri haline gelmiştir. Bu uğurda, ulusal ve uluslararası düzeyde teröre karşı alınan kararlarda ve yapılan düzenlemelerde, insan hakları alanındaki kazanımlarda kısmî geriye gidiş yaşanmaya başlanmıştır¹⁷. Örneğin, Almanya'da 1970'li yıllarda terör eylemlerinin artması nedeniyle, Ceza Kanununa ve Ceza Muhakemeleri Usul Kanununda yeni suç tipleri ve kurallar getirilmek suretiyle bir karşılık verilmiştir. Bunu, Mahkemeler Teşkilatı Kanunu ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanununda yapılan değişiklikler ile "Kamu Tanıklığı" müessesesinin düzenlenmesi izlemiştir. Bu çerçevede, soruşturma organlarının araştırma ve müdahale yetkileri önemli şekilde genişletilmiş, müdafilik hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin yaptırımlar uygulanmaya başlanmış ve terör suçlusu tutukluların bir takım haklarında kısıtlamaya gidilmiş, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde maske takmak, silah ve silah benzeri teçhizatlara sahip olmak suç olarak düzenlenmiştir¹⁸.

Terörle mücadelede alınan önlemlerin, bir taraftan bireysel hak ve özgürlüklerin korunduğu demokratik toplum ve hukuk devleti gerekleri ile uluslararası insan hakları standartlarını karşılama ve demokratik kurallara uygun olması gerekirken, diğer taraftan da terör tehdidine karşı etkili olması gerekmektedir. Devlet, bireyi korumak için terörle mücadele ederken kendisi bireye zarar vermemelidir. Bu noktada demokratik rejimlerde, insan haklarının nasıl ve hangi dereceye kadar sınırlandırılabilirliği tartışması ortaya çıkmaktadır. Bu sınırlandırmanın çerçevesini, demokrasinin ve uluslararası hukukun temel prensipleri çizmektedir.

Güvenliğin sağlanması için alınacak önlemler ile bu önlemler alınırken hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar arasındaki dengeyi

¹⁷ İşten, s. 1.

¹⁸ Erbaşı, A. Aslıhan, Avrupa Birliği Terör Politikası Işığında Almanya Örneği, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul- 2009, s. 233 vd.; 11 Eylül 2001 tarihinde ABD'de gerçekleştirilmiş olan terör eylemleri dolayısıyla ABD federal Kongresi tarafından kısaca USA Patriot Kanunu (PatriotLaw) olarak bilinen "Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act" Kanunu kabul etmiştir. Bu Kanun ve ABD'de terörizm ile ceza hukuku alanında mücadelede yapılanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocher, s. 26; Öte yandan terörle mücadele amacıyla ABD'de yerel polis örgütlerinde gerçekleştirilen değişiklikler ve bunun yeterliliği hakkında bkz. Presnell, J. Ryan, Local Law Enforcement's Counter Terrorism Capabilities, The faculty of the Department of Criminal Justice, East Tennessee State University, s. 21 vd.

kurma, zamanımızda devletlerin karşılaştıkları bir ikilem iken, terör suçunu işlemiş kişinin çocuk olması durumunda çocuk hukukunu oluşturan ulusal ve uluslararası kaynakların ilkelerinin de göz önünde bulundurulması ihtiyacı¹⁹, terör suçlusunun çocuk olduğu durumlarda terör ve güvenlik ihtiyacının karşılanmasıdaki sınırın belirlenmesinde durumu biraz daha zorlaştırmaktadır.

B. Hakların Sınırlandırılması Ölçütü

Terör eylemleri, kişilerin birçok temel hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesini sınırlandırmakta veya tümüyle ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, "Temel hak ve özgürlükler ile güvenlik arasındaki denge", devletlerin terörle mücadelesinde uluslararası anlamda mutlak bir hak olarak kabul edilmektedir²⁰.

Güvenlik sebebiyle hak ve özgürlükler alanında gerçekleştirilecek sınırlamaların her hak veya özgürlüğün nitelik ve özelliğine göre, gerekli, haklı ve adil olması gerekmektedir. Yapılan sınırlamaların bu çerçeveye uygun olup olmadığının denetlenmesi amacıyla uluslararası belgelerde ve çağdaş anayasalarda; "demokratik toplum düzeninin gerekleri", "ölçülülük ilkesi" ve "öze dokunmama" gibi sınırlamanın sınırını teşkil eden bir takım güvence kriterler belirlenmiştir²¹.

Uluslararası belgelerde de ifadesini bulan diğer ilke ise; hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların, anayasanın verdiği yetkiye uygun olarak, ancak kanunla yapılabilmesidir (Any.m.13)²².

II- Terör Olgusuna Karşı Ceza Hukuku Araçlarıyla Tepki

A. Genel Olarak

Terörist eylemler; bireyleri korkutarak, ürküterek, yıldırarak toplumda güvensizlik yaratmak ve bu suretle hedefte yer alan kişilerin boyun eğmelerini sağlamak amacını gütmekte, bu doğrultuda hiçbir ahlaki

¹⁹ Türk hukukunda çocuk haklarının korunması hakkında bkz. Akyüz, Emine, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Milli Eğitim Basımevi, Ankara-2000.

²⁰ Terör eylemlerinin, kişi hak ve özgürlükleri üzerindeki etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Altun, Hasan Mutlu, Terör, Güncel Olaylara Hukuksal, Sosyolojik ve Tarihsel Yaklaşım, Seçkin Yayınevi, Ankara-2011, s.345 vd.

²¹ İştin, s. 202.

²² İştin, s. 202.

sınır tanımaksızın acımasızca gerçekleştirilmekte ve çoğunlukla masum insanları hedef almaktadırlar. Bu anlamda, bu eylemler, ceza hukuku bakımından, temelde suç teşkil eden eylemlerden oluşmaktadır ve bu eylemler, neredeyse tüm devletlerin iç hukuklarında suç olarak tanımlanmış ve yaptırıma bağlanmıştır. Terör örgütleri mensuplarınca gerçekleştirilen bu eylemler; görünüşte herhangi bir kişi tarafından işlenen eylemle aynı olmakla birlikte, sebep, amaç, yöntem ve sonuçları bakımından söz konusu sıradan eylemlerden ayrılmaktadırlar (TMK m.1)²³.

Belirtilen nitelikteki eylemler ve bu eylemlerin failleri ile hukuk platformunda mücadelede ceza hukukuna görev düşmektedir. Ancak bu konuda ceza hukukunun konusunu oluşturan suç ve suçlular, sıradan suç ve suçlulardan oldukça farklıdırlar ve olağan ceza hukuku kuralları, yargısal alanda terör suçlarıyla mücadele ve toplumun güvenlik ihtiyacının karşılanmasında yetersiz kalabilmektedir. Bu nedenle, terör suçlarıyla ceza hukuku alanında mücadele edilebilmesi için, özel mücadele sistemlerinin geliştirilmesine ihtiyaç duyulmuştur²⁴.

Teröre karşı ceza hukuku alanında geliştirilen özel sistemler, devletten devlete farklılık göstermektedir. Bazı devletler güvenliklerini ön planda tutmakta ve bunu sağlamak için hak ve özgürlüklerden taviz verilmesinden sakınmamakta iken, diğer bazı devletler teröre karşı aldıkları özel önlemleri asgari düzeyde tutmaya, hak ve özgürlüklere olağan durumdan daha geniş sınırlamalar getirmemeye çalışmaktadırlar. Bu tercihlerde, devletlerin maruz kaldıkları terör tehdidinin nitelikleri ile boyutu rol oynadığı gibi, devletlerin rejimi, demokrasi kültürü, milli güvenlik algılamaları gibi kendine has özellikleri de belirleyici olmaktadır²⁵.

²³ İşten, s. 64 ; Terörle mücadelede uluslararası örgütler ile mukayeseli hukukta alınan tedbirler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zelman, Jashua D., "Uluslararası Hukukta Son Gelişmeler : Anti-Terörizm Mevzuatı-Bölüm 1 : Genel Değerlendirme ", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara-2008, s. 83 vd. ; Gasser, Hans Peter, "Terör Eylemleri, Terörizm ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara-2008, s. 99 vd. ; Goldstone, Richard / Simpson, Janine, " Terörizme Hukuki Bir Cevap Olarak Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolünün Değerlendirilmesi", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara-2008, s. 123 vd.

²⁴ İşten, s. 64.

²⁵ Kuzey İrlanda'da terörle mücadelede idarî alanda ve ceza hukuku alanında uygulanan yöntem ve kurumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Korte, Raven Nicole,

Türk hukuk sisteminde terörist eylemler ve terör suçlarıyla yargı alanında etkin mücadele amacıyla ceza hukuku, medenî hukuk, personel hukuku ve idare hukuku gibi bir kısım alanlarda özel düzenlemeler yapılmıştır. Ceza hukuku alanında, 1991 yılında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu çıkarılmıştır. Bununla yetinilmemiş, 1999 tarihinde çıkarılmış olan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun iletişimin dinlenmesi ve tespiti, gizli izleme, gizli soruşturmacı görevlendirme, kayıt ve verilerin incelenmesi, hak ve alacaklara ilişkin tedbirler, tanığın ve görevlilerin korunması gibi koruma tedbirlerinin terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasında da uygulanması benimsenmiştir (4422 sy. m. 16). Öte yandan, terör suçlarında tanıklardan daha fazla bilgi elde etmek amacıyla, 2007 yılında Tanık Koruma Kanunu kabul edilmiştir. Bunlarla da yetinilmemiş, Ceza Muhakemesi Kanunu²⁶, Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun²⁷ ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda²⁸ yer verilen bir kısım hükümlerle, terör suçları ve suçluları bakımından olağan suçluluk durumuna göre temel hak ve özgürlükler bakımından daha ağırlaştırıcı düzenlemeler öngörülmüştür²⁹.

Ayrıca, terör suçlarından mahkûm olanların kamu görevlisi olmalarını zorlaştıracak hükümlere de yer verilmiştir. Devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan mahkum olmak, Devlet memuru olmaya engel teşkil etmektedir (DMK m.48). Hatta, bu suçlardan olunan mahkumiyetin af dolayısıyla kaldırılmış olması bile, bu kişilerin Devlet memuru olmasını sağlayamamaktadır (DMK m.48).

Counter Terrorism Counter Productive? The Case of Northern Ireland, Faculty of the Graduate School of the University of Maryland, Master of Arts, Maryland-2005, s. 6, 26 vd.; İşten, s. 64.

²⁶ CMK m.250 ilâ 252. Bu hükümler 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanunun 105. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan bu hükümlerin bazıları yine 6352 sayılı Kanunla (m.75)Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesine alınmıştır.

²⁷ CMK Yürürlük Kanunu m.12/1.

²⁸ CİK m.107/4.

²⁹ ABD'de terör suçları dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma bakımından öngörülen tedbirler ile terör suçlarında savcılar ve savunma avukatlarının uyguladıkları stratejiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A. Shields, Christopher, An Analysis of Prosecutorial and Defense Strategies in Federal Terrorism Trials From 1980 to 2004, University of Arkansas, Arkansas-2008, s. 16, 34 vd.

Öte yandan, bu suçlarla etkin mücadele amacıyla Devlet organizasyonel anlamda da bir kısım değişikliklere gitmiştir. Bu amaçla, Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde Terörle Mücadele Daire Başkanlığı³⁰, il ve ilçelerde ise terör şube müdürlükleri ve terör büro amirlikleri³¹ kurulmuştur.

Bu yaklaşım çerçevesinde yargı alanında da bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında görevli savcılık ve mahkemeler belirlenmiştir. TMK kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bu mahkemelelerin başkan ve üyeleri adli yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez (TMK m.10).

B. Çocuklar Bakımından

Türk hukukunda, terör suçu sayılan eylemlerin çocuklar tarafından gerçekleştirilmesi durumunda da çocuklar terör suçlusu, işlenmiş olan suçlarda terör suçu olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle de, genel kural olarak yetişkin terör suçluları ve suçları hakkında ceza hukukunda öngörülmüş olan ve “*olağan hukuk*” kurallarından kişi aleyhine sapma gösteren kurallar, terör suçlusu çocuklar hakkında da uygulanmaktadır.

Türk hukukunda genel konsept bu olmakla birlikte, çocuk hukukuna hakim olan ilkeleri³² göz önünde bulunduran Yasa Koyucu özellikle 2000’li yıllardan itibaren, soruşturma, kovuşturma ve infaz hukukunun genel yaklaşımından farklılaşmak suretiyle, terör suçları ve suçluları bakımından öngörülen farklı ve ağır nitelik taşıyan kural- ların çocuklar bakımından uygulanmamasını benimsemeye başlamış, bu yaklaşım süreç içinde farklı kanunlarla gerçekleştirilen değişiklik- lerle uygulamaya yansıtılmıştır.

³⁰ EGM Terörle Mücadele ve Harekat Daire Başkanlığı Kuruluş Görev ve Çalışma Yönetmeliği.

³¹ İl Emniyet Müdürlükleri Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü ve İlçe Emniyet Müdürlükleri/Amirlikleri Terörle Mücadele Büro Amirliği Kuruluş Görev ve Çalışma Yönetmeliği.

³² Çocuk hukukuna hakim olan ilkeler ve bunların Türk hukuk sistemi bakımından etkisi hakkında bkz. Tiryakioğlu, Bilgin, Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 7, Ankara-2000, s. 5 vd.

Bu kapsamda olmak üzere, terör suçlarından mahkum olanların cezalarında yarı oranında artırım öngören hükmün (TMK m.5) çocuklar hakkında uygulanmaması³³, çocuklar tarafından gerçekleştirilen suçlarda özel yetkili Cumhuriyet savcılığı ile özel yetkili bölge ağır ceza mahkemelerinin görevlerinin sonlandırılmasını³⁴, TMK'da öngörülen özel soruşturma ve kovuşturma hükümlerinin çocukların terör suçluluğunda uygulanma yasağı³⁵ ile çocuklar hakkında olağan koşullu salıverme hükümlerinin uygulanması düzenlemeleri³⁶ gerçekleştirilmiştir.

III- Terör Suçları ve Çocuklar

A. Çocuk

Türk hukukunda çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişidir (ÇKK m.3)³⁷. Bu yaklaşım, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (m.1)³⁸ ile Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Küçüklerin Korunması İçin Birleşmiş Milletler Kurallarına uygundur³⁹. Bu yaklaşımın suç teşkil eden eylemleri gerçek-

³³ Bu düzenleme 22/7/2010 tarihli ve 6008 Sayılı Kanunla (m.4) kabul edilmiştir. Buna göre "Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz."

³⁴ Bu düzenleme 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunla (m.75) ile kabul edilmiştir. Buna göre "Çocuklar, bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamaz; bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz." (TMK m.10/).

³⁵ Bu düzenleme 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunla (m.75) ile kabul edilmiştir. Buna göre "Çocuklar, bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamaz; bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz." (TMK m.10/).

³⁶ Terör suçlarından dolayı bir kişinin koşullu salıverilmesi için diğer koşulların yanında, mahkum olunmuş olunan cezanın dörtte üçünü iyi halli olarak ceza infaz kurumunda geçirmesi gereklidir. Bu süre, diğer suçlardan mahkum olunan cezalarda ise üçte ikidir. 22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanunla (m.9) yapılan değişiklikle, terör suçundan dolayı mahkum olan çocuklar hakkında terör suçuna ilişkin koşullu salıverme hükümlerinin değil, terör suçu olmayan suçlara ilişkin koşullu salıverme suçlarına ilişkin koşullu salıverme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

³⁷ Türk ceza hukuku sisteminde çocuk kavramı ve gelişimi hakkında bkz. Akyüz, s. 67 vd.;Yokuş Sevük, Handan, Uluslar arası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım, Beta Yayınları, İstanbul-1998, s. 3 vd.

³⁸ ÇHDS'nin 1. maddesine göre "Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır."

³⁹ Balo, Yusuf Solmaz, Uluslararası İlkeler ışığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulanması, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş 2. Baskı, Anka-

leştiren çocuklar bakımından karşılığı, suç tarihinde henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin “çocuğun yüksek yararı” yaklaşımı çerçevesinde (ÇHDS m.3 ve ÇKK m.4) özel bir statüye tabi kılınması gerekliliğidir.

Türkiye’de, çocukların ceza hukuku karşısındaki sorumlulukları bakımından durumları, üç yaş grubu altında farklı hükümlere bağlanmıştır. İlk grup olarak, suç tarihinde 12 yaşını doldurmamış küçüklerin ceza hukuku karşısında sorumluluğu bulunmamaktadır (TCK m.31)⁴⁰. Suç tarihinde 12 yaşını doldurmuş olup, henüz 15 yaşını doldurmamış olan çocukların ceza hukuku karşısındaki sorumluluklarının olup olmadığı hususunda Kanun Koyucu kesin kanaat bildirmemiştir. Bunlar hakkında yapılacak bir kısım tespitlerin sonucuna bağlanmıştır. Bunların, üzerlerine atılı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği (*algılama yeteneği*) ile davranışlarını yönlendirme yeteneğinin (*irade yeteneği*) varlığının tespiti durumunda, cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Son grup olan 15 yaşını doldurmuş ancak, 18 yaşını doldurmamış olanların ceza hukuku karşısında sorumlulukları bulunmaktadır. Ancak, bunlar hakkında indirimli ceza politikası izlenmiştir.

Ayrıca, sağır ve dilsiz olan çocukların ceza hukuku karşısındaki sorumluluğunun tespitinde, bu yaş grupları daha yukarıya çekilmiştir. Sağır ve dilsiz çocukların ceza hukuku karşısındaki sorumsuzluk yaşı 15’dir. 15-18 yaş grubunda bulunan sağır ve dilsizlerin cezai sorumluluğunun var olup olmadığı, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin tespitine bağlıdır (TCK m.33). Bu durumda Türk hukukunda, sağır ve dilsiz olup 15-18 yaş grubunda bulunan çocukların ceza hukuku karşısındaki sorumluluğu, sağır ve dilsiz olmayan 13-15 yaş grubunda bulunan çocukların statüsüyle eşdeğer görülmüştür⁴¹.

ra-2009, s. 182.

⁴⁰ Mukayeseli hukukta çocukların ceza hukuku karşısındaki sorumluluk yaşları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk, Emin, “Küçüklerin Cezai Sorumluluğu ve Suçlu Çocukların Yargılmasında Hâkim Olan İlkeler”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı-2000, Ankara-2000, s. 216; Balo, Yusuf Solmaz, Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara-2005, s. 11; Aksay, Bekir, Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü Kusur Yeteneğine ve Sorumluluğuna Etkisi, Beta Yayınları, İstanbul-1990, s. 20; Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi Rehberi, Unicef, Ankara-2010, s. 1.

⁴¹ Yaş gruplandırmaları ve grupların ceza hukuku karşısında farklı statüye tabi tutulmasında etkin unsurun toplumsal kültür olduğu hakkında bkz. Dönmezer,

B. Terör Suçu

1. Genel Olarak

Türk hukukunda terör suçu ile terör suçu sayılan suçlar farklıdır. Terör suçları TMK'nın 3 üncü maddesinde sayılan suçlardır. Buna göre, TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310/1. maddesinde yazılı suçlar, "*terör suçu*"dur (TMK m.3). Bu suçların terör suçu sayılması için, TMK'nın 1. maddesinde belirtilen amaçlarla kurulmuş bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması gerekli değildir⁴². Bu nedenle de, kişinin kusurluluğunun belirlenmesinde TMK'nın 1. maddesinde belirtilen unsurların ayrıca test edilmesine gerek yoktur.

Terör suçu sayılmamakla birlikte, bazı suçların TMK'nın 1 inci maddesinde kabul edilen amaçları gerçekleştirmek amacıyla kurulmuş örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması durumunda, bu suçlar "*terör amacıyla işlenen suç*" olarak kabul edilmektedir (TMK m.4). Gerçekte terör suçu olarak kabul edilmeyen bu suçlar, ancak, TMK'nın 1. Maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere kurulmuş örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiğinde terör suçu statüsünü elde etmektedir. Bu nedenle de, genel olarak TMK'nın 3. maddesinde düzenlenen suçların aksine, TMK'nın 4. maddesinde yer alan bu suçların bir örgüt olmaksızın bireysel olarak işlenebilmesi mümkün değildir.

Buna göre, Aşağıdaki suçlar TMK'nın 1. maddesinde belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, *terör* suçu sayılacaktır (TMK m.4):

- a) *Türk Ceza Kanununun 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319 uncu maddeleri ile 310 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.*

Sulhi, "Suçlu Genç Erişkinlerin Sorumluluğu", Fakultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No : 441, s. 65.

⁴² Uyar, Tulga, Terörle Mali ve Hukuki Mücadele, Adalet Yayınevi, Ankara-2008, s. 136.

- b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan suçlar.
- c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.
- ç) 10/7/2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
- d) Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar.
- e) 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 inci maddesinde tanımlanan suç.

2- Çocukların Terör Suçluluğu

a. Genel Olarak

Türk hukukunda terör suçu işleyen çocuklar yetişkinler gibi terör suçlusu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, toplumun çocuk suçluluğuna yaklaşımına da uygun olarak, terör suçlarında dahi, çocukların yetişkin terör suçlularından ayrı kurallara tabi tutulduğuna şahit olmaktayız. Örneğin, yetişkinlerin terör suçluluğunun aksine olarak, çocukların terör suçluluğunda, bu suçluluğa bağlı bir ceza artırımı uygulanmamaktadır. Ayrıca, çocuklar tarafından gerçekleştirilen terör suçlarında özel yetkili Cumhuriyet savcılığı ile özel yetkili bölge ağır ceza mahkemelerinin görevlerinin bulunmaması, TMK'da öngörülen özel soruşturma ve kovuşturma hükümlerinin çocukların terör suçluluğunda uygulanmaması ve çocuklar hakkında terör suçları bakımından öngörülen koşullu salıverme hükümlerinin uygulanmaması gibi son zamanlarda gerçekleştirilmiş olan düzenlemelerde bulunmaktadır.

Öte yandan, terör örgütünün propagandası amacıyla yapılan veya örgütün propagandasına dönüşen "nevruz kutlamaları"na katılarak, kolluk görevlilerinin uyarılarına rağmen dağılmamakta ısrar eden, etrafa zarar veren ve örgüt propagandası oluşturan sloganlar atan, döviz veya pankartlar taşıyan çocuklar hakkında TCK'nın içtima hükümleri sebebiyle, neticede çok ağır cezaların verilmesinin or-

taya çıkardığı bir kısım sorunların çözülmesi amacıyla, suç ve ceza siyaseti çerçevesinde 2010 yılında 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir⁴³. Bu değişikliklerle, Kanun Koyucu terör örgütü tarafından gerçekleştirilen toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılan çocukların “*kitle psikolojisinin etkisinde kalarak*”⁴⁴ katıldıklarını kabul etmiştir⁴⁵. Bu değişiklik çerçevesinde 13-15 yaş grubunda bulunan çocukların bu suçlar kapsamında kusurluluğu bakımından konuya bakıldığında, özellikle bu çocuklar bakımından davranışlarını yönlendirilme yeteneğine sahip olup olmama durumunun titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Bize göre, en azından, 13-15 yaş grubunda bulunan çocuklar hakkında, terör örgütü tarafından gerçekleştirilen toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında, bu yaş grubunda bulunanlar tarafından gerçekleştirilmiş olan propaganda fiilleri hakkında kusur yeteneklerinin olup olmadığıyla ilgili olarak, hâkimlerin gerekli hassasiyeti göstermesi durumunda, 6008 sayılı Kanunla 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununa eklenen 34/A maddesi değişikliğine gerek kalmayacaktı. Öte yandan bu değişikliklerle Ka-

⁴³ Konuyla ilgili olarak 2911 sayılı Kanuna eklenen madde aşağıdaki şekildedir:

“Çocuklar hakkında uygulanmayacak hüküm

MADDE 34/A -Bu Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılarak direnme suçunu veya katıldıkları toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında propaganda suçunu işleyen çocuklar hakkında bu suçlara bağlı olarak ayrıca 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü uygulanmaz.”

⁴⁴ 6008 sayılı Kanunla 2911 sayılı Kanuna eklenen 34/A maddesinin değişiklik gerekçesinde “Yürürlükteki hükümler çerçevesinde yapılan uygulamada, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine *kitle psikolojisinin etkisinde kalarak katılan çocukların* bu toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında terör örgütünün propagandası mahiyetinde fiil ve davranışlarda bulunması halinde, ...” ifadesine yer verilmiştir.

⁴⁵ Bu değişiklik öncesinde, terör örgütünün propagandası amacıyla yapılan veya örgütün propagandasına dönüşen toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılarak, kolluk görevlilerinin dağılın uyarılarına rağmen etrafa taş atmak suretiyle zarar veren ve dağılmamakta ısrar eden, terör örgütünün propagandası mahiyetinde fiiller gerçekleştiren çocuklarla ilgili olarak yapılan yargılamalarda;

- a) 2911 sayılı Kanunun 32 veya 33. maddelerinde tanımlanan suçlardan dolayı,
- b) 3713 sayılı Kanunun 7/2. Maddesinde tanımlanan terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan dolayı,
- c) Örgüt adına suç işlemiş olmaları nedeniyle de ayrıca TCK'nın 314/2. Maddesinde tanımlanan terör örgütüne üye olmak suçundan dolayı, Cezaya hükmedilmekteydi. Ayrıca, verilen ceza TMK'nın 5. Maddesi gereğince arttırılmaktaydı. Bkz. Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, 3. Bası, Ankara-2011, s. 27.

nun Koyucu, sadece 13-15 yaş grubu bakımından değil, aynı zamanda 15-18 yaş grubunda bulunan çocukları da kapsayacak şekilde, bu tür bir toplantı sırasında çocuklar tarafından gerçekleştirilmiş olan propaganda eylemi dolayısıyla, bu çocuklar hakkında ayrıca 3713 sayılı TMK'nın 2/2. maddesinin uygulanmayacağını hüküm altına almıştır (2911 sy. Kanun m.34/ A).

b. Kusurun Tespiti

Bir kişinin gerçekleştirmiş olduğu bir haksızlık dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için bu kişinin "kusurlu" olması gerekmektedir. Bu konuda bir yargıya varabilmek için, işlenen fiilin (haksızlığın) hangi şartlarda gerçekleştirildiğinin araştırılması gerekmektedir. Yani, gerçekleştirilmiş olan haksızlık dolayısıyla, kişinin idaresinin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite binaen gerçekleştirilen haksızlık dolayısıyla, failin şahsen muaheze edilmesi gerekip gerekmediğinin belirlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Yeni TCK sisteminde kusurluluk, gerçekleştirdiği haksızlıkla ilgili olarak faildeki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve bu tespite binaen gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla failin şahsen muaheze edilmesi gerekip gerekmediği hususundaki yargıyı ifade etmektedir⁴⁶. İşlenen fiilin bir haksızlık teşkil ettiği konusundaki yargıya varırken, failin bu fiil karşısındaki manevi durumunu da göz önünde bulundurmak gereklidir. Yani, fail, prensip itibarıyla işlediği fiilin maddi unsurlarının suurunda olmalıdır⁴⁷.

Kusurluluk, haksızlığın unsurlarının gerçekleşmesinden sonra, gerçekleştirilen fiille ilgili olarak fail hakkında verilen bir değer hükmünü oluşturmaktadır. Bu anlamda, kusur, bir haksızlığı gerçekleştirmiş olması nedeniyle failin kınanabilmesini ifade etmektedir. Failin, işlediği fiilin haksızlık teşkil edip etmediğini anlayabilecek zihni donanımına sahip olmadığı hallerde (algılama ve irade yeteneği), onun hakkında kınama yargısında bulunabilmek mümkün değildir⁴⁸.

⁴⁶ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Kısaltma: Türk Ceza Hukuku), 7. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara - 2012, s. 226 ve 348.

⁴⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 349.

⁴⁸ Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Kısaltma: Ceza Hukuku), Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara-2012, s. 76.

Ceza hukukunda aksi ispatlanabilen bir karine, bütün insanların kusur yeteneğine sahip olduğu karinesidir. Ancak, yaş küçüklüğü gibi bu karinenin aksinin söz konusu olduğu durumlarda bulunmaktadır. Yaş küçüklüğü, kişinin fiili nedeniyle kınanabilirliğine dair değer yargısını etkileyen bir haldir⁴⁹. Bu anlamda, yaş küçüklüğünün, kusur yeteneğini azaltıcı veya tümüyle kaldırıcı etkide bulunmasının sebebi, anlayabilme ve isteyebilme yeteneğinin ancak zamanla ve yaşın ilerlemesiyle olgunluğa kavuşmasıdır⁵⁰. Çünkü, insanın bedeni, fiziki gelişimine paralel olarak, toplumda hakim olan değer telakkilerini, bu telakkilerin bağlantılı olduğu, kaynaklandığı davranış normlarının anlam muhtevasını idrak etme kabiliyeti (*idrak kabiliyeti*) gelişmektedir. Kişi ancak belli bir yaştan sonra toplum değer yargılarını öğrenebilme, bunlardan sonuç çıkarabilme, doğruyu yanlıştan ayırabilme yetkinliğini kazanmaktadır. Bu olgunluğa bağlı olarak da, idrak kabiliyetinin yanı sıra, ayrıca kişinin davranış normlarının icapları doğrultusunda hareketlerini yönlendirebilme yeteneği (*irade kabiliyeti*) de gelişmektedir⁵¹. Bu süreç, kişinin biyo-psikolojik gelişmesine ve yaşadığı çevreye bağlıdır⁵². Bir anlamda,, algılama ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinin özü psikolojik olgunluk ve zihin sağlığıdır⁵³.

Kusur yeteneği, kişinin düşünsel açıdan belli bir olgunlukta olmasını gerektirmektedir. Bu da yetişkin olma ve akıl hastası olmama ile paralel olarak gelişir. Bu anlamda, bir kişide kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde, belli bir yerde ve zaman diliminde geçerli olan sosyal değerler de etkili olmaktadır⁵⁴.

Bu nedenle, yaşı küçük olanların, yetişkinler gibi cezalandırılması, onların fizyolojik, biyolojik ve psikolojik durumları düşünüldüğünde adil değildir⁵⁵. Esasen, aksi bir ceza politikasına toplumun onay vermesi de beklenmemelidir⁵⁶.

⁴⁹ Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, Beta Yayınevi, 2. Bası, s. 307.

⁵⁰ Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II., s. 158; Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, s. 335.

⁵¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 361; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 415.

⁵² Soyaslan, Ceza Hukuku, s. 416.

⁵³ Soyaslan, s. 411.

⁵⁴ Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta yayınları, 7. Bası, s. 352.

⁵⁵ Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 307.

⁵⁶ Soyaslan, s. 411.

C. 13-15 Yaş Grubu Çocukların Durumu

Türk hukukunda cezai sorumluluğunun olup olmadığının tespiti ihtiyac bulunulan yaş grubu, suç tarihinde 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını henüz doldurmamış olan (13-15 yaş grubu) çocuklardır. Bu yaş grubunda bulunan çocukların cezai sorumluluğunun varlığı veya yokluğu askıdadır. 13-15 yaş grubunda yer alan ve suç şüphesi altında bulunan çocukların ceza hukuku karşısındaki sorumluluğunun belirlenmesinde, gerçekleştirilen somut haksızlık göz önünde bulundurulacaktır. Bu yaş grubu bakımından idrak ve irade kabiliyetinin her somut olay bakımından ayrı tetkik edilmesi gereklidir.

Bunun belirlenmesinde, çocuk tarafından gerçekleştirilmiş olan her somut olayın şartları göz önünde bulundurulacaktır⁵⁷. Bu kapsamda çocuğun üzerine atılı suçun türü ve suçun işlendiği tarihteki yaşın önem taşımaktadır ve belirleme buna göre yapılacaktır⁵⁸. Yoksa soyut ve genel anlamda sorumluluğun tespiti söz konusu değildir⁵⁹. Ayrıca,

⁵⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 351.

⁵⁸ 13-15 yaş grubunda yer alan çocuk, bazen işlediği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğinin idrakinde olmakla birlikte, bazı hallerde söz konusu fiili işlemekten kendini alıkoyma kabiliyetine sahip olamamakta, belirli haksızlıklar açısından davranışlarını yönlendirme yeteneği zayıflamakta veya tamamen ortadan kalkabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, İzzet, "Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü", *Fakultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No : 441, s. 263.*

⁵⁹ Konuyla ilgili Temyiz Mahkemesi kararlarında, çoğun üzerine atılı eylemin ve suç tarihinin belirtilmesi gerektiği, ayrıca, çocuğun fiilinin atılı suçun basit veya nitelikli hallerinden hangisi olduğu belirtilmek suretiyle sosyal inceleme raporunun alınması gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay'ın örnek kararlarının bir kısmı aşağıya alınmıştır:

"12 yaşını doldurmamayan sanığın, suç tarihinde 5237 sayılı TCK'nın 31/2.madde ve fıkrası kapsamında korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçunun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği hususunda ceza sorumluluğunu kaldıracak bir durumun bulunup bulunmadığını uzman bilirkişiden alınacak rapor ile saptanıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumun tayin ve takdiri gerekirken, nöroloji uzmanının meskun mahalde silah atma suçundan farik ve mümeyyiz olduğunu belirtir raporuna dayanılarak yazılı biçimde eksik soruşturmayla hüküm kurulması... (Yargıtay 8.CD 29.01.2008 günlü 2006/9207-2008/624).

"17.03.1991 doğumlu olup, suç tarihinde 15 yaşını bitirmemiş olan sanığın, 5237 sayılı TCY'nın 31/2 ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 11.maddesi uyarınca, 03.10.2005 tarihinde işlediği hırsızlık suçunun hukuksal anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediğine ilişkin rapor alındırılmadan, 19.03.2005 tarihinde işlenen otodan hırsızlık suçuna ilişkin rapor ile yetinilerek, duruşmaya devamla yazılı biçimde karar verilmesi...(Yargıtay 6.CD, 24.12.2008 günlü 2007/9239-2008/24329).

“Sanık hakkında yağma suçundan dava açılıp yargılandığı ve anılan suç nedeniyle hükümlülük kararı verildiği halde, hırsızlık eyleminin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilme ve davranışlarını yönlendirme ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneğine ilişkin doktor raporuna dayanılarak hüküm kurulması... (Yargıtay 6.CD. 16.10.2008 günlü 2007/3377-2008/17048).

“Suç tarihinde 12-15 yaş grubunda olan sanık hakkında adam öldürmeye teşebbüs suçunun hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği hususunda rapor aldırılmadan, müessir fiil suçunun farik ve mümeyyizi olduğuna dair rapor ile yetinilerek eksik soruşturma ile karar verilmesi... (Yargıtay 1.CD 09.02.2009 günlü 2009/537-469).

“Sanıklara yüklenen zorla kaçırıp alıkoymak (kişiyi hürriyetinden yoksun kılma) suçuyla ilgili fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin var olup olmadığına dair uzman hekim raporu alınmadan fiili livata (cinsel saldırı) suçundan alınan raporla yetinerek hüküm kurulması... (Yargıtay 5.CD. 12.07.2007 günlü 2007/5568-6140).

“Sanığın suç tarihinde, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve nitelikli cinsel istismar suçlarının hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, bu fiillerle ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan cinsel istismar suçunun farik ve mümeyyizi olduğunu bildiren Adli Tıp Kurumu... Şube Müdürlüğü'nün 01.09.2005 tarih ve 2005/4299 sayılı raporuyla yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması... (Yargıtay 5.CD. 11.10.2006 günlü 2006/7943-7865).

“Oysa incelenen dosyada yerel mahkemece 6136 sayılı Yasa'ya aykırı davranmak suçundan karar verilirken; 5237 sayılı Yasa'nın 31/2.maddesindeki emredici hükme rağmen; suç tarihinde 14 yaşında olduğu anlaşılan sanık hakkında bu suçla ilgili olmak üzere “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin” bulunup bulunmadığına ilişkin herhangi bir raporun aldırılmadığı, (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 27.03.2007 günlü 2007/7-7376).

“5237 sayılı TCK'nın 31/2.maddesine göre, suç tarihinde 12-15 yaş grubunda olan sanıklar hakkında “işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin” bulunup bulunmadığına ilişkin rapor alınmasının zorunlu olduğu,

Alınacak raporda, sanığın işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmadığının belirtilmesi halinde ise, sanık hakkında artık bir cezaya hükmedilemeyeceği ve aynı yasanın 31/1.maddesine göre sadece çocuklara özgü güvenlik tedbiri uygulanabileceği, bu durumda ancak hapis veya para cezasına hükmedilmesi halinde uygulanma olasılığı bulunan “hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına” karar verilmeyeceği göz önünde bulundurulduğunda, Suç tarihinde 14 yaşında bulunan sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 31/2.maddesinin emredici hükmü gereğinin yerine getirilmemesi,

Usul ve Yasaya aykırı olup Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan Yargıtay C.Başsavcılığının ihbarname içeriği bu itibarla yerinde görüldüğünden Konya 4.Asliye Ceza Mahkemesi'nin 14.06.2006 gün ve 2005/914 esas 2006/68 sayılı kararına vaki itirazın kabulü yerine reddine ilişkin Konya 3.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 14.07.2006 tarih ve değişik işler 280 sayılı kararının CMK'nın 309/4 maddesi uyarınca (BOZULMASINA), müteakip işlemlerin mahallinde ic-

suç tarihinde 13-15 yaş grubunda bulunan çocuklar, her ne kadar aynı yaş grubunda yer almakta ise de, algılama ve irade yetenekleri bakımından kesinlikle aynı ölçülere ve olgunluğa sahip değildir. Bu grup içindeki yaş farklılığının da değerlendirmede göz önünde bulundurulması gereklidir. Bunun belirlenebilmesi için, çocuk hakkında sosyal inceleme raporunun hazırlanması gerekmektedir (ÇKK m.35)⁶⁰.

Öte yandan, çocuğun içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal şartlar, gördüğü eğitim gibi hususların, işlediği fiile ilişkin kusurun belirlenmesinde etkili olduğu inkar edilemez. Öte yandan, işlenen fiil dolayısıyla kişinin kusurlu kabul edilmemesi halinde dahi, bu fiil, belirli bir haksızlık ifade etmeye devam etmektedir⁶¹. Ancak, buradan kişinin bedenî, fizikî gelişiminin doğrudan kusurluluk üzerinde etkili olduğu sonucu da çıkarılmamalıdır⁶².

Buna göre, bir 13-15 yaş grubunda bulunan çocuğun ceza hukuku karşısında sorumluluğunun varlığının kabulü için failin tipikliğin maddi ve manevi unsuru ile hukuka aykırılık unsurunu gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Ayrıca, çocuğun işlemiş olduğu bu fiilden dolayı kınanabilmesi de (kusurlu olması) gerekmektedir. Bu anlamda kusur yeteneği, kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama

rasına, dosyanın mahalline gönderilmesi bakımından Yargıtay C.Başsavcılığına tevdiine, 12.05.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.(Yargıtay 8.CD. 12.05.2008 günlü, 2008/1040-5417).

⁶⁰ Sosyal inceleme raporlarında yapılan incelemenin özelliğine ve verilen görevin niteliğine göre hakkında inceleme yapılması talep edilen çocuğun; doğumundan başlayarak geçirdiği gelişim aşamaları, fiziksel, zihinsel, duygusal, sosyal ve moral gelişim özellikleri, ailesinin toplumsal, ekonomik ve kültürel durumu, aile bireyleri arasındaki ilişki, okul ve iş ortamı ile boş zamanlarını değerlendirdiği çevre, içinde bulunduğu hukukî durum ve adli mercilerin müdahalelerini gerektiren olaylar, inceleme sırasında uzmanlar tarafından tespit edilen davranışları, suçluluklarına ve topluma uyumsuzluklarına veya korunmaya muhtaç olmalarına neden olan etkenler hakkında bilgilerine yer verilir. Raporunda ayrıca, çocuğun fiziksel, psikolojik ve sosyal yönden incelenmesi sırasında elde edilen ve olayın açıklanması bakımından önemli görülen bilgiler, çocuk hakkında koruma tedbirlerinden hangisinin yararlı olacağına, tedbirin yanında denetim altına alınmasına gerek olup olmadığına dair öneriler, çocuk hakkındaki tedbir veya denetim kararlarının ne kadar süre ile uygulanması gerektiğine ilişkin öneriler ile çocuklar ve ailelerine uygulanabilecek özel tretman veya psikiyatrik tedavi hususunda önerilere de yer verilecektir (ÇKK Uygulama Yönetmeliği m.21). Sosyal inceleme raporlarında yer alması gereken hususlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ceza Sorumluluğunun Değerlendirilmesi Rehberi, Unicef, Ankara-2010, 47 vd.

⁶¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 226.

⁶² Özgenç, "Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü", s. 263.

(fiilin haksızlık teşkil ettiğini algılayabilme) ve bu doğrultuda davranışlarını yönlendirme kabiliyetidir⁶³. Bu nedenle, fiilinin haksızlığını anlayamayan çocukta kusur yeteneği bulunmamaktadır.

Algılama yeteneği, kişinin işlemiş olduğu fiilin içinde yaşamakta olduğu toplumda ne anlama geldiğinin bilincinde olmasını ve bu fiilin toplu halde yaşama şartları ile tezat halinde olduğunu anlamasını, fiilinin hukuken tasvip edilmeyen bir davranış olduğunu bilmesini ifade etmektedir. 13-15 yaş grubunda yer alan çocuklar, adam öldürme, yaralama veya hırsızlık fiillerinin bir haksızlık oluşturduğunu, bu tür fiillerin hukukun icaplarıyla bağdaşmadığını toplumun kendisine kazandırdığı değer yargılarıyla, **genel olarak**, bilebilecek durumdadır. Ancak, TMK kapsamında yer alan örgüt üyeliği (TCK m. 220/2 ve 314/2), örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme (TCK m. 220/6 ve m. 314/3), örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme (TCK m. 220/7 ve 314/3) ve terör örgütü propagandası yapma (TMK m. 7/2) gibi suçlar bakımından aynı sonuca varmak oldukça zordur⁶⁴.

TCK'nın "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" başlıklı 220. maddesinde, kanunlarda suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi amacıyla örgüt kurmak veya yönetmek ile, bu amaçla kurulmuş örgüte üye olmak, işlenmesi amaçlananlardan ayrı suçlar olarak kabul edilmiştir⁶⁵. Bu suçların oluşması için, kişinin ayrıca başka bir suç işlemiş olmasına gerek bulunmamaktadır.

Suç tarihinde 13-15 yaş grubunda bulunan çocuklar tarafından gerçekleştirilen ve TCK'nın 314. maddesinde belirtilen silahlı örgüte üye olma veya üye olmamakla birlikte bu tür bir örgüt adına suç işleme fiilleri dolayısıyla kusurluluğunun belirlenmesinde, çocuğun TCK'nın 302 ilâ 316. maddelerde belirtilen suçları işlemek amacıyla kurulmuş bir silahlı örgüte üye olmak veya bu tür bir örgüt adına suç işlemek fiilleri dolayısıyla, fiillerinin hukuki anlam ve sonuçlarını *algılama yeteneğine* sahip olmuş olması gerekmektedir. Yani, bu suçlar

⁶³ Centel,/ Zafer/ Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 351 ; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, s. 270 ; Koca/ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 246.

⁶⁴ Soyaslan, s. 415; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 271; Koca/Üzülmöz, 247.

⁶⁵ Bkz. Madde gerekçesi, Şahin, Cumhur / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C. 1, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara-2007, s. 305.

bakımından, çocuğun terör örgütü üyeliği olgusunu veya örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına hareket etme olgusunu, söz konusu örgütün TCK'nın 302 ilâ 316. maddelerinde belirtilen suçları işlemek amacıyla kurulmuş olduğunu ve üzerine atılı olan ve kendisine örgüt üyesi veya örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kimse statüsünü kazandıran eylemlerin bir haksızlık oluşturmakta olduğunu, bu tür eylemlerin anlam ve sonuçlarını *anlamakta* olduğunun, örgüt üyeliği veya örgüt adına suç işleme suçlarından sorumluluğunun tespiti bakımından belirlenmesi gereklidir. Ancak, bu da yeterli değildir; son aşamada ayrıca, tüm bunlara rağmen, örgüt üyeliği suçu ile örgüt adına suç işlenmesi suçunun oluşumuna sebep olan eylemleri bakımından çocuğun, davranışlarını yönlendirme yeteneğine de sahip olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir⁶⁶.

Terör örgütü üyeliği suçu ile örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işlenmesi suçunda, suçun manevi unsurunun varlığı, kişinin, bu örgütün TCK'nın 302 ilâ 316. maddelerinde düzenlenen suçları işlemek amacıyla yönelik olarak bir faaliyet icra ettiğini bilmesine bağlıdır⁶⁷.

Öte yandan, bir gerçektir ki, terör örgütlerinin bir güç, bir hakimiyet kaynağı olması ve örgüt içinde mevcut hiyerarşik yapı nedeniyle, kişilerin örgüte katılırken serbest iradeleriyle hareket ettiklerini veya örgüt adına suç işlerken serbest iradeleriyle hareket ettiklerini söylemek, her zaman mümkün değildir⁶⁸.

Bu yaş grubunda bulunan çocuğun işlediği fiille ilgili olarak kusur yeteneğinin olup olmadığına bizzat hakim karar verecektir. Bilirkişi ancak, çocuğun içinde bulunduğu aile ortamı⁶⁹, sosyal çevre koşulları,

⁶⁶ Örgüt üyelerinin, örgütün TCK'nın 302 ilâ 316. Maddelerinde belirtilen amaçları silahlı şekilde gerçekleştirme gayesinin bilincinde olması gerektiği hakkında bkz. Akın, Engin, Anayasa Mahkemesi-Yargıtay Kararlı ve Uluslararası Hukuk Metinleri Çerçevesinde Terör ve Terörün Finansmanı Suçu, Adalet yayınevi, Ankara-2009, s. 271.

⁶⁷ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 21.

⁶⁸ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 21.

⁶⁹ Çocuk suçluluğunda aile faktörünün etkisi hakkında bkz. Akıncı, Füsün Sokullu, "Çocuk Suçluluğu Kriminolojisinde Aile Faktörü", Fakultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No : 441, s. 127; Yenisey, Feridun, "Çocuk ve Küçük Sanıkların Muhakemesinde Yeni Eğilimler ve İnsan Hakları Sorunu", Fakultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye

gördüğü eğitim, fiziksel ve ruhsal gelişimi hakkında bir rapor düzenleyebilir. Rapor içeriğinde, somut fiille ilgili olarak çocuğun kusur yeteneğinin olup olmadığı yönünde bir değerlendirmede bulunulmayacaktır. Bu konuda sonuca varma değerlendirmesi, bilirkişi tarafından hazırlanmış olan raporu değerlendirilerek hakim tarafından yapılacaktır⁷⁰.

IV- Uygulama, Veriler ve Değerlendirme

Suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olmayı veya örgüt adına suç işlemeyi suç olarak tanımlamakla korunan hukuki değer, esas itibarıyla kamu güvenliği ve barışıdır. Bu fiillerin suç olarak kabul edilmesiyle, bireyin, Anayasada güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik eylemlere karşı da korunması amaçlanmıştır⁷¹.

Türkiye’de, 13-15 yaş grubunda bulunan çocuklar hakkında 1998-2011 döneminde terör suçlarını da yargılamakla görevli olan ceza mahkemelerinde açılan davalardaki sanık sayılarını gösteren verilere göre, bu zaman aralığında bu mahkemelerde yargılanan 13-15 yaş grubunda bulunan çocukların sayısında genel olarak bir artış görülmektedir (Şekil - I). Yine bu verilerden anlaşılmaktadır ki, 13-15 yaş grubunda bulunan çocuklar hakkında terör suçluluğu nedeniyle dava açılmaktadır⁷².

ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No : 441, s. 278.

⁷⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 364; Sosyal İnceleme Raporları (SİR) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uluğtekin, Sevda, Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara-2004, s. 88 vd.; Uluğtekin, Sevda, Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları, Bizim Büro, Ankara-1994, s. 124 vd.

⁷¹ Özek, Çetin, “Organize Suç”, Prof. Dr. Nurullah Kunter Armağan, İstanbul-1998, s. 195.

⁷² Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü istatistiklerinden derlenmiş olan bu verilerde, 2009 ilâ 2011 aralığındaki hızlı artış, gerçek verileri yansıtmamaktadır. Çünkü bu dönemdeki Adalet Bakanlığı kayıtları kişi odaklı olarak değil, suç odaklı olarak tutulmaktadır. Bu nedenle, bir kişinin üzerinde var olan her bir suç bir sayı olarak sisteme girmiştir. Öte yandan, 2011 yılı verilerine göre 13-15 yaş grubunda bulunan çocuklar hakkında 3713 sayılı TMK’na muhalefet iddiasıyla açılmış olan davalardaki sanık sayısı 93 olmuştur. Yine aynı yıl, 2911 sayılı Kanuna muhalefet nedeniyle hakkında dava açılmış aynı yaş grubu çocuk sayısı 39’dur. CMK m. 250 mahkemelerinde aynı dönem hakkında ceza davası açılmış 13-15 yaş grubu çocuk sayısı toplam olarak 425 olmuştur. Bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2011/95.pdf, erişim tarihi: 02.01.2013.

13-15 Yaş Grubu Çocuklar Hakkında
CMK m. 250 Mahkemelerinde Açılan Davalarda Sanık Sayısı (1998-2011)

| YIL | ERKEK | KADIN | TOPLAM |
|------|-------|-------|--------|
| 1998 | 16 | 3 | 19 |
| 1999 | 50 | 18 | 68 |
| 2000 | 7 | | 7 |
| 2001 | 19 | 3 | 22 |
| 2002 | 11 | 6 | 27 |
| 2003 | 92 | 10 | 102 |
| 2004 | 27 | 3 | 30 |
| 2005 | 9 | | 9 |
| 2006 | 35 | 3 | 38 |
| 2007 | 11 | | 11 |
| 2008 | 46 | 6 | 52 |
| 2009 | 1254 | 163 | 1417 |
| 2010 | 2291 | 163 | 2454 |
| 2011 | 354 | 71 | 425 |

ŞEKİL - I

Öte yandan, Türkiye’de 2006-2011 döneminde terör suçlarını yargılamakla görevli olan mahkemelerde (CMK m. 250’ye göre kurulan mahkemeler) yargılanmış ve hakkında hüküm kurulmuş 13-15 yaş grubunda bulunan çocuklara ilişkin veriler incelendiğinde (Şekil - II);

- Bazı yıllarda bu yaş grubunda bulunan çocuklar hakkında hiç mahkumiyet hükmü kurulmadığı,
- Mahkumiyetlerin varlığı nedeniyle, terör suçları dolayısıyla bu yaş grubunda bulunan çocukların kusur yeteneğinin varlığının kabul edilmiş olduğuna ilişkin örneklerin bulunduğu,
- 2010 yılında terör suçlarından mahkum olan 13-15 yaş grubunda bulunan çocuk sayısının azımsanamayacak bir sayı olduğu,
- Haklarında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen çocukların bulunduğu ve bu çocuklar hakkında gereksiz yere ceza davası açılmış olunabileceği veya bu çocukların kusur yeteneğinin olmadığı belirlenmiş olduğu, değerlendirilmektedir.

CMK m. 250 Mahkemelerinde Hakkında Karar Verilen
13-15 Yaş Grubu Çocukların Sayısı (2006-2011)

| TARİH | MAHKÛMİYET | CEZA VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA |
|-------|------------|---------------------------------|
| 2006 | 0 | 22 |
| 2007 | 0 | 3 |
| 2008 | 14 | 6 |
| 2009 | 37 | 29 |
| 2010 | 155 | 14 |
| 2011 | 17 | 0 |

ŞEKİL - II

Bize göre, Türkiye’de 12 yaşını doldurmuş olup, henüz 15 yaşını tamamlamamış olan çocukların cezai sorumluluğuyla ilgili olarak vardığımız sonuçlar aşağıdaki şekildedir:

Suç tarihinde 13-15 yaş grubunda bulunan çocuklar hakkında terör suçluluğu nedeniyle ceza davası açılmaktadır.

Açılmış olan bu davalarda, terör suçluluğu dolayısıyla bu çocukların kusur yeteneğinin varlığının anlaşıldığı durumlarda, bunlar hakkında mahkumiyet hükmü kurulmaktadır.

Bu yaş grubunda bulunan çocukların terör suçluluğu sayıları, çocuk hukuku bakımından düşünüldüğünde fazla olmakla birlikte, Devlet olarak düşünüldüğünde ve bu yaş grubunda bulunan genel çocuk sayısı göz önünde bulundurulduğunda oldukça düşük olduğu değerlendirilmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle bize göre, suç tarihinde 12 yaşını doldurmuş da 15 yaşını doldurmamış olan çocukların terör suçluluğu ve bu suçlar dolayısıyla idrak ve irade yeteneklerinin tespitinde karşılaşılan sorunların çözülmesi amacıyla iki yöntem izlenebilir:

İlk olarak, bu yaş grubunda bulunanlar tarafından gerçekleştirilmiş olan fiilleri dolayısıyla kusur yeteneklerinin varlığı durumunda, halen uygulanmakta olan ceza indirimi suretiyle cezalandırma politikası yerine, hâkime verilecek takdir yetkisiyle, gerektiğinde bu yaş grubunda bulunan çocuklar hakkında ceza uygulamama yöntemi ter-

cih edilmelidir. Bu konuda kamuoyunda yapılacak bir araştırmayla, toplum tarafından bu uygulamanın kapsamına dahil edilmeyecek, adam öldürme suçları gibi, suçların tespiti yapılmak suretiyle, bu suçlar bu düzenlemenin kapsamı dışında tutulabilir⁷³.

İkinci olarak da, bu yaş grubu hakkında uygulanan ceza siyaseti ilkesinin esasını oluşturan karine tersine çevrilebilir. Buna göre, halen bu yaş grubunda bulunanların üzerlerine atılı fiil dolayısıyla kusur yeteneklerinin olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Kanaatimizce, bu yöntemin uygulanması için kanun değişikliğine de gerek bulunmamaktadır. Halen bu konudaki uygulama, daha ziyade çocuğun algılama ve irade yeteneklerinin yokluğunun ispatı gayreti şeklinde cereyan etmektedir. Bunun yerine, algılama ve irade yeteneklerinin ne şekilde bulunmakta olduğunun ispatı algısı üzerine sürecin işlemesi sağlanmış olsa, bu yöntem ile amaçlanan sonuçlar sağlanmış olacaktır. Bu konuda Yüksek Mahkeme olarak Yargıtay içtihatlarıyla yaklaşım değişikliği sağlanabilir. Bununla birlikte, bunun sağlanamaması durumunda kanun TBMM'ne görev düşecektir. Yapılacak değişiklikle, bu yaş grubunda bulunan çocukların, prensip olarak, kusur yeteneklerine sahip olmadıkları, ancak hakim tarafından uzmanlardan yararlanılmak suretiyle yapılacak inceleme sonucunda, üzerlerine atılı suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve iradesini yönlendirme yeteneklerine sahip olduklarının tespit edilmesi durumunda, ancak, bunlar hakkında ceza verilebileceği öngörülebilir⁷⁴.

⁷³ Bu konuda yapılacak Kanun değişikliği, TCK'nın 31. maddesinin ikinci fıkrasında yapılabilir. Buna göre TCK'nın 31/2. maddesi aşağıdaki şekilde olabilir (Değişiklik koyulaştırılmak suretiyle yazılmıştır):

"Madde 31- (1) ...

(2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmuş olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. Ancak, mahkum olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir"

⁷⁴ Bu önerimizle ilgili yapılacak kanuni düzenleme TCK'nın 31. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının yürürlükten kaldırılarak, aşağıdaki şekilde düzenlenmesiyle sağlanabilir:

KAYNAKLAR

- A. Shields, Christopher, *An Analysis of Prosecutorial and Defense Strategies in Federal Terrorism Trials From 1980 to 2004*, University of Arkansas, Arkansas-2008.
- Akıncı, Füsün Sokullu, "Çocuk Suçluluğu Kriminolojisinde Aile Faktörü", *Fakultatis Decima Anniversaria*, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No : 441.
- Aksay, Bekir, *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü Kusur Yeteneğine ve Sorumluluğuna Etkisi*, Beta Yayınları, İstanbul-1990.
- Altun, Hasan Mutlu, *Terör, Güncel Olaylara Hukuksal, Sosyolojik ve Tarihsel Yaklaşım*, Seçkin Yayınevi, Ankara-2011. Akyüz, Emine, *Ulusal ve Uluslar arası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, Milli Eğitim Basımevi, Ankara-2000.
- Artuk, Emin, "Küçüklerin Cezaî Sorumluluğu ve Suçlu Çocukların Yargılmasında Hâkim Olan İlkeler", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı-2000*, Ankara-2000.
- Bal, İhsan, *Terörizm; Terör, Terörizm ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler*, USAK Yay., Ankara, 2006.
- Balo, Yusuf Solmaz, *Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku*, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara-2005.
- Balo, Yusuf Solmaz, *Uluslararası İlkeler ışığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması*, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara-2009.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta yayınları, 7. Baskı.
- Cho, Harry Yeon, *Human Rights and the War Against International Terrorism: A War Without Rights?*, Faculty of Law University of Toronto, Master of Laws, Toronto-2009.
- Çeviz, Tolga, *11 Eylül Saldırıları Sonrasında ABD'nin Uluslar arası Terörizmle Mücadeleye İlişkin Güvenlik Politikası*, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, Çanakkale, 2008.
- Darling-Brekhuis, Keith, *İnternal Colonialism and Social Control in Age of Terror: The FBI's War on Islamic Charities Following the September 11th Attacks of 2001*, the Faculty of the Graduate School, Columbia-2008.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. II.
- Dönmezer, Sulhi, "Suçlu Genç Erişkinlerin Sorumluluğu", *Fakultatis Decima Anni-*

"Madde 31- (1) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Ancak, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

- versaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No : 441.
- Erbaşı, A. Aslıhan, Avrupa Birliği Terör Politikası Işığında Almanya Örneği, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul- 2009.
- Gasser, Hans Peter, “Terör Eylemleri, Terörizm ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara-2008.
- Goldstone, Richard / Simpson, Janine, “Terörizme Hukuki Bir Cevap Olarak Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolünün Değerlendirilmesi”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara-2008.
- Gündüz, Aslan, “Terörle Mücadelede İnsan Hakları ve Güvenlik İkilemi : Bir Milletlerarası Hukuk Perspektifi , Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Umud Vakfı Yayınları, İstanbul-1996.
- Hakeri, Hakan,Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı.
- İşten, İnanç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Sınırlandırılması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara-2010.
- Khanat, Arman, 11 Eylül 2001 Saldırıları Sonrası ABD'nin Terörle Mücadele Politikası ve İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Uluslar arası Polislik Çalışmaları.
- Kocher, Lauren, The Impact of Terrorism on Human Rights: Consequences of the War on Terror, Yüksek Lisans Tezi, the School of International Relations of Webster University, London-2007.
- Korte, Raven Nicole, CounterTerrorismCounterproductive? The Case of Northern Ireland, Faculty of the GraduateSchool of the University of Maryland, Master of Arts, Maryland-2005.
- Madu, Enem Kelechi, Terrorism : The Search For an International Legal Framework, Master of Laws, Faculty of Law, University of Alberta, Alberta-2007.
- Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı.
- Özek, Çetin, “Organize Suç”, Prof. Dr. Nurullah Kunter Armağan, İstanbul-1998.
- Özgenç, İzzet, “Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü”, Fakultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi YayınNo : 441.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Kısaltma: Türk Ceza Hukuku), 7. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara - 2012.
- Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, 3. Bası, Ankara-2011.
- Presnell, J. Ryan, Local Law Enforcement's Counter Terrorism Capabilities, The Faculty of the Department of Criminal Justice, East Tennessee State University.
- Siskind, Jillian Micole, Terrorism Defined: An İmpossibility or an İmperative? University of Toronto, Faculty of Law, Master of Laws, Toronto-2005.

- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları.
- Şahin, Cumhur / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C. 1, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara-2007.
- Şahin, Fuat Salih, Case Studies in Terrorism-Drug Connection: The Kurdistan Workers' Party, The Liberation Tigers of Tamil Eelam, and the Shining Path, Thesis Prepared for the Degree of Master of Science University of North Texas, Texas-2001.
- Tiryakioğlu, Bilgin, Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 7, Ankara-2000.
- Topal, Ahmet Hamdi, Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, Beta yayınları, İstanbul-2005.
- Uluğtekin, Sevda, Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara-2004.
- Uluğtekin, Sevda, Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları, Bizim Büro, Ankara-1994.
- Uyar, Tulga, Terörle Mali ve Hukuki Mücadele, Adalet Yayınevi, Ankara-2008.
- Uytun, Alaattin, 11 Eylül 2001 Terör Saldırısı Sonrası Değişen Terör Algısı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ufuk Üniversitesi Uluslar arası İlişkiler Ana Bilim Dalı, Ankara, 2009.
- Ünal, Şeref, "Terörizm ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", Terörizm İncelemeleri , Derleyen Ümit Özdağ ve Osman Metin Öztürk, ASAM Yayınları, Ankara - 2000.
- Yenisey, Feridun, "Çocuk ve Küçük Sanıkların Muhakemesinde Yeni Eğilimler ve İnsan Hakları Sorunu", Fakultatis Decima Anniversaria, M.Ü. Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No : 441.
- Yıldırım, Zeki, Hukuksal Açından Terörizmin Finansmanı, Önlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara-2012.
- Yokuş Sevik, Handan, Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım, Beta Yayınları, İstanbul-1998.
- Yücebaş, Önder, Suç Ekonomisi ve Terörün Finansmanı, Turhan Kitabevi, Ankara-2011.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, Beta Yayınevi, 2. Bası.
- Zelman, Jashua D., "Uluslararası Hukukta Son Gelişmeler : Anti-Terörizm Mevzuatı-Bölüm 1 : Genel Değerlendirme", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara-2008.

**ASKERİ CEZA HUKUKUNDA
ASKERLİKTE KURTULMAK İÇİN
HİLE YAPMAK SUÇU***
(AsCK 81)
**THE CRIME OF TRICKING FOR ESCAPING
FROM MILITARY SERVICE
IN THE MILITARY CRIMINAL LAW***
(MCC s. 81)

Gökhan Yaşar DURAN*

Özet: 1930 tarihli Askeri Ceza Kanunu (AsCK)'nin 81'inci maddesinde düzenlenen askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu ile askerlik yükümlülüğü ve bu yükümlülüğten doğan askerlik hizmetinin devamlılığının teminat altına alınması amaçlanmıştır.

Nitekim söz konusu maddede, askerlik çağına girenlerden askerlikten ya da mecbur olduğu muvazzaflık hizmetinden tamamen veya kısmen kurtulmak kasdı ile hile yapanlar ve bunların suç ortaklarının cezalandırılması öngörülmüştür.

Suç failleri ve ortaklarının asker ya da sivil şahıs olmaları durumuna göre, bu suçtan dolayı yargılama merci belirlenecektir.

Anahtar Sözcükler: Askerlik yükümlülüğü, askerî hizmet, askerlik çağı

Abstract: With the crime of tricking for escaping from the military service which has been regulated in the 81st article of the Military Criminal Law in 1930, it is aimed to guarantee the military service obligation and the permanence of military service arised from this obligation.

As a matter of fact, in the above-mentioned article, the people at military age who cheat and their accomplices with the intent of evading partially or completely from the military service or compulsory active duty service are envisioned to be punished.

The authority for judging this crime will be determined according to the perpetrator of the crime, for instance, whether the perpetrators and their accomplices are soldiers or civilians.

Keywords : military service obligation, military service, military age.

* Makalede yayınlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel görüş ve düşüncelerini yansıtmaktadır.

** Dr. Donanma K'lığı Askeri Savcısı

I. GENEL BİLGİLER

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun (AsCK)¹ "Üçüncü Bap" "Dördüncü Fasil" ("Kendini askerliğe yaramıyacak hale getirmek ve askerlikten kurtulmak için hile kullanmak") başlığı altında: "Kendini askerliğe yaramıyacak hale getirmek (AsCK 79)"; "Başkasını askerliğe yaramıyacak hale getirmek(AsCK 80)" ve konumuz olan "Askerlikten kurtulmak için hile yapmak(AsCK 81)" suçları düzenlenmiştir.²

Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu ilk düzenleniş metni³, 2862⁴ ve 4551⁵ Sayılı Kanunlarla çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bu maddenin AsCK'da yer alan halen yürürlükteki en son hali ; "(1) Askerlik çağına girenlerden askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile ismini değiştirenler, başkasını kendi yerine tabib muayenesine veya askere gönderen-

¹ 22 Mayıs 1930 tarihinde kabul edilmiş ve 15 Haziran 1930 tarih ve 1520 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

² Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu dışında bu suçla ilgili olarak daha önce 765 Sayılı Mülga TCK'nun 504/6'ncı fıkrasında, "Bir kimseyi askerlikten tamamen veya kısmen kurtarmak bahanesiyle" basit dolandırıcılığın nitelikli haline yer verilmiştir. Daha sonra 5237 sayılı yeni TCK'nun nitelikli dolandırıcılığı düzenleyen 158'inci maddesinde bu hüküm maddeden çıkarılmıştır.

³ 1930 tarihli Askerî Ceza Kanununda maddenin ilk düzenlenişi iki fıkra hâlinde; "(1) Askerlikten tamamen veya kısmen kurtulmak kastıyla hile yapanlar beş seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. (2) Aynı ceza bu hileyi bilerek başkasına yapıverenler hakkında da tatbik olunur" biçimindedir. (Bkz. Fahrettin Demirağ, Askeri Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000, s.80)

⁴ 11.12.1935 tarih ve 2862/9 Sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle, söz konusu maddede yine iki fıkra halinde, "(1) Askerlik çağına girenlerden askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile ismini değiştirenler, başkasını kendi yerine tabib muayenesine veya askere gönderenler, başkasının hüviyet cüzdanını veya askeri vesikasını kullananlar, askerlik işlerinde sahte şahadetname veya evrak kullanan yahut her ne suretle olursa olsun hile ve desise yapanlarla kıt'aya veya bir müesseseye intisab ettikten sonra kendisininin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile hile yapanlar on seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılırlar.(2) Yukarıdaki birinci fıkrada yazılı cezalar suçluların şerikleri hakkında da tatbik olunur. Vahim hallerde bu maddede yazılı cezalar beş seneye kadar hapis cezasına indirilerek verilebilir" şeklinde değiştirilmiştir. (Bkz. DEMİRAG, s.80)

⁵ 4551 sayılı Kanunla maddede yapılan değişiklikte maddenin birinci fıkrası aynen korunurken, ikinci fıkra; "Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır. Az vahim hallerde altı aydan beş seneye kadar hapis cezası verilir" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece "az vahim hallerde" uygulanacak asgari ceza miktarı, metinde açıkça gösterilerek altı ay olarak belirlenmiştir. Değişikliğe ilişkin madde gerekçesi şöyledir: "Madde ile, genel gerekçede açıklanan nedenlerle, cezanın etkinliğinin artırılması ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla askerlikten kurtulmak için hile yapanların fillerine iştirak edenlere az vahim hallerde verilecek cezanın asgari haddi altı aya yükseltilecektir." Bu açıklama için bkz.. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm> (27.10.2012)

ler, başkasının hüviyet cüzdanını veya askeri vesikasını kullananlar, askerlik işlerinde sahte şahadetname veya evrak kullanan yahut her ne suretle olursa olsun hile ve desise⁶ yapanlarla kıt'aya veya bir müesseseye intisab ettikten sonra kendisinin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile hile yapanlar on seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılırlar. (2) Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır. Az vahim hallerde altı aydan beş seneye kadar hapis cezası verilir"⁷ şeklindedir.

Söz konusu maddede suç konusu hareketler tek tek sayıldıktan sonra, her türlü hileli hareketle suçun işlenebileceği öngörülmektedir. Kanaatimizce uygulamada suçun işlenişinde en sık rastlanan fiillere dikkat çekilmesi maksadıyla önce kazuistik bir yöntem izlendikten sonra genel olarak her türlü hile ile bu suçun işlenebileceği bir ifadeye yer verilmiştir.

Maddede geçen bazı kavramların açıklanmasında, öncelikle 1111 Sayılı Askerlik Kanunu, 1076 Sayılı Yedek Subay ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu, 211 Sayılı İç Hizmet Kanunu vb. askeri mevzuat hükümleri bize yol gösterici olacaktır. Bu kavramlardan ilki olan "askerlik çağı" na ilişkin hususlar 1111 Sayılı Askerlik Kanunu'nda şöyle açıklanmaktadır.

"Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göre- dir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmi bir sene sürer. (1111 SK. m.2/1)

⁶ "Hile ve hûda aynı manayı ifade eden kelimeler olup, cümle içerisinde manayı kuvvetlendirmek amacıyla birlikte kullanılmışlardır." (Bkz.As.Yrg.3D., 1.3.1988, E.51, K.142; 3.D., 22.5.1990, E.304, K.291)

⁷ "Askerî Ceza Kanununda düzenlenmiş olan "askerlikten kurtulmak için hile yapmak" suçu, 1111 sayılı Askerlik Kanununa 4459 sayılı Kanun ile getirilen GEÇİCİ 37 nci maddesi kapsamına giren suçlardan değildir." Bkz.As.Yrg.1.D., 09.02.2000 tarih 2000/78-76 EK; As.Yar.DK., 23.03.2000 tarih 2000/78-70(11/4) EK. (Nakleden:Kemal Bal, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar, Ankara 2002. s.81-12); Askeri Yargıtay bir kararında konuyu şöyle açıklamaktadır:"4459 Sayılı Yasadan yararlanma hakkının elde edilmesi, sadece askerlik hizmetine başlamama nedeniyle söz konusu olabilecek saklı yoklama kaçağı ve bakaya suçları yönünden takibat yapılmayacağı sonucunu doğurup, bunun dışında kalan As.C.K.nunda yazılı diğer suçların bu kapsamda değerlendirilmesi, yasanın ve yasa koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı gibi, 4459 Sayılı Yasada yer alan "Her ne sebeple olursa olsun henüz askerlik hizmetine başlamamış yükümlüler" tabiri, bizatihi böyle bir kabul tarzını öngörmemektedir. Bu itibarla, askerlikten kısmen veya tamamen kurtulmak için hile yapmak suçunu işleyen bir kişinin, 4459 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar askerlik hizmetine başlamamış olması nedeniyle bedelli askerlik uygulamasından yararlanma hakkını elde etmesi ve anılan yasa hükümleri uyarınca bedel ödeyerek askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılması, daha önce işlediği As.C.K.nun 81 nci maddesine uyan fülü ile ilgili yasal takibat yapılmasını engelleme(z)..." As.Yrg.1.D., 9.2.2000, E.2000/78, K.2000/76. (Nakleden:Orhan Çelen, Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 2001, s.315)

Askerlik çağı, yoklama devri, muvazafılık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır.(1111 SK. m.3) Yoklama devri, askerlik çağının başlangıcından kıtaya katılmaya kadardır.(1111 SK. m.4/1)

211 Sayılı İç Hizmet Kanunun'da ise, askerlik çağına giren her "Türk erkek vatandaşının" ülkemizde kabul edilen zorunlu askerliğin bir sonucu olarak yapmak zorunda olduğu askerlik, "Türk vatanını, İstiklâl ve Cumhuriyetini korumak için harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyeti olarak tarif edilmiştir." (211 SK. m.1)

AsCK 81/1'inci maddesinde, "askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak" ifadesi ile; her Türk erkek vatandaşının yapmakla mükellef olduğu "askerlik yükümlüğü" ile kıt'aya katılmayla başlayan ve tüm askeri şahısların yerine getirmekle mükellef olduğu "hizmet yükümlülüğü"nden kurtulmak anlaşılmalıdır. Nitekim AsCK 81/1'de her iki yükümlülükten hile ile kurtulma aynı cümle içinde birbirini takip eden açıklamalarla ifade edilmiştir.

Askerlik yükümlülüğü altına girebilmek için ilk şart, askerlik çağı içinde bulunmak ve daha sonra askerlik hizmetine kabul edilebilmek için yoklama döneminde yerine getirilmesi gereken (1111 ve 1076 Sayılı Kanunlarda açıklanan) askerlik işlemlerine ilişkin prosedürleri tamamlamaktır.⁸ Maddede geçen; "ismini değiştirmek, başkasını kendi yerine tabib muayenesine veya askere göndermek, başkasının hüviyet cüzdanını veya askeri vesikasını kullanmak" şeklinde sayılan fiiller, kanaatimizce daha çok askerlik yükümlülüğü altına girerken yapılan işlemler sırasında "tamamen" askerlikten kurtulmaya yönelik fiillerdir.

⁸ 22/5/2012 - 6318 sayılı Kanunla, "İlk yoklama" ve "Son Yoklama" tabirleri Kanundan çıkarılmış bunların düzenlendiği maddeler mülga olmuştur. Bunların yerine "Yoklama" tabiri alınmıştır. "Yoklama" işlemlerinin düzenlendiği 22/5/2012 Sayılı 6318 Kanunla değişik 14'üncü maddesinde şöyle açıklanmaktadır: "Yükümlülerin sağlık muayenelerinin yapılarak askerliğe elverişli olup olmadıkları, öğrenim durumları, meslekleri ve niteliklerinin belirlenmesi işlemine yoklama denir. Askerlik çağına gireceklerin kimlik bilgileri İçişleri Bakanlığınca her yıl ekim ayında Millî Savunma Bakanlığına bildirilir. Askerlik çağına girenler ile bunlarla işleme tabi olanların yoklaması, her yıl 1 Ocak günü başlar ve o yıl askerlik çağına giren doğumuların silah altına alınacağı ilk celp ve sevk tarihinin bitimine kadar devam eder..." ; 1111 Sayılı Askerlik Kanununda, askerlik yükümlülüklerini yedek subay olarak yerine getireceklerin askerlik işlemlerine ilişkin hususlar ise 1076 sayılı "Yedeksubay ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu"nda ayrıca düzenlenmiştir. 1076 sayılı Kanunda, "Yedek Subay ve memurlarının kayıt yoklama ve muayenelerini" düzenleyen 9-13 maddelerine bkz. Bu maddelerden 9 ve 10'uncu Maddeler 22/5/2012 tarihli 6318 Sayılı Kanunla mülga olmuştur; "Askerlik yükümlülüğüne tabi tutulma ve bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmiş sayılacağına dair esaslar" için bkz. 1111 SK/ m.10

Askeri Yargıtay kararlarında, askerlikten “kısmen” kurtulmanın ne anlama geldiği konusu ise şöyle açıklanmaktadır: “ASCK'nın 81'inci maddesinde yazılı “kısmen” sözcüğü, sadece tabi olunan askerlik hizmeti süresini öngörmeyip, askerliği zamanında yapmamayı veya değişik statüde yapmayı da kapsadığından, askerlik hizmetinin yapılması gereken zamanda yapılmamış olması ve farklı statü ile farklı zaman dilimlerinde yapılmanın amaçlanmaması.., o an için askerlik hizmetinden kurtulma niteliğinde kabul edilme(lidir.)”⁹ “Hizmet müddeti çok olan bir sınıftan, hizmet müddeti az olan bir sınıfa geçirilmeyi temin zımında”¹⁰ yapılan hileli fiiller yine askerlikten kısmen kurtulma anlamındadır.

Askeri Yargıtay bu karar doğrultusunda; “fail(in) muayyen bir zaman için ve mesela bir manevra zamanı için veya eğitim dönemi için, dahili bir karışıklığın devamı müddeti için, harp halinin devamı müddeti için(de)..., keza ihtisasına taal'ûk eden (mesela denizaltıcılık, dalgıçlık, kurbağa adamlık, paraşütçülük v.b.) bir hizmetten kaçın(sını) (halleri ile) ...Failin kast ve niyetini, daha geç bir zamanda hizmet etmeye yahut daha ziyade sevdiği ve arzu ettiği bir nev'i hizmete tevcih etmiş olması(nın)”¹¹ kısmen askerlikten kurtulmaya yönelik eylemler olduğunu açıklamıştır.

Nitekim yedeksubay adayı olmadıkları halde¹² daha az askerlik hizmeti yapmak maksadıyla¹³ kendilerini hile ile bu statüde göstererek askerliğine karar aldırınların durumu uygulamada bu konuda en sık karşılaşılan örneklerden biridir.¹⁴

⁹ As.Yar.4D., 16.06.2010, 2010 1825-1775 EK. (TSK Net)

¹⁰ As.Yrg.Gn.Krl. 21.7.1934/248-285 EK.

¹¹ As.Yrg.Gn.Krl. 21.7.1934/248-285 EK.

¹² 1076 Sayılı Kanunda, “Dört yıl ve daha fazla süreli fakülte, akademi, yüksekokul ve enstitüler ile Milli Eğitim Bakanlığınca bunların dengi olduğu kabul edilen yurt dışı öğrenim kurumu mezunu olup da Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine göre askerliğe elverişli olanlar arasından, Silahlı Kuvvetlerin ihtiyacı kadar yedek subay adayı (c) ve (d) bendleri esaslarına göre ayrılır.” (1076 SK.m.3/b)

¹³ 1076 sayılı Kanun hükmüne tabi yükümlülerden; “bu yükümlülüklerini istekleriyle veya seçim sonucu yedek subay adayı olmadıkları için erbaş veya er olarak yerine getireceklerin hizmet süresi aynı celbe tabi olup, yedek subay adayı olarak ayrılanların hizmet süresinin yarısı kadardır.” (1111 SK. m.5/2)

¹⁴ Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, “Lise mezunu olan ve Anadolu Üniversitesi mezunu bir başka kişinin diplomasını ele geçirip kimlik bilgilerini kapatıp fotokopisini çektiren, daha sonra diplomanın boş kalmış olan kimlik bilgileri kısmına kendi ismini yazıp bununda fotokopisini çektikten sonra elde ettiği sahte diploma fotokopisini 19.2.1998 tarihinde Ankara'da 48 nci Noter'e “Aslı Gibidir” kaydı ile onaylatan sanığın Noter onaylı ancak sahte fotokopi diploma ile yükümlüsü olduğu Balı/ANKARA Askerlik Şubesine

Askerliğine karar aldırıp askerlik şubelerince kıt'alarına sevk edilenlerin "kıt'aya veya bir müesseseye intisab etmekle"¹⁵ artık muvazafılık hizmet yükümlülüğü başlamaktadır.¹⁶ Bu yükümlülüğün yerine getirildiği "muvazafılık dönemi"nde "kendisinin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile" yapılan suç konusu her türlü hileli fiiller yine AsCK 81/1'inci fıkrası kapsamında devam eden cümlede suç olarak kabul edilmiş bu cümle ile askerlik yükümlülüğü haricinde bu yükümlülüğün doğan askerlik hizmet yükümlülüğü teminat altına alınmıştır.¹⁷

Muvazafılık hizmet döneminde, tüm askeri şahıslar kendi kanunlarında açıklanan süreler kadar (erbaş/er,¹⁸ yedeksubaylar,¹⁹ subay/

müracaat ettiği, aynı tarihte Yedeksubay Adayı olarak askerliğine karar aldırıldığı, erken sevk talebinde bulunduğu, talebinin kabul edildiği, MART 1998 celbinde sevk edildiği Test ve Mülakat Merkezinde "8 aylık kısa dönem er" statüsüne" ayrılması AsCK 81 kapsamında kısmen askerlikten kurtulma olarak kabul edilmiştir. As. Yrg. 2.D., 16.8.2000, E.2000/446, K.2000/476 (Nakleden: Çelen, s.319); Benzer karar için bkz. As. Yrg. 1.D., 26.4.2000, E.2000/259, K.2000/256. (Nakleden: Çelen, s.317)

- 15 211 Sayılı İç Hizmet Kanununda; "Görevin yapılması için taktik ve idari birlikleri kapsıyan ve bir kumanda altında toplanan teşkiller kıta; Kumandan veya âmirlerin kıta veya kurumlarının sevk ve idarelerinde yardımcı olan toplum karargâh; Kıta ve karargâh anlamı dışında kalan askeri hastane, okul, orduevi, dikimevi, fabrika, askerlik şubesi, ikmal merkezi ve depo gibi askeri tesis ve teşkiller ise askerî kurum" olarak tanımlanmıştır." (211 SK. m.12/a, b, c)
- 16 Askerlik hizmeti, "...Askerlik şubesinden sevk tarihinden başlar. Belirtilen sürelerden fazla askerlik yapanların fazla hizmetleri, askerlik çağının sonundan iki kat olarak düşülmür. Bu Kanununun tespit ettiği esaslar dışında veya muvazafılık hizmetini yapmadıkça hiç bir fert askerlik çağından çıkarılamaz." (1111 SK. 5/3,4)
- 17 Muvazafılık hizmetinden "Askeri Hizmet" anlaşılmalıdır. Bu hizmetin ne olduğu hususunda, 211 sayılı İç Hizmet Kanunu ve Asker Ceza Kanunu bize yol göstericidir. Nitekim İç Hizmet Kanununa göre; "Hizmet"; Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir." (211 SK.6) AsCK 12'inci maddesinde ise "Hizmetin Tarifi", "Bu kanunun tatbikatında (Hizmet) tabirinden maksat gerek malum ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askerî vazifenin madun tarafından yapılması halidir."
- 18 1111 sayılı Askerlik Kanununda; "Erbaş ve erler için muvazafılık hizmet süresi; Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığında on sekiz aydır. Bu sürenin, barışta, önce on beş aya ve bilâhare on iki aya kadar indirilmesine, Silâhlı Kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak, Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. (1111 SK. m.5/1)
- 19 "Yedek subayların hizmet süreleri onsekiz aydır. Bu sürenin altı ayı yedek subay yetiştirilmekle oniki ayı da subay olarak atandıkları kıt'a ve kurumlarda geçer. Yedek subay yetiştirme süresi Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulunca uzatılabilir ve kısaltılabilir. Yedek subayların hizmet süreleri Genelkurmay Başkanının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile lüzumu kadar uzatılabilir. Bu uzatılan süreler yaş haddinin sonundan iki kat düşülmür. Yedek subayların hizmet

astsubaylar,²⁰uzman jandarmalar²¹) mecburi bir hizmet yükümlülüğü altındadır. Bu hizmet süresi sağlık, malüllük, ölüm vs istisnalar dışında, istifa, emeklilik ya da terhis olmakla tamamlanmaktadır. *İstisnalar dışında asker şahısların kendi kanunlarında açıklanan mecburi hizmet yükümlülüğünden hile ile kurtulma fiilleri AsCK 81 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu yükümlülükten kurtulmak kanaatimizce askerlik hizmetinden “tamamen” kurtulma olarak sonuçlanabilir.*

süreleri barışta Genelkurmay Başkanının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile oniki aya kadar indirilebilir. Muvazaflık hizmetini yapmadıkça, 1111 sayılı Askerlik Kanunu ile bu Kanunun tespit ettiği esaslar dışında hiç bir yüksek öğrenim mezunu askerlik çağından çıkarılamaz.” (1076 S. m.3/f, g); “Yedek subay adayı olarak askere sevkden evvel veya yedek subay yetiştirilmekte iken aşağıdaki engel hali olduğu anlaşılanlar askerlik hizmetini durumlarına göre er veya erbaş olarak tamamlarlar.a) 1. Türk Silahlı Kuvvetlerinde subaylıktan çıkarılmayı gerektiren bir suçtan mahkûm olanlar, 2. Kamu hizmetlerinden müebbeten yasaklı olanlar, 3. Hileli müflis olduğu ilan edilenler,b) Yönetmelikte belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde; 1. Disiplinsizlik ve ahlaki durumları sebebiyle yedek subay çıkarılması uygun görülmeyenler, 2. Türk Silahlı Kuvvetlerinin manevi şahsiyetine gölge düşüren veya askerliğin şeref ve haysiyetiyle bağdaşmayacak eylemlerde bulunanlar ile tutum ve davranışlarıyla yasa dışı siyasi, yıkıcı, bölücü ideolojik görüşü benimsemiş olduğu anlaşılanlar, Okul disiplin kurullarının vereceği subay olamaz kararı üzerine er olurlar. c) Yedek subay öğreniminde başarı gösteremeyenler, erbaş olurlar. Bunların yerine getirecekleri hizmet süresi 1111 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasında belirtilen süre kadardır.” (1076 SK.m.8)

20) Subay ve astsubay için mecburi askerlik hizmeti 926 sayılı Personel Kanununda nasbedildikleri tarihten itibaren fiilen 10 yıl olarak belirlenmiştir. (22/5/2012 tarihli ve 6318 sayılı Kanunun 47 nci maddesi ile bu fıkrada yer alan 15 yıl ibaresi 10 yıl şeklinde değiştirilmiştir) Bu hizmet tamamlanmadıkça istifa edemezler.(926 SK. m.112/1); Ancak Yabancı uyruklu kişilerle evlenenlerden, bu evlilikleri yönetmelikte belirtilen esaslar dahilinde Genelkurmay Başkanlığınca uygun görülmeyenler ile çeşitli nedenlerle Türk vatandaşlığını kaybedenler veya Türk vatandaşlığından çıkarılan subay ve astsubaylar istifa etmiş sayılırlar (926 SK . m.112/3 a, b) Bunun dışında subay ve astsubaylar için hizmet yükümlülüğününün 10 yıllık süreden önce istifa veya TSK'den çıkarılma gibi nedenler dışında herhangi bir tazminat ödemediği tamamlanmış sayılması ancak “Türk Silahlı Kuvvetleri’nde görev yapamaz” şeklinde sağlık raporu alınması ya da “vazife malûlü” olarak TSK’den ayrılması koşulluna bağlıdır. (926 SK.m.112/son fıkra); 926 sayılı Kanunun “Ununcu Bölüm” başlığı altında 112-116’nci maddeler arasında “Yükümlülük” konusundaki ayrıntılı düzenlemeler için bkz.

21) 3466 Sayılı “Uzman Jandarma Kanunu”nda; “Uzman jandarmaların mecburî hizmet süresi, uzman jandarma çavuşluğa nasıp tarihinden itibaren on yıl olup, yaş hadleri 56’dır. Bunun beş yıl fazlası ise askerlik çağı sonudur. Barışta ve seferde bu süreye kadar yedeğe ayrılmış uzman jandarmalar en genç olanlarından başlanmak üzere hizmete çağrılabilirler. 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 112 nci maddesindeki, subay ve astsubayların istifa etmiş sayılacağı haller ile bu hususa ilişkin tazminat hükümleri, Uzman Jandarmalar hakkında da uygulanır.” (3466 SK. m.7)

TSK kadrolarında sözleşmeli olarak istihdam edilen askeri şahısların (uzman erbaş,²² sözleşmeli subay/astsubay,²³ sözleşmeli erbaş/er²⁴) belirli süreli sözleşme ile askerlik hizmeti altına girdiklerinde kuşku bulunmasa da bunların AsCK 81'nci maddesi anlamında sorumluluklarının kanaatimizce bu sözleşmeyi tek taraflı irade beyanı ile sona erdirip erdiremeyeceklerine göre değerlendirilmesi gerekecektir. Zira tek taraflı sözleşme ile askerlik hizmet yükümlülüğünden ayrılma imkanı olan asker şahısların bu hizmetten kısmen kurtulmak için hile yapmaları mümkünken tamamen askerlikten kurtulmak için hile yapmaları kanaatimizce zor bir ihtimal olarak gözükmektedir. Ancak ihtimal varsa mutlaka bunun araştırılması gerekmektedir.

²² 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanununda; "Uzman erbaşlar; iki yıldan az, beş yıldan fazla olmamak şartıyla sözleşme yaparak göreve başlar ve Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler. Bunlardan; istihdam edildikleri kadronun görev özelliklerine göre sınıf ve branşları ile ilgili sağlık nitelikleri uygun olanların müteakip sözleşmeleri, bir yıldan az, beş yıldan fazla olmamak şartıyla azamî kırkbeş yaşına girdikleri yıla kadar uzatılabilir." (3269 SK.m.5/1); "Sözleşmenin imzalanmasından sonra ilk beş aylık intibak dönemi içerisinde göreve intibak edemeyenler ile ayrılma isteyenlerin sözleşmeleri feshedilerek, Türk Silâhlı Kuvvetleri ile ilişkileri kesilir. Peşin olarak ödenen aylık ve aylık ile birlikte ödenen diğer tüm özlük haklarının çalışılmayan günlere ait kısmı geri alınır." (3269 SK.m. 12/1)

²³ 4678 sayılı "Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun" da; "Sözleşmeli subay adayları ön sözleşme yapılarak askeri eğitime alınırlar. Bu eğitimi başarı ile tamamlayanlardan yönetmelikte belirtilen şartları taşıyanlarla sözleşme yapılır ve bu kişiler teğmen rütbesine nasbedilirler. Sözleşme süreleri üç yıldan az ve dokuz yıldan fazla olmamak şartıyla, hizmet gerekleri ve yetiştirme maliyetlerine bağlı olarak kuvvet, sınıf ve branşlara göre yönetmelikte belirlenir. Yönetmelikte belirlenen şartları taşıyanların talepleri halinde sözleşmeleri yenilenebilir. Ancak sözleşmeli subaylardan rütbe yaş haddini dolduranlar hakkında 8.6.1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Sözleşme süreleri; sıkıyönetim, seferberlik, savaş veya silahlı çatışmayı gerektirecek hal ile savaş hallerinde Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanının göstereceği lüzum üzerine, durumun devamı müddetince Genelkurmay Başkanının onayı ile talebe bakılmaksızın uzatılabilir. Sözleşme işlemleri, Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca yapılır. (4678 SK.m.6); "Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanunda" "Sözleşmeli subay veya astsubaylar, sözleşme süreleri sona ermeden sözleşmelerini **tek taraflı olarak fesh edemezler.**" (4678 SK m.12/3)

²⁴ 6191 Sayılı "Sözleşmeli Erbaş/Er Kanunu" nda; "Sözleşmeli er adayları, ön sözleşme yapılarak askeri eğitime alınır. Askerî eğitimi başarı ile tamamlayanlarla, dört yıldan fazla olmamak kaydıyla en az üç yıllık sözleşme yapılır. Müteakip sözleşmeler, bir yıldan az üç yıldan fazla olmamak şartıyla azamî yirmidokuz yaşın bitirildiği yılın aralık ayı sonuna kadar uzatılabilir. (6191 SK.m.4/1); "Sözleşmeli erbaş ve erler, sözleşme süreleri sona ermeden sözleşmelerini **tek taraflı olarak feshedemezler.** Ancak, ilk sözleşmeyi müteakip yapılacak sözleşmelerin süresi bitmeden, fesih talebine ilişkin sebepleri Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığınca yönetmelikte belirtilen hizmet gerekleri ve koşullar gözetilerek uygun olduğuna karar verilen sözleşmeli erbaş ve erlerin sözleşmeleri idarece feshedilebilir..." (6191 SK.m.5/3)

Muvazzaflık devrinin hitamundan, askerlik çağının nihayetine kadar olan kısım yedeklik devridir. (1111 SK.m.7/1) Askerlik hizmet yükümlülüğü muvazzaflık dönemindeki mecburi hizmet süresinin tamamlanması ile bitmekte ve emeklilik istifa vs. nedenlerle terhis edilen asker şahıslar belli süreliğine artık askerlik çağının son dönemi olan yedeklik döneminde “ihtiyat (yedek) askeri şahıs” statüsündedir. “İhtiyat askeri şahıslar askerî hizmetlerde buldukları müddetçe bu kanun (AsCK) hükümlerine tabidirler.” (AsCK m.4) Yine Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu (AsYUK) 10/B bendinde, “Yedek askerler (Askerî hizmette buldukları sürece)” AsYUK uygulanmasında da asker kişi sayılacaktır.

Yedeklik döneminde bulunanlar gerektiğinde barış zamanı ya da olağanüstü haller ile sıkıyönetim veya savaş, seferberlik vs.çeşitli nedenlerle yeniden askeri hizmete çağrılabilirler.²⁵ AsCK 81/1’de “askerlik çağına girenlerden” bahsedildiğinden ihtiyat (yedek) askeri şahısların, bu çağrıya icabet etmemeleri ya da icabet edip kıt’alarına katıldıktan sonra muvazzaflık hizmetinden kurtulmak için hile yapmaları kanaatimizce yine AsCK 81 kapsamında değerlendirilecektir.

Askeri Ceza Kanunu’nda birçok suçun düzenlenişinde barış dönemi ile birlikte “seferberlik”²⁶ ve “savaş” döneminde suç ile korunan hukuki değerlerin daha fazla koruma altına alındığı (“suça ilişkin cezaları artırılmak ya da suçun oluşumu için gerekli olan süreler daha da azaltılmak

²⁵ “Talim ve manevra için çağrıldıkları halde 1111 sayılı Kanununun 47 nci maddesine göre özürsüz gelmedikleri anlaşılanlar hakkında 1111 sayılı Kanununun 89 uncu maddesi hükümleri uygulanır ve ayrıca emsalleri kadar hizmete tabi tutulurlar.(1076 sk. m.15); “Hazarda askeri hizmete çağrıldığı halde 1076 sayılı kanunun 15 inci maddesine teofikan Milli Müdafaa Vekâletince emredilen müddet içinde askerlik şubesine gelmeyen yedek subay ve askeri memurlardan bu müddetin bitmesinden sonra on beş gün içinde elde edilenler bir aydan altı aya kadar, on beş günden sonra üç ay içinde elde edilenler altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç aydan sonra elde edilenler beş seneye kadar ağır hapis cezasıyla” cezalandırılacakları hüküm altına alınır. Bu müddetler içinde kendiliğinden gelenlerin cezaları yarıya indirilir.” (AsCK 64/1); Hangi maksatlarla İhtiyat (Yedek) askeri şahısların çağrılacağı ve bu konudaki diğer açıklamalar için: Yedek astsubaylar için 926 Sayılı Kanununun 107’inci, yedek erbaş ve erlerle ilgili olarak 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 56, 57 ve müteakip maddelerine bakınız.

²⁶ AsCK 8’inci maddesinde “Seferberlik ve tarifi” şöyle düzenlenmiştir: “1 - Sefer tabiri harb halini ihtiva eden seferberliktir.2 - Seferberlik, ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını âmir olan emirde yazılı ve muayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten haldir.3 - Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve kara suları dışında yalnız dahi seyrü hareket eden her harb tayyare ve harb gemisi üssülharekerinden birine varıncaya kadar bu kanununun tatbikatında seferber sayılır.” (AsCK m.8)

suretiyle”) anlaşılmaktadır. Oysa askeri hizmetin zamanında yerine getirilmesini ve devamlılığını teminat altına alan AsCK 81 ile benzer hukuki değerleri koruyan bazı askeri suçlarda²⁷, barış dönemi dışında “seferberlik” dönemi uygulamalarına yer verilirken AsCK 81’de buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi kanaatimizce bir eksikliktir.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Korunan hukuki değer, suç tipinin ihdas edilmesi ile korunmak istenen değerdir.²⁸ Bu suç tipinde korunmak istenen hukuki değer, askerlik yükümlülüğü ve askerlik hizmetinin zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesidir. Bu değerlere ilişkin açıklamalara ayrıca Anayasa’nın emredici hükümlerinde ve askeri mevzuatta yer verilmektedir. Nitekim Anayasa’nın emredici hükmü gereği vatan hizmetinin yerine getirilmesi her Türk’ün hakkı ve ödevidir. (Anayasa m.72) Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı her erkek askerlik yapmak zorundadır. (1111 SK.m.1)

Askeri Ceza Kanununda önemli değişiklikler getiren 22.03.2000 tarihli 4551 sayılı Kanunun genel gerekçesinde bu konuda yapılan bir açıklamada; “askerlik çağına girenlerden Anayasa, İç Hizmet Kanunu ve Askerlik Kanununda açıklanan bu ödev ve yükümlülüklerle aykırı hareket ederek askerlikten ya da mecbur olduğu askeri hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdı ile hile yapanların” AsCK 81 ile cezalandırılmasının amaçlandığı açıklanmıştır.²⁹

²⁷ Örençin; “Kendini Kısmen veya Tamamen Askerliğe Elverişsiz Hale Getirme” suçlarında, “Fiil seferberlikte yapılmışsa on seneye kadar ağır hapis, düşman karşısında yapılmışsa yapan ölüm cezasıyla cezalandırılır.” (AsCK 79/3); “Fırar” suçunda, “Seferberlikte bu maddede yazılı mehiller yarıya indirilir.” (AsCK 66/3); “Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı” suçunda, “Seferberlikte birinci fıkrada yazılı olanlarla ruhsatlılardan sevk gününün bitmesinden itibaren yedi gün içinde gelenler bir aydan bir seneye, elde edilenler dört aydan iki seneye kadar, yedi günden sonra üç ay içinde gelenler iki seneden aşağı olmamak üzere elde edilenler üç seneden aşağı olmamak üzere hapis, üç aydan sonra kendiliğinden gelenler beş seneden az olmamak üzere ağır hapis, elde edilenler ölüm cezasına mahkum edilirler. Az vahim hallerde ölüm cezası yerine müebbet veya on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir ve diğer hallerde gösterilen cezalar yarıya indirilir.” (AsCK 63/2)

²⁸ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2011, s.26.

²⁹ Bu açıklama için bkz.4551 sayılı Kanunun “Genel Gereğesi”. 22/03/2000 tarihli 4551 sayılı Kanunun genel gerekçesi. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm> (23/10/2012); AsCK’da AsCK 81’in koruduğu hukuki değer ile benzer olan suç tiplerine rastlamak mümkündür. Korunan hukuki AsCK

Askeri Yargıtay benzer bir açıklamada bulunarak bu madde ile *“anayasal bir hak, aynı zamanda bir yükümlülük olan, vatan hizmeti ve askerî menfaatler”* yanında *“askerlik hizmetinin yasanın öngördüğü herkes tarafından ve zamanında yapılması”*³⁰ nın teminat altına alındığı, *“Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunun koruduğu hukuki değer(in), Anayasanın 72’nci maddesinde düzenlenen askerlik hizmetinin kanunlarda belirtilen usul ve esaslar dahilinde, dürüst, adil ve eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yerine getirilmesini sağlamak”*³¹ olduğu ifade edilmektedir.

III. SUÇUN UNSURLARI

A.Maddi Unsur

1. Fiil

a. Genel Olarak

AsCK 81/1’de hile olarak kabul edilen fiillerden bazıları (*“ismini değiştirmek”, “başkası kendi yerine tabib muayenesine veya askere göndermek”, “başkasının hüviyet cüzdanını veya askeri vesikasını kullanmak”, “Askerlik işlerinde sahte şehadetname veya evrak kullanmak”*) tek tek sayılmıştır. Ancak daha sonra her türlü hileli vasıta ile bu suçun işlenebileceği açıklanmıştır.

Kanunkoyucu, suç faillerinin askerlik yükümlülüğünden tamamen ya da kısmen kurtulmak amacıyla yapabilecekleri hileli fiilleri önce sınırlandırarak tek tek sayma yoluna gittiğinden *“bağlı hareketli”* bir

81 ile AsCK 66 benzer hukuki menfaatleri korumak adına askeri ceza uygulamasında kabul edildiği konusundaki açıklama için bkz.22/03/2000 tarihli 4551 Sayılı Kanun Genel Gereğesi. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm>.(23/10/2012) Askeri Yargıtay yeni tarihli bir kararında, firar ve askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçlarının farklı hukuki değerleri koruduğunu açıklamaktadır. Askeri Yargıtay’ın bu kararına karşı bizimde katıldığımız *“Ayrışik Oy”* gerekçesinde ise farklı bir görüş şöyledir: *“Gerek firar suçunun, gerekse askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunun koruduğu hukuki değer, Anayasanın 72’nci maddesinde düzenlenen askerlik hizmetinin kanunlarda belirtilen usul ve esaslar dahilinde, dürüst, adil ve eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yerine getirilmesini sağlamaktır. Her iki suçta esas itibarıyla “Askerlik hizmetini “korumakta, firar suçu hilesiz hizmetten ayrı kalışı; askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu ise amacı gerçekleştirmeye elverişli hile gerçekleştirilerek hizmetten ayrı kalışı cezalandırmaktadır.”* Bkz.As.Yar.DK., 21.6.2012, 2012/91-87 EK.(TSK Net)

³⁰ As.Yar.DK., 13.05.2010, 2010/48-44 EK. (TSK Net)

³¹ As.Yar.DK., 27.10.2011, 2011/93-97 EK; As.Yar.DK., 21.6.2012, 2012/91-87 EK.(TSK Net)

suçtan sözedilebilirse de, daha sonra *“her ne suretle olursa olsun yapılan hile ve desise”* ile herhangi bir sınırlama olmaksızın yapılan her türlü hileli fiillerle bu suçun işlenebileceği açıklandığından AsCK 81’in artık *“serbest hareketli”* bir suç olduğu kabul edilmelidir. Suç, maddede tek tek sayılan hareketlerden ya da herhangi bir sınırlamaya tabi olmayan genel olarak ifade edilen serbest hareketlerden sadece birinin ya da bunlardan birkaçının birlikte yapılması ile işlenebileceğinden AsCK 81 bu yönüyle *“seçimlik hareketli”* bir suçtur.³²

Suçun işleniş şeklini sınırlayıcı nedenlere ve vasıtalara bağlamak mümkün olmadığından bu suçun iğfal ve ikna kabiliyeti olan her türlü belge üzerinde işlenebileceği gibi bunun dışında kast olunan amacı gerçekleştirmeye yönelik her türlü vasıta üzerinde yapılan hile ile de işlenebilir.³³ Bu özellikleri nedeniyle bu suç TCK’da yer alan sahtecilik suçlarından farklı ve daha geniş kapsamlıdır.³⁴

b. Sahte Belge Düzenlemek ve Kullanmak

(1) Genel Olarak

AsCK 81/1’de hile olarak kabul edilen fiillerden; *“ismini değiştirmek”*, *“askerlik işlerinde sahte şahadetname veya evrak kullanmak”* gibi tek tek sayılan eylemler sahte belge düzenlemenin yanında ayrıca bu belgenin kullanılmasını da gerektiren eylemlerdir. Maddede tek tek sayılan fiiller dışında her türlü hileli vasıtalar olarak ifade edilen husus, şüphesiz belge üzerinde yapılan her türlü sahteciliği de kapsamaktadır.

³² Zeynel T. Kangal, Askeri Ceza Hukuku, Ankara, 2.Bası, 2012, s.97.

³³ Hatta failin hileli vasıta olarak kendisini de kullanması mümkündür. Bu duruma örnek olarak failin kendi sağlık durumunu bozarak askerlik hizmetinden uzaklaşması hali gösterilebilir. Nitekim Askeri Yargıtay *“..sanığın, Bölükteki spor hizmetine katılmaktan muaf tutulmak suretiyle, askerlikten kısmen de olsa kurtulmak amacıyla, kendini böbrek taşı hastası gibi göstermek için on adet taş yuttu(ğu) olay(da)”* failin fiilinin, kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek (AsCK 79) suçu kapsamında değil, AsCK 81 kapsamında ele almıştır. As.Yar.DK., 08.11.2007, 2007/113-116 EK. (TSK Net)

³⁴ Bu açıklamalar için bkz.As.Yrg.4.D., 26.9.1995, E.629, K.627; Drl.Kr1.nun 08.01.1998 tarihli ve 10-4 sayılı 12.11.1998 tarihli ve 156-146, 29.11.1990 tarihli ve 159-148, 19.10.2000 tarihli ve 142-151 sayılı kararları; As.Yrg. 3D., 21.12.1999 tarih 1999/827 - 825 EK. (Nakleden: BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-1); Benzer karar için bkz.As.Yar.DK., 01.07.1999, 1999/137-148 EK (As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.200)

Bu suçun işlenmesinde kanatimizce sadece sahte belgenin düzenlenmesi yeterli olmamakta ayrıca bu belgenin fail ya da suç ortakları tarafından kullanılması da gerekmektedir. Ancak askerlikten kurtulmak özel kastı altında sahte belgenin düzenlenmiş olması suçun oluşumu için yeterli olup bu belgenin kullanılmadan olayın ortaya çıkması halinde dahi AsCK 81'in oluşumu açısından netice değişmemektedir. Bu husus ileri de teşebbüs başlığı altında incelenecektir.

AsCK 81'de açıklanan suçun belge üzerinde işlenmesi halinde TCK'nda düzenlenen sahtecilik suçlarında olduğu gibi belgenin "resmi ya da özel bir belge" olup olmadığı ya da belgenin "kamu görevlisi ya da bir tabip veya diğer sağlık mesleği mensubları" tarafından düzenlenip düzenlenmediğinin suçun vasıflandırılmasında herhangi bir önem ve etkisi bulunmamaktadır.³⁵

Sahtekarlık suçları kasten işlenen suçlardan olup TCK'nun 22/1'inci maddesinde yer alan "Taksirle işlenen fiiller kanununun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır" hükmü ve AsCK 81'deki suçun taksirle işlenmesine dair herhangi bir düzenleme bulunmamasına göre, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün gözükmemektedir.³⁶

Askeri Yargıtay kararlarında; "ilk ve son yoklamalarını şahsen yaptırdıktan sonra kendisine ait nüfus hüviyet cüzdanına kardeşi S.A.nın resmini yapıştırıp tastik ettir(en) ve kendisinin yerine S.A.nın yerine askere yolla(yan)",³⁷ "...askerliğe elverişli olduğu hâlde askerlik hizmetinden kurtulmak kastıyla (fotoğrafını verip kendi yerine askerliğe elverişsiz olan) İ.D'nin sağlık muayenesine girmesini sağlana(n)"³⁸ "kardeşi L'nin kimlik bilgilerinin yer aldığı; yeni düzenlenen nüfus cüzdanına resmini yapıştırmak suretiyle

³⁵ 5237 sayılı TCK.nda, 765 sayılı TCK.ndaki gibi belgenin üç çeşidi olduğu kabul edilmiş ve belgede sahtecilik suçları bu ayırımın dikkate alınarak tanzim edilmiştir. Bunlar; "a)resmi belge, b) özel belge c) resmi belge hükmündeki belge"dir. TCK 204'üncü maddesinde "Resmi Belgede Sahtecilik"; TCK 205'inci maddesinde "Resmi Belgeyi Bozmak, Yok Etmek veya Gizlemek"; TCK 207-208'inci maddelerde ise "Özel Belgede Sahtecilik"; TCK 208'inci maddesinde "Özel Belgeyi Bozmak, Yok Etmek veya Gizlemek"; TCK 210/2'inci fıkrasında "Tabip, Diş Tabibi, Eczacı, Ebe, Hemşire veya Diğer Sağlık Mesleği Mensubu Kişilerin Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi" suçları düzenlenmiştir. Bu suçlar inceleme konumuzun dışında olduğundan bunlarla ilgili ayrıntıya girilmeyecektir.

³⁶ Sedat Bakıcı, Gürsel Yalvaç, Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.2, Ankara, 2008, s.691.

³⁷ As.Yrg. 2.D., 15.6.1972, E.162, K.155 (Nakleden: Çelen, s.306)

³⁸ As.Yar.4D., 19.07.2005, 2005/858-857 EK. (As.Yar.Der., S.19, Y.2006, s.172-174)

kardeşi adına sevk edilip askerlik hizmetini tamamla(yan)",³⁹ "hastaneye yatmaksızın yatmış gibi göster(erek) tamamen sahte 2 hasta taburcu tezkeresini para karşılığında ala(n)",⁴⁰ "yapılan muayenesinde reçetesi verilerek kitasına gönderilen sanığın, sevk belgesine 10 gün istirahat verildiğine ve Ankara GATA'ya sevk edildiğine dair ibareler yaza(n)",⁴¹ "firarda iken (askerlikten kurtulma maksadı ile) düzenlediği sahte belgenin 20.11.2001 tarihinde işlem görmesiyle nüfus kütüğünde ölüm kaydı düşül(en)"⁴² "herhangi bir resmî başvurusu veya geçerli bir belgesi bulunmaksızın, usulsüz bir şekilde, 27.5.2004 tarihinde bilgisayar kütüğüne hayali yoklama bilgileri girerek, 31.12.2006 tarihine kadar askere sevkinin ertelendiğini gösterir askerlik durum belgesi düzenleyip, askere sevkini erteletmek suretiyle askerlikten kısmen kurtul(an)"⁴³ sanık/iştirakçilerinin eylemleri sahtecilik yoluyla yapılan askerlikten kısmen/tamamen kurtulmak için hile yapmak/ iştirak etmek suçuna örnek olarak gösterilebilir.

(2) Sahte Belgenin Aldatmaya

("İkna İğfal Yeteneği") Elverişli Olması

Uygulamada belgede sahtecilik suçları bakımından kabul edilen, "İğfal kabiliyeti" "aldatma gücü", "aldatma yeteneği" olarak da ifade edilen aldatma kabiliyeti kavramı, 765 sayılı TCK'nun metninde yer almamakla beraber doktrin ve yargı kararlarında aranmaktaydı. Bunun ortak bir unsur olup olmadığı ise doktrinde tartışma konusu olmuştur.⁴⁴ Doktrinde kabul edilen görüşe göre, 5237 sayılı TCK'nun düzenlemeler ve gerekçeleri dikkate alındığında, suçun maddi unsurları içerisinde değerlendirilmesi gereken belgede "aldatma kabiliyeti"nin bir başkasını aldatacak nitelikte olmaması halinde, suçun maddi unsurunun oluşmayacağı açıklanmıştır.⁴⁵ Aldatma kabiliyeti ile yapılan sahteciliğin üçüncü kişileri kandırıcı nitelikte olması ifade edilmek istenmiştir.⁴⁶

³⁹ As.Yrg.2.D., 8.3.2000, E.2000/117, K.2000/114 (Nakleden: Çelen, s.316)

⁴⁰ As.Yrg.Drl.Krl., 9.2.1989, E.66, K.44.

⁴¹ As.Yar.DK., 19.10.2000 tarih 2000/142-151 EK. (As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.185-186)

⁴² As.Yar.2D., 03.11.2004, 2004/1341-1331 EK.(TSK Net)

⁴³ As.Yar.4D., 16.06.2010, 2010 1825-1775 EK. (TSK Net)

⁴⁴ Bu konudaki tartışma ve görüşler için bkz.Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.479-485.

⁴⁵ Nitekim TCK 204/1, 2 ve 207 maddelerinde "aldatacak şekilde" ibaresi kullanılmıştır. Bu açıklama için bkz.Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.480.

⁴⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.479..

Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında tartışmalı olan diğer konu aldatma yeteneğinin tespiti olmuştur. Yargıtay çeşitli kararlarında aldatma yeteneğinin kimi zaman objektif kriterlere göre belirlenmesi gerektiğini,⁴⁷ kimi zaman ise nesnel olarak olması gerektiğine⁴⁸ karar vermiştir.⁴⁹

AsCK'nun 81'inci maddesinde yazılı suçun sahte evrak ile işlenmesi halinde bunun hile oluşturabilecek niteliğe sahip olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.⁵⁰ Belgedeki hilenin kaba saba oluşu, bilirkişi dinlenmesine dahi ihtiyaç göstermeyebilir.⁵¹ Ancak diğer durumlarda bir bilirkişi marifetiyle bunun tespiti önem taşımaktadır. Aksi takdirde bu husus noksan soruşturmadan bozmayı gerektirecektir.⁵² Belgelerde sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdir ve tayini hakime ait bir husustur.⁵³

Yine sahte belgenin aslı suç dosyasında bulunmadığı sürece delil olarak değerlendirmeye esas alınması ise mümkün değildir.⁵⁴ Onay-

⁴⁷ "Suça konu senette ilgili ekspertiz raporuna senetteki 450.000 rakamlarının sol başına farklı bir kalemlle (15) rakamları eklenip alacak miktarının yazı ile doldurulduğu, yapılan tahrifatın ilk bakışta kolaylıkla anlaşıldığı cihetle, işgal kabiliyetine haiz olmadığına.." Yarg.CGK.nun 1.4.2003 tarih ve 6-12/76 sayılı kararı (Nakleden:Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.481)

⁴⁸ "Mahkemece resmi belgede bulunması gereken başlık, sayı, tarih, imza, mühür gibi zorunlu öğeler incelenmeli, belgenin niteliği ve nesnel olarak aldatma gücü olup olmadığı saptanmalıdır" Yarg.CGK.nun 22.5.1989 tarih ve 6-144/200 sayılı kararı (Nakleden:Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.481)

⁴⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.481.

⁵⁰ Benzer yöndeki kararlar için bkz.As.Yrg.3D., 21.12.1999 tarih 1999/827 - 825 EK. (Nakleden:BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-2); As.Yrg.2.D., 6.11.1958, E.3435, K.4095 (Nakleden: Hulusi Özbakan, Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 1990, s.189)

⁵¹ Benzer yöndeki karar bkz.As.Yar. DK., 18.04.2002, 2002/23-31 EK (As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.241-243)

⁵² Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında; "Sanık Ü.S.'in normal vaktinden 3 gün önce terhis edilmesini sağlayan sevk belgelerindeki tahrifatın Aydın Askerlik Şube Başkanlığı görevlileri tarafından derhal fark edilerek, durumun sanığın birlik komutanlığına bildirildiği.belgeler üzerinde sanıklar tarafından yapılan değişikliklerin aldatma yeteneğine sahip olup olmadığının dinlenilecek bilirkişi marifetiyle açıklığa kavuşturulmasının ardından, elde edilecek sonuca göre sanıkların hukuku durumlarının tayin ve tespiti gerektiği(ne)" karar verilmiştir. As.Yar.2D., 29.11.2006, 2006/1600-1589 EK.(TSK Net)

⁵³ Yargıtay kararları da bu doğrultudadır. Bkz.Yargıtay 11.CD.24.12.2009 gan ve 2051/16746 E.K (Nakleden: Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3.Cilt, 3.Baskı, 2010, s.3176)

⁵⁴ Bu konudaki kararlar için bkz. As.Yar.DK., 04.11.1999 tarih 1999/162 - 191 EK. (Nakleden:BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-3); As.Yar.DK., 01.07.1999, 1999/137-148 EK (As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.200)

sız olması nedeniyle suret belge özelliği bulunmayan ve hukuki sonuç doğurmaya elverişsiz belge ile⁵⁵ “ilgili mevzuata aykırı olarak düzenlenmiş”⁵⁶ belgenin de aldatma özelliği yoktur.

Salt geçerli ve sağlıklı bir belgede yapılan her değişiklik hile sayılmamakla birlikte bir belgedeki sahtekarlığın “hile” sayılabilmesi için, yetkili kişilerin yanlış işlem yapmasına elverişli, aldatıcı ve inandırıcı özellikte olması gerekmektedir.⁵⁷ Ancak yapılan sahteciliğin veya hilenin kusursuz bir biçimde yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Gerçeğe aykırı olarak düzenlenen belgenin, ortalama dikkat ve algılama yeteneğine sahip kişileri gerçek olarak düzenlendiği konusunda kandırabilmek için elverişli olması yeterlidir.⁵⁸

Ancak aldatma yeteneğine sahip olmamasına rağmen ilgililerin bu belgeler üzerinde gerekli inceleme, mukayese ve kontrol işlemlerini özensiz veya dikkatsiz bir şekilde yapması veya hiç yapmaması sonucu amaçlanan sonuç ve netice meydana gelmiş olsa bile bu durum aldatma yeteneği bulunmayan sahte belgeleri askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu açısından elverişli vasita haline dönüştürmeyecektir.⁵⁹

⁵⁵ Bakıcı-Yalvaç, s.728; Yargıtay görüşü de benzer doğrultudadır. Bkz. Yargıtay 11.CD.31.5.2006, 1928/4968 (Nakleden:Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.482)

⁵⁶ Yargıtay’ın görüşü de aynı doğrultudadır. Yar.6.CD.16.9.1993, 4847/6293. Bu görüş ve Yargıtay kararı için bkz.Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.482;

⁵⁷ Benzer yöndeki karar için bkz.As.Yar.DK., 18.4.2002, 2002/23-31 EK. (TSK Net)

⁵⁸ Askeri Yargıtay;“...*Sanığın jandarma birliğinde ve jandarma sınıfında bir er olarak görev yapmasından esinlenerek sağlık kurulu raporunda yer alan tüm askerî tabipleri “jandarma tabip...” olarak göstermiş olması, hatta Tortum Askerlik Şubesinin üst yazısında yer alan Şube Başkanının sınıfını dahi “J.Kd.Ütğm.” olarak yazmış olması... Sağlık kurulu raporunun ön yüzünde konulan tanı “bilateral inguinal herni” iken, arka yüzünde “akciğer tüberkülozu” gibi farklı ve değişik bir teşhise yer veril(mesinin)...*” (As.Yar.DK., 27.12.2006, 2006/1784-1770 EK. (TSK Net)); “*Tahrifat yapılan belgenin sunulduğu Bölük Komutanı J.Boş.E.Y.’nun, belge üzerinde muayeneyi yapan doktorun ismi ve imzasının bulunmaması, sadece Baştabip ismi, imzası ve mührünün bulunması(nun) ...*,” (As. Yar.1D., 21.01.2009, 2009/008-0103 EK. (TSK Net)) ortalama dikkat ve algılama yeteneğine sahip kişiler tarafından ilk bakışta tespit edilebilecek aldatma yeteneği teşkil etmeyen sahtecilik eylemleri olduğuna karar vermiştir.

⁵⁹ Benzer karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.10.2003 gün 232/250 Sayılı Kararı (Nakleden: Bakıcı-Yalvaç, s.728); Askeri Yargıtay’ın benzer doğrultudaki kararları için bkz. As.Yar.DK., 27.12.2006, 2006/1784-1770 EK. (TSK Net); As.Yrg.Drl.Krl.nun 05.05.2005 gün ve 48-43; 12.11.1998 ve 156-146; 12.02.1998 gün ve 31-27; 12.02.1998 gün ve 30-26 sayılı kararı; As.Yrg.2’nci Dairesinin 22.04.2003 gün ve 468-456; 3’ncü Dairesinin 22.01.2002 gün ve 61-60 sayılı kararları. Ancak Askeri Yargıtay daha önceki tarihli aksi yöndeki kararlarında, sanığın askerlikten kurtulmak şeklindeki amacını gerçekleştirmesi halinde, sahte belgenin artık ikna

(3) Birlik Yetkililerinin İhmali Sonucu Aldatmaya Elverişli Olmayan Sahte Belge İle Yine de Askerlikten Kurtulunması Hali/ Firar Suçu Arasındaki İlişki

Müsaadesiz olarak kıtadan ayrılış halinde, aynı zamanda askerlik hizmetinden de uzak kalınmaktadır. Ancak yapılan her hileli hareketin AsCK'nun 81 kapsamında kabulü mümkün değildir.⁶⁰ Nitekim AsCK 81 gibi askerlik hizmetinden kısmen ya da tamamen kurtulmayı amaçlayan suçlardan birisi de AsCK 66/1-a bendinde düzenlenen "firar" suçudur. Maddeye göre; "Kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşan" askeri şahıslar bir yıldan üç yıla kadar hapsedilir.

Bu suçta işleniş yöntemi bakımından AsCK 81'den farklı olarak, askerlik hizmetinden hile ile değil de birliğin izinsiz olarak terk edilmesi suretiyle kaçarak uzaklaşılması ve kanunda yazılı süre kadar (7 tam gün) birliğe dönülmemesi ile suç oluşmakta ve faili yakalanıncaya ya da kendiliğinden dönünceye kadar suç temadi etmektedir. Askerlikten kurtulmak için hile suçunda failin özel olarak askerlikten kurtulma kastı aranırken firar suçunda genel kasıt yeterli olup failin hangi saik altında suçu işlediğinin önemi yoktur. Bu nedenle failin gayesi, AsCK 81'de olduğu gibi kısmen askerlik hizmetinden uzaklaşmak olabileceği gibi tamamen muvazaflık hizmet yükümlülüğünden kurtulmak ta olabilir.

Özellikle firar suçu ile AsCK 81 arasındaki ilişki; AsCK 81'de askerlik hizmetinden kısmen kurtulmak kapsamında yapılan sahtecilik unsurunun oluşmadığı ancak birlik yetkililerinin ihmali sonucu alınarak faile izin verdikleri durumda failin fiili durumunun firar suçu olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında tartışılmaktadır.

ve işgal kabiliyeti taşıyıp taşıyamamasının bir önemi olmadığına karar vermektedir. Örneğin: "...Sahte belge kullanılarak ilgili makam ve merciler aldatılmış arzu edilen netice gerçekleştirilmiş ise; artık bu belgenin ikna ve işgal kabiliyetini taşıyıp taşımadığının araştırılmasına As.Yrg.Drl.Krl.nun 29.11.1990 tarih ve 1990/159-148 sayılı kararında belirtildiği üzere suç bütün unsurları yönünden oluştuğu için gerek bulunmamaktadır..." (As.Yrg.4.D., 26.9.1995, E.629, K.627) Benzer mahiyetteki kararlar için bkz. As.Yar. DK., 19.10.2000 tarih 2000/142-51 EK; As.Yar.4D., 10.01.2001 tarih 2001/5-1 EK. (Nakleden: BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-6)

⁶⁰ Bu açıklama için bkz. As.Yrg.Drl.Krl., 21.4.1988, E.72, K.48. (Nakleden: Çelen, s.308)

Askeri Yargıtay'ın önceki tarihli kararlarında,⁶¹ failin hizmetten uzaklaşması fail açısından herhangi bir suçu oluşturmayacaktır. Ancak daha sonra Askeri Yargıtay bu konudaki görüşünü değiştirerek, suç failinin *"meşru bir izin almak yerine aksine izin vermeye yetkili amirinin iradesini ifsad ederek, kanunî bir izin almanın şartları olduğu konusunda onu iğfal ederek "gayri meşru" biçimde birliğinden ayrılması"*nın firar suçunu oluşturacağına karar vermiştir.⁶²

AsCK 66/1-a bendinde firar suçu *"izinsiz olarak"* uzaklaşma ile oluşmakta ancak maddede izinsiz uzaklaşmanın hangi fiilleri ya da durumları kapsadığı yargı kararlarına bırakılmaktadır. Ancak uygulamada en sık karşılaşılan firar eylemleri birliğin kaçarak terk edilmesi ya da günlük çarşı izninden dönülmemesi şeklindedir. Nitekim 1111 sayılı Askerlik Kanununda firar, madde başlığından da açıkça anlaşılacağı üzere *"izin almaksızın savuşmak"* olarak tanımlanmaktadır. (1111 SK.m.12) Yine firar suçunu düzenleyen AsCK 66'ncı madde ile bağlantılı olan AsCK 73 ve 75'inci maddelerde *"geri gelen kaçak"* ya da *"kaçaklara yardım eden"* tabirleri kullanılmaktadır. Kanundaki bu düzenlemelerden firar suçunu oluşturan maddi fiilin, kıtanın izin alınmaksızın *"kaçmak"* suretiyle terk edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle *"gayri meşru"* yöntemle de olsa yasal olarak kendisine birlik yetkililerince düzenlenen yasal izin kağıdı ile ayrılan kişinin eylemi maddi fiil ile örtüşmemektedir. Ancak failin bu eylemi ceza hukuku anlamında bir suç teşkil etmese de gayri meşru yöntemle uzaklaştığı süre kadar askerliğinin uzayacağına bir kuşku yoktur.

Ancak firar edenin firar süresi içinde çeşitli hilelerle askerlik yükümlülüğünden kurtulmak kastı ile yaptığı başkaca hileli fiiller olabilir. Bu durum firar suçundan ayrı olarak failin eyleminin unsurları gerçekleşmişse AsCK 81'deki suç olarak kabulüne engel değildir.⁶³

⁶¹ As.Yar.DK., 5.5.2005, 2005/48-43 EK. (TSK Net)

⁶² *"...ASCK'nın 81/1'inci maddesinin öngördüğü biçimde hile yeterliliği taşımayan olmasının, gayri meşru şekilde birliğinden bir buçuk ay süreyle ayrılmasını sağlayan sanık açısından firar suçunun oluşumunu etkilemeyeceği sonuç ve kanaatine varılmıştır."* As.Yar.1D., 18.4.2007 tarih 2007/763-758 EK. (As.Yar.Der., S.21, Y.2008, s.89-91)

⁶³ Askeri Yargıtay, "10.2.1999 tarihinde birliğinden firar edip babası olan M.P.'tan kendisini Ş.P.adıyla sahte bir şekilde nüfusa kaydettirmesini istemek, babası tarafından gerçeğe aykırı bir Mernis Doğum Tutanağı düzenlettilmesinden ve Ş.P. olarak nüfusa kaydının yapılmasından sonra, sol gözü kör olan H.D.ile irtibata geçerek kendisi yerine Ş.P. adıyla askerlik işlemlerini başlatmasını ve "Askerliğe Elverişli Değildir" raporu almasını istemek, bu kişiyi Ş.P. sahte kimliği ile yoklama işlemlerine sokmak ve bu şekilde temin ettiği

c. Aldatmaya Elverişli Her Türü Hileli Vasıta Kullanmak

AsCK 81'in sahtecilik dışında her türlü hileli vasıta ile de işlenebileceğinden bahsedilmişti. AsCK 81 gibi TCK'da da "hile" ile işlenebilen bir çok suç yer almaktadır.⁶⁴ Ancak gerek AsCK'da gerekse TCK'da hilenin neden ibaret olduğunu gösteren bir tanım mevcut değildir. Doktrinde dolandırıcılık suçunun unsurlarından olan hile ve sanianın tanımı ve niteliği şöyle açıklanmıştır: "Olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarfedilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bıraktıracak bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve şartlardan yararlanarak hile ve sania teşkil eden bu hareketler bulunmasaydı, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatmak, bu suretle başkasının zihni, fikri ve eylemlerinde bir hata meydana getirmektir."⁶⁵ "Hile bir kimseyi kandırarak nitelikte olmalıdır. Bu durumu hilenin yöneldiği kişinin sübjektif durumu ve aldanma yeteneği bakımından müatalaa etmek gerekir. Böylece hileyi her olayda ayrıca gözönüne alarak bunların aldatıcı nitelikte bulunup bulunmadığının tespiti hakime düşen bir görev olmaktadır."⁶⁶ Kanaatimizce bu açıklamalar AsCK 81'deki suçun unsuru olan hile için de geçerlidir.

AsCK'da tek tek sayılan eylemlerden "başkasının hüviyet cüzdanını veya askeri vesikasını kullanmak" eylemi hileli vasıtalarından biri olarak sayılmıştır. Askeri Yargıtay kararlarında; "Ayak parmaklarından dördü kesik bir şahsı kendi yerine heyet muayenesine sokan",⁶⁷ "Hepatit B Virüsü taşıdığını öğrendiği, (şahsa kendi adına) kan verdirterek... 6 ay hava değişimi

26.12.2001 tarihli sahte sağlık kurulu raporuyla yakalandığı (olayda)... sanığın İ.P. olan asıl kimliğiyle firari asker olarak aranmaya devam edilmekte olması ve bu kimliğiyle askerlikten kurtulmasına yönelik bir hilenin söz konusu olmaması nedenleriyle, Ş.P. ismiyle sahte olarak kendisini ikinci defa nüfusa kaydettirmiş ve bu kişi adına askerliğe elverişli olmadığına ilişkin sahte rapor almış olmasının askerlikten kısmen de olsa kurtulmasına elverişli hileler olmadığı, dolayısıyla bu eylemlerinin askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu değil, 765 sayılı TCK'nın 342 ve 350 veya 5237 sayılı TCK'nın 204 ve devamındaki hükümler kapsamında belgede sahtecilik suçlarını oluşturabileceği kabul edilmiştir" As.Yar.DK., 21.06.2012, 2012/91-87 EK (TSK Net)

⁶⁴ Örneğin "Dolandırıcılık" suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK 157/1'inci maddesinde; "Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir" sadece bunlardan biridir. Diğer düzenlemeler için bkz. "Hileli iflâs (TCK 161), Fuhuş (TCK 227/4), Hileli evlenme (TCK 230); İhaleye fesat karıştırma (TCK 235/2 a); Zimmet (247/2) vd.)

⁶⁵ Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13.Bası, İstanbul 1990, s.414.

⁶⁶ Dönmezer, s.425.

⁶⁷ As.Yrg.Drl.Krl., 27.12.1990, E.183, K.159

raporu“ alan”,⁶⁸ sanık/iştirakçilerinin eylemleri hileli vasıtalar kullanılarak yapılan askerlikten kısmen/tamamen kurtulmak için hile yapmak/ iştirak etmek suçuna örnek olarak gösterilebilir.

AsCK 81’de sahtecilik suçları dışında yukarıda Askeri Yargıtay kararlarında örnekleri verilen hileli hareketler özel amaca yönelik iradi bir davranışla (“*askerlikten ya da hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile*”) işlenebileceğinden kanatimizce icrai olan hileli vasıtalarla işlenebilen bu suçun ihmali olarak işlenebilmesi mümkün değildir.

2. Suçun Konusu

Suçun maddi unsurlarından bir diğeri de suçun konusudur. Konusuz suç olmaz. Suçun konusu doktrinde, “*eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi*”⁶⁹ ya da “*hareketin yöneldiği kişi ya da şey*”⁷⁰ olarak açıklanmıştır.

Korunan hukuki değer, suçun işlenmesiyle ihlal edilmektedir. Buna karşılık suçun işlenmesiyle, suçun konusuna zarar verilmekte veya tehlikeye maruz bırakılmaktadır. Ancak suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki değer ile maddi unsurlardan birini oluşturan suçun konusu kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Suçun konusunun olmadığı durumda ortada işlenemez bir suç vardır⁷¹.

Uygulamada Askeri Yargıtay’ın bir kararına göre suçun konusu “*her türlü hileli vasıta*”⁷² olarak açıklanmıştır. “*Failin askerliğe elverişli*” olmadığı durumlarda suçun konusu da sözkonusu değildir. Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, “*AsCK’nun 81’inci maddesi ile yaptırım altına alınan hileli hareketin, askerliğe muktedir ve askerlik yapacak olan mükellef kişiyi tamamen veya kısmen askerlikten kurtarmaya müteveccih olması gerekli olup, mükellef kişi hileli hareketin yapıldığı tarihte veya öncesinde esasen askerliğe elverişli olmaması nedeniyle askerlik yapamayacak durumda iken, suçun konusu ortada bulunmayacağı ve hileli hareket de böyle bir neticeyi sağlayamayacağı için, bu suç yönünden elverişli kabul edileme(yeceği),*

⁶⁸ As.Yar.3D., 05.06.2007, 2007/1425-1415 EK. (TSK Net)

⁶⁹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ocak 2006, Üçüncü Bası, s.215

⁷⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.25.

⁷¹ Özgenç, s.467

⁷² Bu açıklama için bkz. As.Yar.3D., 1.3.1988, 1988/51- 142 EK.

Bu nedenle sanığın sonradan aldığı askerliğe elverişsizlik raporunun, hileli hareketin yapıldığı tarihe ve öncesine şamil olup olmadığına tespiti ve bunun neticesine göre yüklenen suç veya başka bir suç oluşturup oluşturmayacağı hükmü yerinde tartışılmadan noksan soruşturma ile hüküm tesisi(nin)”⁷³ kanuna aykırı olduğunu açıklamıştır.

Gerçekten AsCK 81’deki suçun faili olabilmek için aranan en önemli şart olay tarihi itibarıyla failin askerliğe elverişli olmasıdır. Zira Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği’ne göre, bedeni kabiliyeti askerliğe elverişli olmayanlar askerlik hizmetinden muaf tutulurlar.(1111 SK.m.10/4A-8) Suç faillerinin olay tarihi itibarıyla askerliğe elverişli olup olmadıkları bu nedenle her olayda mutlaka araştırılmalıdır⁷⁴. Yine AsCK 81 açısından suç faili olamayan birinin bir eyleminin, genel hükümler kapsamında başka bir suçun konusunu oluşturması mümkündür.⁷⁵

⁷³ As.Yar.3D., 26.1.1988, 1988/3-51 EK.; Askeri Yargıtay bir başka kararında, “Askerliğe elverişli olmayan bir kişinin bu suçu işleyemeyeceği ve suçun işlenemez suç kapsamına gireceği, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunun ise sırf askeri suç olmamakla birlikte, suçun askerlikten kurtulma amacına yöneldiği dikkate alındığında, suçu işleyecek kişinin asker şahıs olma niteliklerini taşımasının gerektiği(ni)” açıklamıştır.As.Yar.5D., 04.12.2007, 2007/26/9-2606 EK. (TSK Net)

⁷⁴ “Fırar ve askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçlarının oluşabilmesi için suç tarihi itibarıyla sanığın askerliğe elverişli olması gerektiğinden, bu hususta araştırma yapılmadan hüküm kurulması noksan soruşturma olarak görülmüştür.”As.Yar.5D., 04.12.2007, 2007/26/9-2606 EK. (TSK Net)

⁷⁵ “...Suç tarihinden önce kilo fazlalığı rahatsızlığından dolayı üç kez ertesi yıla sevk tehiri kararı verilen ve dava konusu olayın ortaya çıkmasından hemen sonra yapılan kontrol ve hakem muayeneleri neticesinde de aynı rahatsızlıktan dolayı hakkında askerliğe elverişli değildir kararı verilen, bu nedenle suç tarihinde fiziki yönden askerliğe elverişli olmadığı açıklığa kavuşan sanık bakımından, yüklenen askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunun işlenemez suç niteliğinde kaldığı anlaşılmalı birlikte, sanığın eyleminin genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi yönünde tesis olunan görevsizlik hükmünde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığından, sanık müdafinin temyiz sebeplerinin reddi ile hükmün onanmasına karar verilmiştir (As.Yrgt.1 nci D.nin 15.01.2003 tarihli, 2003/67-65 Esas ve Karar sayılı ilamı da bu yöndedir.)” As.Yar.3D., 26.07.2007, 2007/1740-1736 EK. (TSK Net); “...Haklarında askerlikten kurtulmak için hile yaptıklarından bahisle kamu davası açılan sanıklar H.B.ve M.P.’un yaptırılan kontrol muayeneleri sonucunda **suç tarihlerinde askerliğe elverişli olmadıklarının saptanması**, sanık Em. Tbp.Bnb. Ü.H.’ın bahse konu askerliğe elverişsizlik raporlarının düzenlenmesi konusunda hiçbir görev ve yetkilerinin bulunmaması sebebiyle; sanık Ü.H.’ın eyleminin 765 sayılı TCK’nın 218’inci maddesinde düzenlenen görevine girmeyen bir işte rüşvet almak suçunu oluşturduğu, diğer sanıkların eyleminin ise bu suça iştirak niteliğinde değerlendirilmesi gerektiği”ne karar verilmiştir. Bkz.As.Yar.5D., 22.11.2006, 2006/15261522 EK. (TSK Net)

3. Netice

AsCK 81'deki suç, hileli hareketin yapılması ile tamamlanır. Bu suçun oluşumu için "askerlikten kısmen ya da tamamen kurtulmak gibi" bir neticenin gerçekleşmesine gerek yoktur. Bu nedenle bu suç "ani" suçlar kategorisinde "sırf hareket" suçudur⁷⁶.

Kanunkoyucu bazı suçlarda ("tehlike suçları") hareketin yöneldiği konunun objektif olarak zarara uğrama tehlikesiyle karşılaşmasını suçun oluşumu için yeterli kabul ederek daha zarar doğmadan müdahale edilmesi gerektiği düşüncesinden hareketle bu fiilleri suç haline getirmiştir. Tamamlanmaları bakımından neticenin gerçekleşmesine ihtiyaç olmayan bu suç tipi doktrinde, sırf hareket suçları (neticesiz suç), neticesi harekete bitişik suç veya şekli suç olarak tanımlanmaktadır. Sadece tipiklik açısından hukuka aykırı fiilin icrasının, failin cezalandırılması için yeterli olduğu sırf hareket suçlarında sebep-sonuç ilişkisi anlamına gelen nedensellik bağının araştırılması gerekmekte fiilin gerçekleştiğinin saptanması, suçun tamamlandığının tespiti yönünden yeterli sayılmaktadır.⁷⁷

Nitekim Askeri Yargıtay, AsCK 81'deki suçun konusunu her türlü hileli vasıtaların teşkil edebileceğini, ancak kullanılan vasıtaların sonuç doğurmaya elverişli olması halinde, suçun teşekkülü için kanunda

⁷⁶ Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, "...Sanık C.A.'ın, 28.11.1985 tarihinde Karabük Asliye 2 nci Hukuk Mahkemesine başvurarak asker firarisi olarak aranan oğlu sanık M.Y.A.'ın askerlikten tamamen kurtulması amacıyla, 31.03.1987 tarihinde gaiplik kararı aldırıldığı (Dos.Dz. 61) ve bu durum itibarıyla sanıklara isnat olunan suçların tüm unsurları yönünden bu tarihte oluştuğu anlaşıldığından, sanıkların işledikleri müsnet suçun tarihinin, 31.03.1987 olduğunun kabulü gerekmektedir. Dava zaman aşımının düzenlendiği T.C.K.nun 102/4 ve 104 ncü maddeleri çerçevesinde, As.C.K.nun 81 nci maddesinde belirtilen Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak suçunun dava zaman aşımı süresinin 10 yıl olduğu, suç tarihi olan 31.03.1987 tarihinden itibaren bu sürenin (10 yılın) 31.03.1997 tarihinde dolduğu ve bu süre içerisinde, zamanaşımını durduran ve kesen T.C.K.nun 104 ncü maddesinde belirtilen herhangi bir sebebin de söz konusu olmadığı anlaşıldığından, sanıkların işledikleri kabul edilen Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak ve bu Suça İştirak etmek suçlarının 31.03.1997 tarihinde T.C.K.nun 102/4 ve 104 ncü maddelerine göre dava zaman aşımına uğradıkları anlaşıldığından, Askeri Mahkemece sanıklar hakkındaki kamu davalarının düşmesine karar verilmesi gerekirken, "müsnet suçların mütemadi suç niteliğinde olduklarının ve hileli muameleler neticesinde askerlikten kurtulma halinin devam ettiği müddetçe suç temadilerinin de devam ettiğinin" kabulü ile sanıkların mahkumiyetleri cihetine gidilmesi yasaya aykırı görüldüğünden, mahkumiyet hükümlerinin açıklanan bu nedenlerle bozulması cihetine gidilmiştir." As.Yar.2D., 05.03.2003, 2003/238-232 EK. (TSK Net)

⁷⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.26, 273, 275.

aranan unsurların oluşacağını⁷⁸, ayrıca sanığın fiilen askerlikten kurtulmuş olup olmasının suçun oluşumuna bir etkisi bulunmadığını⁷⁹, suçun “netice suçu” olmayıp neticesinin gerçekleşmesine ihtiyaç göstermeyen “şekli suç” niteliğinde olduğunu, hilenin neticeyi meydana getirmeye (doğurmaya) elverişli olması gerektiğinden bu yönüyle de “tehlike suçu” olduğunu⁸⁰ açıklamıştır.

Tehlike suçlarında icra edilen fiilin suçun konusu üzerinde bir zarar meydana getirme tehlikesi söz konusudur. Korunan hukuki değer, suçun işlenmesiyle ihlal edilmektedir. Buna karşılık suçun işlenmesiyle, suçun konusuna zarar verilmekte veya tehlikeye maruz bırakılmaktadır. Ancak suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki değer ile maddi unsurlardan birini oluşturan suçun konusu kavramları birbirine karıştırılmamalıdır.⁸¹

Sırf hareket suçlarında hareket yapılır yapılmaz suç tamamlandığından zamanaşımı o andan itibaren işleyecektir. Bu suçlarda hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından fiilin işlenmesiyle suç tamamlanır.⁸² Nitekim Askeri Yargıtay, AsCK 81’deki suçun “sahte resmi belgenin (sahte raporun) tanzimi ile değil, bu belgenin işlem yapmaya yetkili mercilerde kullanılması ile teşekkül (ettiğini).., Sahte belge(nin) tanzim edilmekle beraber hiç kullanılmamışsa bu suç(un) oluşmayacağına”⁸³ karar vermiştir.

4. Fail

Madde düzenlemesine göre, askerlik çağına girenler, kıtasına katılanlardan bahsedilmektedir. Askerlik çağına giren ancak kıtasına katılmayan askerlik yükümlülüğü altında yoklama döneminde bulunan her sivil erkek Türk vatandaşlarıdır.(1111 SK. m.2/1)⁸⁴

⁷⁸ Bu açıklama için bkz.As.Yrg.3.D., 1.3.1988, E.51, K.142; 3.D., 22.5.1990, E.304, K.291.

⁷⁹ As.Yrg.Drl.Krl., 30.11.1995, E.117, K.118.

⁸⁰ Bu açıklamalar için bkz.As.Yar.DK., 26.4.2007, 2007/36-41 EK. (TSK Net)

⁸¹ Özgenç. S.216

⁸² Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.274..

⁸³ Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 6.3.2003, 2003/21-18 EK.(TSK Net), Benzer karar için bkz. As.Yar.1D., 14.12.2005, 2005/1296-1289 EK. (TSK Net)

⁸⁴ “Mülteciler ve Türkiye Cumhuriyeti uyruğunda olmayanlar asker edilmezler.” (1111 SK.m.10/4 A-12)

Askerlik şubesinden kıt'aya sevk ve kıt'a ya da askeri bir kuruma katılmakla muvazzaf askerlik hizmeti başlayacaktır. Bu nedenle mecburi askerlik yükümlülüğü altında olan tüm "asker şahıslar"⁸⁵ bu suçun faili olabilirler.

Ancak bu askeri şahıslardan askeri öğrenci statüsünde bulunan, Lise, orta ve eşidi okullar askeri öğrencilerinin, askerlik mükellefiyeti altına girmemiş bulunmaları nedeniyle AsCK 81'deki suçun faili olmaları kanaatimizce mümkün değildir.⁸⁶

Yedeklik döneminde bulunan ihtiyat (yedek) askeri şahısların yeniden askerlik hizmetine çağrılmaları mümkündür. Bunlar askeri hizmetlerde buldukları müddetçe AsCK hükümlerine tabidir.(AsCK m.4; 353 SK 10/B) İhtiyat (yedek) askeri şahısların kıtasına katılmakla bu suçun asker faili olabilecekleri gibi kıtaya katılmamak için hile yapmaları durumunda sivil şahıs olarak da bu suçun faili olmaları kanaatimizce mümkündür.⁸⁷

⁸⁵ Askeri hukuk mevzuatında, asker kişilerin kimler olduğu konusunda dağınık halde birçok hükme rastlamak mümkündür. Örneğin; İç Hizmet Kanunu 2'inci maddesine göre, Asker, "Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silâhlı Kuvvetlere intisap eden ve resmî bir kıyafet taşıyan şahsa denir"; AsCK 3/1'inci fıkrasında ise, "Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er ile erbaş ve erler ile askerî öğrenciler" dir; AsYUK 10/A maddesinde ise, "A) Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler, B) Yedek askerler (Askerî hizmette buldukları sürece), C) Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel (Bu bend Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih 2012/45-125 EK. İle Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. RG: 01.12.2012 tarih Sayı:28484) D) Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler, E) Rızası ile Türk Silâhlı Kuvvetlerine katılanlar" ın bu Kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı hükme bağlanmıştır. AsCK 3'üncü maddesinde yedek askerler askeri şahıslar arasında sayılmamışken, AsCK 4. maddesi ile AsYUK 10/B bendinde "yedek askerlerin" askeri hizmette buldukları sürece askeri ceza kanunu hükümlerine tabi olacakları hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda AsCK 3. maddesindeki eksikliğin AsCK 4 ve AsYUK 10/B bendi ile tamamlanmış olduğu söylenebilir. Doktrinde AsCK 3. maddesindeki asker şahıs tanımının bu manada eksik olduğu açıklanmıştır.(Çelen, s.31)

⁸⁶ "Lise, orta ve eşidi okullar askeri öğrencilerinin askerlik mükellefiyeti altına girmemiş bulunmaları nedeniyle sırf askeri nitelikteki firar suçunu işleyemeyeceklerini, okuldan izinsiz ayrılmamaları konusunda kendilerine emir verilmiş olsa dahi bu emrin hizmete taalluku bulunmaması nedeniyle eylemlerinin emre itaatsizlik suçunu da teşkil etmeyeceği..." As.Yar.İBK., 15.11.1975 1975/2-5 EK (TSK Net)

⁸⁷ Erbaş ve erler bakımından yedeklik devri, muvazzaflık devrinin bitiminden askerlik çağının sonuna kadardır. Askerlik çağı kişinin 41 yaşına girdiği yılın 1 Ocak tarihinde biter. (1111 SK. 7, 2). Böylece muvazzaflık hizmetini erbaş veya er olarak tamamlayan kişi bu

AsCK 81'inci maddesinde düzenlenen suç, failleri ve ortaklarının asker ya da sivil şahıs olabilmeleri nedeniyle "sırf askeri suçlar"⁸⁸ kategorisinde değildir. Nitekim AsCK Ek madde 8/2'inci fıkra düzenlemesinde de bu suçun sırf askeri suç olmadığı açıklanmaktadır.⁸⁹

Askeri suç doktrininde, "asker olmayan kimseler tarafından da işlenmesi mümkün olup, askerî bir menfaati korumak gayesini güden, bütün veya bir kısım unsurları ile genel Ceza Kanununda öngörülen ve Askerî Ceza Kanunları tarafından ayrıca belirtilen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunların uygulama alanı içine alınan suç" askerî suç benzerleri olarak tanımlanmaktadır.⁹⁰ Bir suçun askeri suç benzeri olabilmesi için hukuki konusunun askeri bir yararın korunması şeklinde belirlenmesi şarttır.⁹¹

AsCK 81'deki suç; faillerinin sivil şahıs olabilmesi, suçun unsurlarının ise başka bir kanunda düzenlenmesi ("hile" unsurunun TCK'da sahtecilik suçu içinde öngörülmesi) ve hukuki konusunun askeri bir menfaati koruması nedenleriyle nitelik olarak "askeri suç benzeri" dir.

Sadece asker kişiler veya belirli sınırlı durumlarda sivil personel tarafından işlenebilen sırf askerî suçlar mahsus (özgü) suç niteliğini taşımaktayken yine askerî suç benzeri olan bazı suçlar da "mahsus (özgü) suç" niteliğinde olabilirler.⁹²

Sırf askeri bir suçun faili münhasıran asker kişi olduğu gibi askeri suç benzerinin faili de kural olarak asker kişidir ve ancak o suçu yaratan madde metninde veya diğer kanun hükmünde açıklık bulundu-

yaşa kadar yedeklik evresinde bulunur. Subaylar ve astsubaylar bakımında yedeklik devri, emeklilik, istifa veya yetersizlik nedeniyle orduyla ilişkilerinin kesildiği tarihten başlayıp, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 40. maddesinde gösterilen yaşları doldurdukları tarihte sona erer (1076 SK.22; 926 SK. 107). Uzman jandarmaların yedeklik dönemi emeklilik, istifa veya yetersizlik nedeniyle orduyla ilişkilerinin kesildiği tarihten başlayıp, 61 yaşında sona erer. (3466 SK. 7). Uzman erbaşlar ise, yedeklik dönemleri bakımından 1111 sayılı Askerlik Kanunu'na tabidirler. (3269 SK. 6/3).

⁸⁸ Sırf askeri suçun TCK ya da AsCK ya da herhangi bir mevzuatta tanımı yapılmamış olmakla birlikte, doktrinde kabul edilen tanıma göre; bir asker kişi tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip de sivil kimseler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve genel Ceza Kanunda ne kısmen ve ne de tamamen öngörülmeleyen suçlar sırf askeri suçlar olarak tanımlanmaktadır. Sırf askeri suçların unsurları için bkz.Sahir Erman, Askeri Ceza Hukuku, İstanbul, 1983, s.151.

⁸⁹ "Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz..." (AsCK Ek Madde 8/2)

⁹⁰ Bkz.Erman, s.151.

⁹¹ Bkz.Erman, s.157.

⁹² Kangal, s.167.

ğu takdirde sivildir.⁹³ AsCK 81'inci maddesindeki suçun failleri, sivil ve asker şahıslardır. Bu nedenle bu suç kanaatimizce failleri açısından "özgü (mahsus)" suç niteliğinde değildir.

5. Mağdur

Suçun mağduru ordu ve milli savunmanın zaafiyete uğratılması bakımından kanaatimizce Devletin kendisidir.

B. Suçun Manevi Unsuru

1. Askerlikten Kurtulma Özel Kastı

Kast, kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir.⁹⁴ TCK 21'inci maddesinde iki çeşit kastta yer verilmiştir. TCK 21/1'inci fıkrasında "suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi" hali "doğrudan kast" olarak tanımlanırken, 2'inci fıkrada; "kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilebileceğini öngörmesine rağmen, fülü işlemesi hali" olası kast olarak düzenlenmiştir.

Olası kast halinde, kanuni tarifte uygun neticenin gerçekleşmesi, olayın seyrine bırakılmakta, fail bunun gerçekleşmesi için özel bir çaba göstermemektedir.⁹⁵

Bazı suç tanımlarında, suçun unsurlarına ilişkin kastın yanı sıra, failin belli bir amaç doğrultusunda veya belirli bir saikle hareket etmesi, bir manevi unsur olarak aranmaktadır. Amaç ve saik, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşüncedir. Yeni TCK'nun sisteminde, amaç veya saik, kastta özdeş veya kastın bir türü değildir. Bu bakımdan özel kast-genel kast ayrımı terk edilmiştir.⁹⁶

Nitekim Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunda kanun-koyucu failin kastı dışında, belirli saikle hareket etmesini aramıştır. Bu saik madde metninde; "askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile/ kendisinin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak" şeklinde gösterilmiştir.

⁹³ Erman, s.158

⁹⁴ Özgenç, s.280.

⁹⁵ Özgenç, s.294.

⁹⁶ Özgenç, s.235.

*“Kasten işlenebilen suçlar, ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Ancak, kanundaki tanımında “bilerek” ifadesine yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kast ile işlenebilir.”*⁹⁷ Şu halde, AsCK 81’de belirli bir amaca ulaşmak, neticeyi elde etmek düşüncesiyle hareket eden failin, olası kasttan dolayı (m. 21/2) cezasının indirilmesi kanaatimizce mümkün gözükmemelidir.

2. Failin Kastının Başka Bir Amaca Yöneldiği Aynı Hukuki Menfaati Koruyan Diğer Suç Tipleri İle İlişkisi

a. Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı (AsCK 63)

AsCK 63/1’inci fıkrasında; *“Barışta, 1111 sayılı Askerlik Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca haklarında verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra kabul edilecek bir özrü olmadan, a) Yoklama kaçaklarından birlikte (...) (1) yoklamaya tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesi gönderilmiş bulunanlar için, son kafilenin gönderilmesi tarihinden, b) Bakaya kalanlar için, bakaya kaldıkları tarihten, c) İhtiyat erattan çağrılıp da birlikte işleme tabi olduğu kişiler gönderilmiş bulunanlar için, en son gönderilme tarihinden, d) Yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olup olmamasına bakılmaksızın askerlik şubesince sevk edildiği kitasına katılmayan veya geç katılanlar için, kendilerine tanınan kanuni yol süresinin bitiminden, itibaren dört ay içinde gelenler altı aya kadar, yakalananlar iki aydan altı aya kadar; dört aydan sonra bir yıl içinde gelenler iki aydan bir yıla kadar, yakalananlar dört aydan bir yıla kadar; bir yıldan sonra gelenler dört aydan iki yıla kadar, yakalananlar altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”* hükmü yer almaktadır.

AsCK 63’üncü maddesinde söz edilen yoklama kaçağı, bakaya ve saklı terimleri 1111 Sayılı Askerlik Kanunu’nun 12’inci maddesinde şöyle tanımlanmaktadır. *“Yoklamada bulunmayan ve bulunamadıklarına dair bu kanunda yazılı bir mazeret gösterememiş olanlara (Yoklama kaçağı), (...)yoklamada bulunarak (...) asker edildikleri halde istenildikleri sırada gelmeyenlere veya gelipte askerlik yapacakları kıtalara gitmeksizin toplandıkları yerlerden veya yollardan savuşanlara (bakaya), askere girdikten sonra izin almaksızın savuşanlara (fırar), askerde iken işleri için veya hastalanarak izin veya tebdilihava aldıkları halde izin veya tebdilihava gününü geçirenlere de*

⁹⁷ Bu açıklama için bkz.Özgenç, s.281.

(izinsiz), yirmi yaşlarına girmiş oldukları halde isimlerini nüfus (...) kütüğüne geçirmemiş bulunanlara da (saklı) denir. Alelümum altı ay ve daha fazla talim görmüş erbaş ve ere (usta asker), altı aydan daha az talim görmüş veya hiç talim görmemiş erbaş ve ere (acemi asker) denir."

AsCK 63'üncü maddesinde açıklanan suçun failleri askerlik çağına giren, yoklama çağında bulunan ve kıt'asına henüz katılmayan sivil şahıslardır. AsCK 81'deki suç tipinde failin özel kastı aranırken AsCK 63'teki suçun manevi unsuru genel kasttır. Yine AsCK 63'teki suçun oluşumu için suç faillerinin kastı yanında ayrıca kanunda kabul edilebilecek bir özrü olmaması gibi bir mazeret nedenine de yer verilmektedir.

1111 sayılı Askerlik Kanununda hangi hallerin mazeret kapsamında bulunduğu düzenlenmiş⁹⁸ olmakla birlikte sayılan bu hallerin dışında Askeri Yargıtay mazeret hallerinin sınırlı ve sayılı olmadığını içtihat ettiğinden başka bir takım hallerde yine mazeret nedeni olarak Mahkemece kabul edilebilecektir.⁹⁹

AsCK 63'teki suç tipinde faillerin suç kastı AsCK 81'deki gibi askerlik yükümlülüğü ya da hizmetinden tamamen ya da kısmen kurtulmak olmayıp sadece askerlik yükümlülüğünün geciktirilmesine yöneliktir. Yine askerlik şubesince sevk edilenlerin yoldan savuşmaları da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

⁹⁸ "Askere sevk için çağrıldıkları halde; a) Kendisinin tutukluluğu veya hükümlülüğü ya da herhangi bir resmi sağlık kurumu raporuyla belgelendirilmiş istirahat gerektiren hastalığı, b) Ana, baba, eş, kardeş veya çocuğunun resmi sağlık kurumu heyet raporuyla belgelendirilmiş hayati tehlike içinde olduklarını gösteren hastalığı, c) Sevkten önceki veya sonraki onbeş gün içinde ikinci derece dâhil kan veya kayın husumlarından birinin evlenmesi, d) Sevkten önceki veya sonraki onbeş gün içinde kendisi veya ikinci derece dâhil kan veya kayın husumlarından birinin evlenmesi, e) Sevkten önceki veya sonraki iki ay içinde çocuğunun doğması, nedeniyle askerlik şubesine gelemeyecek olanlar, bu mazeretlerini kanıtlayan belgeleri askerlik şubesinde bulundurulur. Bunlar hakkında bakaya işlemi yapılmaz. Bu mazeretler dışındaki nedenlerle sevkin son gününe kadar askerlik şubesine gelmeyenler ile gelip de sevk evrakını alanlardan, kendilerine verilen yol süresi sonunda birliğine katılmayanlar, bakaya olarak kabul edilirler. Bakayalar, askerlik ödevlerini yerine getirmek maksadıyla yakalanmaları için Milli Savunma Bakanlığınca İçişleri Bakanlığına, askerlik şubelerince de mahallin en büyük mülki amirine bildirilirler. Yakalanarak muhafaza altına alınan yükümlüler, vakit geçirmeksizin ve en geç yirmidört saat içerisinde en yakın askerlik şubesine getirilirler. Askerlik şubesince teslim alınamayan yükümlüler, ilgili kolluk kuvveti tarafından hazırlanan tutanağa istinaden derhal serbest bırakılırlar." (1111 SK. m.47)

⁹⁹ Ergün Ergül, Uygulamada Yoklama Kaçağı Bakaya ve Saklı Suçları, Ankara 1997, s.22.

Suç faillerinin askerlik yükümlülüklerini geciktirmede haklı mazeretleri varsa suç oluşmayacaktır. İşte bu noktada ileri sürülen mazeret konusu hususlarda (Örneğin: Sevkinin geciktirerek kıt'asına bir sonraki celp döneminde katılmak isteyen birinin mazeret olarak sevk dönemini kapsayan sahte bir doktor raporu ibraz edilmesi ya da sevk dönemlerinde kendisini yurtdışında göstermek maksadıyla sahte bir pasaport sunulması vs) sahtecilik yapılması uygulamada en sık karşılaşılan durumdur. Burada faillerin amacı askerlik yükümlülüğünden kurtulmak olmayıp amaçlanan sadece AsCK 63'teki suçu gizlemek ve bu sayede zamanında askerlik yükümlülüğünü yerine getirmemektir. Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.¹⁰⁰ Ancak Askerî Yargıtay'ın bu konuda aksi kararlarına da rastlamak mümkündür.¹⁰¹

¹⁰⁰ "...Afsin Askerlik Şubesi Başkanlığında asker alma işlem memuru olarak görevli sanık M.B.'un, Ağustos 1996 celbine katılmaması nedeniyle bakaya olarak aranmakta olan Y.K.'nin istemi üzerine bilgisayardaki kayıtlara girerek daha önce tanzim edilmiş olan sevk işlemlerini yok ettiği, adı geçen yükümlünün bakaya takibini durdurduğu, bu hususta Afsin Kaymakamlığına yazı yazılmasını ve yükümlüye de yüksek okula kaydında askerlik yönünden sakınca bulunmadığına dair belge verilmesini sağladığı, ayrıca yurt dışında bulunan ve yoklama kaçağı olarak aranmakta olan S.G. isimli şahsın yerine kardeşi H.G.'in resmini evraka yapıştırmak ve H.G.'i doktora muayene ettirmek suretiyle S.G.'in son yoklama işlemlerini tamamlattığı ve anılan yükümlünün yoklama kaçağı durumunu sona erdirdiği ve bu hususta Afsin Kaymakamlığına yazı yazılmasını ve yurt dışına çıkmasında askerlik yönünden sakınca olmadığına dair belge verilmesini sağladığı, sanık H.G.'in de kardeşinin isim ve kimlik bilgileri yazılı ancak kendi fotoğrafı yapıştırılmış belge ile kardeşi S.G.'in son yoklama muayenesini yaptırdığı...Askerî Ceza Kanununun 81 nci maddesinde, "askerlikten kurtulmak için hile yapmak" suçunun oluşması için failin eylemlerinin, "askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak" kastına yönelik olması kanunî unsur olarak öngörüldüğünden ve dava konusu olayda da büsbütün kurtulmaya yönelik bir eylem bulunmadığından sanıkların eylemlerinin askerlikten kısmen kurtulmak kapsamında kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerek(tiği), "Kısmen" sözcüğü "kısmi olarak" anlamına gelen ve arapça "kısm" sözcüğünden türetilmiştir. "Kısm/Kısm" ise, "parçalara ayrılmış bir şeyin her bölümü, bölüm, kesim" anlamına gel(diği), (Meydan Larousse Cilt 7 S.265). Sözcüğün bu anlamı karşısında; askerlik hizmetinden "kısmen kurtulmak" amacına yönelik fiillerin askerlik hizmetinin bir bölümünden kurtulmayı hedef alması gerektiği, bunu hedef almayan ve askerlik işlemlerinin geciktirilmesine yönelik eylemlerin bu kapsamda kabul edilemeyeceği, ... Bunun aksine bir düşünce ile ve askerlik hizmetinin geç yapılmasını da "kısmen kurtulmak" olarak kabul etmek, ancak yorum yoluyla mümkün olabileceği(ği), Maddî ceza hukukunda yorum yoluyla kanunen tarif edilmiş bir suç tipinin kapsamının genişletilmesine olanak bulunmadığından, askerlik hizmetinin geç yapılmasına yönelik fiillerin As.C.K.nun 81 nci maddesinde tanımlanan suç oluşturduğu(nun) kabul edileme(yeceği), Nitekim, bu tür fiillerin müeyyideleri AsCK.nun 63 ncü maddesinde düzenlendiği gibi, bu sırada işlenmiş sahtecilik v.s. suçlar söz konusu ise bunlar hakkında genel hükümlerin uygulanacağı" açıklanmıştır. Bu durumda suç failleri AsCK 63 yanında ayrıca TCK sahtecilik hükümleri gereğince cezalandırılacaktır. As.Yar.ĐK., 18.03.1999 tarih 1999/28-57 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.197-198)

¹⁰¹ Askerî Yargıtay, "sanık adına çıkarılan son yoklama çağrı pusulasının 24.6.1993 tarihinde teyzesinin oğluna tebliğ edilerek 27.7.1993 tarihinde son yoklamasını yaptırmak üzere Askerlik Şubesinde hazır bulunmasının istendiği, ancak, zamanında son yoklaması-

b. İzin Tecavüzü

Askerlik hizmetinden kısmen ya da tamamen kurtulmayı amaçlayan suçlardan bir diğeri de AsCK 66/1-b bendinde düzenlenen “İzin Tecavüzü” suçudur. Maddeye göre; “Kıt’asından veya görevini yapmakta olduğu yerden izin, istirahat veya hava değişimi alarak ayrılanlardan, dönmeye mecbur buldukları günden itibaren altı gün içerisinde özürsüz olarak gelmeyen...” askerî şahıslar bir yıldan üç yıla kadar hapsedilir:

Bu suç firardan farklı olarak izinli (yasal izin ya da istirahat izni vs.) olarak birlikten ayrılmayı ve izin süresi bitiminden itibaren mazeretsiz olarak altı tam gün içinde birliğe katılınmasıyla oluşan bir suçtur. Hangi hallerin mazeret olarak sayılacağı maddede açıklanmamış bu husus uygulamada mahkemenin takdirine bırakılmıştır.¹⁰²

İzin tecavüzü suçunun manevi unsuru genel kasttır. Ancak izin tecavüzü ile birlikte sahteciliğin yapıldığı durumda failin hangi amaç ve saikle hareket ettiği hususu suç vasfının tespiti açısından önemlidir.

ny yaptırmaması nedeniyle Arpaçay Askerlik Şubesinde yoklama kaçağı olarak takibe alınan sanığın, maddî bir bedel karşılığında tanımadığı kişilerden elde ettiği, İstanbul Beykoz Fevzi Çakmak Lisesinde öğrenci olduğuna dair 9.9.1994 tarihli sahte öğrenci durum belgesini İstanbul Kadıköy Askerlik Şubesi Başkanlığına ibraz ettiği, müteakiben bu belgenin sahteliği anlaşılmayarak askerliğin 1111 sayılı Kanununun 87’nci maddesi uyarınca ertelendiği, bu sürenin sonunda öğrenci olduğuna dair başka belge ibraz etmediğinden 1995 yılından itibaren tekrar yoklama kaçağı olarak aranmaya başlanan sanığın birkaç gün üst üste Kadıköy Askerlik Şubesi Başkanlığının bahçesine geldiği ve 1994 yılında kendisine sahte öğrenci durum belgesi tedarik eden kişileri aradığı, bir süre sonra bu kişilerden birine şube bahçesinde rastlayarak bu kez yine sahte bir öğrenci durum belgesi tedarik ederek, 13.10.1995 tarihli bu belgeyi Kadıköy Askerlik Şubesi Başkanlığına ibraz ettiği ve bu belgedeki sahteciliğin farkına varılmayarak işleme konulduğu ve sanığın askerliğinin 31.10.1996 tarihine kadar ertelendiği, 31.10.1996 tarihinden sonra Askerlik şubesine, sanığın öğrencilik durumunun devam ettiğine dair başka bir belge gelmeyince sanığın tekrar yoklama kaçağı olarak takibe alındığı ve İstanbul Beykoz Fevzi Çakmak Lisesine durumu sorulan sanığın başlangıçtan itibaren anılan okulun öğrencisi olmadığı, niteliği, hayatın akışı ve toplumsal realitenin koşulları içerisinde makul ve mazur sayılabilecek bir düzeyde olup olmadığı ve tecavüz olunamaması, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu işlediği kabul edilerek atılı suçtan sa mahkumiyetine karar” verilmiştir. As.Yar.4D., 6.7.2004, 2004/951-948 EK. (TSK Net)

¹⁰² “Askeri Ceza Kanununun 66/1-B maddesindeki suçun oluşması için, izin süresinin (MAZERETSİZ) olarak tecavüz edilmesi zorunlu olup, bu kanuni unsurun geçerli olup olmaması hususunun takdiri ise; ileri sürülen mazeretin gerçek olup olmadığı, niteliği, hayatın akışı ve toplumsal realitenin koşulları içerisinde makul ve mazur sayılabilecek bir düzeyde olup olmadığı ve tecavüz olunamaması, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu işlediği kabul edilerek atılı suçtan sa mahkumiyetine karar” verilmiştir. As.Yar.4D., 6.7.2004, 2004/951-948 EK. (TSK Net)

Uygulamada özellikle izin tecavüzü suçunda suç faillerinin mazeretlerini haklı göstermek ve bu yolla suçlarını gizlemek maksadıyla yaptıkları sahtecilik en sık rastlanan durumdur. Burada failin maksadı askerlik hizmetinden kurtulmak olmadığından AsCK 81'den uygulama yapılmayacaktır. Bu durumda faillerin eyleminin, unsurları varsa hem izin tecavüzü hem de TCK'nun genel sahtecilik hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekecektir.

Nitekim Askerî Yargıtay, "İzin tecavüzü sırasında sahte evrak tanzimi askerlikten kısmen ya da tamamen kurtulmak amacına yönelik olmayıp başlamış olan izin tecavüzü suçunu gizlemeye yönelik (olduğundan) izin tecavüzü dışında resmî evrakta sahtecilik suçu(nun) da oluş(acağı) Eylemlerin bir bütün hâlinde askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu oluşturduğuna ilişkin kabul(ün) isabetli" ¹⁰³ olmadığı, "Sanı(ğın) uzun bir süre izin tecavüzünde kaldıktan sonra, bu eylemini gizlemek maksadıyla sahte terhis belgesi temin ettiğinden, tek bir suç değil iki ayrı suç oluş(tuğu) dolayısıyla sahtecilik eylemine dair soruşturmanın sonucunun beklenmesine gerek (olmadığına)" ¹⁰⁴ karar verilmiştir. ¹⁰⁵

Uygulamada karşılaşılan bir başka hususta sanıkların izin süreleri içinde askerlikten kurtulmaya yönelik eylemlerinin tek bir suçu mu yoksa izin tecavüzü ve askerlikten kurtulmak için hile yapmak olmak üzere iki ayrı suçu mu oluşturacağına ilişkindir. Askerî Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak, eylemin işleniş şekli ve failerin kastına göre suçun bazen sadece askerlikten kurtulmak için hile ¹⁰⁶, bazen de her

¹⁰³ As.Yar.1D., 10.03.2004, 2004/200-192 EK ((As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.286-287)); Doktrinde yapılan bir açıklamada; "Şayet hile suçu, başka bir suçu (mesela firarını devam ettirmek için nüfus cüzdanına sahte terhis kaydı işlemek gibi) gizlemek için yapılıyorsa bu takdirde TCK'nun (765 SK Mülga) 79'ncü maddesi gözden uzak tutulmamalıdır." Bkz.Özbakan, s.189.

¹⁰⁴ As.Yar.DK., 18.12.2003, 2003/106-111 EK ((As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.186-187).

¹⁰⁵ Ancak Askerî Yargıtay'ın aksi yönde kararlarına da rastlanması mümkündür. "İzinden birliğine dönmek için yasal ve kabul edilebilir bir özur uydurmak ve bunun delil ve belgelerini temin etmek amacıyla sahte doktor raporu temin eden sanığın ve bunu gerçekleştiren doktorun eylemleri As.C.K.nun 81 nci maddesindeki suçu oluşturur." As.Yar.DK., 8.6.2000 tarih 2000/118-116 EK. (As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.183-184)

¹⁰⁶ "...28.2.2003 tarihinde toplam 24 gün süreyle kanuni izne gönderilen sanığın, henüz izninin ilk günlerinde rahatsız olduğunu beyan ederek Asker Hastanesine sevkini sağlattıktan sonra, sahte olarak temin ettiği 4.3.2003-20.3.2003 tarihleri arasında hastanede yatarak tedavi gördüğüne ve "Hepatit B Enfeksiyon" teşhisiyle 20 gün yatak istirahati verildiğine ilişkin hasta taburcu belgesi ile bu belgede yazılı istirahat süresi sona ermeden tekrar rahatsızlandığını beyan ederek hastaneye sevkini sağlattıktan sonra temin ettiği askerliğe elverişli olmadığına ilişkin sahte sağlık kurulu muayene sonuç belgesini Merkez

iki suçunda birlikte oluşabileceği¹⁰⁷ yönünde kararlarına rastlamak mümkündür.

Diğer bir durum izin veya istirahat süresini uzatmak maksadıyla yapılan hileli hareketlerdir. Askerî Yargıtay, “*Hastanece verilen 7 günlük istirahat kaydının önüne (on) yazısı ilave etmek suretiyle istirahat süresini 17 güne çıkaran sanığın kastı(nun), bir haftalık sıhhi izin süresini uzatmak için sahteciliğe yönelik olduğundan, eylemi(nin) (mülga)TCK’nun 356’nci*

Komutanlığına teslim etmesi karşısında, söz konusu hileli hareketlerinin, askerlik hizmet yükümlülüğünden kısmen kurtulmak amacıyla matuf olduğu, yani kastının, daha az süre askerlik yapmak amacıyla yönelik arzu ve isteğine dayandığı, bu nedenlerle eyleminin, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu oluşturduğu...,Sanığın, söz konusu hileli hareketlerini, henüz iznini tecavüz etmeden gerçekleştirmeye başlamış olması nedeniyle kastının, izinden dönmek veya izin tecavüzü suçunu gizlemek olduğu söylenemez. Bu nedenlerle, ibraz ettiği sahte belgelerin inandırıcılığına güvenerek kanuni izninden zamanında dönmeyen ve sonuçta fiilen askerlik hizmetinden uzak kalmış olan sanığın, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu dışında ayrıca izin tecavüzü suçunu işlediğini kabul etme(nin) mümkün (olmadığı)(Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 8.6.2000 tarihli, 2000/118-116; ve 28.5.1998 tarihli, 1998/74-79 Esas ve Karar sayılı kararları da bu yöndedir)...Sanığın, iddianamede ortaya konulan eylemlerinin bir bütün hâlinde zincirleme askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu oluşturduğu kabul edilip, bu suçtan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, izin tecavüzü suçundan dolayı karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, bu suçtan da mahkûmiyetine karar verilmesi hukuka aykırıdır.”As.Yar.DK., 13.05.2010, 2010/48-44 EK. (TSK Net)

¹⁰⁷ “...Trabzon Askerlik Dairesi Başkanlığı’na hazırlanan idari soruşturma ve vaka kanaat raporlarında; sanığın izin tecavüzü eylemi öncesinde muhtemel terhis tarihinin 3.5.1999 olduğu, terhis olduğuna ilişkin kaydın şube bilgisayarına 7.5.2001 tarihinde işlendiği ve sanığın sahte terhis belgesini menfaat karşılığı kendisine verdiğini öne sürdüğü Sivil Memur Ö.B.’ın 16.7.1999 tarihinden itibaren Torul Askerlik Şubesi Başkanlığı’nda çalışmaya başladığı belirtilmiştir. Gerek sanığın savunmaları ve gerekse bu tespitlere nazaran, sanığın istirahat süresinin bitiminde kıtasına dönmek suretiyle 11.3.1999 tarihinden itibaren işlemeye başladığı izin tecavüzü suçunu sürdürüp bir daha birliğine dönmek amacıyla ve en erken adı geçen sivil memurun Torul Askerlik Şubesi’nde göreve başladığı 16.7.1999 tarihinde sahte terhis belgesi temin etme cihetine gittiği anlaşılmaktadır.Sanıktan fotokopisi temin edilen ve hiçbir yerde aslı bulunamayan sahte terhis belgesinde terhis tarihi 11.8.1999 olarak gösterilmiştir. Ancak, sanık 11.3.1999 tarihinden itibaren izin tecavüzünde bulunduğu, terhis tarihinin izin tecavüzü başlangıcını kapsamaması nedeniyle bu sahte belgenin sanığın izin tecavüzü eylemine doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. *Gerek sahte belgedeki terhis tarihi ve gerekse izin tecavüzünün başlangıcı ile adı geçen sivil memurun göreve başladığı tarih arasında uzun bir sürenin bulunması dikkate alındığında, sanığın izin tecavüzü eylemine başlar-ken sahte belge ile askerlikten kurtulma düşüncesinin olmadığı ve sonradan yapılan sahtekarlık ile, dolaylı da olsa izin tecavüzü eylemini gizlemeyi, aslında, bu suç nedeniyle yapılacak soruşturmada kurtulmayı amaçladığı ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla; izin tecavüzü suçunun maddi ve manevi unsurlarının sahte terhis belgesi düzenlenmesiyle bir ilgisinin bulunmadığı, ikinci eylemle ilgili yürütülen adli soruşturma neticesinin izin tecavüzü suçundan yürütülen soruşturma ve kurulan hüküm açısından herhangi bir hukuki değer taşımadığı, dolayısıyla yasaya uygun bulunan mahkûmiyet hükmünü onayan Daire kararının yerinde olduğu kanısına varılmış; Başsavcılığın isabetli görülmeyen itirazının reddine karar vermek gerekmiştir As.Yar.DK., 18.12.2003, 2003/106-111 EK. (TSK Net)*

*maddesindeki suçu oluşturma (acağına)*¹⁰⁸ karar verilmiştir. Ancak şartları varsa izin tecavüzü suçundan dolayı sanık hakkında ayrıca işlem yapılması gerekecektir.

c. Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek (AsCK 79)

Askerlik yükümlülüğü ve askerlik hizmetinden kurtulmaya yönelik hukuki değerleri koruyan bir başka suçta AsCK 79'da düzenlenmektedir. Maddeye göre; *"Kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."* (AsCK m. 79/1)

Bu suçta fail kendi kendisini sakatlamak yöntemini kullanarak askerlik yükümlülüğünden ya da askerlik hizmetinden kurtulmak istemektedir. Buradaki *"Sakatlamak"* eylemi, *"vücudun herhangi bir parçasını, bedenden ayırmak veya şeklini bozmak suretiyle işlev yapamaz hale getirme olarak tanımlanmakta, "Askerliğe yaramayacak hal" e gelmek ise, askerlikle ilgili görevleri yapmaya kısmen veya tamamen engel teşkil eden durumların ortaya çıkması"* olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁹

AsCK 79 ve 81 arasındaki ayrımı failerin suç kastı belirleyecektir. Nitekim Askerî Yargıtay *"..sanığın, Bölükteki spor hizmetine katılmaktan muaf tutulmak suretiyle, askerlikten kısmen de olsa kurtulmak amacıyla, kendini böbrek taşı hastası gibi göstermek için on adet taş yuttu(ğu) olay(da)"* failin fiilinin, kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek (AsCK 79) suç kapsamında değil, AsCK 81 kapsamında ele almıştır.¹¹⁰

Askerî Yargıtay konu ile ilgili bir başka kararı şöyledir: Sanığın, belindeki rahatsızlığı sebebiyle 17.07.2008-24.07.2008 tarihleri arasında İstanbul GATA Haydarpaşa Eğitim Hastanesi Beyin Cerrahi Kliniğinde yatarak tedavi gördükten sonra Fizik Tedavi Servisinde tedavisine devam edilmek üzere taburcu edildiği, 25.07.2008 tarihinde Fizik Tedavi Bölümüne müracaat ettiğinde ise boş yatak olmadığı söylenerek birliğine geri gönderildiği, Şile'deki Birliğine dönmekte olan sanığın, kendisini bıçakla yaralaması durumunda 10-15 gün hava değişimi alabileceğini ve bu sayede nişanlısıyla arasındaki problemleri halledebileceğini ve bu sayede nişanlısıyla arasındaki problemleri halledebileceğini

¹⁰⁸ As.Yrg.DrI.Krl., 21.4.1988, E.72, K.48. (Nakleden:Çelen, s.308)

¹⁰⁹ Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 27.09.2001, 2001/79-76 EK. (TSK Net)

¹¹⁰ As.Yar.DK., 08.11.2007, 2007/113-116 EK. (TSK Net)

leceğini düşünerek, bir dükkândan “Çakı” olarak tabir edilen, kesici ve delici özelliği bulunan bir bıçak satın aldığı, akabinde birliğine yakın bir yerdeki çamlık alana gelerek elindeki çakıyı sağ bacağına batırmaya başladığı, kısa süre sonra canının acıması üzerine eylemine daha fazla devam edemeyerek bıçağı çalılık alana attığı ve sendeleyerek birliğine doğru yürümeye başladığı, 12 no’lu nöbet kulübesindeki nöbetçi tarafından durumun fark edilerek Nöbetçi Amirliğine haber verildiği, bu esnada yoldan geçen iki şahsın sanığa ilk yardımda buldukları, bilahare Şile Devlet Hastanesine sevk edilen sanığın yapılan muayenesinde sağ bacakta 4 ila 6 adet yarım santimlik “Yüzeysel kesi” tespit edildiğine dair adli rapor düzenlendiği, daha sonra GATA Haydarpaşa Eğitim Hastanesince düzenlenen 30.10.2008 tarihli kati raporda; sanıktaki yaralanmanın “Askerliğe elverişsizlik hâli oluşturmadığı, ortopedik açıdan askerliğe elverişli olduğu, yaralanmanın basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olduğunun” belirtildiği anlaşılmaktadır.

Sabit bulunan olayla ilgili olarak; iddianamede, sanığın “Kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirmek” suçunu işlediğinden bahisle ASCK’nın 79’uncu maddesi uyarınca cezalandırılması talep edilmiş iken, Askerî Mahkemece; sanığın, hava değişimine gönderilmek amacıyla kendisini yaraladığı, eyleminin ASCK’nın 81’inci maddesinde düzenlenen “Askerlikten kurtulmak için hile yapmak” suçunu oluşturduğu kabul edilerek mahkûmiyet hükmü tesis edilmiş ise de;

“Askerlikten kurtulmak için hile yapmak” suçu, askerlikten tamamen veya kısmen kurtulmak amacına yönelik olarak hile yapılması ve bu hilenin kast olunan amacı gerçekleştirmeye elverişli olması hâlinde oluşur. Bu suç netice suçu olmadığından, kast olunan amacı gerçekleştirmeye elverişli hilenin yapılması ile tamamlanır. Ayrıca sanığın fiilen askerlikten kurtulmuş olmasının suçun oluşumuna etkisi yoktur.

“Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek” suçu ise, asker kişinin kendisini kasten sakatlaması veya herhangi bir suretle kısmen veya tamamen askerliğe yaramayacak hâle getirmesi veya getirtmesidir. Suçun manevi unsuru için genel kast yetmemekte, yerleşik Askerî Yargıtay kararlarında vurgulandığı gibi, sanıkların kendilerini askerliğe yaramayacak hale getirme özel kastı ile hareket ettiklerinin kuşkuya yer veremeyecek şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında temyize konu olay incelendiğinde; sanığın eylemi askerlikten kurtulma neticesini gerçekleştirmeye elverişli olmadığından ve suçun oluşumun-

daki kast olunan amacı gerçekleştirmeye elverişli “Hile” unsuru gerçekleşmediğinden, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunun oluşmadığı; sanığın kendisini yaralaması karşısında eyleminin “Kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirmek” suçunu oluşturabileceği düşünülebilir ise de; sanıkta meydana gelen yaralanmalarla ilgili tanzim olunan tıbbi raporlarda (Dz.4, 5, 6, 100), sağ bacakta 4 ila 6 adet yarım santimlik “Yüzeysel kesinin” mevcut olduğu, bu yaralanmadan dolayı istirahati gerektirir bir durum meydana gelmediğinin belirtildiği, sanığın olay sebebiyle askerlik hizmetinden geri kalmadığı, hatta kendisine istirahat dahi verilmediği dikkate alındığında, gerçekleştirilen eylemi sonuç doğurmaya elverişli bulunmadığından, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçunun da oluşmadığı anlaşılmakla; sanık hakkındaki mahkûmiyet hükmünün sübut yönünden bozulmasına karar verilmiştir. (Askerî Yargıtay 1’inci Dairesinin 24.01.2007 tarihli, 2007/85-85 Esas ve Karar sayılı ilamı da aynı doğrultudadır.)¹¹¹

IV. CEZANIN AZALTILMASI/ ARTIRILMASI

a. Failin Cezasının Azaltılmasını Gerektiren Fiilin Basit Hali (“Az Vahim Hal”)

Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu düzenleyen AsCK 81’inci madde 1’inci fıkrasında suçun temel şekli belirtildikten sonra, 2’inci fıkrasında “*az vahim hâllerde*” faile daha az ceza verileceği açıklanmıştır.

Askerî Ceza Kanununun birçok maddesinde¹¹² “*Az vahim hal*” uygulamasına yer verilmiş olmakla birlikte, az vahim halin ne olduğu, hangi suçlarda, hangi hal ve durumların “*Az vahim halin*” kabulünü gerektirdiği düzenlenmemiş, bu husus uygulamaya ve uygulayıcıya bırakılmıştır.¹¹³

Askerî Yargıtay’ın konuya ilişkin kararlarında; “*Kanunun “Az vahim hal” uygulanmasına imkan verdiği hallerde de suçun unsurları aynı ol-*

¹¹¹ As.Yar.DK., 30.11.2011, 2011/973-960 EK. (TSK Net)

¹¹² Bu konuda AsCK’da yer alan benzer düzenlemeler için bkz. Mukavemet (AsCK m. 90), Amir ve üste fiilen taarruz (AsCK m. 91), Asta müessir fiil (AsCK m. 117/2)

¹¹³ Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 23.03.2000 tarih 2000/71 – 68 EK. (Nakleden: BAL, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-7)

duğuna göre bu halin, tamamen kişiye bağlı olan "Takdiri hafifletici sebep" olmadığı ...Şu halde: Zaman ve mekana, Eylemin işleniş tarzına ve gayesine, Suçtan doğan neticenin ağırlığına veya hafifliğine göre "Az vahim halin" uygulanıp uygulanmayacağını hükmü veren hâkim(in) takdir (edeceği)",¹¹⁴ "As.C.K. nun 81 inci maddesinde yazılı "az vahim hal" deyiminin; asli, fer'i bütün suça katılanların müşterek eylemleri sonucu ortaya çıkan duruma göre değerlendirilmesi",¹¹⁵ "Kanunun aynı maddesinde aynı suç için öngörülen iki halden birini seçmiş olan mahkemenin, buna ilişkin gerekçesini de göstermesi"¹¹⁶ gerektiği açıklanmıştır.

ASCK'nın 81'inci maddesinde yazılı suç, farklı şekil ve zamanda işleniş biçimlerine, askerlik hizmetinden uzak kalınan sürelerle, temin edilen menfaatlara, yaratılan tehlikelere, uğranılan zararlara, sanık ve sanıkların hareket tarzlarına, suça iten sebeplere, disiplinin zedelenişine vb. nedenlere binaen Kanun Koyucu tarafından vahim-az vahim ayırımına tabi tutulmuş; az vahim hallerde ASCK'nın 81/2'nci maddesine göre ceza verileceği öngörülmüştür. Hâkim, objektif kriterlere göre eylemin vahim ya da az vahim olduğunu takdir ederek, ceza adaletini sağlayacak şekilde uygulama yapacaktır.¹¹⁷

Askeri Yargıtay bazı kararlarında; "Sanığın şubeden aldığı sevk evrakını kardeşine vererek kendisinin yerine onu askere göndermesi şeklinde cereyan eden olayda, sanığın, olayın akabinde askere sevk edilmesi üzerine süresinde eğitim birliğine katılarak askerlik hizmetine başlaması ve halen de askerlik hizmetini ifa etmekte olması, suçun saikini aile içi ekonomik nedenlerin teşkil etmesi karşısında, eylemin As.C.K.nun 81/2 maddesinde yazılı az vahim hale uyduğunun gözetilmemesi",¹¹⁸ "1962 doğumlu olan sanığın, 1959 doğumlu ağabeyisine ait askerlik şubesinden gönderilen sevk evrakına kendi resmini yapıştırmak, diğer işlemleri de tamamlamak suretiyle onun yerine askerlik yapması...Ancak olayın cereyan şekli, her iki sanığın askerlik görevlerini yapmış olmaları ve suçun dolgun ücret alan ağabeyinin işe devamını sağlayarak aile bütçesine katkısını devam ettirmek saiki ile işlendiği

¹¹⁴ As.Yar.DK., 23.03.2000 tarih 2000/71 – 68 EK. (Nakleden: BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-7)

¹¹⁵ (As.Yrg.Drl.Krl., 28.9.1989, E.173, K.197)

¹¹⁶ Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 17.12.1998 tarih 1998/148-169 EK. (Nakleden: BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-8)

¹¹⁷ As.Yar.1D., 2009/0165-0213 EK. (TSK Net)

¹¹⁸ As.Yrg.3.D., 29.1.1991, E.93, K.90. (Nakleden: Çelen, s.310)

*dikkati nazara alındığında eylemin 81 nci maddenin 2 nci fıkrasında yazılı az vahim hale uyduğunun gözetilmemesi*¹¹⁹ nin bozmayı gerektireceğine karar vermiştir.

Buna karşılık Askerî Yargıtay'ın aksi yöndeki bazı kararlarında; *"Somut olay bakımından kendisi yerine sağlık kuruluna başka bir kişiyi çıkartarak rapor alan ve uzun bir süre askerlik hizmetinin ertelenmesine neden olan sanığın eylemi(nin) az vahim hâl olarak kabul edilemeyeceği"*,¹²⁰ *"Sanığın kişilik yapısı gözetilerek eylemin, "az vahim hal" kapsamında kabul edilmemesinde isabetsizlik"*¹²¹ bulunmadığı açıklanmıştır.

b. AsCK 51/1-A Bendindeki Artırım Nedeninin AsCK 81/2'deki Suç Ortağı Olan Fail Hakkında Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu

Askeri Ceza Kanunu 51'inci maddesi 1'inci fıkra A bendinde, *"hususî bir hüküm tâyin edilmemiş oldukça madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek"*, AsCK 50'inci maddesi¹²² hükmüne göre cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller arasında sayılmaktadır. AsCK 81/2'inci fıkrasında suç ortaklarından bahsedilmektedir.

Burada açıklanması gereken husus madun (ast) ile birlikte suç işleyen suç ortağının madunun üst'ü olması durumunda cezasında AsCK 51/1-A bendi gereğince bir artırım yapıp yapılmayacağı hususudur.

Doktrinde bu konudaki bir açıklamada; *"Niteliği gereği birden fazla kişinin katılımıyla işlenebilen askerî suçlara çok failli askerî suçlar denilmektedir. Çok failli askerî suçlarda zorunlu sayıda fail ya da şerik arandığından suçun cezası AsCK md. 51/1-A veya C gereğince ayrıca artırılmayacaktır.*¹²³ Nitekim AsCK 81/2'inci fıkrasında suç ortağı

¹¹⁹ As.Yrg.Drl.KrI., 10.12.1987, E.201,K.191(Nakleden:Çelen, s.307)

¹²⁰ As.Yar.4D., 19.7.2005 tarih 2005/858-857 EK. (Askeri Yargıtay Dergisi, S.19, Y.2006)

¹²¹ As.Yar.DK., 23.3.2000 tarih 2000/71-68 EK. (Askeri Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14)

¹²² Askeri Ceza Kanununda, *"Cezanın nasıl arttırılacağı"* başlıklı 50'inci maddesi; *"Bu kanunda bir suç için şahsî hürriyeti tahdit eden bir cezanın arttırılacağı yazılı olan yerlerde mezkûr ceza mevzuubahis cürüm için muayyen olan cezanın iki misline kadar çoğaltılabilir. Şu kadar ki ceza o cürüm için kanunda yazılı âzami haddi geçemez"* biçimindedir.

¹²³ Bu açıklama için bkz.Kangal, s.163.

ile de bu suçun işlenebileceğinden bahsedildiğinden açıklamaya katılmak mümkündür.

Kanaatimizce AsCK 81/2'inci fıkrasında suç ortaklarının nasıl cezalandırılacağına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verildiğinden AsCK 51'inci maddesinin mefhumu muhalifinden AsCK 51/1-A bendinin uygulanması artık mümkün olmayacaktır.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Suçta teşebbüs için aranan ilk koşul gerçekleştirilen fiilin icra niteliğinde olmasıdır. Bir suçta teşebbüsten söz edebilmek için en azından o suçun kanuni tarifindeki icra hareketlerine başlanmış olması ancak failin "*elinde olmayan nedenlerle*" bu hareketlerini tamamlamamış olması veya kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir.¹²⁴

Suçta teşebbüs için aranan bir diğer koşul, gerçekleştirilen fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasıdır. Eğer kişinin gerçekleştirdiği fiil kanuni tarifte unsur olarak yer alan neticeyi gerçekleştirme açısından elverişsiz ise; bu davranış ceza hukuku açısından önem taşımamaktadır.¹²⁵ Bu nedenle de artık teşebbüsten de bahsedilemeyecektir.¹²⁶

Askerî suçlara teşebbüse ilişkin AsCK'nın 40. maddesinin 2. fıkrası AsCK Ek 8'inci maddesi gereğince halen yürürlükte bulunduğundan askerî suçlara teşebbüs bakımından TCK m. 35-36'da yer alan düzenlemeler doğrudan uygulama alanı bulacaktır. (AsCK m. 40/2)¹²⁷

Ancak askerlikten kurtulmak için hile suçu "*netice suçu*" olmayıp,

¹²⁴ Özgenç, s.459, 469; Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, "*Sanıklardan A.E. namına sahte olarak tanzim edilmiş olan sakat raporunun kütük kaydına işlenmediğine ve kütasına da gönderilmediğine nazaran fiilin teşebbüs derecesinde kalıp kalmadığının düşünülmemesi yolsuz*" olduğuna karar vermiştir. As.Yrg.1D., 16.4.1956 E.55/3934, K.1367. (Nakleden:Çelen, s.306)

¹²⁵ Özgenç, s.467

¹²⁶ İcra edilen fiilin neticenin meydana gelmesi açısından elverişsiz olması ile, suçun konusunun yokluğu birbirine karıştırılmamalıdır. Zira suçun konusu yoksa elverişsizlikten değil, yokluktan bahsedilebilir. Suç açısından konu yoksa ortada işlenemez bir suç vardır. Özgenç, s.467

¹²⁷ Kangal, s.157-158.

neticesinin tahakkukuna ihtiyaç göstermeyen, fiilin işlenmesi ile suç tamamlanan “şekli suç” niteliğinde olduğundan teşebbüse elverişli gözükmemektedir. Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında bu doğrultudadır.¹²⁸

Neticesi harekete bitişik suçlarda teşebbüs ancak icra hareketlerinin kısımlara bölünme imkanının bulunması halinde mümkün olabilir.¹²⁹ Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında; “*Neticesi harekete bitişik suçlarda hareket unsuru parçalara bölünebiliyorsa, bu suçlara mülga 765 sayılı Kanununun 61’inci maddesinde belirtilen eksik kalkışma (Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İ. MALKOÇ, M. GÜLER Sh.437) veya 5237 sayılı Kanununun 35’inci maddesindeki teşebbüs hükümlerini uygulama(nın) mümkün olduğu ...Failin yakalanma korkusu veya amaçladığı suçu gerçekleştirmesine başkalarınca engel olunması gibi durumlar(ın) örnek gösterilebile(ceği) (Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İ. MALKOÇ, M. GÜLER sh.433)..sanık E.K.’in Hepatit B rahatsızlığı nedeniyle iki defa üçer aylık hava değişimi aldığı, bu arada rahatsızlığının geçtiğini öğrenmesi üzerine, 16.04.2002 tarihinde aynı rahatsızlığı bulunan sanık A.Ç.’la yerine kan vermesi konusunda anlaştığı, Adana Asker Hastanesinde kan*

¹²⁸ Askerî Yargıtay’ın bu konudaki kararları şöyledir: “...Sanığın durumuna muttali olunarak bilhare askere alınması ve hizmetinin tamamlanması, suçun tam olarak teşekkülüne engel teşkil etmemekte ve dolayısıyla fiilin teşebbüs derecesinde kaldığından da söz etmek mümkün görülmemektedir.” As.Yrg.Drl.Krl., 9.2.1989, E.60, K.42. (Nakleden: Çelen, s.309); “Ayak parmaklarından dördü kesik bir şahsı kendi yerine heyet muayenesine sokan sanık hakkında verilen askerliğe elverişsizlik raporunun, sağlık kuruluna iştirak eden tüm doktorlarca imzalanıp tamamıyet ve resmiyet kazanması karşısında, suçun teşekkül ettiği gözetilmeden teşebbüs derecesinde kaldığından bahisle kurulan hükümde isabet görülmemiştir.” As.Yrg.Drl.Krl., 27.12.1990, E.183, K.159. (Nakleden: Çelen, s.310); “...sanığın yaptığı hileler işgal kabiliyetini haiz bulunması sebebiyle alâkâli şahıslar tarafından anlaşılamiyarak sanığın durumundan şüphe eden bir erin erin yaptığı bir haber üzerine meydana çıkmasından dolayı gayesine vasil olamiyan sanık hakkındaki bu suçun tamamlandığının kabulü gerekecektir.” As.Yrg.2.D., 30.4.1970, E.119, K.237(Nakleden: Çelen, s.306); “Askerlik şubesinde görevli Yzb. B.A.nın yükümlü A.R.A. ile anlaşarak, erat kütük defterinin yükümlüye ait hanesini en ince teferruatına kadar gerçek dışı beyanlarla doldurduğu, şüpheye yer vermeyecek şekilde sahte terhis işlemi tamamladığı anlaşılmaktadır. Olay askerlik şubesindeki bakaya defterinin yükümlüye ait kısmının kapatılmaması ve bu bilgilerin kaynak defterine geçirilmemiş olması sonucu ortaya çıkmışsa da; asil olan kütük defteri olduğuna göre, diğer işlemlerin kütüğe uygun yürütülmesi ve bakaya takibinin hemen durdurulması halin gereğidir. As.C.K.nun 81 inci maddesinde tarif edilen suç neticeye bağlı olmayıp, şeklen tamamlanan fiillerin varlığı ile oluşur. Asıl olan, istenilen amaca ulaşabilmenin mümkün hale gelebilmesi için gerekli şartların tahakkuk ettirilmesidir. Böylece suç tam oluşur veya suç derecesine varmayan bir fiil söz konusudur. Bu nedenle, suç tamamlanmış varsayılarak teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına imkan bulunmamıştır.” As.Yrg.3.D., 27.5.1986, E.171, K.144. (Nakleden: Çelen, s.307)

¹²⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.274.

vermesi için sanık E.K.'in çağrılması üzerine, sanık E.K.'in evrakıyla Ali ÇAM'ın kan vermeye girdiği, hemşirenin kimlik sorması üzerine kimliğinin olmadığını beyan ettiği, akabinde künyesinin sorulması üzerine onunda yanında olmadığını belirttiği, şüpheli hareketleri üzerine olayın ortaya çıktığı, böylece sanıkların atılı suçları işledikleri sabit görülerek (yerel mahkemece) mahkumiyetlerine karar veril(diği) ... (oysa) askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu(nun) teşebbüs aşamasında kal(dığından) (Dairemizin 29.09.2004 tarihli ve 2004/968-111 Esas ve Karar sayılı ilamı da bu yöndedir)" ¹³⁰ bahisle sanıklar yönünden ayrı ayrı bozulması gerektiğine karar verilmiştir

5237 sayılı Kanununun 36'ncı maddesinde yer alan sadece suç tamamlandıktan sonra belli suçlar bağlamında cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep olarak kabul edilen etkin pişmanlık müessesesinin (sayılan suçlar arasında AsCK 81 olmadığından) bu suçta uygulanması mümkün değildir. Ancak bu husus kanaatimizce takdiri bir indirim nedeni olarak kabul edilebilir.

B. İştirak

a. Genel Olarak

TCK iştirak şekillerini *faillik* ve *şeriklik* olarak ikiye ayırmıştır. Faillik kanunda tanımlanan askerî suç tipindeki hareketin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Suçun işlenmesine katkıda bulunmakla birlikte, bulunduğu katkı suç tipinde belirtilen hareketi oluşturmaya yeterli olmayan suç ortaklarına şerik adı verilir. Şeriklik de *azmettirme* ve *yardım etme* olarak ikiye ayrılır. Mütamadî suçlara hareket devam ettiği sürece iştirak etmek mümkünken anî bir suç türü olan AsCK 81'de hareket yapıldıktan ya da netice meydana geldikten sonra iştirak mümkün değildir.

¹³⁰ Askeri Yargıtay diğer bir kararında benzer biçimde; ASCK'nun 81'inci maddesinin, başkasını kendi yerine tabip muayenesine sokmayı da kapsamı ve yukarıda bahsedilen hilenin neticeyi gerçekleştirebilecek olması karşısında, tebliğnamede belirtilen, suçun unsurları yönünden oluşmadığına dair görüşe iştirak edilmemiştir. As.Yar.2D., 19.11.2008, 2008/2513-2513 EK. (TSK Net); Yine benzer bir olayda Askeri Yargıtay, "askerlikten kurtulmak için hepatit hastası bir kişiyi kendi yerine kan verdirerek askerlikten kurtulmaya çalıştığı ancak yerine kan veren şahsın kontrol kanını vermeden yakalanması nedeniyle eylemin "teşebbüs" aşamasında kaldığı(na)" karar vermiştir. As.Yar.2D., 02.03.2010, 2010/0613-0605 EK. (TSK Net)

AsCK 81/1'deki suç tipindeki haksızlık “doğrudan fail”¹³¹, “dolaylı fail”¹³² ya da AsCK 81/2'de açıklandığı gibi fail ve suç ortakları arasında bu konuda yapılan bir anlaşma ile ortaklaşa “müşterek failler”¹³³ tarafından gerçekleştirilebilir. Bu durumda müşterek faillerin ceza sorumlulukları aynıdır.(TCK m. 37/1). Yine azmettirenin sorumluluğu da işlenen suçun cezası kadardır. (TCK m.38/1) Nitekim AsCK 81/2'inci fıkrasında “Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır” hükmü ceza sorumluluğu açısından TCK'nun genel hükümleri ile paralellik arz etmektedir.

Ancak bu suçun işlenmesine TCK 39'uncu maddesinde açıklandığı gibi yardım eden açısından verilecek cezalar daha hafif bir cezayı gerektirmesine rağmen, Askeri Yargıtay'ın bir kararında, yardım edenin ceza sorumluluğu da AsCK 81/2'inci maddesi kapsamında suç ortakları kapsamı içinde değerlendirilmiştir.¹³⁴

¹³¹ Suç tipinde tanımlanan fiili tek başına gerçekleştiren kişiye doğrudan fail denilmektedir. (TCK m. 37/2)

¹³² Suç tipinde tanımlanan fiili başka bir kişiyi araç olarak kullanarak gerçekleştiren kişiye dolaylı fail denilmektedir. (TCK m. 37/2); Kangal, “arka plânda bulunan bir kişi(nin de), asker kişiyi hata hâline düşürerek askerlikten kurtulmak için hile yapma suçunu işletebil(eceği)” görüşündedir. Bkz.Kangal, s.164.

¹³³ “Müşterek faillik suçun icra hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesidir. Müşterek fail suçun işlenmesine etkili bir katkıda bulunmalıdır. Müşterek failler suçun maddî unsurlarını tek başlarına gerçekleştirmek zorunda değildirler. Suçun işlenmesi konusunda yapmış oldukları işbölümü gereğince, maddî unsurlardan bir kısmını gerçekleştirmeleri de yeterlidir. Müşterek faillik söz konusu olabilmesi için suçun işlenişinde müşterek hakimiyetin kurulması, failler arasında birlikte suç işleme kararının bulunması ve icra hareketlerine başlanmış olması gereklidir.” Bu açıklamalar ve “Müşterek Faillik” ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.Özgenç, s.488-513.

¹³⁴ “ASCK'nun 81'inci maddesinin 2'nci fıkrasında; “Yukarıdaki fıkrada yazan cezalar suç ortaklarına da uygulanır” şeklindeki düzenlemeden, askerlikten kurtulmak için hile yapan kişilere, bu eylemlerini gerçekleştirmede yardım eden kişilerin suça iştirak etmiş sayılacakları, ancak bu kişilerin iştirak hükümleri çerçevesinde değil “Asli faillere verilen ceza ile cezalandırılacakları” öngörülmektedir...Öte yandan; ASCK'nın 81'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, “Askerlikten kurtulmak için hile yapmak” suçunun unsurları ve cezası düzenlenirken, maddenin 2'nci fıkrasında da, “Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır.” şeklinde düzenleme yapılarak, TCK'nun 37 ilâ 40'nci maddelerinde tanımlanan iştirakin şekil ve dereceleri aranmaksızın, her ne suretle olursa olsun eyleme iştirak edenlerin, 1'inci fıkra hükmüne göre cezalandırılmaları öngörülmüş olup; bu suç ortakları bakımından TCK'nun 37 ve devamındaki maddelerin uygulama olanağı bulunmadığından, sanık Tbp.Yb.H. T.'a ile ilgili üzerine atılı olan suçlardan verilen mahkûmiyet hükümleri ile ilgili olarak uygulamaya yapılırken TCK'nun 37 ve sanıklar Sağ.Kd.Bçvş.E.Ç. ile Per.Kd.Bçvş. S.G.'nin üzerine atılı olan suçlardan verilen mahkûmiyet hükümleri ile ilgili olarak uygulamaya yapılırken TCK'nun 39'uncu maddelerinin uygulanmasının hukuka aykırı olduğuna işaret edilmekle yetinilmiştir”. Bkz.As.Yar.2D., 29.02.2012, 2012/91-316 EK. (TSK Net)

AsCK Ek 8 ve 10'ncu maddeleri gereğince, askeri ceza kanununda özel bir düzenleme bulunmadığı sürece (AsCK m.1) askerî suçların iştirak hâlinde işlenmelerinde TCK'nun iştirake ilişkin kuralları geçerlidir. Ancak AsCK 81/2'inci fıkrasında özel düzenleme olması nedeniyle Askeri Yargıtay'ın vermiş olduğu karar doğru olmakla birlikte ceza adaleti açısından yardım edenin ceza sorumluluğunun TCK 39'ncu maddedeki gibi belirlenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Suç vasfının belirlenmesi açısından AsCK 81'deki suçun ortaklaşa müşterek failler arasında işlenip işlenmediğinin arada bir anlaşma olup olmadığının her olayda Mahkeme tarafından araştırılması gerekecektir¹³⁵. Zira arada bir anlaşmanın bulunmaması olan halinde asli ve fer'i faillerin eylemleri birazdan incelenecek olan başka suç tiplerine vücut verebilecektir.

Askerî Yargıtay, "...Sanıkların önceden aralarında anlaşarak askerlik çağına girmiş bulunan ve yoklama kaçağı olarak aranan sanık R.Ü.'in askerlikten tamamen kurtulması amacıyla askerliğe elverişli olmadığı daha önce Askerî hastaneye saptanmış olan diğer sanık T.Ç.'in R.Ü.'in yerine sahte belgelerle askere sevkini sağla(maları)",¹³⁶ "sanıklardan M.A.nın ilk ve son yoklamalarını şahsen yaptırdıktan sonra kendisine ait nüfus hüviyet cüzdanına kardeşi S.A.nın resmini yapıştırıp tastik (edilmesi) ve kendisinin yerine S.A.nın askere yollanması",¹³⁷ "Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçundan hükümlü er'e, bu amaca ulaşmada kullandığı iki adet sahte raporu düzenlemede yardımcı ol(unması)",¹³⁸ "Hastanede görevli bazı şahıslarla anlaşarak onlar vasıtasıyla hasta olmadığı halde 20 gün istirahat alıp, bu süre kadar askerlik yapmaktan kurtulması",¹³⁹ "Kanuni izinlerinin tamamını kullanmış bulunan er'i anlaşarak menfaat karşılığı fazladan izne gönderen ve bu hare-

¹³⁵ Askeri Yargıtay, "...Askerî Mahkemenin Direnme hükmü gerekçesinde emsal karar olarak gösterdiği Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 24.4.1986 tarih ve 1986/48-44 sayılı içtihadına konu olan olayın, Bölük Komutanı olan sanığın kanuni haklarından fazla olarak izine gönderdiği askerlerle anlaşma yaptığı ve bu anlaşma sonucunda Bölüğe maddi yardımda bulunanları kanuni hakkından fazla ve çok uzun sürelerle izine göndermesi şeklinde cereyan eden farklı bir olay olması dikkate alınarak, Askerî Mahkemenin, sanık Hv.P.Ütğm.M. K. Ö. ile fazladan izine gönderdiği Çavuşlar A. Ç. ve Ş. S. ile Onb.M. A. S. arasında bir anlaşma yapıldığı kanıtlanmadığı için, işbu davada suç vasfını Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak olarak nitelendirmesi(nin) isabetli bulunmadığı"na karar verilmiştir. As.Yar.DK., 04.11.1999, 1999/206-195 EK (As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.202-205)

¹³⁶ As.Yrg.Drl.Krl., 24.10.1995, E.730, K.729 (Nakleden: Çelen, s.312)

¹³⁷ As.Yrg. 2.D., 15.6.1972, E.162, K.155. (Nakleden: Çelen, s.306)

¹³⁸ As.Yrg.Drl.Krl., 28.9.1989, E.173, K.197. (Nakleden: Çelen, s.309)

¹³⁹ As.Yrg.Drl.Krl., 5.2.1987, E.22, K.20. (Nakleden: Çelen, s.307)

ketin zahire çıkmasını önlemek için bölük evrak ve kuyudatında hileli işlemlere tevessül ed(ilmesi)",¹⁴⁰ "Er.M.K.nın "yapmaya mecbur olduğu askerlik hizmetinden kısmen kurtulması" hususunda mutabakata varan sanıklardan (Ütğ) İ.Ş.'nin diğer sanık er M.K.'yi 1966 yılı Temmuz ayı içinde müteaddit defa İstanbul'da'ki işyerinde çalışmak üzere İstanbul'a gönder(mesi)"¹⁴¹ suç fail ve ortakları açısından askerlikten kurtulmak için hile yapmak ve bu suça iştirak suçlarını oluşturacaktır. Askerî Yargıtay'ın bu konuda başkaca birçok kararına¹⁴² rastlamak mümkündür.

AsCK 81/2'nci maddesinde "Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır" hükmünü yukarıda açıklanan gerekçelerle sadece müşterek faillik gerektiren durumlara ilişkin olarak yorumlamak gerekirse de, bu suça iştirak şekillerinden; azmettirme (TCK m.38) ya da yardım etme (TCK m.39) yoluyla da katılınabilir. Bu durumda bağlılık kuralı gereği (TCK m.40) bu kişilerin işlenen suçtan dolayı sorumlu olması mümkündür. Ancak bu durumda failin işlediği fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekir ve yeterlidir. Failin bu fiil nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Yine, cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler ancak müşterek faillik açısından hukuki sonuç doğururlar.¹⁴³

AsCK 81/1'deki suç oluşmadan 81/2 oluşmayacaktır¹⁴⁴ Ancak asli failer hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kara-

¹⁴⁰ As.Yrg.Drl.Krl.24.4.1986 E.48 K.44) (Özbakan, s.192);

¹⁴¹ As.Yrg.1.D. 6.7.1967 E.318 K.313)(Özbakan, s.190)

¹⁴² "Kanuni izinlerinin tamamını kullanmış bulunan er'i menfaat karşılığı fazladan izne gönderen ve bu hareketin zahire çıkmasını önlemek için bölük evrak ve kuyudatında hileli işlemlere tevessül eden sanık Yzb.(Bl.K)nın fiili AsCK 81'de yazılı suçu oluşturur" As.Yrg. Drl.Krl.24.4.1986 E.48 K.44. (Nakleden:Özbakan, s.192); "Er.M.K.nın "yapmaya mecbur olduğu askerlik hizmetinden kısmen kurtulması" hususunda mutabakata varan sanıklardan (Ütğ) İ.Ş.'nin diğer sanık er M.K.'yi 1966 yılı Temmuz ayı içinde müteaddit defa İstanbul'da'ki işyerinde çalışmak üzere İstanbul'a gönderdiği, bu arada Manisada-ki Mesir Otelinde 9 gün kalmasına müsaade ettiği subûta erdiğiinden sanıklar hakkında AsCK 81'inci maddesi gereğince uygulama yapılması gerekir." As.Yrg.1.D. 6.7.1967 E.318 K.313. (Nakleden:Özbakan, s.190)

¹⁴³ Özgenç, s.527.

¹⁴⁴ Askerî Yargıtayın yerleşik kararlarında kabul edildiği üzere; ASCK'nın 81'inci maddesinin 2'nci fıkrasının uygulanabilmesi için, birinci fıkrasında yazılı suçun failinin belli ve mahkûm edilmiş olması gerekmektedir (Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 20.04.1989 tarihli, 1989/99-105 E.K., 30.04.1998 tarihli, 1998/60-63 E.K., Askerî Yargıtay 2'nci Dairesinin 31.08.2000 tarihli, 2000/473-479 E.K., Askerî Yargıtay 3'üncü Dairesinin 21.11.2000 tarihli, 2000/527-741 E.K ve 03.12.2009 tarihli, 2009/1951-3013 E.K., Askerî Yargıtay 4'üncü Dairesinin 09.12.2010 tarihli, 2010/2066-2432 E.K. sayılı kararları). Bu açıklama için bkz.As.Yar.2D., 29.02.2012, 2012/91-316 EK. (TSK Net)

rı verilmiş olması, bu faillerin suçuna iştirak eden sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmasına engel teşkil etmeyecektir.¹⁴⁵

b. Müşterek Anlaşmanın Olmaması Halinde Oluşan Diğer Suç Tipleri

(1) Görevi Kötüye Kullanmak / Resmi belgede sahtecilik/ Resmi belge hükmünde belgeler

AsCK 81 kapsamında müştereken işlenen suçlarda yapılan hilenin unsurları yönünden oluşmadığı ya da müşterek failer arasında anlaşma şartının şüpheli kaldığı ancak asli failin hizmetten uzak kalarak kamunun zararına başkasının yararına bir durumun oluştuğu hallerde suç ortağı kamu görevlisinin eylemi şartları varsa, TCK 257/1'deki

¹⁴⁵ Nitekim Askeri Yargıtay; "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07.04.2009 tarihli, 2009/3-64 Esas ve 2009/83 Karar sayılı kararında belirtildiği üzere; "...sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması, esas itibarıyla bünyesinde iki karar barındıran bir kurumdur. İlk karar teknik anlamda hüküm sayılan ancak açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle hukuken varlık kazanamayan bu nedenle hüküm ifade etmeyen, koşullara uyulması halinde düşme hükmüne dönüşecek, koşullara uyulmaması halinde ise varlık kazanacak olan mahkûmiyet hükmü, ikinci karar ise, bu ön hükmün üzerine inşa edilen ve önceki hükmün varlık kazanmasını engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu ikinci kararın en temel ve belirgin özelliği varlığı devam ettiği sürece, ön hükmün hukuken sonuç doğurma özelliği kazanamamasıdır ..."Somut olayda, asli fail sanıklar Bnd.Er Ö.K. ve Bnd.Onb. İ.D.'in eylemleri mahkemeye sabit görülmüş, ancak yasal şartlar olduğundan haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş, sanık Bnd.Bçvş. M.C. hakkında ise objektif şart gerçekleşmediğinden, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. ASCK'nun 81'inci maddesi ile ilgili yerleşik içtihatlarda; asli failer hakkında 81/1'inci maddenin uygulanma imkânı bulunmadığı hâllerde iştirak hâlinin de söz konusu olamayacağı kabul edilmekte ve suça iştirak eden kişilerin asli faile tabi oldukları, hukuki durumlarının da asli failin sorumluluğuna göre belirleneceği belirtilmekle birlikte; bu husus, suça iştirak eden kişilerin, asli failerin cezalarının ortadan kaldırılmasını gerektiren veya cezalandırılmalarını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın, kendi kusurlu fiillerine göre cezalandırılmalarına engel değildir.Nitekim, "Bağlılık kuralı"nın düzenleyen TCK'nun 40/1'inci madde ve fıkrası; "Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır" hükmünü amirdir.Bu açıklamalar ışığında; asli failer hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olmasının, bu failerin suçuna iştirak eden sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmasına engel teşkil etmediği ve bu hususun bekletici mesele yapılmasının gerekmediği sonucuna varıldığından; Başsavcılık itirazının reddine karar verilmesi gerekmiştir." As.Yar.DK., 27.01.2011, 2011/8-8 EK. (TSK Net)

“görevi kötüye kullanma” suçunu oluşturacaktır.¹⁴⁶ Zira maddeye göre; “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırıl(acaktır).” (TCK 257/1)

Nitekim Askeri Yargıtay, “Bir kısım erbaş ve erin (anlaşma olmaksızın) birliğin ihtiyaçlarının karşılanması için görev izni adı altında, askerlik şubelerine bilgi verilmeksizin fazladan izne gönderilmesi veya malzeme getiren bazı askerlerin mükafat izni olarak terhis mahiyetinde erkenden izne gönderilmesi ve bu izinlerinde askerlik şubelerine bildirilmeyip durumun belli olmaması için de birlikte ikinci bir kazan yoklama defterinin tutulması(nı)”,¹⁴⁷ “...Dava konusu olayda da, sanık Üsteğmenin Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak suçunu işleyebilmesi için, öncelikle izine gönderdiği askerlerin bu suçu işlemeleri, sanık Üsteğmenin de bu askerlerin, Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçuna iştirak etmesi gerek(tiği) Oysa işbu davada, fazladan izine gönderilen askerler aleyhinde askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu işledikleri yolunda bir iddia ve dava bulunmadığı gibi, dava dosyasındaki delil durumuna göre, sanığın görevini kötüye kullanarak fazladan izine gönderdiği Çavuşlar A. Ç. ve Ş. S. ile Onb.M. A. S.’in sanık tarafından hazırlanan izin belgeleri ile, hiç bir hileli ve desiseli davranış içine girmeden, herkesin gözü önünde ve hatta Bölük Yat Yoklamalarında dahi başkaları tarafından izinli gösterilmek suretiyle ve üstelik mükafat iznine gönderildiklerini düşünerek, izine gitmiş olmaktan başka, Askerlik Mükellefiyetinden kurtulmak için hile ve desise sayılabilecek hiç bir eylemleri bulunma(dığı)”¹⁴⁸ bu eylemlerin “askerlikten kurtulmak için hile yapmak veya bu suç iştirak etmek” suçunu değil (mülga) TCK.’nun 240 ıncı maddesinde yazılı “memuriyet görevini kötüye kullanmak” suçunu oluşturacağına karar verilmiştir.¹⁴⁹

¹⁴⁶ “Sahtecilik suçları memur açısından ele alındığında görevi kötüye kullanmanın özel hallerinden biridir. Bu nedenledir ki, sahtecilik suçunun öğelerinin (özellikle aldattıcılık) bulunmamasından ötürü bu suçun oluşmadığı hallerde görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceğini dikkatten kaçırılmamalıdır.” (Nakleden:İsmail Malkoç, Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara-1990. s.56)

¹⁴⁷ As.Yar.4D., 09.05.2001 tarih 2001/285 – 353 EK.(Nakleden: BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-10)

¹⁴⁸ As.Yar.DK., 04.11.1999, 1999/206-195 EK (As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.202-205)

¹⁴⁹ Askeri Yargıtay bir başka kararında; “..Sanığın diğer sanık er Adem’in asker kişi sıfatını ve askerlikten bir süre de olsa uzak kalma isteğini bilerek rapor verdiğine dair yeterli delil bulunmadığı, bunun için temyize konu sanığın eyleminin askerlikten kurtulmak için hile yapmaya iştirak olarak nitelenemeyeceği, dolayısıyla sübutu halinde eylemin TCK.

C. İçtima

1. Genel Olarak

AsCK 81 gibi seçimlik hareketli suçlarda alternatif hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi yeterli olup hareketlerden birden fazlasının veya tamamının gerçekleştirilmesi hâlinde, hareket sayısınca suç değil, tek bir suç oluşur.¹⁵⁰ Ancak failin bir suç işleme kararı ile değişik zamanlarda gerçekleştirdiği eylemleri ile kısmen de olsa askerlik hizmetinden kurtulunması durumunda artık zincirleme olarak (TCK 43/1) askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçundan bahsedilmesi gerekecektir. Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.¹⁵¹

nun 354 ncü maddesindeki hatıra binaen gerçeğe aykırı rapor tanzim etmek suçunu oluşturacağı, bu suçun da sivil kişilerin askerî mahkemede yargılanmalarını öngören 353 sayılı Kanunun 11 nci maddesinde yazılı suçlardan olmaması sebebiyle, Askerî Mahkemeye verilen görevsizlik kararında isabetsizlik görülmemiştir." As.Yar.5D., 17.12.2003, 2003/1022-1021 EK. (TSK Net)

¹⁵⁰ Kangal, s.98; Askerî Yargıtay kararlarında, "Askerlikten kurtulmak maksadıyla yapılan hilenin zahire çıkmamasını sağlamak için yapılan aynı mahiyette ikinci bir hile(yi) takdiri şiddet sebebi" olarak kabul etmiştir. As.Yrg.Gen.Krl., 16.6.1962, E.540, K.38(Nakleden: Çelen, s.306)

¹⁵¹ Askerî Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararı şöyledir: "9 uncu P.Tümen Lv.Bölük Komutanlığında askerlik hizmetini yapan sanığın, 16.09.2003 tarihinde Birlik Tabibinden aldığı (5) günlük istirahatini, talebi üzerine evinde geçirmesi için sıhhi izine gönderildiği (Dz.8, 74), 23.09.2003 tarihinde Kuşadası Garnizon Komutanlığınca sevk edildiği Sağlık Ocağı Tabipliğince "A.Bronşit" tanısı ile (10) gün istirahat raporu verildiği (Dz.14, 169), 29.09.2003 tarihinde Kuşadası Askerlik Şubesine başvurduğu ve o sırada son yoklamalar için şubede bulunan Dz.Tbp.Ütğm.E.T.B. tarafından muayene edildiği ve "ÜSYE" tanısı ile ilâç tedavisi öngörülerek reçete düzenlendiği (Dz.128), sanığın bu reçete üzerinde tahrifat yaparak kendisine 30.09.2003 tarihinde (10) gün ve 10.10.2003 tarihinde (5) gün istirahat verilmiş iki ayrı rapor şeklindeki fotokopi belgeleri belirtilen tarihlerde Birliğine faks yolu ile gönderdiği (Dz.93, 95, 128, 129, 200, 211, 248), 17.10.2003 tarihinde Birliğine katıldığı, 27.10.2003 tarihinde Birlik Tabibince verilen (5) günlük istirahatinin yine talebi üzerine sıhhi izine dönüştürüldüğü (Dz.17, 72, 82), izinde iken başvurduğu Germencik İlçe Jandarma Komutanlığınca 30.10.2003 tarihinde sevk edildiği Sağlık Ocağı Tabipliğince verilen (20) günlük istirahat raporu ile 18.11.2003 tarihinde sevsiz olarak başvurduğu aynı yer Sağlık Ocağı Tabipliğince verilen (20) günlük istirahat raporunu Birliğine faksladığı (Dz.10, 42, 65, 114, 167, 216), ayrıca 23.09.2003 tarihli raporda tahrifat yaparak 08.12.2003 ve 26.12.2003 tarihlerinde (20)'şer gün istirahat almış gibi iki ayrı rapor şeklinde Birliğine faks yolu ile gönderdiği (Dz.58, 59, 71, 90, 94), rapor asıllarının gelmemesi üzerine durumdan kuşkulanan Bölük Komutanlığının 12.12.2003 tarihinde Kuşadası Garnizon Komutanlığı ile Germencik Askerlik Şubesine yazı yazması üzerine olayın ortaya çıkarılarak soruşturmaya başlanıldığı, böylelikle bir suç işleme kararı ile değişik zamanlarda gerçekleştirdiği eylemleri ile kısmen de olsa askerlik hizmetinden kurtulduğu anlaşılma, üzerine atılı zincirleme olarak askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu işlediğini kabul eden Askerî Mahkemenin yargılama aşamasında psikiyatrik yönden yaptırıldığı inceleme sonunda; sanığın cezaî ehliyetinin tam olduğunun anlaşılması

TCK'da suçların içtimai bakımından kural olarak benimsenen "gerçek içtima ilkesi"¹⁵² ne göre, tipe uygun fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar da ceza vardır. Özellikle AsCK 81/2'deki suç ortağının, birden fazla kişinin askerlikten kısmen ya da tamamen kurtulması için yaptığı hileli eylemlerinde, kişi sayısı kadar ayrı ayrı AsCK 81'nci maddesinden cezalandırılması gerekecektir. Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.¹⁵²

Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi uygulamada çok sık karşılaşıldığı gibi, iki veya daha fazla kişinin katılımıyla müşterek failler arasında bir rüşvet anlaşması yapılarak ta işlenebilir. Burada sağlanan menfaat ve müşterek faillerin yaptıkları anlaşma bir tarafın askerlikten kurtulması olduğunda özel kanun olan AsCK 81, rüşvet suçunu düzenleyen TCK 252'ye göre¹⁵³ daha önce uygulaması gerekecektir. Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında, "Sanığın ihtiyat askerlik hizmetini yapmadığı halde defterlere yapmış gibi şerh verilmesi, kısmen askerlikten kurtulmak amacını istihdaf eden bir hile olması itibariyle bu hileden maddî ve manevî menfaatler de temin edilebileceğine göre sanığın ayrıca rüşvet suçundan da" cezalandırılmasının gerekmediği, "Karşılıklı anlaşma neticesi bölük komutanına menfaat temin etmeyi kabul eden ve vaadini yerine getiren er ile adı geçeni hakikat hilafına yoklamalarda mevcut göstererek askerlik hizmetini kayden yürüten

üzere elverişli kanıtlar ve yeterli gerekçe ile alt sınırdan ceza uygulaması yaparak yazılı olduğu şekilde kurduğu mahkûmiyet hükmünde, usûl ve esas bakımından herhangi bir aykırılık görülmemiştir." As.Yar.1D., 04.05.2005, 2005/0461-0453 EK. (TSK Net)

¹⁵² Askerî Yargıtay; Önceden kurulan genel bir niyet ve plan ile hareket etmeyip, önüne çıkan her fırsatı değerlendirme babında değişik tarihlerde muhtelif kişilere "Askerliğe elverişli değildir" raporu alarak onları askerlikten kurtaran sanığın her hareketi ayrı bir suç olduğu" As.Yrg.3.D 26.1.1988, E.3, K.51.(Nakleden:Çelen, s.308); "Sanığın 9 Kasım 1993 tarihinde başlayıp 20 Haziran 1994 tarihinde, olaylara el konulması ile sona eren zaman dilimi içinde, 35 ayrı kişiye ayrı zamanlarda hileli davranışlarla askerliğe elverişli oldukları halde tamamen askerliğe elverişli değildir şeklinde, 2 kişiye de sağlam oldukları halde ertesi yıla terk (sevk tehiri) olacak şekilde hileli raporlar tanzim etmek suçlarını işlediği, her fiilde suç işleme kararı yenilendiği, fiillerin yapıldığı kişilerin de ayrı kişiler olması nedeniyle müteselsil suçtan bahsedilemeyeceğinden mahkemece sanığın 37 eylemden ayrı ayrı ceza tayin etmesi gerekirken, yazılı şekilde 37 eylemi "müteselsil suç" kabul edip o şekilde cezalandırılması yoluna gidilmesi(nin) kanuna aykırı olduğuna" karar vermiştir. (As.Yrg.Drl.Krl., 16.11.2000, E.2000/153, K.2000/166)

¹⁵³ Genel olarak rüşvet memurun, Genel görevine giren bir tasarruf veya işlem sebebiyle, bir kimseden verilmesi gerekmeyen bir karşılık kabul edilmesine yol açan anlaşmayı ifade eder. Bkz.Sahir Erman-Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar), İstanbul 1992, s.88

ve fakat ihbar tarihine kadar onu 11 ay gibi uzun bir süre askerlik hizmetinden uzak tutan bölük komutanının fülleri münferiden firar ve rüşvet suçlarını teşkil etmeyip bünyesinde her iki suçu da içtima ettiren askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu"¹⁵⁴ olduğu açıklanmıştır.

VI. SUÇA UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

A. Asli ve Fer'i Cezalar

AsCK 81'inci maddesinde suç failleri ve ortakları için on seneye kadar ağır hapis cezası öngörülmektedir.¹⁵⁵ AsCK 1/1'inci fıkrasının¹⁵⁶ TCK'na yaptığı genel atıf dolayısıyla hapis cezaları bakımından TCK'nun genel hükümleri¹⁵⁷ uygulanacağından artık AsCK'da yer alan "ağır hapis cezası" ifadelerinin "hapis cezası" olarak ele alınması gerekecektir.¹⁵⁸

AsCK 81'inci maddesinde ağır hapis cezalarının alt sınırı gösterilmemiştir. AsCK Ek 9'uncu madde düzenlemesi¹⁵⁹ ile AsCK'da alt

¹⁵⁴ As. Yrg.3.D.13.8.1965 E.710 K. 694 (Özbakan, s.190);

¹⁵⁵ AsCK md. 1/f.2'ye göre, AsCK'nın ölüm, ağır hapis ve hapis cezaları ile cezalandırıldığı suçlar askerî cürümlerdir. AsCK'nın kısa hapis cezası ile cezalandırıldığı suçlar ise, askerî kabahatlerdir. Böylece AsCK askerî suçları askerî cürümler ve askerî kabahatler şeklinde ikiye ayırmaktadır.

¹⁵⁶ Bu husus AsCK 1/1 fıkrasında; "Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumî suretle cari olan esaslar bu kanunda hilâfî yazılı olmadıkça askerî cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur" şeklinde açıklanmaktadır. TCK'da hapis cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılmaktadır. (TCK m. 46).

¹⁵⁸ Benzer açıklama için bkz.Kangal, s.181.

¹⁵⁹ AsCK Ek Madde 9- (Ek:31.3.2005-5329/2 md.) Bu Kanunda alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları "bir sene" olarak uygulanır. 5329 Sayılı Kanunun genel gerekçesinde bu husus şöyle açıklanmaktadır: "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 5 inci maddesi hükmü ve gerekçesi; 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 10 uncu, 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 1 inci ve yeni Türk Ceza Kanununun Hükümet Tasarısının 3 üncü maddesi hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümlerine aykırı olan özel ceza kanunları ile ceza hükümleri içeren diğer kanunlardaki hükümlerin hükümsüz kalacağına şüphe bulunmamaktadır.1 Nisan 2005 tarihinden itibaren bazı askerî mahkemeler ve disiplin mahkemelerince 1632 sayılı Kanunun ve 16.6.1964 tarihli ve 477 sayılı Kanunun 5237 sayılı Kanuna aykırı hükümlerinin uygulanmasına son verileceği açıktır...Ayrıca, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren ağır hapis cezalarının hapis cezasına dönüşecek ve bu sebeple Askerî Ceza Kanununda alt sınırı belirtilmemiş ağır hapis cezalarının alt sınırının bir yıldan bir aya inecek olması nedeniyle, bu hükümden etkilenen suçlulardan mahkûm olanlar hakkındaki kesinleşmiş veya infaz edilmekte olanlar ile ilgili dava dosyalarının yeniden ele alınması gibi mahkemelerin iş yüklerinin gereksiz yere artırılmasına ve diğer davalar için ayrılması gereken zamanın azalmasına yol açılmasına

sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları bir sene olarak belirlenmiştir.

Yine AsCK 81/2'inci fıkrasında yukarıda açıklanan "Az vahim hallerde" cezanın alt sınırının altı aydan başlamak üzere beş seneye kadar hapis cezasıdır.

Asker kişiler hakkında hükmolunacak fer'î askerî cezalar, Türk Silâhlı Kuvvetleri'nden çıkarma, rütbenin geri alınması ve askerî öğrencilik hukukunu kaybettirmez. (AsCK m. 29) Fer'î askerî cezalara hükmedilirken, failin suçu işlediği andaki sıfatı dikkate alınır. Fail suç tarihinden sonra emekliye ayrılrsa ya da TSK ile ilişkisi kesilse de koşulları varsa, fer'î cezalara karar verilmelidir.¹⁶⁰

B. Erteleme/ Adli Para Cezasına Çevrilme

TCK'nun 51'inci maddesinde sadece hapis cezasının ertelenmesini kabul eden düzenlemesi kural olarak askerî suçlar bakımından da geçerli olup AsCK 47'inci maddesinde bu kurala bazı istisnalar getirerek bazı suçlardan dolayı verilen cezaların ertelenemeyeceğini öngörmekteydi.

AsCK 47'inci madde düzenlemesi; "Türk Ceza Kanununun birinci kitabının müstakil faslında yazılı olan cezaların tecili hakkındaki kaideler aşağıdaki hükümler nazara alınmak şartıyla askeri şahıslar hakkında da tatbik olunur.A) Askerî mahkemelerden Askerî Ceza Kanununun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez ve para cezasına veya tedbirlerden birine de çevrilemez. Aynı Kanunun Üçüncü Babının Üçüncü Fıslı ile 84 üncü maddesi hariç olmak üzere 5 nci ve 130 uncu maddeleri hariç olmak üzere sekizinci fasıllarında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez. Ancak fiili işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış çocuklarla, hüküm zamanında yetmiş yaşına girmiş olanların mahkûm oldukları bir seneden az hapis cezaları tecil olunabilir..." şeklindeydi.

Ancak Askeri Yargıtay Daireleri ile bazı askeri mahkemelerin itirazı ile; "1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrası

engel olmak üzere bazı suçların cezalarının alt sınırının yeniden belirlenmesine ihtiyaç duyulmuştur." <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss849m.htm> (18.10.2012)

¹⁶⁰ Erman, s.251; Kangal, s.190.

sının (A) bendiyle anılan Kanun'un üçüncü babının 4. faslında düzenlenen suçlar nedeniyle hükmolunacak cezalara ilişkin erteleme, tedbir ya da para cezasına çevrilme yasağı ile 3., 5. ve 8. fasıllarda düzenlenen suçlara ilişkin erteleme yasağının, ...aynı hukuki durumda bulunan kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özellikleri dikkate alınarak hükmolunacak cezanın şahsileştirilmesi imkânını ortadan kaldırdığı ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilerek, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür."¹⁶¹

Anayasa Mahkemesi 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararında¹⁶² özet olarak; "Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Ancak, askeri ceza hukuku alanında da suç ile suça karşılık gelen yaptırımlar ve tedbirler arasında makul, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir" şeklinde bir gerekçe ile AsCK 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Askerî Ceza Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'nın 2.'inci maddesine aykırı olduğundan iptaline karar vermiştir.¹⁶³

Bu karar sonucu daha önce AsCK 47/A maddesinde yer alan istisna hükmü gereği ertelenmesi, para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmesi mümkün olmayan AsCK Üçüncü Bap Dördüncü Faslında yer alan askerî suçlardan biri olan AsCK 81'inci maddesinden ceza alan suç faillerinin cezalarının şartları varsa; ertelenmesi, para cezası ya da tedbirlerden birine çevrilmesi artık mümkündür.

Yine bir diğer hususta AsCK 81'deki suçun kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilmeyeceği hususudur. AsCK Ek 8/2'inci fıkrasında; "Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz" hükmü yer almaktaydı.

¹⁶¹ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

¹⁶² RG: 23 Ocak 2013 tarih S:28537.

¹⁶³ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

Bu fıkra da, Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı aynı kararına konu edilerek yukarıdaki aynı gerekçe ile “sırf askeri suçlar ile 1632 sayılı Kanun’un üçüncü babının dördüncü faslında düzenlenen suçlarla ilgili olarak hükmolunacak cezalar hakkında 5237 sayılı Kanun’un kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı(ndan);... Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.” Nitekim Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2’inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiğine karar vermiştir¹⁶⁴

Bu karara göre AsCK 81’inci maddesinden ceza alan suç faillerinin cezalarının şartları varsa; kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi artık mümkündür.

AsCK Ek Madde 10/son fıkrasında; “Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231’inci maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları uygulanmaz” hükmü yer almaktaydı.

Yine bu fıkra da Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararına aynı gerekçe ile konu edilerek, “1632 sa-

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararının gerekçesinde özetle: “5237 sayılı Kanun’un 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak adlandırıl(dığı); 50. maddenin birinci fıkrasında ise kısa süreli hapis cezası yerine uygulanabilecek seçenek yaptırımlar gösterilerek bu konuda hâkime takdir yetkisi tanın(dığı), Kanun’un 50. maddesi gereğince kısa süreli hapis cezalarının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesine, en az iki yıl süreyle bir eğitim kurumuna devam etmeye, belirli yerlere ya da belirli etkinliklere katılmaktan yasaklanmaya, ilgili ehliyet ya da ruhsatın geri alınmasına veya belirli meslek ya da sanatı yapmaktan yasaklanmaya yahut kamuya yararlı bir işte çalışmaya çevrilebilmesi imkânı bulun(duğu), İtiraz konusu kural, kısa süreli hapis cezasına mahkum olan sanıkların toplum içinde özgürlükleri kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, toplumla sosyal bağları koparılmadan ve hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmelerine engel teşkil etmekte ve sanıklarda gözlenen iyi halin ve pişmanlığın değerlendirilememesi sonucunu ortaya çıkar(dığı), Sonuç olarak kısa süreli hapis cezasına mahkum olan sanıklar yönünden seçenek yaptırımlara çevrilme yasağı öngören itiraz konusu kuralın, 1632 sayılı Kanun’un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu, Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerek(tiğine)” karar vermiştir. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

yılı Kanun'da düzenlenen suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin beş ile ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kuralların uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı(ndan) ..kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür." Nitekim Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2'inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiğine karar vermiştir.¹⁶⁵

Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, AsCK 81'inci maddesinden yargılanan suç faillerinin cezaları hakkında şartları varsa CMK 231. maddesinin beş ile ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kural artık geçerli olacaktır.

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararının gerekçesinde özetle: "...Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu günümüzde Batı Avrupa ülkelerinin çoğunun ceza mevzuatında yer alan bir kurumdur. Özellikle 1950'li yıllardan sonra Kıta Avrupası ceza hukukuna girmiş olan bu kurum, ilk olarak Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu kurum, yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması esasına dayanır. Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geriye bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Tabii tutulduğu denetim süresi içinde davranışları olumlu bulunduğu takdirde sanık için bir mahkumiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan sanık, hükümlü olma süreci dışında çıkarılmaktadır. Sanıkların toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve topluma normal bireyler olarak tekrar kazandırılması kurumun temel amaçlarından...1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlara ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesine engel teşkil eden itiraz konusu kuralın, askeri yargının özellikleri dikkate alınarak askeri yargı sisteminde uygulanan askeri disiplinin tesisi amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, aynen erteleme ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar gibi hükmün ve cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biridir. İtiraz konusu kuralla, askeri disiplinin tesisi gerekçesiyle suçların işleniş şekli, ağırlığı ve korunan hukuki menfaat gibi hususlarda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen tüm suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamaması, ceza adaleti ile güdülen amaca uygun olmadığı gibi cezanın kişiselleştirilmesinde hâkime tanınan takdir hakkını da ortadan kaldırmaktadır. Sonuç olarak iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılan sanıklar açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasına engel olan itiraz konusu kural, 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir." <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

VI. SUÇA İLİŞKİN MUHAKEME ŞARTLARI

AsCK, savaş zamanı dışında, barış zamanı sadece asker kişilere uygulanabilmektir.¹⁶⁶ Nitekim bu husus “Barış zamanında sivil kişilerin Askerî Ceza Kanunu’na tabi suçlarında yargılama merci” başlıklı AsYUK 13’üncü maddesinde; “Askerî Ceza Kanunu’nun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131’inci maddelerinde yazılı suçlar, askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Ancak daha önce 353 sayılı Kanunun 12’inci madde düzenlemesinde, sivillerle askerlerin müştereken işlediği AsCK’na tabi suçlarda sivillerin istisnai olarak askeri mahkemelerde yargılanmasına ilişkin; “Askerî mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi hâlinde, eğer suç Askerî Ceza Kanunu’nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere; eğer suç Askerî Ceza Kanunu’nda yazılı olmayan bir suç ise, adliye mahkemelerine aittir” şeklinde bir düzenleme yer alıyordu.

Ancak, 09.07.2009 tarihli ve 27283 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5918 sayılı “Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un 6’ncı maddesi ile, 5271 sayılı CMK’nın “Görev” başlıklı 3’üncü maddesine; “Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askerî Ceza Kanunu’nda veya diğer kanunlarda yer alan askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçu tek başına veya asker kişilerle iştirak halinde işlemesi durumunda asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet savcuları, kovuşturmaları adli yargı mahkemeleri ta-

¹⁶⁶ “Anayasa’nın “Mahkemelerin Kuruluşu” başlıklı 142’nci maddesinde; “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” şeklinde olduğu, 12.09.2010 tarihindeki referandumla kabul edilerek yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucunda Anayasa’nın “Askerî Yargı” başlıklı 145’inci maddesinde; “Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür. Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz. Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir...” hükümlerine yer verilmiştir.

rafından yapılır” şeklinde düzenleme içeren 2’nci fıkra eklenmiş, Anayasanın 145’inci maddesinde ve *CMK’nın 3’üncü maddesine* yapılan bu son düzenlemeler ile 353 sayılı Kanun’un 12’nci maddesinin kısmen değiştirilerek örtülü olarak yürürlükten kaldırılmıştır. Nitekim Askeri Yargıtay’da kararlarında da bu husus doğrulanmıştır.¹⁶⁷

Daha sonra 353 sayılı Kanunun, “*Müşterek suçlar*” başlıklı 12’nci maddesi; Anayasanın 145’inci maddesinde yapılan düzenleme ile 353 sayılı Kanunun 12’nci maddesinin kısmen değiştirilerek örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı ancak değiştirildiğine ilişkin herhangi bir yasa işleminin olmadığı, halihazırda yürürlükte olan madde metninin üst norm niteliğinde olan Anayasanın 145’inci maddesine aykırı olması halinin yorumla giderilemeyeceği değerlendirilmesiyle, sözkonusu madde hükmü Anayasa Mahkemesinde iptale konu olmuş ve Anayasa Mahkemesi bu maddenin “*eğer suç Askerî Ceza Kanunu’nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere*” ifadesinin Anayasanın 145’inci maddesine aykırı olması sebebiyle bu bölümün iptaline, kalan bölümünün de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptaline, 353 sayılı Kanun’un 12. maddesinin iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün kararın resmi gazetede yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine, 20.9.2012 gününde oybirliğiyle

¹⁶⁷ Nitekim Askeri Yargıtay, “...Anayasanın 145’inci maddesinde ve *CMK’nın 3’üncü maddesine* yapılan bu son düzenlemeler ile 353 sayılı Kanun’un 12’nci maddesinin kısmen değiştirilerek örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı, bu bağlamda, barış zamanında;1) Sivil kişiler tarafından işlenen suçlar bakımından, suçun askerî bir suç olup olmadığına ve asker kişiler ile müştereken işlenip işlenilmediğine bakılmaksızın, askerî mahkemelerin görevinin sona erdiği, 2) Askerî mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi hâlinde, eğer suç Askerî Ceza Kanunu’nda yazılı bir suç ise; sivil kişilerin yargılanmalarının adliye mahkemelerine, asker kişilerin yargılanmalarının askerî mahkemelere ait olduğu,3) Müşterek işlenen suç Askerî Ceza Kanunu’nun da yazılı olmayan bir suç ise, hem sivil kişiler bakımından ve hem de asker kişiler bakımından, değişiklikten önce olduğu gibi adliye mahkemelerinin görevli olduğu (nun) kabul edil(diği) (Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 25.11.2010 tarihli ve 2010/117-114 sayılı ile 04.02.2010 tarihli ve 2010/12-10 E.K.sayılı, As.Yrg. 4’üncü Dairesinin 28.09.2010 tarihli ve 2010/2233-2216 E.K. sayılı kararları(nın) da bu doğrultuda”) olduğu açıklanmıştır. Bkz.As.Yar.1D., 09.03.2011, 2011/0221-0216 EK. (TSK Net)

karar vermiştir.¹⁶⁸ Bu karardan sonra artık AsCK 81'in sivil şahıs suç failleri açısından kesin olarak askeri mahkemelerde yargılanması söz konusu değildir.

Yine burada bahsedilmesi gereken bir durumda 353 Sayılı AsYUK'un 10/C bendindeki düzenlemenin iptaline ilişkindir. Zira bahse konu düzenlemeye göre, daha önce; *“Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel”* in bu kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı ve askeri yargıya tabi olacağı hükmü yer almaktaydı.

Ancak bu bend Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2'nci Dairesinin İçen-Türkiye No: 45912/06 kararı da dikkate alınarak Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih 2012/45-125 Esas Kararı,¹⁶⁹ ile Anayasaya aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. Aslında aynı şekilde aynı madde-nin D bendinde *“Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler”* inde sivil şahıs kapsamında olmasına rağmen¹⁷⁰ iptali istenen maddenin sadece AsYUK 10/C bendi olması nedeniyle sadece bu bent iptal olmuştur. Ancak Askeri Yargıtay kararları gözönüne alındığında, halen yürürlükte olan AsYUK 10/D bendinde, sivil şahıs statüsünde olan işçilerinde AsCK 81/2 suçun suç ortağı olmaları halinde yine sivil yargı mercilerinin görevli olacağı değerlendirilmektedir.

¹⁶⁸ Anayasa Mahkemesinin 20.09.2012 tarih ve 2012/80-122 EK. RG: 01.12.2012 tarih ve Sayı:28484. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121201.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121201.htm> (24.01.2013)

¹⁶⁹ RG: 01.12.2012 tarih Sayı:28484.

¹⁷⁰ *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1'inci maddesinde belirtilen adli yargılanma hakkı, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde doğrudan düzenlenmiş ve bu ilkeyi destekleyici hükümler ve hukuk sistemimizin işleyişi ve bütünlüğü açısından, , 353 sayılı Kanun'un 10/C-D maddeleri, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 3 ncü maddesinin 1 nci fıkrasındaki “Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel” ibaresi, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 3 ncü maddesinin 2 nci fıkrasının Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 145'inci maddelerine aykırılık oluşturduğu anlaşılmış ise de; Anayasamızın, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlıklı 152 nci maddesinde bir davaya bakmakta olan mahkemenin davada uygulanacak bir kanun yada kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin Anayasaya aykırılığını ileri sürebileceğinin belirtilmesi karşısında, müsnet davada uygulanacak Kanun hükmününün 353 sayılı Kanun'un 10/C maddesi olması sebebiyle 353 sayılı Kanun'un 10/C maddesinin Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 145'inci maddelerine aykırılık oluşturması nedeniyle, bu fıkranın iptali istemiyle T.C. Anayasasının 152 nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, gerekçeli kararın ve dava dosyasının onaylı suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.”*

AsCK 81/1'deki suç faillerinin bir sivil şahıs olabileceği mümkün olduğu gibi AsCK 81/2'deki suç ortaklarının da bir sivil şahıs, MSB'lığı veya TSK kadrolarında görevli devlet memuru ya da askeri işyerlerinde çalışan bir işçi olması mümkündür. Yukarıdaki açıklamalara göre, sivil şahıs olan suç failleri ya da sivil şahıs suç ortakları sivil mahkemelerde yargılanacaktır. Bu yargılamada yargılama merci, AsYUK 13'üncü maddesi kapsamında yer alan suç tiplerinden biri olan AsCK 81'inci maddesine göre, suç failleri hakkında karar verecektir.

Burada suçun müşterek olarak işlenmesi halinde en büyük zorluk, müşterek faillerden birinin asker diğeri sivil şahıs olmaları halinde aynı konuda biri sivil diğeri askeri mahkemede yargılama yapacak mercilerden içtihat farklılıklarından dolayı farklı kararlar çıkma olasılığıdır. Bu durumun sanıklar ya da suç ortaklarının mağduriyetlerine yol açan hukuki sorunlara neden olma ihtimali kanaatimizce mümkündür. Zira AsCK 81/1'deki suç oluşmadan 81/2'deki suç ortaklarının suçu da oluşmayacaktır. Bu husus gözönüne alındığında suç ortağını yargılayacak yargılama merciinin, diğeri mahkemenin kararını *bekletici mesele* yapması uygun olacaktır. AsCK 81/1'den hüküm kuran mahkeme kararının kesinleşmesi durumunda ise bu karar artık diğeri mahkeme bakımından kendi içtihatlarına aykırı olsa da bağlayıcı olacaktır. Her iki yargı merci arasındaki içtihat farklılıklarının ise suç failleri açısından *adil yargılanma ilkesini* zedeleyici bir durum oluşturabileceği ve mağdur olan kişilerin anayasa şikayeti yoluyla bu durumu Anayasa Mahkemesine götürebilecekleri değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Devletin kendi varlığını koruması ve devam ettirmesi zorunluluğunun bir sonucu olarak orduya ve milli savunmanın düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁷¹ Bir ordunun varlığı ise "*hazır bulunmak*" ve "*emre itaat etmek*" gibi iki önemli yükümlülüğün bir arada bulunmasını gerektirmektedir.¹⁷² 4551 sayılı kanunun genel gerekçesinde, "*Askerlik görevinden kurtulmak isteyen suçlular etkili bir şekilde cezalandırılmadıkları takdirde, suç işleme temayülünde bir artış olduğu ve disipli-*

¹⁷¹ Erman, s.1.

¹⁷² Sahir Erman, "*Askeri Yargı*", Askeri Adalet Dergisi, Yıl:22, S.90, Mayıs-1994, s.6-7.

*nin bozulduğu(nun) gözlen(diği)*¹⁷³ açıklanmıştır. Bizimde katıldığımız bu açıklamaya karşılık, Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı iptal kararları ile AsCK 81'deki suç faillerinin cezalarının şartları varsa artık ertelenmesi, para cezası ya da tedbirlerden birine çevrilmesinin suç failleri için etkili bir cezalandırmadan çok uzak aksine ordu içindeki disiplini zedeleyici bir karar olduğu değerlendirilmektedir.

Özellikle Kanunkoyucunun, bu maddeye ilişkin olarak seferberlik haline ilişkin ek bir düzenlemeye yer vermesinin ayrıca uygun olacağı kanaatindeyiz.

Her iki yargı merci arasındaki yukarıda açıklanan içtihat uyumsuzlukları yanında, görev uyumsuzluklarının da çözümlenmesi bakımından yargı birliğine gidilmesi, askeri yargının adliye mahkemeleri içinde sivil yapısı ile, asker ve sivil kişilerin müştereken işlediği askeri suçlar dahil, sadece asker kişilerin askeri suçlarını yargılayan bir ihtisas mahkemesi olarak yapılandırılmasının uygun olabileceği düşüncesindeyiz.

KAYNAKLAR

- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2011.
- Bakıcı Sedat, Yalvaç, Gürsel, Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.2, Ankara, 2008.
- Bal Kemal, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar, Ankara 2002.
- Çelen Orhan, Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 2001.
- Demirağ Fahrettin, Askeri Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000.
- Dönmezer Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13.Bası, İstanbul 1990.
- Ergül Ergün, Uygulamada Yoklama Kaçağı Bakaya ve Saklı Suçları, Ankara 1997.

¹⁷³ Bu açıklama için 22/03/2000 tarihli 4551 Sayılı Kanunun Genel Gereğçesine bkz. [http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm.\(23/08/2012\)](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm.(23/08/2012))

Erman Sahir, "Askeri Yargı", Askeri Adalet Dergisi, Yıl:22, S.90, Mayıs-1994.

Erman Sahir, Askeri Ceza Hukuku, İstanbul, 1983.

Erman Sahir - Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar), İstanbul 1992

Kangal Zeynel T., Askeri Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2012.

Malkoç İsmail, Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara-1990.

Özbakan Hulusi, Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 1990

Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Üçüncü Bası, Ocak 2006.

Parlar Ali, Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3.Cilt, 3.Baskı, 2010.

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA CEZA VERİLMESİNE YER OLMADIĞI KARARI

DECISION OF NO NEED FOR IMPOSING CONVICTION IN PENAL PROCEDURE LAW

Erkan ŞENSES*

*“İlkeli ve özgürlükçü tavrıyla örnek aldığım
Av. Sedat Özevin’in aziz hatrasına”*

Özet: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan kurumların hukuki niteliklerinin değişmesi hüküm kavramının da içeriğini değiştirmiştir. Bu nedenle kanunkoyucu da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223 ncü maddesinde hüküm çeşitlerini ayrıntılı bir şekilde yer düzenlemiştir. Çalışmamızın konusu olan ceza verilmesine yer olmadığı kararı da ayrıntılı şekilde düzenlenen hükümlerdendir. Çalışmamızda 5271 Sayılı Kanun’da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilen haller kanun sistematığı çerçevesinde anlatılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı, Kusuraşlılık, Yaş Küçüklüğü, Akıl Hastalığı, Sağır ve Dilsizlik, Etkin Pişmanlık, Karşılıklı Hakaret.

Abstract: 5237 Turkish criminal code of the institutions changed and involved the modified legal qualifications. The subject matter of this study concerns an institution namely “no need for imposing conviction” which is one of the regulated provisions in detail in the Penal Code. In this study, the circumstances which require no need for imposing conviction under the Law no.5271 are dealt with within the framework of the said Law’s methodology.

Keywords: Decision of No Need for Imposing Conviction, Culpability, Underage, Mental Disorder, Being Deaf and Deaf, Effective Repentance, Defamation

* Avukat, Batman Barosu

1. Genel Olarak

Muhakemenin amacı gerçeğe ulaşmaktır. Ceza muhakemesinde ise amaç maddi gerçeğe ulaşmak olarak ortaya çıkmaktadır¹. Maddi gerçek muhakeme sonucunda verilecek hükümlerle kendini gösterebilir. Maddi gerçeğe ne derece ve nasıl ulaşıldığı ise hükmün incelenmesiyle anlaşılır².

Ceza muhakemesinde delillerin ortaya konulması ve tartışılmasından sonra, "hükümden önce son söz hazır bulunan sanığa verilir" (CMK m. 216/3). Sanıktan son sözü sorulduktan sonra, mahkeme, duruşmada ortaya konulup tartışılmış delillerden edineceği kanaate göre, yalnız iddianamede atılı suça ve bu suç şüphesi altında bulunan sanığa özgülenecek bir hüküm kurmak üzere müzakereye çekilir³.

¹ "Ceza yargılamasının amacı hiçbir kuşkuyla yer bırakmaksızın maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır..." YCGK, 19.04.1993, 6-79/108, karar için bkz. Bahri, Öztürk, "Yeni CMK' da Delil Yasakları", Uğur Alacakaptan' a Armağan, İstanbul 2008, s. 600; Nur, Centel/Hamide, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008, s. 5: Yazarlara göre ceza muhakemesinin amacı zaman içinde değişmiş ve gelişmiştir. Sözkonusu gelişme tarihi üç aşamadan geçmiştir. Bu aşamalar, suçlunun cezalandırılması aşaması, sanığın korunması aşaması ve maddi gerçeğin araştırılması aşamasıdır; Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008, s. 25: Yazarlara göre de, ceza muhakemesinin amacı zaman içinde değişmiş ve gelişmiştir. Sözkonusu gelişme tarihi üç aşamadan geçmiştir. Bu aşamalar, suçlunun cezalandırılması aşaması, sanığın korunması aşaması ve maddi gerçeğin araştırılması aşamasıdır. Ancak ceza muhakemesinin ikincil nitelikte olan bazı amaçlarının da olduğunu belirtmektedirler. Bunlar ise maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, demokratik hukuk devleti ilkelerinin yerine getirilmesinin sağlanması ve hukuk barışının sağlanması amaçlarıdır; Yener, Ünver, "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", CHD Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2006, Sayı 2, s. 105: Ünver' e göre, Türk öğretisinde çoğunlukla ifade edilen aksine, maddi gerçeğin araştırılması ceza muhakemesinin tek hedefi olmayıp, maddi gerçeklik yanında hukuksal barışın tesisi ve muhafazası, bireyin özgürlük ve haklarının devlet müdahalelerine karşı korunması, infazın güvenceye alınması ve yargılamanın şekli kurallarına uygun biçimde ve hukuka bağlı bir yargılamayı sağlamak gibi hedefleri vardır, Vahit, Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010, s. 53: Bıçak' a göre ise, ceza muhakemesinin amacı sosyal düzenin korunması ile bireyin temel hak ve özgürlüklerine saygı arasında bir denge kurulması suretiyle gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktır. Jean, Pradel, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü İSİSC Kollokyumlarının Sentez Raporu, Çeviren: Sulhi, Dönmezer, İstanbul 2000, s. 46: Pradel' e göre hüküm evresi olmadan ceza davası tamamlanamaz. Adalet kesin, nihai bir hükmün yokluğunda güçsüz, çürümüş olmasa bile tamamlanmıştır.

² Koray, Doğan, "Ceza Muhakemesinde Hüküm", CHD Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2008, Sayı 7, s.171.

³ Bahri, Öztürk/Mustafa Ruhan, Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,

Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hükmün verilmesi gerekmektedir. Bunun sebebi mahkemenin, artık maddi gerçeğe ulaşmak için yapacağı başka bir işin olmadığına kanaat getirmesidir⁴. Yargıtay bu nedenle “*duruşmanın sona erdiği tefhim olunmadan hüküm kurulmasını*” bozma nedeni saymaktadır⁵.

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, hüküm çeşitleri olarak beraat, mahkûmiyet, davanın reddi, davanın düşmesi ve muhakemenin durması kararlarını saymıştır (CMUK m. 253). 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’ nun “*Duruşmanın sona ermesi ve hüküm*” başlıklı m. 223/1 hükmünde ise hükmün; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı olduğu düzenlenmiştir. Bunun yanında adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı da, kanun yolu bakımından hüküm sayılmıştır (CMK m. 223/10). 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’ nda sayılan durma kararı ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’ nda hüküm çeşitleri arasında sayılmamıştır.

2. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

a. Genel Olarak

Ceza muhakemesine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile giren bir hüküm çeşidi olan ceza verilmesine yer olmadığı kararı, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde ceza tayinine mahal olmadığı gerekçesiyle verilen beraat kararının gerekçesiydi⁶. Ceza Muhakemesi Kanunu ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının verilmesi gereken halleri iki grupta ele almıştır. Kusurunun bulunmaması nedeni ve cezasızlık halleri nedeniyle fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecektir.

Ankara 2007, s. 735: Yazar eserde, sanığa son sözün verilmesinden, müzakere ile devam edip hükmün tefhimi ile sona eren evreye ‘son karar devresi’ demektir. Ancak 5271 sayılı yasa kovuşturma evresini devrelere ayırmadığından bu tanımı çalışmamızda kullanmayı uygun görmemekteyiz.

⁴ Yener, Ünver/Hakan, Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 647.

⁵ Yarg. 6. CD, E. 2004/659, K. 2006/1440, T. 20.02.2006, (Kerim, Tosun/Çetin, Akkaya, 2006-2007-2008 İçtihatları ile Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK, Ankara 2009, s. 576).

⁶ Öztekin, Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü, İstanbul 1973, s. 159.

Sanık hakkında; 1) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, 2) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, 3) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, 4) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK m. 223/3).

İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; 1) Etkin pişmanlık, 2) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, 3) Karşılıklı hakaret, 4) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı hallerinde de sanık hakkında ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK m. 223/4).

Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde, 223 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığıнын gösterilmesi gerekir (CMK m. 230/3). Bunun nedeni kusur yokluğu nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verildiğinde, bu kararın adli sicile kaydedilmemesidir.

b. Kusurun Bulunmaması Dolayısıyla Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

aa. Yüklenen Suçla Bağlantılı Olarak Yaş Küçüklüğü, Akıl Hastalığı veya Sağır ve Dilsizlik Hali ya da Geçici Nedenlerin Bulunması

Failin fiilinden sorumlu tutulabilmesi ve neticede cezalandırılabilmesi için, failin fiilini psikolojik nitelikteki bazı koşullarla birlikte yapması gerekir⁷. Failin işlediği fiil dolayısıyla kusurlu sayılabilmesi için; failin bu fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini, davranışının hukuk düzeninde hakim olan düzeni korumayı hedefleyen bir normu ihlal ettiğini bilmesi gerekir. Kusur yeteneği anlama ve isteme yeteneği, yani kusurlu olarak davranabilme yeteneğidir⁸. Bu durumda her fiilde failin kusur

⁷ Kayıhan, İçel/A. Hakan, Evik, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2007, s. 167.

⁸ Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 2010, s. 338

yeteneğinin olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Zira failin kusur yeteneğinin bulunmaması halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

Ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesini gerektiren bu hale ilişkin düzenleme eleştirilecek olursa; öncelikle anılan bentte sayılan haller her durumda kusur yeteneğini kaldırmaz, kusur yeteneğini azaltabilir de. Dolayısıyla salt bu halin varlığı ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini gerektirmez. Örneğin 16-18 yaş arasındakiler de yaş küçüklüğü kapsamında değerlendirilir ancak bu durum kusur yeteneğini kaldırmaz sadece failin cezasında indirim yapılmasını sağlar. Aynı durum akıl hastalığında da söz konusudur. Her türlü akıl hastalığı kusur yeteneğini kaldırmaz, azaltabilir de. Bu durumda da kusur yeteneğini kalkmaz, sadece failin cezasında indirim yapılmasını sağlar. Yine sağır dilsizlikle ilgili de aynı durum söz konusudur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda kusur yeteneğini azaltan veya kaldıran haller⁹, yaş küçüklüğü (m. 31), akıl hastalığı (m. 32), sağır ve dilsizlik (m. 33) ve geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olmadır (m. 34).

aaa. Yaş Küçüklüğü

Kusur yeteneğini etkileyen hallerden olan yaş küçüklüğü Türk Ceza Kanununda üç dönem olarak düzenlenmiştir. Bunlar, 0-12 yaş, 13-15 yaş ve 16-18 yaş aralıklarıdır. Yaşın hesabında hüküm zamanı değil, fiilin işlendiği zaman kabul edilecektir¹⁰.

Türk Ceza Kanunu m. 31/1 hükmüne göre, fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu ki-

⁹ Kusur yeteneğini etkileyen haller konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 272 vd., Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008, s. 233 vd., Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s. 353 vd., Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yeni-dünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 601 vd., Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 320 vd., Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 339 vd., Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1, İstanbul 2006, s. 89 vd., Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 284 vd., Özgenç, s. 436 vd.

¹⁰ Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1997, s. 499.

şiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir¹¹.

Dolayısıyla hakkında kamu davası açılmayan 12 yaşını doldurmamış çocuk, ceza verilmesine yer olmadığı kararına konu edilemez. Kanun 13-15 yaş aralığında olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğini öngörmüştür¹² (TCK m. 31/2). 13-15 yaş aralığında olup işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişen çocuk ile 16-18 yaş aralığındaki çocuklar hakkında ise işledikleri fiil nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmez. Bu kişilerle ilgili yasadaki ceza indirimleri uygulanır. Uygulamada suça sürüklenen çocuklardan 13-15 yaş aralığında olanların, işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişimi

¹¹ Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu' nun "Koruyucu ve destekleyici tedbirler" başlıklı 5 nci maddesinin birinci fıkrasında şöyle sayılmıştır:

(1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya yönelik tedbirdir.

¹² "1.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK' nın 31. Maddesinin "Fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış olan çocukların cezai sorumluluğu yoktur" yönündeki hükmü ile aynı Kanun' un 7. maddesi nazara alınarak, kayden "24.11.1991" doğumlu olup, suç tarihi olan "16.1.2003" tarihinde 12 yaşını bitirmediği anlaşılan sanık hakkında, 5271 sayılı CMK' nın 223. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi uyarınca yaş küçüklüğü nedeniyle "kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığına" karar verilmesinde yasal zorunluluk bulunması...", Yarg. 1. CD, 03.10.2005, E. 2004/13155, K. 2005/11110, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 28.08.2010.

konusunda farik ve mümeyyiz raporları aldırılmaktadır¹³. Rapor eğer 13-15 yaş aralığındaki suça sürüklenen çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamaması yönünde çıkarsa, suça sürüklenen çocuk hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-a hükmü gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.

bbb. Akıl Hastalığı

Akıl hastalıkları da kusur yeteneğini etkileyen hallerdendir. Madde gerekçesinde bu durum şöyle açıklanmıştır: *'Akıl hastalığının varlığı durumunda, kişi işlemiş bulunduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamamakta veya işlediği fiille ilgili olarak irade yeteneği önemli ölçüde etkilenmektedir¹⁴*. Türk Ceza Kanunu akıl hastalığına da failin kusur yeteneğine ettiği etki oranında hukuksal sonuçlar bağlamıştır. Buna göre akıl hastalığı, failin işlemiş bulunduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına engel olan, işlemiş bulunduğu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltan ve işlemiş bulunduğu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede olmamakla birlikte, yine de azaltan akıl hastalığı olarak üç duruma yer vermektedir¹⁵.

Akıl hastalığının failin işlemiş bulunduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına engel olması veya işlemiş bulunduğu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltması halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecektir (TCK m. 32/1). Buna karşılık, failin işlemiş bulunduğu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede olmamakla birlikte, yine de azaltan akıl hastalığı bulunanlara ise ceza verilir, ancak bu cezada indirim gidilir (TCK m. 32/1). Öğretide faile ceza verilmesini engelleyen türden akıl hastalıklarına tam akıl hastalığı, cezada indirim gidilen akıl hastalıklarına da tam olmayan (kısmi) akıl hastalığı denilmektedir¹⁶.

¹³ Uygulamadaki farik ve mümeyyiz raporları hakkındaki eleştiriler için bkz. Aydın, Atılğan/Eylem, Ümit Atılğan, Çocuk Hakları Paradigması ve Çocuk Ceza Yargılamasına Hakim Olan İlkeler Açısından Türkiye' deki Düzenleme ve Uygulamaların Değerlendirilmesi (Rapor), Ankara 2009, s. 60 vd.

¹⁴ Cumhur, Şahin/İzzet, Özgenç, Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı, Ankara 2005, s. 126.

¹⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 370.

¹⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 370, Şahin/Özgenç, s. 126: Madde gerekçesinde akıl

ccc. Sağır ve Dilsizlik

Sağır ve dilsizlik kişilerin psikolojik gelişmesine engeldir. Duymamak, konuşmayı da imkansız kılacağından kişilerin gelişmesini olumsuz etkiler ve başkaları ile ilişki kurmalarını çok zorlaştırır. Bu nedenle sağır ve dilsizlerin psikolojik ve fikri gelişmesi, aynı yaşta bulunan normal kimselere göre geridir¹⁷. Sağır ve dilsizlik de kusur yeteneğini etkileyen hallerdendir. Ancak sağır ve dilsizliğin doğuştan veya küçük yaşta meydana gelmiş olması gerekir (TCK m. 33 gerekçesi).

Sağır ve dilsizler Türk Ceza Kanununda şöyle bir sisteme tabi tutulmuştur:

15 yaşından küçük sağır ve dilsizlerin kusur yeteneğinin bulunmadığını kabul eden Kanun; 15 yaşından küçük sağır ve dilsizlerin, 12 yaşından küçüklerin tabi olduğu hükümlere tabi olduğunu kabul etmiştir (TCK m. 33). Bu durumda 15 yaşından küçük sağır ve dilsizler hakkında işledikleri fiilden dolayı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-a gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

15-18 yaş aralığındaki sağır ve dilsizler hakkında 12-15 yaş aralığındaki küçükler hakkındaki hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla 15-18 yaş aralığındaki sağır ve dilsizin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamaması veya işlemiş bulunduğu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalması halinde sağır ve dilsiz hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-a gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Ancak 15-18 yaş aralığındaki sağır ve dilsizin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaması veya işlemiş bulunduğu fiille ilgili

hastalığının kişinin işlediği her fiil açısından algılama veya irade yeteneği üzerinde etkili olmayabileceği belirtilerek kleptomani örneği verilmiştir. Buna göre, kleptomani akıl hastası olan kişinin hafif değerdeki şeylere yönelik olarak işlediği hırsızlık suçu açısından irade yeteneğinin olmadığı söylenebilir de; bu kişinin kasten adam öldürme suçunu işlemesi durumunda, malul olduğu akıl hastalığının bu fiille ilgili olarak algılama ya da irade yeteneğini etkilediği söylenemez.

¹⁷ Erem/Danışman/Artuk, s. 509, "Sağır-dilsizlik, çağımızda eski niteliğini ve sağır dilsiz kişinin ehliyetleri bakımından ölümüne kadar noksan sayılmasını gerektiren özelliğini kaybetmiştir. Sağır-dilsizlerin de, diğer normal kişiler gibi eğitilmeleri ve ehliyetli insanlar haline getirilmeleri olanağı vardır. Bu nedenle madde, sağır-dilsizlerin sorumluluğunu yirmibir yaşına kadar sürecek bir devre bakımından düzenlemiş ve bu yaştan sonra sağır-dilsizlerin de diğer normal kimseler gibi ceza sorumluluğuna tabi tutulmaları ilkesini kabul etmiştir". TCK Madde Gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>, (Erişim Tarihi:06.12.2010).

olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmaması halinde sağır ve dilsiz hakkında kanunda ceza indirimi öngörülmüş olup, fail olan sağır ve dilsiz hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyecektir.

Kanunun 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını doldurmamış olan küçüklere ilişkin hükümleri 18 yaşını doldurmuş olup da, 21 yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanacaktır. Kanun burada ceza indirimini öngörmüş olup, fail olan sağır ve dilsiz hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyecektir.

ddd. Geçici Nedenler

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-a hükmünde, geçici nedenlerden söz edilirken, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olmadan söz edilmemiştir. Burada anılan bendin Türk Ceza Kanununda yer aldığı şekliyle düzenlenmesi gerekirdi. Nitekim Türk Ceza Kanunu m. 34 hükmünde, geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında da ceza verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Neticeten, kanun koyucunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu arasında tam bir uyum sağladığı söylenemez.

Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir (TCK m. 34/1, CMK m. 223/3-a).

Ancak, geçici nedenin yaratılmasında failin herhangi bir kusurunun bulunmaması gerekir¹⁸. Failin kusurunun bulunması halinde fail, bu hükümden yararlanamaz. Nitekim Kanunda irade olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz denilerek bu husus vurgulanmıştır (TCK m. 34/2).

¹⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 377.

bb. Yüklenen Suçun Hukuka Aykırı Fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi Suretiyle veya Zorunluluk Hali ya da Cebir veya Tehdit Etkisiyle İşlenmesi

Suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi halinde de fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir (CMK m. 223/3-b).

Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali altında işlenmesi konusunda öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Öğretilerde yer alan bir görüşe göre Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenleme şekliyle bu iki durum, kusurluluğu etkileyen haldir¹⁹. Diğer bir görüşe göre ise bir hukuka uygunluk sebebidir²⁰.

Emrin yerine getirilmesi Türk Ceza Kanunu m. 24/2 hükmünde düzenlenen bir haldir. Buna göre, yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görevi gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

Zorunluluk hali de Türk Ceza Kanunu m. 25/2 hükmünde düzenlenen bir haldir. Buna göre, gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

Cebir veya tehdit etkisiyle suçun işlenmesi halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Maddede Türk Ceza Kanunu m. 28 hükmünde düzenlenen, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez hükmünde sayılan cebir, şiddet, korkutma ve tehdit unsurlarından sadece cebir veya tehdiye yer verilmesinin uygulamada tereddütlere yol açabileceği düşüncesindeyiz.

¹⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2007, s. 641, Hakeri, 290, Mahmutoğlu, Fatih Selami, "5327 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri", Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 5, Nisan 2005, s. 51.

²⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 311, Öztürk/Erdem, 2008, s. 204, Donay, Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul 2009, s. 349.

Öğretide yer alan bir görüşe göre Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bu unsurlara yer verilmemesinin sebebi şiddet ve cebir kelimelerinin eş anlamlı olması ve korkutmanın tehdidin sonucu olmasıdır²¹.

cc. Meşru Savunmada Sınırın Heyecan, Korku ve Telaş Nedeniyle Aşılması

Türk Ceza Kanunu m. 27 hükmü meşru savunmada sınırın aşılması konusunu düzenlemiştir. Buna göre ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur. Madde metninden de anlaşılacağı üzere sınırın kasten aşılması hali korunmadan faydalanmayı getirmez aksine ceza sorumluluğunu gündeme getirir.

Türk Ceza Kanunu m. 27/1 hükmü '*ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde*' sınırın aşılmasını düzenlemişse de, öğretide sınırın aşılması halinin ancak hukuka uygunluk nedenlerinde uygulanabileceği belirtilmektedir²².

Türk Ceza Kanunu m. 27/2 hükmü ise yukarıdaki hükmün bir istisnası olarak düzenlenmiştir. Buna göre, meşru savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri geldiği durumlarda failin meşru savunma hukuka uygunluk sebebinde faydalanacağı öngörülmüştür. Bu durumda ise fail hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-c hükmü gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir²³.

²¹ İzzet, Özgenç, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 408.

²² Konu hakkında bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 339-340, Özbek/Kanbur/Bacak-sız/Doğan/Tepe, s. 392, Demirbaş, s. 308 vd.

²³ "Kız kardeşinin kocası olan sanıkla uzun zamandan beri husumeti bulunan maktulün, omzunda av tüfeği, elinde tabanca olduğu halde, saat 18.00 sıralarında, araçla eşi ve çocuğu ile birlikte evine gitmekte olan sanığın önüne çıktığı, tabanca ile sanığa ateş etmeye başladığı, maktulün elindeki tabancanın kurusıkı olduğunu bilmeyen sanığın, meşru savunma koşulları içinde, maruz görülebilecek heyecan, korku ve telaşa kapılarak, araçta bulunan kayınpederine ait ruhsatsız tabancayı aldığı, araçtan indiği, önce havaya, daha sonra da silahlı saldırının devamı sırasında, tabanca ile maktule iki el ateş ettiği, bu atışlar sonucu maktulün göğüs bölgesinden ve yüzünden isabet alarak öldüğü olayda; 5237 sayılı Yasa'nın 27/2. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı yerine, yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...", Yarg. 1. CD, T. 26.02.2008, E. 2007/5829, K. 2008/1382, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.09.2010.

Bu hükmün uygulanması için, öncelikle meşru savunma şartlarının var olması gerekmektedir. Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıya orantısız bir biçimde karşılık veren fail, orantıdaki sınırı, heyecan, korku ve telaştan ötürü aştığı bir durumda, failin kontrolünü kaybettiği, sağlıklı bir iradeye sahip olmadığı bir durum ortaya çıkmış olmaktadır. Failin bu durumunun kusurluluğunu kaldıracağı kanuni olarak kabul edilmiş bulunmaktadır²⁴.

Yargıtay konuyla ilgili verdiği bir kararda “Meşru müdafaaada sınırın aşılması konusunda failin o anda içinde bulunduğu ruh halini adil bir tarzda göz önünde tutmak lazımdır. Hakimin, failin zaruret sınırını aşma derecesini doğru olarak takdir edebilmesi için, kendisini, tecavüze uğrayan ve o anda ruh hali değişmesi icap eden failin yerine koyması gerekir. Zaruret sınırını aşma derecesi ve cezadan yapılacak indirme nisbeti, böyle bir inceleme ile tayin ve takdir olunmalıdır. Failin niyeti, failin icra tarzına ve ruh haline göre ciddi bir tehlikenin definden ziyade, kin duygusunu tatmine matuf ise, ‘zaruret sınırını’ aşma değil; ancak tahrik bahse konu olur...”²⁵ diyerek sınırın aşılması konusunda gözönünde bulundurulması gereken durumları belirtmiştir.

Meşru savunmada sınırın aşılmasıyla ilgili maddenin uygulanmasının beraberinde pek çok güçlüğü de getirdiği görülmektedir. Özellikle ceza sorumluluğunu kaldıran ve dolayısıyla hayat varlığı ve kişi özgürlüğünün birlikte değerlendirilmesi gerektiği bu gibi durumlar-

²⁴ Mahmut, Koca/İlhan, Üzülmöz, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 50.

²⁵ YCGK, 03.06.1985, 185/331, (Özgenç, s. 407), “Eşi maktulle olan geçimsizlikleri nedeniyle bir süredir annesinin evinde yaşayan sanığın, eşi maktulle konuşmak için olay günü eve çağırdığı, müşterek evlerine dönme konusunda aralarında çıkan tartışmada maktulün sanığı 3 gün iş gücünden kalacak şekilde yaraladığı, sanığın mutfağa kaçtığı, kapıyı zorlayıp içeri giren maktulün bıçakla sanığın üzerine yürüdüğü, sanığın annesi Songül’den yardım istediği, Songül’ün araya girdiği, bundan yararlanan sanığın maktulün elinden bıçağı alarak vurup öldürdüğü olayda, sanığın bıçağı almakla maktulün saldırısını sona erdirdiği, bu nedenle yasal savunma altında bulunduğu kabul edilmeyeceği, saldırının tekrar edeceğine dair delil bulunmadığı da gözetildiğinde, sanığın kendisine yapılan bıçaklı saldırı nedeniyle ağır tahrik altında suçu işlediğinin kabul edilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...”, Yarg. 1. CD., T. 15.05.2007, E. 2007/1648, K. 2007/3729, (Mehmet, Şahin, “Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 76, Mayıs-Haziran 2008, s. 326-327).

da, kavramın daha dikkatli seçilmesi gerekmektedir²⁶. Savunmada sınırın aşılması ile sınırın aşılmasının mazur görülebilecek korku, telaştan kaynaklandığı durumların tayini çok güçtür. Sınırın aşılmasında tayine yarayacak ölçütlerin psikolojik tahlilleri gerektirdiği ve bazen öldürme olaylarının sadece fail ve maktulün bulunduğu ortamlarda gerçekleştiği düşünüldüğünde sınırın aşıldığının tespiti bir yana meşru savunma koşullarının tespiti bile zordur. Bu durumun bazen haksız kararlara da yol açarak yargı kararlarına duyulan güveni zedeleyebilme olasılığı bulunmaktadır.

dd. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Hataya Düşülmesi

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenlerdir²⁷. Hata halinde failin iradesi ile gerçek arasında bir fark vardır. Yani failin iradesi ile gerçek arasında bir fark varsa kişinin hataya düştüğü kabul olunur. Ceza hukukunda hata, failin bir fiilin suç olduğunu ya da olmadığını değerlendirmesi sırasında var olabileceği gibi suçun unsurlarında da ortaya çıkabilir²⁸. Türk Ceza Kanunu m. 30/3-4 hükmüne göre; ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.

Madde gerekçesinde 'hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belir-

²⁶ Mustafa, Özen, "5237 Sayılı Ceza Kanunu' na İlişkin Eleştiriler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 65, Temmuz-Ağustos 2006, s. 207; yazara göre farklı yerlerde benzer iki olay meydana gelse, faillerden birinin cezasız kalması, diğerinin ise ceza alması mümkündür. Bu nedenle bu düzenleme yürürlükten kalkmalıdır.

²⁷ Madde gerekçesinde de, "Hükümet tasarısının 23 ncü maddesinin üçüncü fıkraya veya bendinde düzenlenen 'hukuka uygunluk nedenlerinde hata' ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki 'hukuka uygunluk nedenleri' yerine, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler' ibaresi konulmuştur" denilmiştir.

²⁸ Veli Özer, Özbek, "Türk Ceza Hukuku'nda Hata (m. 30)", CHD Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2008, Sayı: 7, s.83.

lenmesinde göz önünde bulundurulacaktır' denilerek kaçınılmaz hatanın, her olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Hatanın 'kaçınılabılır' olması konusundaki kıstas, failin somut olayın durumuna ve bilgi ve yaşam deneyimlerine göre, hataya düşmemek için gerekli bilgiyi elde edip etmediği konusunda herhangi bir çaba göstermiş olup olmadığıdır. Bu açıdan, failin kişisel özellikleri ile yaşam ve meslek çevresi, eğitim durumu, konumu ve mesleki deneyimleri de göz önünde bulundurulmalıdır²⁹.

Hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarının gerçekleştiğine ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşme konusunda öğretti, bu hatanın kastı ve kusuru kaldırdığı konusunda iki farklı görüşe sahiptir³⁰. Üçüncü bir görüşe göre ise, Türk Ceza Kanunu m. 30/3 hükmü hem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hem de kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin hem de kusurluluğu azaltan nedenlerin maddi koşullarında hatayı içermektedir³¹. Kanaatimizce de Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-d hükmünde de belirtildiği gibi hata kusuru ortadan kaldırmaktadır.

Kusurluluğu ortadan kaldırıp fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini sağlayan hata hükmü Türk Ceza Kanunu m. 30/3 hükmünde düzenlenen '*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*' hükmüdür. Örnek olarak kişi kendisine karşı cebir veya tehdit olduğunu zannederek bir suç işlese ve bu hatası da kaçınılmaz bir hata olarak kabul edilebiliyorsa kişi hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-d hükmü uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir³².

²⁹ Öztürk/Erdem, s. 269.

³⁰ Kaçınılmaz hatanın kastı kaldırdığı konusunda bkz. Özgenc, s. 426, Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2007, s. 689; kaçınılmaz hatanın kusuru kaldırdığı konusunda bkz. Demirbaş, s. 391, Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 411, Özbek, s. 90, Doğan, s. 187.

³¹ Elvan, Keçelioğlu, "Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK' nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87, Mart-Nisan 2010, s. 314.

³² Doğan, s. 187.

c. Kusurluluk Dışında Kalan Nedenlerle Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

aa. Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık, fiilin icrasını tamamlayan failin fiilin neticelerinden vazgeçerek neticeyi önlemek için çaba göstermesi durumudur³³. Etkin pişmanlık Türk Ceza Kanunu' nun '*Genel Hükümler*' kısmında düzenlenmemiş, özel hükümlerde ilgili suç tiplerinin altında düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu' nda, özel hükümlerde ilgili suç tiplerinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin bir kısmı cezada indirimine gidilmesini sağlarken bir kısmı da fail hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/4-a hükmü uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilmesine olanak sağlayan hükümlerdir. Kanunda fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilmesine olanak sağlayan hükümler şunlardır: Organ ve doku ticareti (TCK m. 93), uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti, satın alınması, kabul edilmesi veya bulundurulması (TCK m. 192), parada sahtecilik, kıymetli damgada sahtecilik, para ve kıymetli damgayı yapmaya yarayan araçlar (TCK m. 201), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 221), rüşvet (TCK m. 254) ve yalan tanıklık suçları (TCK m. 274).

Son olarak Adli Sicil Kanunu' nun 4/2-g maddesine göre, etkin pişmanlık dolayısıyla verilen kararlar da adli sicile kaydedilecektir.

bb. Şahsi Cezasızlık Nedeninin Varlığı

Şahsi cezasızlık nedeni, fiilin işlenmesi sırasında mevcut olan, belirli şahsi özellikler, haller veya ilişkiler sebebiyle failin hiç cezalandırılmaması veya cezasında indirim yapılmasını sağlayan hallerdir³⁴.

Şahsi cezasızlık nedenleri konusunda Kanun hakimlere yetki vererek, faile verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza vermektense de vazgeçilebileceğini belirtmiştir. Şahsi cezasızlık nedenleri Türk Ceza Kanunu' nun '*Özel Hükümler*' kısmında ilgili maddelerde düzenlenmiştir, Kanun sadece taksirle işlenen suçlar açısından konuyu genel

³³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 470.

³⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 2007, s. 699.

hükümler kısmında düzenlemiştir. Buna göre, taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarından altıda bire kadar indirilebilir (TCK m. 22/6). Yargıtay da verdiği bir kararda kardeşinin ölümüne taksirle sebebiyet veren bir sanık hakkında anılan maddenin uygulanması gerektiğini belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur³⁵.

Bunun dışında şahsi ceza nedenlerine örnek olarak malvarlığına karşı işlenen suçlar (TCK m. 167), yalan tanıklık (TCK m. 273), suçluyu kayırma (TCK m. 283) ile tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçları (TCK m. 284) gösterilebilir.

Yukarıda anılan durumların varlığı halinde mahkemece sanık hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/4-b hükmü gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

cc. Karşılıklı Hakaret

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/4-c hükmü '*karşılıklı hakaret*' halinde sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğini düzenlemiştir.

Hakaret, Türk Ceza Kanunu m. 125/1 hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre, bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide ede-

³⁵ "sanık K. ile ölen U.'un kardeş oldukları, aynı binada anne ve babalarıyla beraber oturup birlikte tuhafiyecilik yaptıkları, olay günü de kışlık yakacak ihtiyaçlarını sağlamak için babalarının köydeki kavak ağaçlarını kestikleri sırada devrilen gövdenin karşıdaki ağaca çarparak dört parçaya ayrıldığı, parçalardan birinin başına isabet etmesi sonucu U.'un beyin kanaması nedeniyle öldüğü, sanıktan on yaş büyük olan U.'un ölümünden sonra altı yaşındaki ikiz çocuklarının ve dul kalan eşinin ekonomik ihtiyaçlarının sanık tarafından karşılanmaya devam edildiği, Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan önemli miktardaki birikmiş borcunun da sanık tarafından üstlenildiği ve taksitle ödenmeye çalışıldığı, taksirli suç nedeniyle ortaya çıkan ölüm neticesinin diğer tüm aile fertleri gibi sanığı da ciddi bir üzüntüye sevk edip mağduriyetine yol açtığı, bu durumun ölenin eşi tarafından da ifade edilip şikayetçi olunmadığı, aile yapısı geçmişte ve halen sürdürdüğü ilişkileri ve yükümlülükleri yönünden sanığın cezalandırılmasının ölenin eşi ve çocukları bakımından da ayrıca yeni bir mağduriyete yol açacağı, bu nedenle de sanığın kişisel ve ailevi mağduriyetinin kendisine ceza verilmesini gereksiz kılacak bir düzeye ulaştığı anlaşıldığından, hakkında ceza verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi gerekirken, mahkumiyetine hükmedilmesi", Yarg. 9. CD, T. 30.12.2008, E. 2008/18994, K. 2008/14593, www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 06.09.2010.

bilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak hakaret suçunu oluşturacaktır.

Karşılıklı hakaret ise Türk Ceza Kanunu m. 129/3 hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre, hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, tarafların karşılıklı olarak, Türk Ceza Kanunu m. 125 anlamında hakaret suçunu işleme-leri gerekir. Hakaretler arasında nedensellik bağlantısının mevcut olması gerekir. Bunun dışında, ilk hakaret fiilinin hukuka aykırı olması gerekir. İlk hakaret fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir neden bulunduğu, ikinci hakaret fiili karşılık hakaret sayılmaz³⁶. Örneğin bir politikacının uygulamalarını değerlendirdiği köşe yazısında, politikacı hakkında hakaret sayılabilecek sözler kullanan gazeteciye politikacının hakaret etmesi sonucu taraflar hakkında açılan kamu davasında, gazeteci hakkında 'eleştiri hakkı, ifade özgürlüğü'³⁷ kapsamında beraat kararı verilmesi sonucu, politikacının hakareti Türk Ceza Kanunu m. 129/3 korumasından faydalanamayacak ve politikacı hakkında ceza tayinine gidilebilecektir.

Hakaretlerin aynı anda gerçekleşmiş olması zorunlu değildir. Kanun da bu konuda herhangi bir zaman aralığı koymamıştır. Kişinin huzurunda işlenen hakaret suçuna derhal karşılık verilmesi durumunda, Türk Ceza Kanunu m. 129/3 hükmü uygulanacaktır. Ancak, huzurda olmayan hakaret suçlarında karşılıklılık halinin gerçekleşebilmesi için, karşı hakaretin, hakaret öğrenildiği anda yapılmış olması gerekir³⁸.

³⁶ Nur, Centel/Hamide, Zafer/Özlem, Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, İstanbul 2007, s. 247, Veli Özer, Özbek/M. Nihat, Kanbur/Koray, Doğan/Pınar, Bacaksız/İlker, Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 525.

³⁷ "İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her 'formalite', 'koşul', 'yasak' ve 'ceza', izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır", Handyside/Birleşik Krallık, AİHM Kararı, T. 07.12.1976, Başvuru No: 5493/72, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25>, (Erişim Tarihi:24.11.2010).

³⁸ Centel/Zafer/Çakmut, 2007, s. 247, huzurda olmayan kişiler açısından hakaretin

dd. İşlenen Fiilin Haksızlık İçeriğinin Azlığı

Fiilin haksızlık içeriğinin azlığı kavramı mevzuatımıza yeni girmiştir. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu' nda düzenlenen ve fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bu halin, Türk Ceza Kanunu' nun hangi maddelerine yollama yaptığı madde metinlerinden anlaşılamamaktadır. Öğretide yer alan bir görüşe göre, anılan hükümle neyin kastedildiği belli olmayıp, hüküm kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edilmesine zemin oluşturmaya elverişlidir. Bu hükümle eğer Türk Ceza Kanunu m. 145 hükmündeki '*malın değerinin az olması*' hali kastedilmek isteniyor ise, yapılması gereken, '*fiilin haksızlık içeriğinin azlığı*' ifadesinin, örneğin, '*malın değerinin az olması nedeniyle fiilin haksızlık içeriği az ise*' ifadesiyle değiştirilmesidir³⁹.

*'İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı kavramı fiilin toplumsal uygunluğu kavramıyla birlikte değerlendirilmelidir. Şöyle ki fiilin haksızlık içeriğinin az olduğu durumda aslında failin kusur yeteneği mevcuttur ve fiili de tipe uygundur ancak fiil örf adet gereği toplumsal uygunluğa sahip olduğu için failin davranışı suç olarak kabul edilmez'*⁴⁰. Örneğin; yol kenarındaki bahçeden yemek üzere 4-5 adet elma koparılması fiilinde, yol kenarındaki bahçeden 4-5 elma koparan kişinin fiili böyledir. Kanun koyucu bu hallerde de faile hırsızlıktan ceza verilmesini uygun bulmamış ve Türk Ceza Kanunu m. 145 hükmü uyarınca fail hakkında hükmedilecek cezada indirim gidilebileceği gibi, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini de öngörmüştür.

İşlenen fiilin suç olma özelliği devam etmesine rağmen, fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren hallerden biri, Türk Ceza Kanunu m. 145 hükmünde sayılan haldir. Buna göre; hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir. Hakim önüne gelen olayda böyle bir durum varsa, fail

karşılıklı olduğundan söz edilmesinin zor olduğu konusunda bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 526.

³⁹ Metin, Feyzioğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62 Ocak-Şubat 2006, s. 59.

⁴⁰ Veli Özer, Özbek/Behiye Eker, Kazancı/Sesim, Soyer/Nihat, Kanbur/Pınar, Bacaksız/Koray, Doğan, Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı, Ankara 2005, s. 867.

hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/4-d hükmü gereği ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Ancak Yargıtay, 'malın değerinin azlığı' kavramını dar yorumlayarak 'az değerli mal'ın çoğunu alabilme imkanı varken azını alan sanıklar hakkında ceza vermekten vazgeçilebileceğini kabul etmektedir⁴¹.

SONUÇ

Hüküm konusu ceza muhakemesinin en önemli konu başlıklarından biri olup 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hükmün verileceği belirtilmekle, hüküm çeşitleri olarak beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları sayılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-a hükmünde, yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğinin düzenlenmiş, geçici nedenlerden söz edilirken, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olmadan söz edilmemiştir. Burada anılan bendin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer aldığı şekliyle düzenlenmesi gerekirdi. Nitekim Türk Ceza Kanunu m. 34 hükmünde, geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında da ceza verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

⁴¹ "5271 sayılı CMK'nın 223/2-a-b-c-d-e bent ve fıkralarında beraat kararının hangi halde verileceğinin belirlenmiş olduğu ve 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesindeki 'malın değerinin azlığı' kavramının ise 765 sayılı TCK'nın 522 nci maddesindeki 'hafif' ve 'pek hafif' ölçütleriyle her iki maddenin de cezadan indirim olanağı sağlaması dışında benzerliği bulunmadığı, 'değer azlığının' 5237 sayılı Kanuna özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu, kanun koyucunun amacı ile suçun işleniş biçimi ve olayın özelliği de gözetilmek suretiyle, daha çoğunu alma olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak da gerekiyorsa ceza vermekten vazgeçilebileceği ölçüde düşük miktarlar esas alınmak, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanmak koşuluyla uygulanabileceği ve bu maddenin cezadan indirim ya da ceza verilmesinden vazgeçilebilmeyi düzenlemesi karşısında; maddeye sevk amacının dışında yanlış anlam verilerek, yazılı şekilde beraat hükmü kurulması", Yarg. 6. CD. T. 03.12.2007, E. 2005/15961, K. 2007/13427, www.hukukturk.com, (Erişim Tarihi:17.11.2010).

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-b hükmünde “*yüklenen suçun ... cebir veya tehditle işlenmesi*” fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek hallerden sayılmıştır. Ancak anılan hükümde Türk Ceza Kanunu m. 28 hükmünde düzenlenen, karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez hükmünde sayılan cebir, şiddet, korkutma ve tehdit unsurlarından sadece cebir veya tehdite yer verilmesinin uygulamada tereddütlere yol açabileceği düşüncesindeyiz. Bunun yerine Türk Ceza Kanunu m. 28 hükmünde geçen kavramlara yer verilmesi daha yerinde olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/4-d hükmünde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek haller arasında sayılan “*işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı*” halinin, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan suçlardan hangisine atf yaptığı belirli değildir. Her ne kadar öğretilerde Türk Ceza Kanunu’nda yer alan “*malın değerinin az olması*” halinden söz edildiği belirtiliyor ise de, ceza adalet sistemi içinde böylesi muğlak ifadelere yer verilmesi hukuk düzeni açısından sonuçları bakımından sakıncalıdır. Anılan düzenleme “*malvarlığına karşı suçlarda malın değerinin azlığı*” olarak değiştirilmesi daha yerinde olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-c hükmünde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek haller arasında sayılan “*meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması*” hali uygulamada tereddütlere yol açabilecektir. Savunmada sınırın aşılması ile sınırın aşılmasının mazur görülebilecek korku, telaştan kaynaklandığı durumların tayini çok güçtür. Bu durumun bazen haksız kararlara da yol açarak yargı kararlarına duyulan güveni zedeleyebilme olasılığı bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükmümler, Ankara 2007.
- Atılğan, Aydın/Ümit Atılğan, Eylem, Çocuk Hakları Paradigması ve Çocuk Ceza Yargılamasına Hakim Olan İlkeler Açısından Türkiye’deki Düzenleme ve Uygulamaların Değerlendirilmesi (Rapor), Ankara 2009.
- Bıçak, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010.

- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt 1, İstanbul 2007.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- Donay, Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul 2009.
- Doğan, Koray, "Ceza Muhakemesinde Hüküm", CHD Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2008.
- Erem, Faruk, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Ankara 1996.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1997.
- Feyzioğlu, Metin, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62 Ocak-Şubat 2006.
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- İçel, Kayıhan/Evik, A. Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2007.
- Keçelioğlu, Elvan, "Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK' nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87, Mart-Nisan 2010.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, İstanbul 2009.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, "5327 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri", Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 5, Nisan 2005.
- Pradel, Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü İSİSC Kollokyumlarının Sentez Raporu, Çeviren: Sulhi, Dönmezer, İstanbul 2000.
- Özbek, Veli Özer, "Türk Ceza Hukuku'nda Hata (m. 30)", CHD Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2008, Sayı: 7.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, M. Nihat/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray/Tepe, İlker Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 2010.
- Özbek, Veli Özer/Kazancı, Behiye Eker/Soyer, Sesim/Kanbur, Nihat/Bacaksız, Pınar/Doğan, Koray, Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı, Ankara 2005.
- Özen, Mustafa, "5237 Sayılı Ceza Kanunu' na İlişkin Eleştiriler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 65, Temmuz-Ağustos 2006.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Gazi Şerhi, Ankara 2005.

- Öztürk, Bahri, "Yeni CMK'da Delil Yasakları", Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008.
- Şahin, Cumhuriyet/Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı, Ankara 2005.
- Şahin, Mehmet, "Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 76, Mayıs-Haziran 2008.
- Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1, İstanbul 2006.
- Tosun, Kerim/Akkaya, Çetin, 2006-2007-2008 İçtihatları ile Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK, Ankara 2009.
- Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü, İstanbul 1973.
- Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, İstanbul 1984.
- Ünver, Yener, "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", CHD Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2006, Sayı 2.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, İstanbul 2005.
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>.
- <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25>.

**AVUKATLARIN 2012 YILINDA
ELDE ETTİKLERİ GELİRLERİN
YILLIK BEYANNAME İLE BEYANI**
THE DECLARATION OF INCOMES EARNED
IN 2012 BY THE ADVOCATES WITH THE ANNUAL RETURN

İmdat TÜRKAY*

Özet: Gelir Vergisi Kanununa göre serbest meslek erbabı olan avukatların vergilendirilmesi, elde edilen mesleki kazancının öncelikle bir ön vergilendirme sistemi olan vergi tevkifatına tabi tutulması ve sonrada yıllık gelir vergisi beyannamesi vermek suretiyle olmaktadır. Ancak, avukatın bu mesleğini bir işverene bağlı olarak, onun emir ve talimatları doğrultusunda yapması durumunda elde ettiği gelir, ücret geliri sayılmakta ve vergilendirilme işveren tarafından tevkif suretiyle yapılmaktadır. Birden fazla işverenden tevkifata tabi ücret geliri elde edilmesi halinde ise belirlenen limitlerin aşılması halinde yıllık beyanname verilmektedir. Kendi nam ve hesabına işyeri açarak mesleki faaliyetini yürüten avukatların 2012 yılında elde ettikleri serbest meslek kazancı ile ücret, menkul ve gayrimenkul sermaye iratları gibi diğer gelir unsurlarına ilişkin gelirlerini topluca 1-25 Mart/2013 ayında beyan etmeleri gerekmektedir. Yıllık beyanname, bazı unsurların beyan edilen gelir tutarından indirim konusu yapılması mümkün olup, hesaplanan gelir vergisinden de yıl içinde ödenmiş olan geçici vergiler ile tevkif yoluyla kesilen vergilerin mahsup edilmesi, mahsup edilemeyen tutarların ise nakden veya mahsuben iade edilmesi mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Avukat, tam/dar mükellef, serbest meslek faaliyeti, serbest meslek erbabı, serbest meslek kazancı, vekalet ücreti, bilirkişilik ücreti, ücret geliri, gelir vergisi tevkifatı, serbest meslek makbuzu, giderler, vergiden istisna kazançlar, yıllık beyanname, geçici vergi, vergi tarifesi.

Abstract: According to Income Tax Code, the income of advocates who are self-employed is principally subject to withholding tax which is a pre-taxation system and then this income is declared with an annual income tax return. However, the income of advocate which is earned from being subject to an employer and under his/her commands and directions is regarded as a salary-wage, and the taxing of this salary-wage income is conducted by means of withholding by the employer. When the salary-wage income which is subject to withholding is obtained from more than one employer;

* Gelir İdaresi Müdürü

if the determined limits are exceeded, the annual income tax return shall be submitted. The advocates, conducting the activities in their own name and on their own behalf from their own work place, have to collectively declare their self employment income earned in 2012 along with the incomes like salaries-wages, incomes from movable investment, incomes from immovable property on March 1-25, 2013. In the annual income tax return; it is possible some factors to be deducted from the earned income and also it is possible the paid advance taxes all the year round and the withheld taxes to be offset from the calculated income tax . If there is an amount of paid or withheld tax that can not be offset, it can be refund in cash or on account.

Key Words: Advocate, full/limited taxpayer, self-employment activity, self-employed person, self-employment income, retainer, expert fee, salary-wage income, withholding of income tax, receipt of self-employment, expenses, tax-exempt earnings, annual return, advance tax, tax table.

1. Giriş

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa göre, yedi gelir unsurundan birini, birkaçını veya tamamını elde eden tam/ dar mükellef gerçek kişiler tarafından bir takvim yılı içinde elde edilen kazanç ve iratlar için Gelir Vergisi Kanununda aksine bir hüküm olmadığı sürece yıllık beyanname verilmesi gerekmektedir. Gelir Vergisi Kanununa göre, yıllık beyanname ile beyan edilecek gelirin yedi gelir unsuru; ticari kazançlar, zirai kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı ile diğer kazanç ve iratlardır.

Gelir Vergisi Kanununun 1'inci maddesinde gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılında elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarıdır şeklinde tanımlanmıştır. Gelir vergisine tabi olacak bir gelirden söz edebilmek için bazı özelliklerin mevcut olması gerekmektedir. Buna göre; gelirin şahsi olması, yıllık olması, safi olması, gerçek olması, genel olması ve elde edilmiş olması gerekmektedir. Gelir Vergisi Kanununda gelirin elde edilmesi "tahakkuk", "hukuki ve ekonomik tasarsuf" ve "tahsil" esasına bağlanmıştır. Tahakkuk esasında, gelirin mahiyet ve tutarı itibarıyla hukuken sahibi tarafından talep edilebilir olmasıdır. Hukuki tasarruf, sahibinin gelir üzerinden talepte bulunma hakkının doğuşunu ifade eder. Ekonomik tasarruf ise, ödemeyi yapacak olan

tarafından gelirin sahibinin emrine amade kılınmasıdır. Hukuki tasarruftan sonra ekonomik tasarruf gelir. Hukuki ve ekonomik tasarruf birlikte değerlendirilir. Tahsil Esası ise, gelirin nakit veya ayın şeklinde maddi bir kıymet veya gayri maddi bir servet unsuru olarak, sahibinin mal varlığına dahil olmasıdır.¹

Gayrimenkul sermaye iradında ve serbest meslek kazançlarında gelirin elde edilmesi tahsil esasına bağlanmıştır. Menkul sermaye iradında ve ücret gelirinde elde etme hukuki ve ekonomik tasarruf olanağının doğduğu anda gerçekleşmiş kabul edilir. Değer artış kazançlarında tahakkuk esasının uygulanması mümkün olmakla birlikte, devamlılık göstermeyen bu faaliyetlerle ilgili tahsil esasının benimsenmesi uygulama kolaylığı sağlamaktadır. Arızı kazançlarda ise elde edilen ya da tahsil edilen hasılat üzerinden vergileme yapılması öngörüldüğünden tahsil esası geçerli bulunmaktadır.

Beyanı gereken gelirlerin yıllık beyannameye toplanması zorunlu olup, serbest meslek erbabı olan avukatların serbest meslek faaliyeti sonucunda elde edilen kazançlarının yıllık beyanname ile beyan edilmesi gerekmektedir. Ortaklık şeklinde faaliyette bulunan serbest meslek erbablarının vergilendirilmesinde ise, ortaklığa (adi ortaklığa) bağlı çalışan ortakların serbest meslek faaliyeti neticesinde elde ettiği kazancın serbest meslek kazancı olarak kabul edilmesi ve ortaklığa bağlı çalışan ortakların serbest meslek faaliyeti neticesinde elde ettikleri kazançlarından dolayı ayrı ayrı gelir vergisi beyannamesi vermesi gerekmektedir. Gelir Vergisi Kanununa göre, serbest meslek kazançları tevkif suretiyle ön bir vergilendirilmeye tabi tutulmakta olup, nihai vergi ise mükellefin beyanı üzerine alınmaktadır. Tevkifat uygulamasında serbest meslek kazancının devamlı veya arızı nitelikte olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Bu çalışmada, avukatlar tarafından 2012 yılında elde edilen ve yıllık beyannameyle beyan edilecek/beyan edilmeyecek serbest meslek kazançları ve ücret geliri ile gelir vergisinden istisna edilen serbest meslek kazançları, kazancın beyan edilmesi halinde serbest meslek kazancının tespiti, arızı olarak elde edilen serbest meslek kazançlarının vergilendirilmesi ile yıllık beyannameden indirim konusu yapılacak

¹ İmdat TÜRKAY, Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Mayıs/2012 Ankara, S.27

unsurlar örnek olaylar çerçevesinde incelenecektir. Ayrıca, avukatların serbest meslek kazancının yanında elde ettikleri ücret geliri, mesken ve işyeri kira geliri ile menkul sermaye iradının da elde edilmesi durumunda yıllık beyanname beyan edilecek gelir tutarının ne şekilde tespit edileceği hususları incelenecektir.

2. Serbest Meslek Faaliyeti ve Unsurları

Gelir Vergisi Kanununa göre serbest meslek faaliyeti; sermayeden çok şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari niteliği olmayan işlerin işverene bağlı olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır. Buna göre, bir faaliyetin serbest meslek faaliyeti olup olmadığı faaliyetin;

- *Sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa (uzmanlığa) dayanması,*
- *Bir işverene bağlı olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması,*
- *Devamlı olması,*

unsurlarını taşıyıp taşımadığına bağlı bulunmaktadır. Bu unsurlar aynı zamanda serbest meslek kazancı ile ticari kazanç, ücret ve arızı olarak yapılan serbest meslek faaliyetinin de sınırlarını belirlemektedir.

3. Serbest Meslek Erbabının Tarifi

GVK'nın 66'ncı maddesinde, serbest meslek faaliyetini mutat meslek halinde ifa edenlerin serbest meslek erbabı olduğu; serbest meslek faaliyetinin yanında meslekten başka bir iş veya görev ile devamlı olarak uğraşılmasının bu vasfı değiştirmeyeceği belirtilmiştir. Buna göre, bir kimsenin serbest meslek erbabı olabilmesi için hem serbest meslek faaliyetinde bulunması hem de bu faaliyeti mutat meslek halinde yapması gerekmektedir. Buna göre, kendi nam ve hesabına, mutat meslek halinde faaliyette bulunan avukatlar serbest meslek erbabıdır. Serbest meslek faaliyetinin yanında başka bir iş veya görev ile devamlı olarak uğraşılması, yapılan faaliyetin vasfını değiştirmez. Dolayısıyla, serbest meslek erbabı olan bir kimse, aynı zamanda ticari kazanç sahibi veya ücretli de olabilmektedir. Bu durum onun serbest meslek erbabı olma niteliğini değiştirmeyecek ve her gelir unsuru ayrı ayrı tespit edilip, ona göre değerlendirilecektir.

Örnek 1: Avukat Bay (A)'nın, bir hizmet sözleşmesine bağlı olarak günde 3 saat çalıştığı bir şirkette elde ettiği gelir ücret, günün diğer zamanlarında kendi ofisinde yaptığı avukatlık faaliyetinden elde ettiği gelir ise serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyetinin yanı sıra ücret geliri elde etmesi avukatın serbest meslek erbabı olma vasfını değiştirmeyecektir.

Serbest meslek faaliyeti için gerekli olan mesleki bilgisi ve ihtisası olmayanlar, bilgi ve ihtisas sahibi kişileri bir araya getirerek bunları örgütledikleri veya sermaye sağladıkları için veya diğer nedenlerle serbest meslek kazancından pay alıyorlarsa, bunlar da serbest meslek erbabı sayılacak ve bu kazançları serbest meslek kazancı olarak vergilendirilecektir.

Örnek 2: Avukat olmadığı halde, belli sayıdaki avukatı bir araya getirerek teşkilatlandıran, bunlara sermaye yardımında bulunan ve müşteri temin eden kişinin bu faaliyetten hisse alması halinde bu kişi serbest meslek erbabı sayılmaktadır.

4. Tam/Dar Mükellef Serbest Meslek Erbabı

Gelir Vergisi Kanununun 85'inci maddesi gereğince serbest meslek erbabları mesleki faaliyetlerinden kazanç temin etmemiş olsalar bile, yıllık beyanname verirler. Serbest meslek kazançları, tevkif suretiyle ön vergilendirmeye tabi tutulmakta olup, nihai vergi ise mükellefin beyanı üzerine alınmaktadır.

Tam Mükellefiyet: Tam mükellef serbest meslek erbablarının telif kazançları dışında elde ettikleri serbest meslek kazançları için yıllık beyanname verilmesi zorunludur. Tam mükellef gerçek kişinin geliri GVK'nın 18'inci maddesinde sözü edilen telif kazançlarından ibaret olması durumunda, bu gelirler hiçbir şekilde beyan edilmez, diğer kazançlar nedeniyle beyanname verilmesi halinde de beyannameye dahil edilmez. Ancak, bu gelirler üzerinden gelir vergisi tevkifatı yapılır.

Dar Mükellefiyet: Dar mükellef serbest meslek erbabı, tevkif suretiyle vergilendirilmiş olan serbest meslek kazancını tutarı ne olursa olsun yıllık beyanname ile beyan etmeyecektir. Dar mükellefiyette tevkif suretiyle vergilendirme nihai vergi olarak kabul edilmektedir. GVK'nın 86/2'nci maddesinde yer alan hüküm gereğince dar mükellef

lefler, tamamı Türkiye’de tevkif suretiyle vergilendirilmiş olan serbest meslek kazançları için yıllık beyanname vermeyecekler ve diğer gelirleri için beyanname vermeleri halinde de bu gelirlerini beyannameye dahil etmeyeceklerdir.²

Dar mükellef serbest meslek erbabının sürekli olarak yaptığı serbest meslek faaliyetinden elde ettiği serbest meslek kazancı, tevkif suretiyle vergilendirilmemişse (basit usulde vergilendirilen ticaret erbabına yapılan serbest meslek faaliyeti nedeniyle tahsil edilen bedeller gibi) yıllık beyanname ile beyan edilecektir. Dar mükellef serbest meslek erbabının arızı olarak yaptığı serbest meslek faaliyetinden elde ettiği mesleki kazancı, tevkif suretiyle vergilendirilmemişse münferit beyanname ile beyan edilecektir.³

5. Serbest Meslek Kazancı

Her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır. Tahkim işleri dolayısıyla hakemlerin aldıkları ücretler ile kollektif, adi komandit ve adi şirketler tarafından yapılan serbest meslek faaliyeti neticesinde doğan kazançlar da, serbest meslek kazancıdır. Serbest meslek faaliyetinin bir işverene tabi olarak yapılması halinde, elde edilen gelir serbest meslek kazancı değil, ücret geliri olmaktadır.

6. Serbest Meslek Kazancı-Ücret Ayırımı

GVK’nın 61’inci maddesine göre ücret; işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir. Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (Mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez. GVK’nın 61’inci maddesinde aşağıda yer alan bazı ödemeler de ücret sayılmıştır.

² İmdat TÜRKAY, Gelir Vergisinde Gelir Unsurlarına Göre Tam/Dar Mükellefiyete Vergilendirme, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog, Kasım/2012, S:295

³ Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Beyanname Düzenleme Kılavuzu 2012, S.148

- *Evvence yapılmış veya gelecekte yapılacak hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatler,*
- *Türkiye Büyük Millet Meclisi, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile özel kanunlarına veya idari kararlara göre kurulan daimi veya geçici bütün komisyonların üyelerine ve yukarıda sayılanlara benzeyen diğer kimselere bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler,*
- *Yönetim ve denetim kurulları başkanı ve üyeleriyle tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler,*
- *Bilirkişilere, resmi arabuluculara, eksperlere, spor hakemlerine ve her türlü yarışma jürisi üyelerine ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler,*

Aynı Kanununun 62'nci maddesinde ise işverenler, hizmet erbabını işe alan, emir ve talimatları dahilinde çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. Bu hükümlere göre, bir ödemenin ücret olarak kabul edilebilmesi ve buna göre vergilendirilebilmesi için hizmet erbabının;

- *Bir işverene tabi ve onun göstereceği işyerinde çalışması,*
- *İşverenin emir ve talimatı dahilinde hizmet görmesi ve,*
- *Hizmet karşılığında para veya para ile temsil edilebilen bir menfaat elde etmesi, gerekmektedir.*

İşverenler tarafından yapılan bir ödemenin gerçek usulde elde edilen bir ücret olarak değerlendirilebilmesi için yukarıda belirtilen bu üç temel şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan herhangi birinin olmaması, elde edilen gelirin ücret olma vasfını etkilemektedir. Serbest meslek kazançlarında emek; bir işverene tabi olmaksızın, şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına değerlendirilmektedir. Bir işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışılması halinde ise elde edilen gelir ücret kabul edilmektedir. 221 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinde⁴ ücret-serbest meslek kazancı ayırımının önemi ve vergilendirilmesine ilişkin kriterler ayrıntılı olarak açıklanmış bulunmaktadır.

⁴ 19.02.1999 tarih ve 23616 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anılan Genel Tebliğde, serbest meslek faaliyetinin bir hizmet akdi kapsamında bir işverene tabi ve bir işyerine bağlı olarak sürdürülmesi halinde elde edilen gelirin ücret olarak vergilendirileceği, bu durumdaki bir mükellefin defter tutma, makbuz düzenleme, katma değer vergisi ve geçici vergi yükümlülüklerinin söz konusu olmayacağı belirtilerek; gelir vergisi beyannameyi verme yükümlülüğünün ise GVK'nın ücretlerin vergilendirilmesine ilişkin hükümlerine göre yerine getirileceği açıklanmıştır.⁵

Örnek 3: Avukat Bayan (A)'nın bir şirkette sigortalı olarak çalışmasından dolayı elde ettiği gelir ücret geliri, aynı avukatın çalıştığı şirket haricinde üçüncü kişilere ait hukuki işlemleri takip etmek suretiyle kendine ait bürosunda çalışmasından dolayı elde ettiği kazanç ise serbest meslek kazancı olacaktır. Burada, bir işverene tabi ve onun emir ve talimatları dahilinde sözleşmeli olarak çalışan bir avukata yapılan ödemeler ücret geliri olmakta, avukatın hizmet akdine dayanmadan kendi nam ve hesabına kendine ait bürosunda çalışmasından dolayı elde ettiği gelir ise serbest meslek kazancı olmaktadır.

Ücret ile serbest meslek kazancının ayırımında esas alınacak en önemli ölçüt, iş yerine bağlılık ve işverene tabiliktir. İş yerine bağlılıktan maksat, kendisine ait olmayan bir organizasyonun işyerinde çalışmasıdır. İşverene tabilikten maksat ise, işverenin hizmetli üzerinde hiyerarşik bir kontrol ve yaptırım uygulama hakkının bulunup bulunmamasıdır. Ücret-serbest meslek kazancı ayırımının önemi, vergilendirme ile ilgili ödevlerin yerine getirilmesinde ortaya çıkmaktadır.

• Avukatların elde ettiği bilirkişilik ücretinin durumu

Serbest meslek faaliyeti dışında mahkemelere yapılan bilirkişilik faaliyetinden dolayı elde edilen gelirin ücret olarak değerlendirilmesi ve söz konusu ödemelerin tahakkuk işleminin tek vezneden yapılmış olması halinde tek işverenden elde edilen ücret geliri olarak değerlendirilmesi ve tek işverenden elde edilen ve tevkif suretiyle vergilendirilen bu ücret gelirin ise serbest meslek faaliyeti nedeniyle verilecek yıllık beyannameye dahil edilmemesi gerekmektedir. Ancak, bilirkişi ödemelerinin ayrı ayrı veznelerden yapılması halinde, ikinci ve müte-

⁵ İmdat TÜRKAY, Serbest Meslek Faaliyetinin Diğer Gelir Unsurlarıyla Olan İlişkisi, Yaklaşım Dergisi, Ekim/2008,S:190

akip mahkeme veznelerin ayrı işveren olarak değerlendirilip, birinci işveren hariç ikinci ve daha sonraki işverenlerden elde edilen ücret gelirlerinin 212 yılı için beyanname verme sınırı olan 25.000 TL'yi geçmesi halinde, serbest meslek kazancından dolayı verilecek yıllık beyannameye dahil edilmesi gerekmektedir.

Örnek 4: 2012 yılında serbest meslek erbabı olarak faaliyette bulunan Avukat Bayan (A), bu işinin haricinde bilirkişilik faaliyeti nedeniyle ayrıca ücret geliri elde etmiştir. Ödevli, serbest meslek faaliyeti nedeniyle yıllık gelir vergisi beyannameyi verecek olup, GVK'nın 61/5'inci maddesine göre yapmış olduğu bilirkişilik faaliyetinden dolayı elde ettiği ücret geliri ise ücret hükümlerine göre vergilendirilecektir.

7. Serbest Meslek Kazanç Defteri-Serbest Meslek Makbuzu-İşyeri Kira Ödemelerinin Tevsiki

Serbest meslek erbabı "*serbest meslek kazanç defteri*" tutmak zorunda olup, bu defter tastike tabi olan bir defterdir. Bu defterin bir tarafına giderler, diğer tarafına da hasılat kaydedilir. Defterin gider tarafına, yapılan giderlerin nev'i ile yapıldığı tarih ve hasılat tarafına ise ücretin alındığı tarih ve miktarı ile kimden alındığı yazılır. Kollektif, adi komandit ve adi şirketler de mesleki kazançlarını "Serbest meslek kazanç defteri" üzerinden tespit ederler. Bu şirketlerin bilanço esasına göre tuttıkları defterler serbest meslek kazancı defteri yerine geçer. Serbest meslek kazanç defterine işlemlerin günü gününe kaydedilmesi zorunludur. Serbest meslek kazanç defterinin günü gününe tutulmadığının, kayıt nizamına uyulmadığının (Vergi Usul Kanununun 215-219'uncu maddelerinde yer alan kurallar) tespiti halinde 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 352/I-6'nci maddesi uyarınca birinci derece usulsüzlük cezası kesilir.⁶ Ayrıca, serbest meslek kazanç defterinin ibrazı için mükelleflere uygun bir mühlet verilmesi üzerine bu süre içerisinde ibraz görevini yerine getirmeyen mükellefler adına mükerrer 355 madde uyarınca özel usulsüzlük cezası kesilir.⁷

⁶ 31.12.2012 gün ve 28514 (4.Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 422 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğine göre 2013 yılı için 70 TL birinci derece usulsüzlük cezası kesilir.

⁷ 422 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğine göre 2013 yılı için 1.200 TL özel usulsüzlük cezası kesilir.

Serbest meslek faaliyetinde bulunan serbest meslek erbabı, mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha “*serbest meslek makbuzu*” düzenlemek ve bir nüshasını müşteriye vermek, müşteri de bu makbuzu istemek ve almak zorundadır. Vergi Usul Kanununun 353/1’üncü maddesine göre; verilmesi ve alınması gereken fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile *serbest meslek makbuzlarının* verilmemesi, alınmaması veya düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi halinde; bu belgeleri düzenlemek ve almak zorunda olanların her birine, her bir belge için 422 Sıra No.lu V.U.K Genel Tebliği ile 1.1.2013’den itibaren 190 TL aşağı olmamak üzere bu belgelere yazılması gereken meblağın veya meblağ farkının % 10’u nispetinde özel usulsüzlük cezası kesilir. Bir takvim yılı içinde her bir belge nevine ilişkin olarak tespit olunan özel usulsüzlükler için kesilecek cezanın toplamı aynı Genel Tebliğle 1.1.2013’den itibaren 94.000 TL’yi geçemez.

İşyeri kiralamalarında miktar sınırlaması olmaksızın kira ödemelerinin banka veya Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen belgelerle tevsik edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. İşyeri kirasının, müşteriden alınan çek ile ödemesinin yapılması durumunda çekin elden kiralayan kişiye ciro edilmesi ve bu kişinin bankadan çeki tahsil etmesi ile tevsik şartı yerine getirilmiş sayılır. Banka veya Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü aracı kılınmak suretiyle, para yatırma veya havale, çek veya kredi kartı gibi araçlar kullanılmak suretiyle yapılan tahsilat ve ödemeler karşılığında dekont veya hesap bildirim cetvelleri düzenlendiğinden bu belgeler tevsik edici belge kabul edilecektir. Bankaların internet şubeleri üzerinden yapılan ödeme ve tahsilatlar da aynı kapsamdadır. Getirilen zorunluluklara uymayanlara kesilecek ceza, serbest meslek erbapları hakkında tespit edilenler hakkında o yıl için belirlenen özel usulsüzlük cezası miktarından az olmamak üzere her bir işlem için bu işleme konu tutarın %5’idir. Bu ceza kiracı ve kiralayana ayrı ayrı uygulanır.

8. Serbest Meslek Kazancının Tespiti

GVK’nın 67’nci maddesine göre; bir hesap dönemi içinde serbest meslek faaliyeti karşılığı olarak tahsil edilen para ve ayınlar ile diğer suretlerle sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerden bu faaliyet dolayısıyla yapılan giderler indirildikten sonra kalan fark serbest

meslek kazancıdır. Müşteri veya müvekkilinden, serbest meslek faaliyeti ile ilgili olmak üzere para ve ayın şeklinde alınan gider karşılıkları da serbest meslek kazancına ilave edilir. Amortisman tabi iktisadi kıymetlerin satılması halinde, alınan bedel ile bunların envanter defterinde kayıtlı değerleri arasındaki müspet fark kazançta ilave edilir.

- *Mesleki faaliyette kullanılan ve üzerinden amortisman ayrılmayan aracın satışı halinde, alış bedeli ile satış bedeli arasındaki kar/zararın durumu*

Serbest meslek faaliyetinde kullanılan ve üzerinden amortisman ayrılmayan aracın satışı halinde, alış bedeli ile satış bedeli arasındaki farkın serbest meslek kazancının tespitinde dikkate alınması gerekmektedir. Amortisman uygulaması mükelleflerin kullanabileceği bir hak olup, bu hakkın kullanılmamış olması, amortisman tabi olan iktisadi kıymetin satışından elde edilen kârın kazançta ilave edilmesine engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla, envantere kayıtlı olan ve serbest meslek faaliyetinde kullanılan, ancak amortisman uygulamasına konu edilmeyen bir aracın satışında, Vergi Usul Kanununun 328'inci maddesine göre hesaplanacak kâr veya zararın, serbest meslek kazancının tespitinde dikkate alınması gerekmektedir.⁸

Vergi, resim, harç, keşif, şahitlik, bilirkişilik ve ekspertiz gibi hususlara harcanmak üzere müşteri veya müvekkilden alınan ve tamamen bu hususlara harcanan para ve ayınlar serbest meslek kazancı sayılmaz.

Örnek 5: Avukat Bay (A), Müvekkili Bayan (B)'den dava açmak amacıyla teminat yatırmak ve bilirkişi ücreti ödemek için 2.000 TL almış ve bu işler için 1.000 TL harcamış ve geri kalan tutarı müvekkiline iade etmemiştir. Bu durumda, iş için kullanılmayan ve iade edilmeyen 1.000 TL'nin hasılat sayılarak, serbest meslek kazanç defterine hasılat kaydedilmesi gerekmektedir.

Serbest meslek erbabı için, nakden tahsil edilmemiş olmasına rağmen, aşağıda belirtilen bazı haller de tahsil olarak kabul edilmektedir.

- *Serbest meslek erbabının haberdar olması şartıyla; kendi adına, kamu müessesesine, icra dairesine, bankaya, notere veya postaya para yatırılması tahsil hükmündedir.*

⁸ İmdat TÜRKAY, a.g.k. S:37

- *Serbest meslek kazancı olarak doğan alacağı başka bir şahsa temlikli veya müşterisine olan borcu ile takası da tahsil hükmündedir.*

Biletle girilen yerlerde faaliyette bulunan dar mükellefiyete tabi serbest meslek erbapları diledikleri takdirde, bilet bedelleri tutarından, bu bedellere dahil resimler düşüldükten sonra kalan miktarın yarısı safi kazanç sayılmak suretiyle vergilendirilirler.

8.1. Serbest Meslek Kazancının Tespitinde Hasılatın İndirilecek Giderler

GVK'nın 68'inci maddesine göre serbest meslek kazancının tespitinde hasılatın indirilecek giderler şöyledir:

- *Mesleki kazancın elde edilmesi ve devam ettirilmesiyle ilgili genel giderler,*

İkametgahlarının bir kısmını iş yeri olarak kullananlar, ikametgah için ödedikleri kiranın tamamı ile ısıtma ve aydınlatma gibi diğer giderlerin yarısını indirebilirler.

Örnek 6: Kira ile oturduğu dairenin bir odasını avukatlık bürosu olarak kullanan Avukat bay (A), ödediği 20.000 TL tutarındaki kiranın tamamını; ısıtma, aydınlatma ve su için ödediği 5.000 TL'nin ise yarısı olan 2.500 TL'yi mesleki kazancından indirebilecektir.

İş yeri kendi mülkü olanlar kira yerine amortismanı, ikametgâhı kendi mülkü olup bunun bir kısmını işyeri olarak kullananlar amortismanın yarısını gider yazabilirler.

Örnek 7: İşyeri kendi mülkü olan bir Avukat Bayan (B), bu mülk için 2012 yılında 6.000 TL amortisman ayırmıştır. Bu durumda kira yerine 6.000 TL amortismanın tamamını gider yazacaktır.

Örnek 8: 2012 yılında serbest olarak kendi adına avukatlık faaliyette bulunan Bay (D), ikametgahının bir kısmını işyeri olarak kullanmaktadır. Mükellef, bu mülk için 2012 yılında 12.000 TL amortisman ayırmıştır. Bu durumda, bu mülk için ayrılan amortismanın yarısı olan 6.000 TL serbest meslek kazancının tespitinde hasılatından gider olarak indirebilecektir.

- *Hizmetli ve işçilerin iş yerinde veya iş yerinin müstemilatındaki iase ve ibate giderleri, tedavi ve ilaç giderleri, sigorta primleri ve emekli aidatı (bu primlerin ve aidatın geri alınmamak üzere merkezi Türkiye'de olan*

sigorta şirketlerine veya emekli ve yardım sandıklarına ödenmiş olması ve emekli ve yardım sandıklarının tüzel kişiliği haiz bulunmaları şartıyla) ile demirbaş olarak verilen giyim giderleri.

- *Mesleki faaliyetle ilgili seyahat ve ikamet giderleri, (Seyahat maksadının gerektirdiği süre ile sınırlı olmak şartıyla).*
- *Mesleki faaliyette kullanılan tesisat, demirbaş eşya ve envantere dahil taşıtlar için Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre ayrılan amortismanlar,*
- *Kiralanan veya envantere dahil olan ve işte kullanılan taşıtların giderleri, (Taşıt giderlerinden kasıt genel olarak taşıtların tamir, bakım, yakıt gibi giderleridir.)*
- *Alınan mesleki yayınlar için ödenen bedeller,*
- *Mesleki faaliyetin ifası için ödenen mal ve hizmet alım bedelleri,*
- *Serbest meslek faaliyetleri dolayısıyla emekli sandıklarına ödenen giriş ve emeklilik aidatları ile mesleki teşekküllere ödenen aidatlar,*
- *Mesleki kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için ödenen meslek, ilan ve reklam vergileri ile iş yerleriyle ilgili aynı vergi, resim ve harçlar,*
- *Mesleki faaliyetle ilgili olarak kanun, ilam ve sözleşmeye göre ödenen tazminatlar.⁹*

8.2. Serbest Meslek Kazancının Tespitinde Hasılatın İndirilemeyecek Giderler

GVK'nın 68'inci maddesinin son fıkrasında;

- *Her türlü para cezaları ve vergi cezaları ile*
- *Serbest meslek erbabının suçlarından doğan tazminatların,*

serbest meslek kazancının tespitinde gider olarak indirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, mükellefin şahsi kusurundan ve yasalara aykırı hareketlerinden kaynaklanan para cezaları ve tazminatlar gider olarak kabul edilmez (Örneğin, trafik cezaları, belediye-

⁹ Serbest meslek kazancının tespitinde hasılatın indirim konusu yapılacak giderlerle indirimi mümkün olmayan giderler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız "İmdat TÜRKAY, Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Mayıs/2012 Ankara"

lerce kesilen cezalar gibi.). Mesleki faaliyetle ilgili olarak mukaveleye, ilama veya kanun emrine istinaden ödense dahi serbest meslek erbabının suçlarından kaynaklanan tazminatlar serbest meslek kazancının tespitinde gider olarak indirim konusu yapılamaz. Ayrıca, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre mükellef adına kesilen vergi ziyai cezası, özel usulsüzlük ve genel usulsüzlük cezaları da gider olarak kabul edilmeyecektir.

Diğer taraftan, Gelir Vergisi Kanununun matrahtan ve gider unsurlarından indirilemeyecek giderler başlıklı 90'ıncı maddesinde, gelir vergisi ile diğer şahsi vergilerin, her ne şekilde olursa olsun vergi cezaları ve para cezalarının, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun hükümlerine göre ödenen cezaların, gecikme zamları ve faizlerin gelir vergisi matrahından ve gelir unsurlarından indirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre ödenen gecikme faizlerinin de vergi matrahından ve gelir unsurlarından indirilemeyeceği belirtilmiştir.¹⁰

9. Vekalet Ücretinin Vergilendirilmesi

Dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenilecek vekalet ücretinin serbest meslek erbabı olan avukatlara ödenmesi halinde, vekalet ücretinin serbest meslek kazancı olarak değerlendirilmesi ve ödeme üzerinden Gelir Vergisi Kanunu uyarınca %20 nispetinde gelir vergisi tevkifatına tabi tutulması, ancak avukat bir hizmet akdi ile bir işverene bağlı olarak çalışıyorsa herhangi bir stopaj kesintisinin yapılmaması gerekmektedir. Vekalet ücreti üzerinden gerekli gelir vergisi tevkifatının ödemeyi yapan tarafından yapılması, parayı tahsil eden avukatın da ödemeyi yapan adına serbest meslek makbuzu düzenlemesi gerekmektedir.

Ayrıca, serbest meslek faaliyeti kapsamında tahsil edilen avukatlık ücreti katma değer vergisine de tabi olduğundan KDV'nin de hesaplanıp beyan edilmesi gerekmektedir. Ancak, davayı kazanan tarafın avukatının, kazanan tarafın yanında ücretli olarak çalışıyor ol-

¹⁰ İmdat Türkay, Serbest Meslek Kazancının Vergilendirilmesi, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2007, S.59.

ması durumunda, karşı taraftan alınan vekalet ücretinin katma değer vergisine tabi olmaması ve ücretli statüsündeki avukata intikal eden bu tutarların ücret ödemesi olarak vergilendirilmesi gerekir. Maliye Bakanlığınca 375 Seri No.lu VUK Genel Tebliği ile yapılan düzenlemeye göre, icra 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 ve bir nüshası ödemeyi yapan memura verilecektir.¹¹

10. Ortaklık Olarak Faaliyette Bulunan Avukatların Vergilendirilmesi¹²

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 44'üncü maddesine göre avukatlar, mesleki çalışmalarını aynı büroda birlikte ve avukatlık ortaklığı şeklinde de yapabilmektedirler. GVK'nın 66/3'ncü maddesinde de serbest meslek faaliyetinde bulunan adi şirket ortaklarının serbest meslek erbabı sayılacağı belirtilmiştir. Buna göre avukatlık ortaklığının vergilendirilmesinde aşağıdaki şekilde işlem yapılması gerekmektedir;

- Avukatlık ortaklığının ve ortaklığa bağlı çalışan ortakların serbest meslek faaliyeti neticesinde elde ettiği kazancın serbest meslek kazancı olarak kabul edilmesi,
- Avukatlık ortaklığına bağlı çalışan ortakların serbest meslek faaliyeti neticesinde elde ettikleri kazançlarından dolayı ayrı ayrı gelir vergisi, ortaklık adına katma değer vergisi ile gelir stopaj vergisi yönünden mükellefiyet tesis edilmesi,
- Adi ortaklıklar ile kollektif şirketlerde ortakların, adi komandit şirketlerde komandite ortakların şirketten aldıkları kazançlar, şahsi ticari veya mesleki kazanç sayıldığından geçici verginin konusuna girmektedir. Bu nedenle ortaklık şeklinde faaliyette bulunan avukatların her biri ayrı ayrı gelir vergisi mükellefi olduklarından,

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız İmdat TÜRKAY, Avukatlık (Vekalet) Ücretinin Vergilendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos/2012, Sy:317

¹² İmdat TÜRKAY, "Ortaklık Olarak Faaliyette Bulunan Avukatların Vergilendirilmesi", E-Yaklaşım, Eylül 2004, S.14

her ortak için ayrıca geçici vergi mükellefiyeti tesis ettirilerek, üçer aylık dönemler halinde geçici vergi beyanname verilmemesi,

- Avukatlık ortaklığı tarafından yönetmelikleri gereğince tasdik edilerek tutulan gelir-gider defteri ile birlikte serbest meslek erbaplarının Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre tutmak zorunda oldukları serbest meslek kazanç defterinin de tutulması, ayrıca serbest meslek makbuzlarının ortaklık adına bastırılarak kullanılması,
- GVK'nın 94/1'inci maddesinde sayılan kişi ve kurumlar tarafından avukatlık ortaklığından alınan hizmet sonucu söz konusu ortaklığa yapılan serbest meslek ödemelerinden, aynı Kanunun 2/b maddesine göre %20 nispetinde gelir vergisi tevkifatı yapılması,
- Avukatlık ortaklığı tarafından GVK'nın 94'üncü maddesinde belirtilen halde sayılan ödemelerin yapılması durumunda bu ödemelerden yapılan tevkifatların, aynı Kanunun 98'inci maddesine göre ortaklık adına verilen muhtasar beyanname ile beyan edilmesi,
- Avukatlık ortaklığını oluşturan ortaklar tarafından kendi adlarına verecekleri geçici vergi ve yıllık beyannamelerinde, GVK'nın 94'üncü maddesinin 2/b numaralı bendine göre yapılan tevkifatların ortaklıktaki hisselerinin dikkate alınarak mahsup edilmesi gerekmektedir.

11. Serbest Meslek Kazançlarında Gelir Vergisi Tevkifatı

GVK'nın 94'üncü maddesinin birinci fıkrasında tevkifat yapması gereken kişi ve kurumlar belirtilmiş ve gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan serbest meslek erbabının da maddede sayılan ödemeleri nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergisine mahsuben tevkifat yapmaya mecbur oldukları hükme bağlanmıştır. Serbest meslek ödemelerine ilişkin tevkifat oranı ise aynı maddenin 2/a-b bendinde;¹³

- Telif hakkı ve ihtira beratı kazanç istisnasında %17,

¹³ 03.02.2009 tarih ve 27130 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2009/14592 sayılı B.K.K. (Yürürlük 3.2.2009)

- Diğer serbest meslek işlerinde %20

olarak belirlenmiştir. Tevkifat uygulamasında serbest meslek kazancının devamlı veya arızı nitelikte olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca, GVK'nın 94'üncü maddenin 4'üncü bendi uyarınca dar mükellefiyete tabi olanlara telif ve patent hakkının satışı dolayısıyla yapılan ödemelerden %20 oranında gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir.

Örnek 9: Ankara'da kendi ofisinde serbest avukatlık faaliyetinde bulunan Bayan (A), Kamu İhale Kanununa göre (X) Belediyesinin avukatlık hizmetlerini yapmaktadır. Söz konusu hizmeti karşılığında aylık 5.000 TL avukatlık ücreti almaktadır. Bu durumda, aylık olarak tahsil edilecek bu tutara yönelik olarak yapılacak vergisel ödevler şöyle olacaktır.

Avukat Bay (A), tahsil ettiği tutarlar için serbest meslek makbuzu düzenleyecek ve makbuz üzerinde GVK'nın 94/2-b maddesine göre %20 oranında tevkifat yapılacaktır. Bu ödemeyi yapan ve GVK'nın 94'üncü maddesinde sayılanlar arasında bulunan (B) Belediyesinin de yapmış olduğu tevkifatı muhtasar beyanname ile beyan etmesi gerekmektedir.

11. 1. Baro Tarafından Görevlendirilen Avukatlara Yapılan Ödemelerde Tevkifat Uygulaması

Konu ile ilgili olarak Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından verilen bir özelgede,¹⁴ "...Buna göre, baro tarafından görevlendirilen avukatlara zorunlu avukatlık hizmeti nedeniyle yapılan ödemelerin serbest meslek kazancı kabul edilerek, ödemelerden Gelir Vergisi Kanunu'nun 94'üncü maddesinin 2/b bendine göre ve 2006/11449 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca %20 oranında gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir." açıklaması yapılmıştır. Ceza Muhakemesi Kanununa göre barolar tarafından görevlendirilen ve ilgili Yönetmelik hükümleri çerçevesinde Cumhuriyet Savcılıklarınca ödenen zorunlu avukatlık hizmeti ödemeleri, baro tarafından tayin edilen avukatın müvekkile verdiği hizmet karşılığı ve müvekkil adına yapılan bir ödemedir. Görevlendirme her ne ka-

¹⁴ Gelir İdaresi Başkanlığının 27.02.2007 tarihli ve 16949 sayılı özelgesi.

dar baro tarafından yapılıyorsa, avukata yapılan ödeme her ne kadar Cumhuriyet Savcılığınca yapılıyorsa da, avukatın hizmet verdiği kişi müvekkildir.

Yukarıdaki ifadeden de anlaşılacağı üzere, zorunlu müdafilik görevlendirmeleri baro tarafından yapılmakta, ancak zorunlu avukatlık hizmeti nedeniyle yapılacak ödemeler Cumhuriyet Savcılığı tarafından yapılmaktadır. Dolayısıyla ödemeyi yapan Cumhuriyet Savcılığı yaptığı bu ödemelerden gelir vergisi tevkifatı yapacaktır. Avukat tarafından serbest meslek makbuzu Cumhuriyet Savcılığı adına düzenlenecektir.

12. Gelir Vergisinden İstisna Edilen Serbest Meslek Kazançları

Gelir Vergisi Kanununa göre, gelir vergisinden istisna edilen kazanç ve iratlar için yıllık beyanname verilmez ve diğer gelir unsurları için beyanname verilmesi halinde ise gelir vergisinden istisna edilen bu kazanç ve iratlar yıllık beyannameye dahil edilmez. Avukatlarla ilgili olarak Gelir Vergisi Kanununda yer alan ve gelir vergisinden istisna edilen serbest meslek kazançları kapsamına, telif ve ihtira beratları kazanç istisnası ile teşvik ödülü istisnası kapsamında serbest meslek erbablarına verilen ikramiye ve mükafatlar girmektedir.

İstisna kapsamındaki serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen gelirin vergilendirilmesi ön vergilendirme sistemi olan gelir vergisi tevkifatı yoluyla olmaktadır. Ödemelerden yapılan gelir vergisi tevkifatı, bu tür gelirler için nihai vergileme olmakta, gelir sahibi açısından başka bir vergisel yükümlülük bulunmamaktadır. GVK'nın 94'üncü maddesinin (2) numaralı bendinin (a) alt bendine bakıldığında, GVK'nın 18'inci maddesi kapsamına giren serbest meslek işleri dolayısıyla yapılan ödemelerden %17 nispetinde gelir vergisi stopajı yapılacağı görülmektedir. Bunun yanı sıra ödemenin stopaj yapma zorunluluğu bulunan kişilerce yani vergi sorumlularınca değil de bunun dışındaki kişilerce yapılıyor olması halinde ise gelir vergisi stopajının yapılamayacağından, istisna tam istisna niteliği taşıyacaktır.

12.1. Telif Hakkı ve İhtira Beratı Kazanç İstisnası

GVK'nın 18'inci maddesine göre; müellif, mütercim, heykeltıraş, hattat, ressam, bestekar, bilgisayar programcısı ve mucitlerin ve bunların kanuni mirasçılarının şiir, hikaye, roman, makale, bilimsel araştırma ve incelemeleri, bilgisayar yazılımı, röportaj, karikatür, fotoğraf, film, video band, radyo ve televizyon senaryo ve oyunu gibi eserlerini gazete, dergi, bilgisayar ve internet ortamı, radyo, televizyon ve videoda yayınlamak veya kitap, CD, disket, resim, heykel ve nota halindeki eserleri ile ihtira beratlarını satmak veya bunlar üzerindeki mevcut haklarını devir ve temlik etmek veya kiralamak suretiyle elde ettikleri hasılat gelir vergisinden müstesnadır. Buna göre;

- **İstisnadan yararlanma hakkı;** müellif, mütercim, heykeltıraş, hattat, ressam, bestekar ve mucitlerin kendileri ile bunların kanuni mirasçılarına tanınmıştır.
- **İstisna kapsamına;** şiir, hikaye, roman, makale, bilimsel araştırma ve inceleme, röportaj, karikatür, fotoğraf, film, video bant, radyo ve televizyon senaryo ve oyunu gibi eserler ve ihtira beratı girmetedir.
- **Hasılatın, eserlerin;** gazete, dergi, radyo, televizyon ve videoda yayınlaması, kitap, resim, heykel ve nota halindeki eserler ile ihtira beratlarının satılması veya bunlar üzerindeki mevcut hakların devir ve temlik edilmesi veya kiralanması karşılığında elde edilmesi gerekmektedir.

135 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinde, istisna kapsamında olacak eserlerin, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine göre eser niteliğinde olması ve ihtira beratlarının tescil edilmiş bulunması gerekmektedir. Madde hükmüne göre, maddede belirtilen kişiler tarafından devamlı veya arızı olarak yapılan ve yine maddede belirtilen çalışmaların; 5846 sayılı Kanun hükümlerine göre eser niteliği taşıması ve bu durumun kişiler tarafından tevsik ve ispat edilmesi şartıyla, söz konusu çalışmalardan elde edilecek hasılat (satmak, yayınlamak, çalışmalar üzerindeki mevcut hakları devir ve temlik etmek veya kiralamak suretiyle) münhasır olmak üzere, gelir vergisinden istisna edilmesi gerekmektedir. Ancak, istisna kapsamındaki çalışma-

ların GVK'nın 94'üncü maddesine göre vergi tevkifatı yapmakla yükümlü olanlarca satın alınması halinde, bedeli üzerinden aynı maddenin 2/a bendi uyarınca %17 nispetinde gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekir. İstisna kapsamındaki çalışmaların arızı olarak yapılması durumunda da gelir vergisi tevkifatının yapılması gerekmektedir.

- Telif haklarının ve ihtira beratlarının müellifleri, mucitleri ve bunların kanuni mirasçıları tarafından kiralanması, devir ve temlik edilmesi veya elden çıkarılması gibi her türlü işlemler sonucunda elde edilen gelirin *serbest meslek kazancı olarak*,
- Telif haklarının ve ihtira beratlarının müellifleri, mucitleri ve bunların kanuni mirasçıları dışında kalan kimseler tarafından kiralanmasından elde edilen kazançların *gayrimenkul sermaye iradı olarak*,
- Telif haklarının ve ihtira beratlarının müellifleri, mucitleri ve bunların kanuni mirasçıları

dışında kalan kimseler tarafından elden çıkarılmasından elde edilen kazançların ise *değer artış kazancı olarak*, vergilendirilmesi gerekmektedir.

Örnek 10: Avukat Bay (A)'nın 2012 yılında yazmış olduğu makaleler mesleki dergilerde yayınlamış ve karşılığında kendisine tevkifata tabi tutulmuş olarak net 1.000 TL telif ücreti ödenmiştir. Elde edilen bu hasılat, GVK'nın 18'inci maddesi hükmü uyarınca istisnadır. Ancak, söz konusu bu ödemeler üzerinden %17 oranında tevkifat yapılmıştır. Ödevli, tevkifata tabi tutulmuş olan telif kazancını yıllık beyanname-sine dahil etmeyecektir.

Örnek 11: Kendi ofisinde faaliyette bulunan Avukat Bayan (X), 2012 yılında yazmış olduğu kitabı bir yayınevi ile anlaşmak suretiyle yayınlamış ve kendisine 10.000 TL tevkifat yapılmak suretiyle telif ücreti ödenmiştir. Elde edilen bu hasılat, GVK'nın 18'inci maddesi hükmü uyarınca istisna olup, söz konusu bu ödemeler üzerinden %17 oranında tevkifat yapılmıştır. Ödevli, tevkifata tabi tutulmuş olan telif kazancını yıllık beyanname-sine dahil etmeyecektir. Tevkif suretiyle ödenen gelir vergisi nihai vergi olacaktır.

Örnek 12: Bir üniversite tarafından, 2012 yılında serbest avukatlık yapan Avukat Bay (C)'den ceza davaları üzerine bilimsel bir çalışma yaparak bir rapor hazırlaması istenmiştir. Ödevli ilk defa kendi

mesleki faaliyeti dışında böyle bir çalışma yapmıştır. Yapılan bilimsel çalışma karşılığında, üniversite tarafından avukata 10.000 TL telif hakkı ödemesi yapılmış ve ödeme üzerinden %17 oranında tevkifat yapılmıştır.

GVK'nın 18'inci maddesine göre, yapılan bilimsel çalışmanın satışı, bunlar üzerindeki hakların devir ve temlik ile kiralanması suretiyle elde edilen hasılat gelir vergisinden istisnadır. İstisna edilen bu kazancın tamamı üzerinden tevkifat yapılmış olup, avukatlık faaliyetinden dolayı verilecek yıllık beyannameye bu telif kazancının dahil edilmemesi gerekmektedir.

12.2. Teşvik Ödülü İstisnası

GVK'nın "Teşvik, İkramiye ve Mükafatlar" başlıklı 29'uncu maddesine göre; "İlim ve fenni, güzel sanatları, tarımı, hayvan yetiştirilmesini ve memleket bakımından faydalı olan diğer işleri ve faaliyetleri teşvik maksadıyla verilen ikramiyeler ve mükafatlar" gelir vergisinden istisna edilmiştir. Söz konusu istisna hükmünün uygulanabilmesi için, ödemenin maddede belirtilen iş ve faaliyetleri teşvik amacıyla ve memleket çapında önemi haiz bir çalışma sonucu yapılmış olması gerekmektedir. Ayrıca, ödeme yapan ile ödeme yapılan arasında bir hizmet ilişkisinin bulunmaması gerekir.

Örneğin, serbest meslek erbabı olan bir avukatın yapmış olduğu bir çalışmadan dolayı kendisine ilgili bir kurum tarafından; ilim, fen ve güzel sanatların gelişmesini ve memleket bakımından faydalı diğer iş ve faaliyetleri teşvik amacıyla verilen ödüllerin miktarı ne olursa olsun gelir vergisinden istisna olacaktır.

13. Serbest Meslek Kazançlarının Yıllık Beyanname İle Beyanı

Serbest meslek erbabı olan avukatların yapmış oldukları faaliyet sonucunda elde ettiği serbest meslek kazancının yıllık beyanname ile beyan edilmesi gerekmektedir. Tam mükellef olarak faaliyette bulunan serbest meslek erbabları, gerçek usulde vergilendirilen serbest meslek kazançları için tutarı ne olursa olsun (zarar edilmiş olsa dahi) yıllık beyanname ile beyan etmek zorundadırlar. Serbest meslek kazançları, GVK'nın 94'üncü maddesine göre tevkif suretiyle ön bir ver-

gilendirilmeye tabi tutulmakta olup, nihai vergi ise mükellefin beyanı üzerine alınmaktadır. Telif hakları ve ihtira beratı kazançları gelir vergisinden istisna olup, bu kazançları elde eden avukatların, GVK'nın 86/1'nci maddesinde belirtildiği üzere yıllık beyanname vermeleri gerekmemekte olup, diğer gelirler nedeniyle yıllık beyanname verilmesi halinde de bu kazançlar beyannameye dahil etmeyeceklerdir.

13. 1. İşverene Bağlı Olarak Çalışan Avukatın Arızı Olarak Kendi Hesabına Avukatlık Yapması Durumunda Vergilendirme

Gelir Vergisi Kanununun 82'nci maddesinin 4'üncü bendinde vergiye tabi arızı serbest meslek kazancının, "*Arızî olarak yapılan serbest meslek faaliyetleri dolayısıyla tahsil edilen hâsılat*" olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu maddede geçen "*hâsılat*" deyimini alan para ve ayınlarla diğer suretlerle elde edilen ve para ile temsil edilebilen menfaatleri ifade eder. Bir takvim yılında elde edilen arızı serbest meslek faaliyeti sonucunda elde edilen hasılatın 280 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği ile 2012 yılı için 20.000 TL'si gelir vergisinden müstesnadır. Arızı olarak yapılan serbest meslek faaliyetinden elde edilen kazancın safi miktarının tespitinde, elde edilen hâsılatın tevsiik edilmek kaydıyla yapılan giderler indirebilir.

Diğer taraftan, 221 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinin "*Serbest Meslek Faaliyeti*" başlıklı bölümünde; "*Aynı şekilde, serbest meslek faaliyetinin arızı olarak yapılması halinde, mükellefin katma değer vergisi ve geçici vergi yükümlülüğü bulunmadığı gibi defter tutma ve makbuz düzenleme zorunluluğu da söz konusu değildir...*" düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükme göre, ücretli olarak çalışılan avukatın, işverenden bağımsız olarak kendi nam ve sorumluluk altında bir avukatlık hizmeti vermesi karşılığında elde edilen kazanç arızı serbest meslek kazancı olarak vergilendirilecektir.

Örnek 13: (X) A.Ş. ne bağlı olarak çalışan Avukat Bay (A), 2012 yılında bir defa işverenininden bağımsız olarak kendi nam ve sorumluluğu altında bir davaya bakmış ve mahkeme kararına istinaden kendisine 15.000 TL vekalet ücreti ödenmiştir.

Avukat Bay (A), bir işverene bağlı olarak ücretli olarak çalışmakta olduğundan, 2012 yılında kendi adına bir defa yapmış olduğu avukat-

lık faaliyeti sonucunda elde ettiği kazanç arızı serbest meslek kazancı olarak değerlendirilecek ve istisna tutarını aşması halinde yıllık beyanname ile beyan edilecektir. Örnekte ödevlinin elde ettiği kazanç tutarı olan 15.000 TL, 2012 yılı için belirlenen istisna tutarı olan 20.000 TL'nin altında kaldığından yıllık beyanname ile beyan edilmeyecektir.

Ödevlinin mahkeme kararına istinaden ödenecek vekalet ücreti karşılığında serbest meslek makbuzu düzenleme zorunluluğu bulunmamakta olup, söz konusu vekalet ücretinden Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesine göre %20 oranında tevkifat yapılması gerekmektedir. Ancak, kendi nam ve sorumluluk altında verilen avukatlık hizmetini devamlılık arz edecek şekilde yapılması, başka bir ifadeyle aynı yılda veya birbirini izleyen yıllarda birden fazla yapılması halinde, bu faaliyet serbest meslek faaliyeti olarak değerlendirilecek olup, bu faaliyet sonucu elde edilecek vekâlet ücreti karşılığında serbest meslek makbuzu düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁵

13. 2. Türkiye'de Faaliyette Bulunan Dar Mükellef Serbest Meslek Erbabının Vergilendirilmesi

Türkiye'de yerleşmiş sayılmayan gerçek kişiler dar mükellefiyet esasında vergilendirilmekte olup, dar mükellef sayılan gerçek kişiler sadece Türkiye'de elde ettikleri kazanç ve iratlar üzerinden vergilendirilmektedirler. Dar mükellef bir gerçek kişinin yaptığı serbest meslek faaliyetinin Türkiye'de elde edilmiş olabilmesi için, GVK'nın 7'nci maddesine göre, söz konusu faaliyetin Türkiye'de icra edilmesi veya Türkiye'de değerlendirilmesi gerekmektedir. Dar mükellef serbest meslek erbabı, tevkif yoluyla vergilendirilmiş olan serbest meslek kazancını tutarı ne olursa olsun yıllık beyanname ile beyan etmeyecektir. Dar mükellefiyete tabi serbest meslek erbabının istihkakından, GVK'nın 94'üncü maddesi uyarınca yapılan vergi tevkifatı nihai vergi olarak kabul edilecektir. Dar mükellef serbest meslek erbabının vergilendirilmesinde;

- Dar mükellef serbest meslek erbabının sürekli olarak yaptığı serbest meslek faaliyetinden elde ettiği serbest meslek kazancı, tevkif

¹⁵ www.gib.gov.tr/Özelgeler (İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 29.09.2011 tarih ve 1678 sayılı özeldgesi.)

suretiyle vergilendirilmemiş ise yıllık beyanname ile beyan edilecektir.

- Dar mükellef serbest meslek erbabının arızı olarak yaptığı serbest meslek faaliyetinden elde ettiği serbest meslek kazancı, tevkif suretiyle vergilendirilmemişse GVK'nın 101'inci madde hükmü uyarınca verilecek münferit beyanname ile beyan edilecektir.
- Dar mükellef serbest meslek erbabının vergilendirilmesinde Uluslararası Vergi Anlaşma hükümlerinin, gerek vergi oranı gerekse süre (183 günden fazla kalma şartı) şartlarının dikkate alınması gerekir.¹⁶

13.3. Yıllık Beyannameden İndirim Konusu Yapılacak Hususlar

Serbest meslek erbabı olan avukatlar tarafından yıllık beyanname ile beyan edilen serbest meslek kazancı ile diğer gelir unsurlarından, GVK'nın "Diğer İndirimler" başlıklı 89'uncu maddesine göre gelir vergisi matrahının tespitinde, beyan edilen gelirden indirim konusu yapılabilecek bazı hususlar ana başlıkları itibariyle şöyledir;¹⁷

- *Şahıs sigorta primleri ve bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları,*

Beyan edilen gelirin % 10'unu (şahıs sigorta primleri için, beyan edilen gelirin % 5'ini) ve asgari ücretin yıllık tutarını¹⁸ aşmamak şartıyla, mükellefin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta primleri ile bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları.

Öte yandan, bireysel emeklilik katkı payları son kez 2012 yılına ilişkin verilecek yıllık beyannameden indirilecektir. 6327 sayılı Kanunla GVK'nın 89'uncu maddesinde yapılan değişiklik uyarınca, 01.01.2013 tarihinden sonraki dönemlerde yıllık beyanname veren mükellefler tarafından vergi matrahlarının tespitinde bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları indirim konusu yapılamayacaktır.

¹⁶ Beyanname Düzenleme Kılavuzu 2012, Hesap Uzmanları Derneği, S:176

¹⁷ www.gib.gov.tr/Form ve Yayınlar/Serbest Meslek Kazançları Vergi Rehberi, 2012

¹⁸ 2012 yılı gelirlerine ilişkin olarak kullanılacak olan asgari ücretin yıllık brüt tutarı 10.962 TL'dir.

Ancak, 1.1.2013 sonrasında mükellefin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait birikim priminin alındığı hayat sigortalarına ödenen primlerin %50'si ile ölüm, kaza, hastalık, sağlık, sakatlık, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta primleri beyan edilen gelirin %15'ini ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşmamak şartıyla indirim konusu yapılabilecektir.

- *Eğitim ve sağlık harcamaları,*

Beyan edilen gelirin % 10'unu aşmaması, Türkiye'de yapılması ve gelir veya kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunan gerçek veya tüzel kişilerden alınacak belgelerle tevsik edilmesi şartıyla, mükellefin kendisi, eşi ve küçük çocuklarına ilişkin olarak yapılan eğitim ve sağlık harcamaları.

- *Sakatlık İndirimi,*

Serbest meslek faaliyetinde bulunan özürülülerin beyan edilen gelirlerine, GVK'nın 31'inci maddede yer alan esaslara göre hesaplanan yıllık indirim (Bu indirimden bakmakla yükümlü olduğu özürülü kişi bulunan serbest meslek erbabı da yararlanır.) beyan edilen gelir toplamından indirim konusu yapılacaktır. Bu hükümlere göre, serbest meslek erbabı, kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu özürülü kişi için yıllık gelir vergisi beyannamesinde sakatlık indiriminden yararlanacaktır.

Özürülü serbest meslek erbabı haricinde, serbest meslek erbabının bakmakla yükümlü olduğu özürülü bir kişinin bulunması halinde de sakatlık indirimi uygulanacaktır. Söz konusu mükellefler beyan edecekleri serbest meslek kazancından ayrıca sakatlık indiriminin yıllık tutarını düşebileceklerdir. İndirim konusu yapılacak tutar, beyan edilen serbest meslek kazancı tutarı ile sınırlı olup, kazancın yetersiz olması halinde sonraki yıla devretmesi mümkün değildir. GVK'nın 31'inci maddesine göre 2012 yılında gerçek usulde elde edilen ücret gelirlerinin vergilendirilmesinde indirim konusu yapılacak aylık sakatlık indirimi tutarları şöyledir.¹⁹

¹⁹ 26.12.2011 gün ve 28154 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 280 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği.

| | |
|---|--------------------|
| 1. Derece Sakatlar İçin (Çalışma gücünün asgari %80'ini kaybetmiş olanlar) | (770X12=) 9.240 TL |
| 2. Derece Sakatlar İçin (Çalışma gücünün asgari %60'ını kaybetmiş olanlar) | (380X12=) 4.560 TL |
| 3. Derece Sakatlar İçin (Çalışma gücünün asgari %40'ını kaybetmiş olanlar) | (180X12=) 2.160 TL |

- *Bağış ve yardımlar,*
 - *Tamamı indirim konusu yapılan bağış ve yardımlar* (Örneğin, fakirlere yardım amacıyla gıda bankacılığı faaliyetinde bulunan dernek ve vakıflara Maliye Bakanlığınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde bağışlanan gıda, temizlik, giyecek ve yakacak maddelerinin maliyet bedelinin tamamı.)
 - *Belli sınırlar dahilinde indirilecek bağış ve yardımlar* (Örneğin, genel ve özel bütçeli kamu idareleri, il özel idareleri, belediyeler, köyler ile kamu yararına çalışan dernekler ve Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflara yıllık toplamı beyan edilecek gelirin % 5'ini (kalkınmada öncelikli yöreler için % 10'unu) aşmamak üzere, makbuz karşılığında yapılan bağış ve yardımlar.)
 - *Doğal afetler ile ilgili aynı ve nakdi bağışlar,* (Bakanlar kurulunca yardım kararı alınan doğal afetler dolayısıyla Başbakanlık aracılığıyla makbuz mukabili yapılan aynı veya nakdi bağışların tamamı.)
 - *İktisadi işletmeleri hariç, Türkiye Kızılay Derneğine ve Türkiye Yeşilay Cemiyetine makbuz karşılığı yapılan nakdi bağış ve yardımların tamamı.*
 - *Diğer kanunlara göre tamamı indirilecek bağış ve yardımlar.* (Örneğin, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanununa, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumunun Kuruluşu Hakkındaki Kanuna, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununa, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Kanununa, Türk Silahlı Kuvvetleri Güçlendirme Vakfı Kanununa göre yapılan bağış ve yardımlar gibi.)

- *Sponsorluk harcamaları, (Amatör spor dalları için tamamı, profesyonel spor dalları için % 50'si.)*

13.4. 2012 Yılında Elde Edilen Kazançların Yıllık Beyannameyle Beyanına İlişkin Örnekler

Yıllık beyannameye beyan edilen gelir tutarından varsa GVK'nın 89'uncu maddesinde sayılan indirimlerin yapılması ve vergi matrahının bulunması gerekir. Hesaplanan gelir vergisinden de yıl içinde ödenen geçici vergi ile tevkif yoluyla kesilen vergilerin mahsup edilmesi gerekmektedir. Örneklerde serbest meslek kazancının yanında diğer gelir unsurlarının da olması durumunda yıllık beyannameye beyan edilecek gelir tutarının nasıl bulunacağı incelenecektir. Beyan edine gelirden indirim konusu yapılacak unsurların bazıları dikkate alınmış olup, olması ve şartları taşıması durumunda GVK'nın 89'uncu maddesinde yer alan tüm unsurların yıllık beyannameye indirim konusu yapılması mümkündür.

Örnek 14: Bay (A), 2012 yılında serbest meslek faaliyetinden 60.000 TL serbest meslek kazancı elde etmiş, ayrıca kiraya verdiği işyerinden tevkifata tabi 12.000 TL, konutundan ise 8.000 TL kira geliri elde etmiştir.

| | |
|---------------------------|-----------|
| Serbest meslek kazancı | 60.000 TL |
| İşyeri kira geliri (Brüt) | 12.000 TL |
| Mesken kira geliri | 8.000 TL |
| Beyan edilecek gelir | 80.000 TL |

Ödevli, serbest meslek kazancı nedeniyle mutlaka yıllık beyanname verecektir. Serbest meslek kazancından yıl içinde kesilen vergiler, hesaplanan vergiden mahsup edilebilecektir. Kira gelirlerinin beyanı ise; tevkifatlı 12.000 TL'lik işyeri kira geliri ile 8.000 TL mesken kirası toplandığında (20.000 TL), GVK'nın 86/1-c maddesine göre 2012 yılı için beyanname verme sınırı olan 25.000 TL'nin altında kalmakla beraber; serbest meslek kazancı ile işyeri ve mesken kira geliri toplamı olan (60.000+12.000+8.000=) 80.000 TL, 25.000 TL'lik beyan sınırını aştığından, serbest meslek kazancı ile beraber işyeri ve mesken kira geliri

de beyannameye dahil edilecektir. Ödevli serbest meslek kazancı nedeniyle yıllık beyanname vermesi nedeniyle 2012 yılı için uygulanan 3.000 TL'lik mesken istisnasından yararlanamayacaktır.²⁰

Örnek 15: Serbest avukatlık yapan Bay (G)'nin 2012 yılında 60.000 TL gayrisafi hasılatı, 20.000 TL de indirilecek gideri bulunmaktadır. Ödevli 3. Dereceden sakatlık indiriminden yararlanmakta olup, ayrıca yıl içinde 5.000 TL Bağ-Kur primi ödemiştir. Bu verilere göre beyanname vergiye tabi matrah şöyle olacaktır.

| | |
|---|-----------|
| Toplam hasılat | 60.000 TL |
| İndirilecek giderler | 20.000 TL |
| Serbest meslek kazancı (60.000-20.000=) | 40.000 TL |
| Bağ-Kur primi | 5.000 TL |
| Sakatlık indirimi tutarı (2012 yılı için yıllık (180X12=) | 2.160 TL |
| Beyan edilecek serbest meslek kazancı (40.000-(5.000+2.160)=) | 32.840 TL |

2012 yılında sakatlık indirimi uygulamasından yararlanacak serbest meslek erbabının vergilendirilmesinde indirim konusu yapılacak 3. Derece sakatlar (Çalışma gücünün asgari %40'ını kaybetmiş olanlar) için aylık sakatlık indirimi tutarı 180 TL olup, yıllık (180X12=) 2.160 TL yıllık beyanname indirim konusu yapılacaktır.

Örnek 16: Avukat Bay (F)'nin 2012 yılında elde ettiği kazanç ve iratlar şöyledir.

| | |
|---|-----------|
| Serbest meslek kazancı | 60.000 TL |
| İşyeri kira geliri (tevkifata tabi tutulmuş) | 15.000 TL |
| Mevduat faizi | 20.000 TL |
| Alacak faizi | 1.200 TL |
| Beyan edilecek gelir toplamı (60.000+15.000=) | 75.000 TL |

Bay (F), 60.000 TL serbest meslek kazancı için mutlaka yıllık gelir vergisi beyanamesi verecektir. Serbest meslek kazancı ile brüt işyeri

²⁰ GVK'nın mesken istisnasına ilişkin 21. Maddesine göre; ticari, zirai veya mesleki kazancını yıllık beyannameyle bildirmek mecburiyetinde olanlar bu istisnadan yararlanamazlar.

kira gelirinin toplamı olan (60.000+15.000=) 75.000 TL, 2012 yılı beyanname verme sınırı olan 25.000 TL'yi aştığından yıllık gelir vergisi beyannamesine tevkifatlı işyeri kira geliri de dahil edilecektir. Mevduat faizi, GVK'nın geçici 67'nci maddesi kapsamında vergi kesintisine tabi tutulmuş olduğundan, tutarı ne olursa olsun beyan edilmeyecek ve diğer gelirler nedeniyle verilen beyannameye de dahil edilmeyecektir. Tevkifatsız olan alacak faizi ise, GVK'nın 86/1-d'ye göre 2012 yılı için 1.290 TL beyan sınırını aşmadığından, verilecek beyannameye dahil edilmeyecektir.

Örnek 17: Serbest meslek erbabı Avukat Bayan (E)'nin 2012 yılı gelirleri aşağıdaki gibidir. Mükellefin ücret ve işyeri kira gelirleri yıl içinde tevkif suretiyle vergilendirilmiştir. Bu verilere göre, mükellefin beyan etmesi gereken gelir vergisi matrahı şöyle hesaplanacaktır.

| | |
|----------------------------|------------|
| Serbest meslek kazancı | 40.000 TL |
| 1. İşverenden aldığı ücret | 20.000 TL |
| 2. İşverenden aldığı ücret | 18.000 TL |
| 3. İşverenden aldığı ücret | 10.000 TL |
| İşyeri kira geliri (brüt) | 15.000 TL |
| Vergiye tabi gelir | 103.000 TL |

Ödevli 40.000 TL serbest meslek kazancı için mutlaka yıllık gelir vergisi beyanname verecektir. GVK'nın 86/1-b maddesine göre ise 1. işveren hariç²¹ diğer işverenlerden elde edilen ücret geliri 2012 yılı için beyanname verme sınırı olan 25.000 TL'yi geçtiği için, ödevli ücret gelirlerinin tamamı olan 48.000 TL'yi beyannamesine dahil edecektir. Tevkifata tabi işyeri kira geliri de ücret geliri ile toplandığında beyanname verme sınırını aştığından, GVK'nın 86/1-c maddesi gereğince beyannameye dahil edilecektir. Dolayısıyla, ödevlinin beyan etmesi gereken gelir vergisi matrahı 95.000 TL olacaktır. Ancak, yıl içinde serbest meslek kazancı, ücret ve işyeri kira gelirlerinden tevkif suretiyle kesilen vergiler ile serbest meslek kazancından dolayı ödemiş olduğu geçici vergiler hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilecektir.

²¹ Maliye Bakanlığınca çıkarılan 11.02.2004 tarihli 16 No.lu Gelir Vergisi Sirküleri-ne göre, birden fazla işverenden ücret elde eden ücretli, birinci işvereni serbestçe kendisi seçebilecektir.

Örnek 18: İstanbul’da kendi ofisinde serbest Avukatlık faaliyetinde bulunan Bay (H)’nin 2012 yılında elde ettiği mesleki kazancı ile diğer gelirleri şöyledir.

| | |
|--|------------|
| Serbest meslek kazancı | 100.000 TL |
| İşyeri kira geliri (tevkifata tabi tutulmuş) | 20.000 TL |
| Alacak faizi | 3.000 TL |
| Mevduat Faizi | 10.000 TL |
| Repo Geliri | 20.000 TL |
| Özel Finans Kurumundan kar/zarara katılma hesabı karşılığında elde edilen kar payı | 15.000 TL |
| Beyan edilecek gelir toplamı | 123.000 TL |

GVK’nın 85’inci maddesine göre ödevli 100.000 TL serbest meslek kazancı için mutlaka yıllık gelir vergisi beyanname verecektir. Serbest meslek kazancı ile brüt işyeri kira gelirinin toplamı olan (100.000+20.000=) 120.000 TL, 2012 yılı beyanname verme sınırı olan 25.000 TL’yi aştığından yıllık gelir vergisi beyannameğine işyeri kira geliri de dahil edilecektir. Tevkifatsız 3.000 TL alacak faizi ise, GVK’nın 86/1-d’ye göre beyan sınırını aştığından (2012 yılı için 1.290 TL), diğer gelirler nedeniyle verilecek beyannameye dahil edilecektir.

Örnekte ödevlinin elde etmiş olduğu menkul sermaye iratları olan GVK’nın geçici 67’nci maddesi kapsamında vergi kesintisine tabi tutulmuş olan; mevduat faizini, Özel Finans Kurumlarınca kar ve zarara katılma hesabı karşılığında ödenen kar payları ile repo kazançları tutarı ne olursa olsun beyan edilmeyecektir.

Örnek 19: Serbest avukatlık faaliyetinde bulunan Bay (A), 2012 yılında 120.000 TL hasılat elde etmiştir. Mükellefin yapmış olduğu genel gider tutarı ise 40.000 TL’dir. Yıl içinde mesleki kazancından yapılan tevkifat tutarı 15.000 TL’dir. Ödevli mesleki faaliyeti ilgili olarak yazmış olduğu kitapla ilgili olarak bir yayın kuruluşundan 10.000 TL telif kazancı elde etmiş olup, telif kazancı üzerinden yıl içinde 1.700 TL tevkifat yapılmıştır. Örnekte, mükellefin beyanname GVK’nın 89’uncu maddesine göre indirim konusu yapacağı bir unsurun olmadığı varsayılmıştır. Ödevli yıl içinde tahakkuk eden 12.000 TL geçici verginin

3.000 TL'sini ödemiştir. Mükellefin serbest meslek faaliyeti ile ilgili olarak vergiye tabi gelir aşağıdaki gibi hesaplanacaktır.

| | |
|---|------------|
| Toplam hasılat | 120.000 TL |
| İndirilecek giderler | 40.000 TL |
| Safi kazanç tutarı (120.000-40.000=) | 80.000 TL |
| Vergiye tabi gelir | 80.000 TL |
| Hesaplanan gelir vergisi | 21.110 TL |
| Yıl içinde ödenen geçici vergi | 3.000 TL |
| Yıl içinde kesinti yoluyla ödenen vergi | 15.000 TL |
| Mahsuplar toplamı (3.000+15.000=) | 18.000 TL |
| Ödenecek gelir vergisi (21.110-18.000=) | 3.110 TL |

Ödevlinin elde etmiş olduğu 10.000 TL tutarındaki telif kazancı GVK'nın 18'inci maddesine göre gelir vergisinden istisna olup, beyan edilmeyecek ve yıl içinde yapılan %17 oranındaki 1.700 TL'lik tevkifat nihai vergi olacaktır. Ödevli adına 2012 yılında 12.000 TL geçici vergi tahakkuk etmiş olmasına rağmen ödediği tutar 3.000 TL olduğundan, sadece bu tutarı mahsup edecek, ödemediği tutar olan 9.000 TL ise 1 Mart 2013 tarihine kadar gecikme zammı hesaplanmak suretiyle terkin edilecektir. Yıl içinde kesinti suretiyle ödenen 15.000 TL'de hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilecektir. Mükellefin, olması halinde GVK'nın 89'uncu maddesinde yer alan indirimleri beyan edilen gelir toplamından indirim konusu yapması mümkündür.

Örnek 20: Avukat Bayan (B), 2012 yılında serbest meslek faaliyetinden 30.000 TL zarar elde etmiştir. Ancak, yazmış olduğu kitap satışından ise 20.000 TL telif kazancı elde etmiş olup, telif kazancı yıl içinde kitabı basan yayınevi tarafından tevkif suretiyle vergilendirilmiştir. Ödevli avukatlık faaliyetinden zarar elde etmiş olmasına rağmen yıllık beyanname verecektir. Ancak, ödenecek gelir vergisi olmayacaktır. Elde ettiği telif kazancı ise gelir vergisinden istisna olup, yıllık beyanname ile beyan edilmeyecek ve yıl içinde yapılan tevkifat nihai vergi olacaktır.

Örnek 21: Serbest avukatlık yapan Bay (A), 2012 yılında bu faaliyetinden toplam 150.000 TL hasılat elde etmiş ve kazancından yıl

içinde 30.000 TL gelir vergisi tevkifatı yapılmıştır. Mesleki faaliyeti ile ilgili olarak 40.000 TL gider yapmış ve yıllık 10.000 TL Bağ-Kur primi ödemiştir. Ödevli, 2012 yılında makbuz karşılığında Türkiye Kızılay Derneğine 5.000 TL nakdi bağış yapmış, çocuğunun eğitimi için ise Türkiye'deki özel bir okula 20.000 TL ödemiş ve faturasını almıştır. Ayrıca, eşi adına yıllık toplam 5.000 TL bireysel emeklilik katkı payı ödemiştir. Mükellefin 2012 yılında 20.000 TL geçici vergi ödediğini dikkate aldığımızda, 2013 yılında ödemesi gereken gelir vergisi şöyle hesaplanacaktır.

| | |
|---|------------|
| Toplam hasılat | 150.000 TL |
| İndirilecek giderler | 40.000 TL |
| Bağ-Kur primi | 10.000 TL |
| Beyan edilecek serbest meslek kazancı (150.000-50.000=) | 100.000 TL |
| Bireysel emeklilik katkı payı (GVK'nın 89/1. mad) | 5.000 TL |
| Çocuk için yapılan eğitim harcaması (89/2) (100.000X%10=) | 10.000 TL |
| Türkiye Kızılay Derneğine yapılan nakdi bağış tutarı | 5.000 TL |
| İndirimler toplamı (5.000+10.000+5.000=) | 20.000 TL |
| Gelir vergisi matrahı (100.000-20.000=) | 80.000 TL |

Örnekteki mükellef, beyan edilengelirin %10'u olan (100.000X%10=) 10.000 TL ve 2012 yılı asgari ücretin yıllık brüt tutarı olan 10.962 TL'yi aşmayan 5.000 TL bireysel emeklilik katkı payını indirim konusu yapmıştır. Çocuk için belge ile tevsik edilen 20.000 TL eğitim harcamasının ancak (100.000X%10=) 10.000 TL'si (beyan edilen gelirin %10'u) indirim konusu yapılacaktır. Türkiye Kızılay Derneğine makbuz karşılığında yapılan nakdi bağış tutarı olan 5.000 TL'nin ise tamamı indirim konusu yapılacaktır. Ayrıca, ödevlinin yıl içinde ödemiş olduğu geçici vergi ile tevkif yoluyla kesilen vergileri hesaplanan gelir vergisinden mahsup etme imkanı bulunmaktadır.

Örnek 22: Serbest avukatlık yapan Bay (C)'nin 2012 takvim yılına ait bilgileri şöyledir;

- Serbest meslek faaliyeti ile ilgili olarak elde ettiği hasılat 120.000 TL,

- Faaliyete ilişkin giderler toplamı 30.000 TL,
- Mükellef 5.000 TL Bağ-Kur primi ödemiştir,
- Serbest meslek kazancı ödemelerinden 20.000 TL gelir vergisi tevkifatı yapılmıştır,
- Mükellefin 2012 yılında ödediği ve mahsubu gereken geçici vergi tutarı 5.000 TL'dir.
- Ödevli mesken olarak kiraya verdiği gayrimenkulünden 2012 yılında 10.000 TL kira geliri elde etmiştir. Mükellef kira geliri ile ilgili olarak götürü gider yöntemini seçmiştir.

Mükellef serbest meslek kazancı dolayısıyla beyanname verdiği için 2012 yılında elde ettiği mesken kira geliri için 3.000 TL'lik mesken istisnasından yararlanamayacaktır. Bu verilere göre mükellefin yıllık gelir vergisi beyannamesindeki beyanı ve ödenecek gelir vergisi şöyle hesaplanacaktır.

| | |
|--|-----------|
| Serbest Meslek Kazancı (120.000-35.000=) -Gayrisafi hasılat 120.000 -İndirilecek giderler 30.000 -Bağ-Kur primi 5.000 | 85.000 TL |
| Gayrimenkul Sermaye İradı (10.000-2.500=) -Gayri Safi İrat 10.000 -Götürü gider 2.500 | 7.500 TL |
| Vergiye Tabi Gelir (Matrah) (85.000+7.500=) | 92.500 TL |
| Hesaplanan Gelir Vergisi | 25.485 TL |
| Mahsup Edilecek Vergiler Toplamı -Geçici Vergi:5.000 TL -Tevkif Yoluyla Kesilen Vergi:20.000 TL | 25.000 TL |
| Ödenmesi Gereken Vergi (25.485-25.000=) | 485 TL |

Örnek 23: Bürosunda avukatlık yapan Bay (D), 2012 yılında 180.000 TL hasılat elde etmiş olup, mesleki faaliyeti ile ilgili olarak yapmış olduğu giderler toplamı ise 50.000 TL'dir. Mükellef 10.000 TL de Bağ-Kur primi ödemiştir. Serbest meslek kazancından yıl içinde 30.000 TL tevkifat yapılmış, 18.000 TL'de geçici vergi ödenmiştir. Bu verilere göre, mükellefin beyanı ve ödeyeceği gelir vergisi aşağıdaki gibi hesaplanacaktır.

| | |
|---|------------|
| Toplam Hasılat | 180.000 TL |
| İndirilecek Giderler Toplamı -Mesleki giderler:50.000 TL -Bağ-Kur primi:10.000 TL | 60.000 TL |
| Serbest Meslek Kazancı (180.000-60.000=) | 120.000 TL |
| Gelir Vergisinin Hesaplanması | |
| Serbest Meslek Kazancı | 120.000 TL |
| Vergiye Tabi Gelir (Matrah) | 120.000 TL |
| Hesaplanan Gelir Vergisi | 35.110 TL |
| Mahsup Edilecek Vergiler Toplamı -Geçici Vergi:18.000 TL -Tevkif Yoluyla Ödenen Vergi:30.000 TL | 48.000 TL |
| Ödenmesi Gereken Vergi (35.110-48.000=) | Yok |
| İadesi gereken vergi tutarı | 12.890 TL |

13.5. 2012 Yılı Gelirlerine Uygulanacak Gelir Vergisi Tarifesi

Gelir Vergisi Kanununun 103'üncü maddesine göre, 2012 yılında elde edilen gelir unsurlarının yıllık beyanname ile beyan edilmesi halinde, 280 Seri No.lu GV Genel Tebliği ile belirlenen aşağıdaki vergi tarifesi uygulanacaktır. Burada bir hususu belirtmekte fayda vardır, o da aşağıdaki vergi tarifesinde de görüldüğü üzere 3. dilimde ücret gelirleri ile diğer gelir unsurlarının vergilendirilmesi farklılık göstermektedir. Dolayısıyla, 2012 yılında elde ettiği serbest meslek kazancı için beyanname veren bir mükellefin aynı anda ücret gelirini de beyan etmesi ve beyannamedeki toplam gelirin 58.000 TL'yi aşması durumunda 25.02.2011 tarih ve 75 No.lu Gelir Vergisi Sirkülerinde yapılan açıklamalara göre gelir vergisinin hesaplanması gerekmektedir.

| | |
|---|------|
| 10.000 TL'ye kadar | % 15 |
| 25.000 TL'nin 10.000 TL'si için 1.500 TL, fazlası | % 20 |
| 58.000 TL'nin 25.000 TL'si için 4.500 TL (ücret gelirlerinde 88.000 TL'nin 25.000 TL'si için 4.500 TL), fazlası | % 27 |
| 58.000 TL'den fazlasının 58.000 TL'si için 13.410 TL (ücret gelirlerinde 88.000 TL'den fazlasının 88.000 TL'si için 21.510 TL), fazlası oranında vergilendirilir. | % 35 |

13.6. Geçmiş Yıl Zararlarının Mahsubu

Yıllık beyannamede gelirin toplanmasında, gelir unsurlarının bazılarında doğan zararlar (Gelir Vergisi Kanununun 80'inci maddesinde yazılı diğer kazanç ve iratlardan doğanlar hariç) diğer kaynakların kazanç ve iratlarına mahsup edilir. Ayrıca, geçmiş yıllarda oluşan ve mahsup edilemeyen zararların cari yıl kazançlarından mahsubu mümkündür. Bu mahsup neticesinde kapatılmayan zarar kısmı, müteakip yılların gelirinden indirilir. Arka arkaya 5 yıl içinde mahsup edilmeyen zarar bakiyesi takip eden yıllara devredilemez. Envantere dahil olmayan gayrimenkullerin satışından doğan zararların mahsubu mümkün değildir.

13.7. 2012 Yılında Ödenen Geçici Verginin Yıllık Beynamede Mahsubu ve Kalan Tutarın Nakten/Mahsuben İadesi

GVK'nın mükerrer 120'nci maddesine göre serbest meslek erbabı cari vergilendirme döneminin gelir vergisine mahsup edilmek üzere, bu Kanunun mesleki kazancın tespitine ilişkin hükümlerine göre (indirim ve istisnalar ile Vergi Usul Kanununun değerlemeye ait hükümleri de dikkate alınarak) belirlenen ilgili hesap döneminin üçer aylık kazançları üzerinden vergi tarifesinin ilk gelir dilimine uygulanan %15 oranında geçici vergi öderler.²² 252 Seri No.lu GV Genel Tebliğinin "Geçici Verginin Mahsubu ve İadesi" başlıklı 2. Bölümünde yapılan açıklamalara göre, yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir ver-

²² Geçmiş dönemlere ait geçici verginin %10'u aşan tutarda eksik beyan edilmesi halinde %10'u aşan kısım için re'sen veya ikmalen geçici vergi tarh edilir. Tarh edilecek ek vergi için vergi ziyai cezası ve gecikme faizi uygulanır. Geçici vergi beyannamesi vermeyen mükellefler için %10'luk yanılma payı uygulanmaz.

gisinden, ilgili hesap döneminin üçer aylık dönemlerine ilişkin olarak ödenen geçici vergi mahsup edilecektir. Örneğin 2013 yılı geçici vergi dönemleri şöyledir;

| Geçici Vergi Dönemleri | Beyan Zamanı | Ödeme Zamanı |
|---|---------------------|---------------------|
| Ocak-Şubat-Mart/2013 (1. Geçici Vergi Dönemi) | 14 Mayıs 2013 | 17 Mayıs 2013 |
| Nisan-Mayıs-Haziran/2013 (2. Geçici Vergi Dönemi) | 14 Ağustos 2013 | 17 Ağustos 2013 |
| Temmuz-Ağustos-Eylül/2013 (3. Geçici Vergi Dönemi) | 14 Kasım 2013 | 17 Kasım 2013 |
| Ekim-Kasım-Aralık/2013 (4. Geçici Vergi Dönemi) | 14 Şubat 2013 | 17 Şubat 2013 |

Üç aydan kısa olan vergilendirme dönemlerinde ise;

- İşe başlanılan tarihin içinde bulunduğu dönemin sonuna kadar olan süre,
- İşin bırakıldığı tarihe kadar olan süre,
- Yeni hesap döneminin başladığı tarihe kadar olan süre, ayrı bir vergilendirme dönemi sayılır.

Ödenen geçici vergi tutarının, geçici verginin ilgili olduğu döneme ilişkin olarak verilen beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden fazla olması halinde; mahsup edilemeyen tutar, mükellefin diğer vergi borçlarına mahsup edilecektir. Bu mahsuba rağmen arta kalan bir miktarın bulunması halinde, kalan kısım mükellefin o yılın sonuna kadar yazılı olarak başvurması kaydıyla kendisine nakden iade edilecektir.

252 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinin "Geçici Verginin Mahsubu ve İadesi" başlıklı 2'nci Bölümünde yapılan açıklamalara göre, yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden, ilgili hesap döneminin üçer aylık dönemlerine ilişkin olarak ödenen geçici vergi mahsup edilecektir. Mahsup işleminin yapılabilmesi için, üçer aylık dönemler halinde tahakkuk ettirilmiş geçici verginin mutlak suretle ödenmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, üçer aylık dönemler itibarıyla tahakkuk ettirilmiş ancak ödenmemiş bulunan geçici verginin yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilmesi mümkün değildir.

Üçer aylık kazançlar üzerinden tahakkuk ettirilmiş ancak tahsil edilmemesi dolayısıyla yıllık beyanname üzerinden hesaplanan vergiden mahsup imkanı bulunmayan geçici vergi tutarları terkin edilir ve terkin edilen geçici vergi tutarına, vade tarihinden terkin edilmesi gereken tarihe kadar gecikme zammı²³ uygulanır. Ödenen geçici vergi tutarının, geçici verginin ilgili olduğu döneme ilişkin olarak verilen beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden fazla olması halinde; mahsup edilemeyen tutar, mükellefin diğer vergi borçlarına mahsup edilecektir. Bu mahsuba rağmen arta kalan bir miktarın bulunması halinde, kalan kısım mükellefin o yılın sonuna kadar yazılı olarak başvurması kaydıyla kendisine nakden iade edilecektir. Mahsup sonucu iadesi gereken bir miktarın bulunması ve bu tutarın beyannamenin ilgili tablosuna/satırına yazılması, mükellefçe yazılı olarak yapılmış iade talebi olarak kabul edilecektir. Yıllık beyannamenin ilgili satırında gösterilmeyen geçici verginin mahsuben ve/veya nakten iade edilebilmesi için mükellef tarafından o yılın sonuna kadar yazılı olarak başvurulması gerekmektedir.²⁴ Geçici verginin gerek mahsuben gerekse nakden iadesinde herhangi bir tutar sınırlaması olmayıp, geçici verginin ödenmiş olması yeterlidir. Geçici vergiye ilişkin iade taleplerinde teminat ve inceleme raporu aranmaz.

Örnek 24: Serbest meslek erbabı olan Bayan (X)'in 2012 yılına ilişkin olarak vereceği gelir vergisi beyannamesinde, yıl içinde ödemiş olduğu geçici verginin mahsubu ve mahsup edilemeyen geçici verginin nakden iadesi şöyle olacaktır.

| | |
|--|-----------|
| Vergiye tabi gelir | 25.000 TL |
| Hesaplanan gelir vergisi | 4.670 TL |
| Mahsup edilecek geçici vergi | 7.000 TL |
| Ödenecek gelir vergisi tutarı | Yok |
| İadesi gereken geçici vergi (4.670-7.000=) | 2.330 TL |

Örnekteki mükellef, yıl içinde ödemiş olduğu geçici vergiden dolayı iade alması gereken 2.330 TL'yi gelir vergisi beyannamesinin ilgili satırına yazması, vergi dairesince mükellefçe yazılı olarak yapılmış iade talebi olarak kabul edilecektir. Vergi dairesi geçici verginin nak-

²³ Aylık gecikme zammı oranı 2010/965 sayılı B.K.K ile 19.10.2010 tarihinden itibaren her ay için %1,40 olarak uygulanmaktadır.

²⁴ İmdat TÜRKAY, Geçici Verginin Yıllık Beyannameye Mahsubu ve Kalan Tutarın Mahsuben ve/veya Nakten İadesi, Yaklaşım Dergisi, Nisan/2012

ten iadesinde, geçici verginin ödenmiş olup olmamasına bakacak ve herhangi bir miktar sınırlaması olmaksızın mükellefe iadesini yapacaktır. Ayrıca, mükellefin geçici vergiye ilişkin iade talebinin yerine getirilmesinde teminat ve inceleme raporu da aranmayacaktır.

13.8. 2012 Yılında Tevkif Yoluyla Kesilen Vergilerin Yıllık Beyanname Mahsubu ve Kalan Tutarın Nakden/Mahsuben İadesi²⁵

Gelir Vergisi Kanununun “Vergi tevkifatının mahsubu” başlıklı 121’inci maddesine göre; yıllık beyanname gösterilen gelire dahil kazanç ve iratlardan bu Kanuna göre kesilmiş bulunan vergiler, beyanname üzerinden hesaplanan Gelir Vergisine mahsup edilir. Mahsubu yapılan miktar Gelir Vergisinden fazla olduğu takdirde aradaki fark vergi dairesince mükellefe bildirilir ve mükellefin tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde müracaatı üzerine kendisine ret ve iade olunur. Mahsuben iade işlemi, aranan tüm belgelerin tamamlanması koşuluyla, yıllık gelir vergisi beyannamesinin verildiği tarih itibarıyla yapılır. İkmalen veya resen yapılan tarhiyatlarda mahsup işlemi, mahsup talebine ilişkin dilekçe ve eklerinin eksiksiz olarak vergi dairesi kayıtlarına girildiği tarih esas alınarak yapılır. Aranan belgelerin tamamlanması aşamasında yapılan tahsilatlar yönünden düzeltme yapılmaz.

Konu hakkında 252 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinde yapılan açıklamalara göre işlem yapılması gerekmektedir. Tevkif yolu ile kesilen vergilerin gelir vergisi beyannamesinde tahakkuk eden vergilerden mahsup edilmesi, mahsup edilemeyen miktarın ise mükellefin 5 yıl içinde müracaatı halinde iade edilmesi gerekmekte olup; vergi dairesi tarafından mükellefe mahsup sonrası kalan vergi ilgili olarak yapılacak bildirim tebliği tarihinden itibaren 1 yıl içinde alınmaması halinde mahsuben ve nakden iade hakkını mükellef kaybedecektir. Ortaklığı oluşturan ortaklar tarafından kendi adlarına verecekleri geçici vergi ve yıllık gelir vergisi beyannamelelerinde, yapılan tevkifatların ortaklıktaki hisselerinin dikkate alınarak mahsup edilmesi gerekmektedir.

²⁵ İmdat TÜRKAY, Yıllık Beyanname Mahsup Edilemeyen Tevkifat Tutarının Mahsuben/Nakden İadesi, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Nisan/2012

13.8.1. Beyannameye Hesaplanan Gelir Vergisinden Mahsup

Mükellefler öncelikle yıllık beyanname ile beyan ettikleri gelir üzerinden hesaplanan vergiden yıl içinde tevkif yoluyla kesilen vergileri mahsup edeceklerdir. Mahsup işleminin yapılabilmesi için, tevkif yoluyla kesilen verginin beyannameye dahil edilen gelir veya kazançla ilişkin olması gerekmektedir. Tevkif yoluyla kesilen vergilerin yıllık beyannameye mahsup edilebilmesi için vergi sorumluları tarafından yıl içinde yapılan kesintilerin vergi dairesine ödenmesi şartı bulunmamaktadır. Mükelleflerin ayrıca, tevkif yoluyla kesilen vergilerin, yıllık gelir vergisinden mahsubunda kendilerinden yapılan vergi tevkifatı ile ilgili olarak kesintiyi yapan vergi sorumlularının; adı soyadı veya unvanını, bağlı olduğu vergi dairesini ve vergi kimlik numaralarını, kesintiye esas alınan brüt tutarları ve kesilen vergileri, kesinti yapılan dönemleri gösteren bir tabloyu yıllık beyannamelerine eklemeleri gerekmektedir.

Örnek 25: Avukat Bay (A)'nın 2012 yılında serbest meslek kazancı nedeniyle yıllık beyannameye indirimler sonrasında vergiye tabi matrahı 60.000 TL, serbest meslek kazancı üzerinden yıl içinde tevkif suretiyle kesilen vergiler toplamı da 12.000 TL olması durumunda, tevkif yoluyla yıl içinde kesilen vergilerin mahsubu ve ödenecek gelir vergisinin hesaplanması şu şekilde olacaktır. (Örnekte mükellefin geçici vergi ödemesi dikkate alınmamıştır.)

| | |
|--|-----------|
| Vergiye tabi matrah | 60.000 TL |
| Hesaplanan gelir vergisi tutarı | 14.110 TL |
| Mahsup edilecek tevkif suretiyle kesilen gelir vergisi | 12.000 TL |
| Ödenecek gelir vergisi tutarı (14.110-12.000=) | 2.110 TL |

Örnekte de görüldüğü üzere, mükellef yıl içinde mesleki faaliyeti ile ilgili olarak tevkif yoluyla kesilen vergilerin tamamını yıllık beyannameinde hesaplanan gelir vergisinden mahsup etmiştir.

13.8.2. Mahsup Edilemeyen Kısımın Diğer Vergi Borçlarına Mahsubu

Konu hakkında son olarak 252 Seri No.lu Genel Tebliğde yapılan düzenleme ile tevkif yoluyla kesilen vergilerin yıllık beyannameyedeki mahsuplar sonunda kalan kısmının diğer vergi borçlarına mahsup talebi tutarına bakılmaksızın, inceleme raporu ve teminat aranılmaksızın yerine getirilmektedir. Ancak, mahsup talebinin dilekçe ile yapılması ve

yıl içinde yapılan tevkifatlarla ilişkin tablonun dilekçe ekinde yer alması gerekmektedir. Söz konusu tablonun daha önce yıllık beyanname ekinde yer almış olması halinde, mahsup dilekçesi yeterli olacaktır. Mahsup dilekçesi ve ilgili tablonun ibraz edilmiş olması kaydıyla, mükelleflerin vergi borçlarına ilişkin mahsup talepleri yıllık beyannamenin verildiği tarih esas alınarak yerine getirilecektir.

Yıllık gelir vergisi beyannamesinin kanuni süresinde verilmemesi ya da sair nedenlerle ikmalen veya re'sen yapılan tarhiyatlar üzerine tahakkuk eden vergiler ile ilgili olarak daha önce tevkif yoluyla kesilen vergiler öncelikle tarhiyat aşamasında vergi dairesince dikkate alınarak yerine getirilecektir. Bu mahsuplar sonunda kalan kısım talep edilmesi halinde diğer vergi borçlarına mahsup edilecek ve bu durumda mahsup talepleri dilekçe ve eklerinin eksiksiz olarak vergi dairesi kayıtlarına girdiği tarihten itibaren hüküm ifade edecektir. Bu tarihten itibaren mükelleflerin mahsubunu talep ettikleri vergi borçları için gecikme zammı uygulanmayacaktır.

Örnek 26: Ankara'da serbest avukatlık yapan Bay (X)'in 2012 yılında serbest meslek kazancı nedeniyle yıllık beyanname indirimler sonrasında vergiye tabi matrahı 60.000 TL, serbest meslek kazancı üzerinden yıl içinde tevkif suretiyle kesilen vergiler toplamı 12.000 TL olup, yıl içinde tahakkuk eden geçici vergilerin ise 2.000 TL'sini ödemiştir. Ödevlinin Ocak/2013 döneminden 3.000 TL tutarında katma değer vergisi vergi borcu bulunmaktadır.

| | |
|---|-----------|
| Vergiye tabi matrah | 60.000 TL |
| Hesaplanan gelir vergisi tutarı | 14.110 TL |
| Mahsup edilecek geçici vergi tutarı | 5.000 TL |
| Mahsup edilecek tevkif suretiyle kesilen gelir vergisi tutarı | 12.000 TL |
| Mahsuplar toplamı (12.000+5.000=) | 17.000 TL |
| Ödenecek gelir vergisi tutarı | Yok |
| Nakten veya mahsuben iade edilecek tutar (14.110-17.000=) | 2.890 TL |

Mükellef kesintilere ilişkin bir tabloyu beyannameye eklemek suretiyle yıl içinde tevkif yoluyla kesilen vergileri yıllık beyannamesinde hesaplanan gelir vergisinden mahsup etmiştir. Mahsup edilemeyen 2.890 TL tutarı ise bir dilekçe ile 3.000 TL tutarındaki katma değer vergisi borcuna mahsup talep etmesi durumunda inceleme raporu ve teminat aranmaksızın, yıllık beyannamenin verildiği tarih itibariyle yerine getirilecektir.

13.8.3. Nakten İade Talebinin 10.000 TL'yi Geçmemesi Hali

252 Seri No.lu GVG Tebliğinde yapılan açıklamalara göre, tevkif yoluyla kesilen vergilere ilişkin nakden iade edilecek tutarın 10.000 TL'yi geçmemesi halinde iade talebi, yıl içinde yapılan tevkifatlarla ilişkin tablo ile birlikte; *serbest meslek kazancına ilişkin olarak vergilerin sorumlu adına tahakkuk ettiğini gösteren ilgili saymanlık yazısının*,²⁶ ilgili kurumca onaylanan bir örneğinin dilekçeye eklenmesi koşuluyla *inceleme raporu ve teminat aranmaksızın* yerine getirilecektir. Burada ilgili kurumca onaylanması ifadesi sadece noter tarafından onaylanmasını değil, diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından onaylanmasını da kapsamaktadır. Ancak, konu hakkında Vergi İdaresi tarafından çıkarılan 05.01.2012 tarih ve 79 No.lu Gelir Vergisi Sirküleri ile tevkif suretiyle kesilen vergilerin yıllık beyanname üzerinden hesaplanan vergilerden mahsubu ve kalan kısmın nakden iadesiyle ilgili olarak yapılacak başvurularda aranılan belgelere ilişkin yeni bir düzenleme yapılmıştır.

Buna göre, mükelleflerin iade işlemleri için harcadığı zamanı, ödemenin gecikmesi sebebiyle katlandıkları maliyeti ve vergi daireleri üzerindeki iş yükünü azaltmak amacıyla 252 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği uyarınca tevkif yoluyla ödenmiş vergilerin nakden iadesinde istenilen bilgilerin, E-VDO merkezi sorgulama ekranından tespit edilebilmesi durumunda, bu bilgilere ilişkin belgeler mükelleflerden ayrıca kağıt ortamında aranılmayacak olup, dilekçe ile yıl içinde yapılan tevkifatlara ait tablo yeterli olacaktır. Ancak, nakden iadeyle ilişkin bilgilerin E-VDO merkezi sorgulama sisteminden tespit edilememesi durumunda ise anılan Genel Tebliğde belirtilen belgelerin dilekçe ekinde istenilmesine devam edilecektir.

13.8.4. Nakten İade Talebinin 10.000 TL'yi Geçmesi Halinde Yapılacak İşlemler

252 Seri No.lu GV Genel Tebliğinde yapılan açıklamaya göre, nakden yapılacak iade taleplerinin 10.000 TL'yi aşması halinde; 10.000 TL'yi kadar olan kısım teminat aranmaksızın ve inceleme raporu beklenmeksizin, 10.000 TL'yi aşan kısım ise yapılacak inceleme sonucunda düzenlenecek vergi inceleme raporuna göre iade edilecektir.

²⁶ Tevkif yoluyla kesilen vergilere ilişkin mahsuben/nakden iade talepleri ile ilgili olarak ibrazı istenen belgelerin gerçeği yansıtmaması halinde, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri çerçevesinde cezalı işlem yapılması gerekmektedir.

14. Beyannamenin Verilmesi ve Tahakkuk Eden Verginin Ödenmesi

Gerçek usulde vergiye tabi serbest meslek erbabları gelir elde etmemiş olsalar bile yıllık beyanname vermek zorundadırlar. Yıllık beyanname vermek zorunda olan mükellefler, 2012 takvim yılına ait kazançlarını 1-25 Mart 2013 günü akşamına kadar bağlı oldukları vergi dairesine beyan etmeleri gerekmektedir. Elektronik ortamda beyanname verecek olan mükellefler beyannamelerini, <https://ebeyanname.gib.gov.tr> adresinde yer alan kılavuza uygun olarak dolduracaklardır. Beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinin birinci taksiti 1-31 Mart 2013 (Son ödeme günü olan 31 Mart Pazar günü, resmi tatil olduğu için 1 Nisan 2013 tarihinde), ikinci taksitinin ise 1-31 Temmuz 2013 tarihleri arasında olmak üzere iki eşit taksitte ödenmesi gerekmektedir. Serbest meslek kazancı elde eden avukatların Yıllık Gelir Vergisi Beyannamesine ayrıca, kesinti yoluyla ödenen vergilere ilişkin belgeleri (beyannameye gösterilen gelire dahil kazançlardan kesilen vergi varsa) ve yabancı ülkelerde ödenen vergi varsa, ödenen bu vergilere ilişkin belgeleri eklemeleri gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu
- 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu
- 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu
- 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu
- 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
- 135, 221, 252, 280 Sıra No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği
- 375, 422 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği
- 16, 79 No.lu Gelir Vergisi Sirküleri
- <http://www.gib.gov.tr/Özelgeler>
- Serbest Meslek Kazançları Vergi Rehberi 2012 (www.gib.gov.tr/Form ve Yayınlar)
- Beyanname Düzenleme Kılavuzu 2012, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, S.148
- TÜRKAY İmdat, Serbest Meslek Kazancının Vergilendirilmesi, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Mayıs/2012 Ankara
- TÜRKAY İmdat, Geçici Verginin Yıllık Beyannameye Mahsubu ve Kalan Tutarın Mahsuben ve/veya Nakten İadesi, Yaklaşım Dergisi, Nisan/2012
- TÜRKAY İmdat, Yıllık Beyannameye Mahsup Edilemeyen Tevkifat Tutarının Mahsuben/Nakten İadesi, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Nisan/2012
- TÜRKAY İmdat, "Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi", Yaklaşım, Mart/2012
- TÜRKAY İmdat, Serbest Meslek Kazancının Vergilendirilmesi, Maliye ve Hukuk Yayınları, Mayıs 2007, S: 12

Yargıtay

Ceza Genel Kurulu

- T. 29.03.2011 * Takdiri indirim yapılması sırasında fazla ceza-
E. 2011/6-27 zaya hükmedilip hükmedilmediğinin belir-
K. 2011/26 lenmesi.
(5237 sayılı TCK m. 142/2-d, 62, 53, 63 ve 58)

Nitelikli hırsızlık suçundan sanık B.Ş.'ün, 5237 sayılı TCY'nın 142/2-d, 62, 53, 63 ve 58. maddeleri uyarınca 3 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Üsküdar 6. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 20.01.2010 gün ve 553-3 sayılı hüküm, sanık tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 6. Ceza Dairesince 22.12.2010 gün ve 17811-20914 sayı ile onanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 25.01.2011 gün ve 135747 sayı ile;

*“Sanığın suç tarihinde haksız olarak elinde bulundurduğu kumanda ale-
tiyle, müştekiye ait aracın kapılarını açarak aracın içinden hırsızlık yaptığı
gereğesiyle, 5237 sayılı TCK'nın 142/2-d, 62, 53 ve 63. maddeleri gereği
3 yıl 6 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına hükmedilmiştir. Ancak sanığa
TCK'nın 142/2-d. maddesi gereği verilen 4 yıl ceza süresinden, TCK'nın 62.
maddesi gereği 1/6 oranında indirim yapılırken, 3 yıl 4 ay hapis cezası yerine,
hesap hatası sonucu fazla cezaya hükmedildiği anlaşılmıştır. Buna göre bu he-
sap hatasının, sanığın cezasının 3 yıl 4 ay hapis cezası olarak düzeltilmesi ge-
rektiği” görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurularak, Özel Daire onama
kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına
karar verilmesi isteminde bulunulmuştur.*

Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık hakkında hükmedilen temel hapis cezasından, 5237 sayılı TCY'nın 62. maddesi uyarınca takdiri indirim yapılması sırasında fazla cezaya hükmedilip hükmedilmediğinin belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Yerel mahkemece sanığın, nitelikli hırsızlık suçundan, 5237 sayılı TCY'nın 142/2-d. maddesi uyarınca takdiren ve teşdiden 4 yıl hapis cezasına hükmedildiği ve bu cezadan da aynı Yasanın 62. maddesi uyarınca 1/6 oranında indirim yapılarak, 3 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCY'nın 142/2-d. maddesi uyarınca hükmolunan 4 yıl hapis cezasından, anılan Yasanın 62. maddesi uyarınca 1/6 oranında yapılan indirim ile sonuç hapis cezasının, 3 yıl 4 ay olması gerekirken, hesap hatası ile sanık hakkındaki sonuç özgürlüğü bağlayıcı cezayı 3 yıl 6 ay olarak belirleyen yerel mahkeme hükmü ile bunu onayan Özel Daire kararı isabetli değildir.

Bu itibarla; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün bozulmasına, ancak yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu hususta, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, yerel mahkeme hükmündeki sonuç özgürlüğü bağlayıcı cezanın "3 yıl 4 ay hapis cezası"na indirilmesi suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,
- 2- Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 22.12.2010 gün ve 17811-20914 sayılı onama kararının **KALDIRILMASINA**,

3- Üsküdar 6. Asliye Ceza Mahkemesinin 20.01.2010 gün ve 553-3 sayılı hükmünün BOZULMASINA,

Ancak bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, hükmün ikinci fıkrasının ikinci bendinde "3 yıl 6 ay" olarak gösterilen sonuç özgürlüğü bağlayıcı cezanın, "3 yıl 4 ay"a indirilmek suretiyle sair yönleri usul ve yasaya uygun bulunan yerel mahkeme hükmünün **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,**

4- Dosyanın mahalline iade edilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 29.03.2011 günü yapılan müzakerede oy-birliğiyle karar verildi.

Yargıtay

Ceza Genel Kurulu

T. 23.06.2010 * Kovuşturma evresine geçil-dikten sonra
E. 2010/5.MD-215 suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşıl-
K. 2011/19 ması halinde, mağdur şikâyetten açıkça
vazgeçmediği takdirde, yargılamaya de-
vam edilecektir.

(5237 say. TCK m. 250/2, 53; 5271 say. CMK
m. 223/2-a 2802 say. Kanun m.89)

Sanığın ikna suretiyle irtikap suçundan 5237 sayılı TCY'nın 250/2, 53 ve 2802 sayılı Yasanın 89. maddeleri uyarınca cezalandırılması iste-miyle açılan kamu davasında, Yargıtay 5. Ceza Dairesince 23.06.2010 gün ve 5-4 sayı ile yüklenen fiilin yasada suç olarak tanımlanmadığı gerekçeleriyle 5271 sayılı CYY'nın 223/2-a maddesi gereğince verilen beraat kararının, C.Savcısı tarafından, "somut olayda derhal beraat

kararı verilmesini gerektiren bir halin söz konusu olmadığı, son soruşturmanın açılması kararındaki eylemin, irtikâp ya da görevi kötüye kullanma suçlarını oluşturmadığı, ancak kişisel ilişkileri çerçevesinde hareket eden sanığın eyleminin, şikâyete tabi güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği, 5271 sayılı CYY'nın 223/9. maddesindeki derhal beraat koşullarının da gerçekleşmediği, sanık hakkında şikâyet bulunmaması nedeniyle düşme kararı verilmesi gerektiği görüşüyle temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay C. Başsavcılığının "bozma" istekli 20.10.2010 gün ve 95732 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenecek uyuşmazlık, kovuşturma aşamasına geçildikten sonra suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması üzerine, sanık hakkında öncelikle düşme kararının mı yoksa beraat kararının mı verilmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır.

5271 sayılı CYY'nın 158. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde, mağdur şikâyetten açıkça vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam edilecektir. Bu hüküm gereğince, gerek şikâyete bağlı bir suçta şikâyetin bulunmadığı nazara alınmaksızın kamu davasının açılması, gerekse suçun yargılama aşamasında nitelik değiştirerek şikâyete bağlı bir suçta dönüşmesi halinde, açıkça şikâyetten vazgeçilmedikçe, durma veya düşme kararı verilmeyip, yargılamaya devamla esasla ilgili hüküm kurulmalıdır. 5271 sayılı CYY'nın 158/6. maddesindeki bu açık düzenleme karşısında C.Savcısının derhal beraat kararı verilmesini gerektiren bir hal söz konusu olmadığından, sanık hakkında beraat kararı değil, düşme kararı verilmesi gerektiği yönündeki temyiz nedeninin yerinde olmadığı saptandıktan sonra verilen beraat kararının esasıyla ilgili incelemeye geçilmiştir.

İncelenen dosyada;

Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve bu kapsamda işlenen suçlar-

dan dolayı, şüpheliler A. Gezgin, Şükrü Gezgin ve diğer bir kısım şüpheliler hakkında, Afyonkarahisar Sulh Ceza Mahkemesinin 09.11.2007 gün ve 2007/1107 değişik iş sayılı iletişimin dinlenmesi kararı çerçevesinde A. Gezgin ve Mustafa Gezgin'in telefonlarının teknik takibi yapılırken, daha önceden Afyonkarahisar'da C.Savcısı olarak görev yapan şüpheli H. Uyar'ın 21.07.2007-19.01.2008 tarihleri arasında A. Gezgin ve Mustafa Gezgin'le 44 kez telefon görüşmesi yaptığı, konuşmalarının ağırlıklı olarak Adnan adlı kişideki A.'in 7000 liralık alacağı ve H. Uyar'ın da A. Gezgin'den para istemesiyle ilgili olduğu, zaman zaman da şüpheli H.'in kefil olma-sından çektiği sıkıntılar nedeniyle, buna yönelik sitem ve yakınmaları içerdiğinin saptan-masıyla, olayla ilgili olarak beyanına başvurulmuş A. Gezgin'in, kardeşi Şükrü Gezgin ile Satılmış Koldemir arasında çıkan olaylar nedeniyle oluşan husumetin giderilmesi için C.Savcısı H. Uyar'ın devreye girdiğini, adı geçen C.Savcısının görevli olmadığı halde iki tarafı makamında buluşturup, olayın şikayetçisi Satılmış Koldemir'in şikâyetten vazgeç-mesi karşılığında beş'er bin liralık iki senet düzenleyip verdiğini, bu senetlere C.Savcısı H. Uyar'ın da kefil olduğunu belirtmesi üzerine, yapılan inceleme ve soruşturma sonunda, C.Savcısı H. Uyar'ın, Afyonkarahisar 2. Ağır Ceza Mahkemesinde tutuklu olarak yargılanan tarafların akrabası A. Gezgin ile olayın şikayetçilerinden Satılmış Koldemir'i makam odasında bir araya getirip, barışmaları için iki tarafı da ikna ettiği, Satılmış'ın şikayetinden vazgeçmesi karşılığında A.'den alınan iki adet beş'er bin liralık senede de kefil olduğu, bu senetlere karşılık A. tarafından peyder pey ödenen 8000 lirayı Satılmış'a ödemeyerek ikna suretiyle irtikap suçunu işlediğinden bahisle, iddianame düzenlendiği ve sanık hakkında bu iddianameye dayalı olarak son soruşturma açılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Sanık savunmalarında, her iki tarafı da önceden tanıdığından husumetlerinin devam etmemesi, daha büyük olaylara engel olması amacıyla ve iyi niyetli olarak bu işi yaptığını, Satılmış'ın, A.'e güvenmediğinden düzenlenen üçer bin liralık senetlere kefil olarak imza attığını, vadeleri gelince senet borçlusu A.'in ödeme yapmaması nedeniyle, senet karşılıklarını kendisinin ödediğini, bu ödeme karşılığındaki parasını almak için tayini çıktıktan sonra defalarca A.'i telefonla aradığını, A.'den peyder pey dört bin lirasını aldığını, kalan iki bin lirasını halen tahsil edemediğini beyanla suçlamaları red etmiştir.

Senetlerin borçlusu A. Gezgin, Adalet Müfettişi tarafından saptanan beyanında, anlaşmanın on bin lira üzerinden yapıldığını, iki adet beşer bin liralık senet düzenleyip, şikâyetinden vazgeçmesi karşılığında Satılmış Koldemir'e verdiğini, bu senetlere sanık H. Uyar'ın da kefil olduğunu, Satılmış'a ödenmek üzere sanık H.'e elden sekiz bin lira verdiğini, senetleri geri alıp imha ettiğini, kalan iki bin liralık borcu için de başkasına ait 2.500 liralık bir senedi sanığa verdiğini söylemiş, yargılama aşamasında saptanan ilk beyanında anlaşmanın yirmi bin lira üzerinden yapıldığını, bilahare dinlendiğinde ise önceki ifadesinin doğru olduğunu ifade etmiştir.

Tanık olarak beyanı saptanan Satılmış Koldemir ise; şikâyetinden vazgeçme karşılığında altı bin lira üzerinden anlaşma yaptıklarını, düzenlenen iki veya üç adet senedin karşılığını A.'in ödememesi nedeniyle birinin karşılığını sanık H. Uyar'dan tahsil ettiğini, diğerini ise aldığı odunlara karşılık Harun Sert adlı kişiye verdiğini, onun da parayı senedin kefilisi sanık H. Uyar'dan tahsil ettiğini beyan etmiş, tanık Harun Sert de, Satılmış Koldemir'in bu beyanını doğrulamıştır.

A. Gezgin'in işyerinde yapılan aramada, borçlusu A. Gezgin, alacaklısı Satılmış Koldemir ve kefilisi H. Uyar olan üç bin lira ve iki bin sekiz yüz lira bedelli iki adet senet ele geçirilmiş, bu suretle A.'in senetlerin imha edildiği ve miktarlarına ilişkin beyanlarının aksi kanıtlanmış, tanık Satılmış Koldemir ve sanık H. Uyar'ın beyan ve savunmaları ise doğrulanmıştır.

Afyonkarahisar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2006/83 esas sayılı dosyasının incelenmesinde, sanık H. Uyar'ın yargılamayı etkilemeye yönelik hiçbir girişiminin bulunmadığı, sanıklara isnat edilen suçluların da ağırlıklı olarak şikâyete bağlı olmadığı saptanmıştır.

Sanığa isnat edilen ikna suretiyle irtikâp suçunun oluşabilmesi için öncelikle sanığın görevli olması ve bu görevine bağlı olarak karşı tarafı ikna ederek haksız bir yarar sağlaması gerekmektedir.

Somut olayda sanık, C.Savcısı olması dışında tarafların karıştığı olayla ilgili hiçbir görev icra etmemiştir. Ayrıca tarafları makamında bir araya getirip barıştırmaya yönelik aracılık etmesi karşılığında, bir

menfaat elde ettiğine ilişkin de dosyada hiçbir kanıt bulunmamakta olup, tarafların özgür iradelerini etkileyecek bir baskısı veya ikna olmaları için bir çabası da saptanamamıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesine yönelik anlaşma tamamen tarafların yararına yönelik olup, sanığın bundan bir çıkarı bulunmadığı gibi, anlaşmaya konu senetlere de kefil olmak ve senet alacaklısına bedellerini ödemek suretiyle de mağdur edilmiştir.

Diğer yönden her ne kadar tanık olarak beyanı saptanan A. Gezin Adalet Müfettişince saptanan ifadesinde, senet alacaklısı Satılmış Koldemir'e verilmek üzere, sanığa peyder pey 8000 lira verdiğini, ancak sanığın bu parayı Satılmış Koldemir'e ödeyip ödemediğini bilmediğini ileri sürmüştü ise de, incelenen iki senedin toplam miktarının 5800 lira olduğu, tarafların anlaşmayı 6000 lira üzerinden yaptıklarının toplanan kanıtlarla sabit olduğu ve A.'in senet bedellerini sanığa ödediğine ilişkin hiçbir kanıtın bulunmadığı, aksine A.'in senet bedellerini ödememesi nedeniyle, kefil olan sanığın senet bedellerini ödediği, dolayısıyla ikna suretiyle irtikap suçunu oluşturmayan eylemin, kendisine ödenen veya teslim edilen herhangi bir para ya da senedin bulunmaması nedeniyle, güveni kötüye kullanma suçunu da oluşturmayacağı, bu itibarla yüklenen fiilin yasa dışı suç olarak tanımlanmadığı gerekçesine dayanan Özel Daire beraat kararının 5271 sayılı CYY'nın 223/2-a ve 158/6. maddelerine uygun olduğu, bu itibarla Yargıtay C.Başsavcılığının tüm temyiz itirazlarının reddi ile Özel Daire beraat hükmünün onanmasına karar verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 23.06.2010 gün ve 5-4 sayılı beraat hükmünün ONANMASINA,

2- Dosyanın Yargıtay 5. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 01.02.2011 günü yapılan müzakerede tebliğnamedeki isteme aykırı olarak oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay

Ceza Genel Kurulu

T. 29.03.2011 * Ceza hukukunda hâkim ilke, “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır”.
E. 2010/11-249 Kanunda belirlenen istisnalar dışında, işle-
K. 2011/24 nen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir.

(5237 say. TCK m. 158/1-e, 43/1, 168/2, 62 ve 53)

Dolandırıcılık suçundan sanık H.G.’in 765 sayılı TCY 504/7, 80, 522, 59 ve 31. maddeleri uyarınca 3 yıl 10 ay 20 gün ağır hapis ve 35.700.000.000 TL ağır para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Sivas 1. Ağır Ceza Mahkemesince verilen hüküm, sanık müdafii tarafından temyiz edilmiş ise de yürürlüğe giren yeni yasaların değerlendirilmesi amacıyla dosya Yargıtay C. Başsavcılığınca iade edilmiştir.

Lehe yasa değerlendirmesi yapan yerel mahkemece 20.09.2006 gün ve 6-133 sayı ile, sanığın 5237 sayılı TCY’nun 158/1-e, 43/1, 168/2, 62 ve 53. maddeleri uyarınca 2 yıl 1 ay hapis ve 25.000 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Sanık müdafininin temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 11. Ceza Dairesince 03.05. 2010 gün ve 6138-5612 sayı ile;

“...Sanığın DGD’den faydalandığı ve başkaca arazi bildirmek suretiyle yararlanma imkanı olmaması nedeniyle, arazilerini diğer sanıklara satmış gibi gösterip DGD başvurusu yaptırarak hesaplarına yatırılan parayı da aldığı vekaletnamelerle çekmekten ibaret eylemleri ile ilgili olarak toplanan delilleri CMK’nun 217. maddesine uygun olarak duruşmada edindiği kanaate göre, değerlendiren ve dolandırıcılık suçunun yasal unsurları itibariyle oluştuğunu kabul eden mahkemenin takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığından; tebliğnamedeki bozma isteyen düşüncelere iştirak edilmemiştir.

Hükmolunan hapis cezasının süresi itibariyle sanık H.G. hakkında 5728 sayılı Yasa ile değişik CMK’nun 231. maddesinin uygulanma olanağı bulunmadığından toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığa yüklenen suçun sübutu kabul, oluşturma ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde vafı tayin, ce-

*zayı artırıcı ve azaltıcı sebepler takdir kılınmış savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, 01.06.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 7 ve 5349 sayılı Kanunla değişik 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9. maddeleri uyarınca mahkemece 765 ve 5237 sayılı Yasa hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların denetime imkân verecek şekilde gösterilip birbiriyle karşılaştırılması suretiyle lehe yasa belirlenerek sonucuna göre hüküm kurulmuş ve incelenen dosyaya göre verilen hüküm de bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan sanık müdafinin suçun sabit olmadığına ilişkin ve yerinde görülme-
yeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;*

Sanık H.G. hakkında uygulanan 5237 sayılı Yasanın 53. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde yer alan kendi alt soyu üzerindeki hak yoksunluğunun koşullu salıverilmeye kadar uygulanabileceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,

Yasaya aykırı ise de, yeniden duruşma yapılmasını gerektirmeyen bu hususun 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nun 322. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hüküm fıkrasında yer alan 5237 sayılı TCK'nun 53. maddesinin uygulanmasına ilişkin bölümün çıkartılarak yerine 'TCK'nun 53. maddesinin 3. fıkrası uyarınca 1. fıkranın (c) bendinde yer alan kendi alt soyu üzerindeki haklardan koşullu salıverilme tarihine, birinci fıkrada yazılı diğer haklardan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar yoksun bırakılmasına' denilmek suretiyle sair yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına" karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 30.11.2010 gün ve 219590 sayı ile;

"Yargıtay 11. Ceza Dairesi ile Cumhuriyet Başsavcılığımız arasında itiraz konu edilen uyuşmazlık: Sanık H.G.'a (sanığın lehine olması nedeniyle) 5237 sayılı Yasanın 158/1-e maddesi gereğince dolandırıcılık suçundan verilen cezanın 5237 sayılı Yasanın 43. maddesi gereğince zincirleme suç hükümleri gereğince artırılıp arttırılmayacağına ilişkindir.

Ceza hukukunda yasadaki suç tanımına uygun olarak gerçekleşen her netice ilke olarak ayrı bir suç oluşturur ve fail kaç netice meydana getirmiş ise o kadar suç işlemiş sayılarak her birinden dolayı ayrı ve bağımsız cezalandırılır. Ancak bazı hallerde birden fazla netice meydana gelmiş olsa bile, faile meydana gelen netice kadar ceza verilmeyerek tek bir ceza verilmesi ile yetinilir.

Birden fazla neticenin meydana gelmesine karşın faile tek ceza verilmesini gerektiren hallerden biri de zincirleme suçtur. Zincirleme suçta faile tek ceza verilirken, yasanın öngördüğü miktarda bir artırım da yapılması sözkonusudur.

Zincirleme suç, 5237 sayılı Yasanın 43/1. maddesinin konumuza ilişkin ilk cümlesinde; 'Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir' biçiminde düzenlenmiştir.

5237 sayılı Yasanın 43/1. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için,

- a- Aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi,*
- b- İşlenen suçların mağdurlarının aynı kişi olması,*
- c- Bu suçların aynı suç işleme kararı altında işlenmesi gerekmektedir.*

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayımıza baktığımızda; Sanık H.G.'in 2002 yılına ait kamudan alabileceği doğrudan gelir desteğinin, sahibi olduğu sadece 500 dönüme kadar arsa miktarı ile sınırlı olması nedeniyle, daha fazla miktarda destekleme primumu alabilmek için yanında çalışan diğer sanıklar ile bir araya gelerek düşünce ve eylem birliği içinde, sanık H.G.'in sahibi ve zilyedi olduğu tapusuz arazileri, diğer sanıklara, 500 dönüm ve daha az miktarlarda el senedi ile satmış ve zilyetliğini devretmiş gibi adi senetler düzenledikleri, aynı zamanda sanık H.G.'in diğer sanıkların hesaplarına yatırılacak destekleme paralarını da hesaplarından çekebilecek şekilde Sanıklardan vekâletnameler aldığı, sanıklara farklı zamanlarda sözü edilen arazilere yönelik doğrudan gelir desteği başvurusu yaptırdığı ve diğer sanıkların hesaplarına yatırılan paraları da, aldığı vekâletnamelerle iki taksit halinde çektiği anlaşılmaktadır.

Sanık H.G.'in suça konu eylemini, diğer sanıklarla düşünce ve eylem birliği içinde 2002 yılına ait kamudan alabileceği miktardan daha fazla miktarda destekleme primumu alabilmek kastı ile gerçekleştirdiği, suçun tamamlanma tarihinin de suça konu tüm menfaatin elde edildiği tarih olduğu, sanık H.G.'in amacına ulaşabilmek için diğer sanıklara farklı zamanlarda sözü edilen arazilere yönelik doğrudan gelir desteği başvurusu yaptırmasının, amaçladığı dolandırıcılık suçunun unsuru olan hileli hareketleri oluşturacağı bu nedenlerle de sanık H.G.'in da kamu kurumuna karşı işlenen tek dolandırıcılık suçundan cezalandırılması gerektiğinin kabulü gerekmektedir" görüşüyle itiraz

yasayoluna başvurarak, Özel Daire düzelterek onama kararının kaldırılmasına ve dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesi isteminde bulunulmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın 5237 sayılı TCY'nın 158/1-e, 43/1, 168/2, 62 ve 53. maddeleri uyarınca 2 yıl 1 ay hapis ve 25.000 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilen somut olayda Yargıtay C. Başsavcılığı ile Özel Daire arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığa dolandırıcılık suçundan verilen cezanın zincirleme suç hükümleri uyarınca arttırılmasında isabet bulunup bulunmadığına ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanığın Kangal İlçesinde kuyumculuk yaptığı, bu ilçeye bağlı Arpalı Köyünde geniş miktarda arazileri bulunduğu ve doğrudan gelir desteğinden (DGD) yararlandığı, kişi başına 500 dönümden fazla arazi için doğrudan gelir desteği verilmemesi nedeniyle destek alamayacağı diğer arazilerini, itiraza konu edilmeyen diğer sanıklar A. 'a 16.03.2001, K. S.'a 25.03.2001, İ. D.'a 15.04.2001, S. K.'na 06.05.2001 ve H D.'a ise 14.04.2002 tarihinde satıldığına dair adi senetler düzenlendiği, arazilerin bulunduğu köyde oturmayan ve çiftçilik yapmadığı saptanan diğer sanıkların gerekli belgeleri tamamlayarak değişik tarihlerde doğrudan gelir desteği almak için Kangal İlçe Tarım Müdürlüğüne başvurdukları, kabul edilen başvuruları nedeniyle hesaplarına doğrudan gelir desteği kapsamında 2002 yılı Aralık ayı içinde toplam 16.065.000.000 Liranın yatırıldığı, ancak paranın tamamının bu kişilerden daha önceden alınan ve Kangal Noterliğince düzenlenmiş vekâletnameler ile sanık H.G. tarafından bankadan değişik tarihlerde çekildiği anlaşılmaktadır.

Sanığın eylemini bu şekilde gerçekleştirdiği konusunda yerel mahkeme, Özel Daire ve Yargıtay C.Başsavcılığı arasında bir uyuşmazlık bulunmamakta, bu kabul dosya içeriğine de uygun düşmektedir.

5237 sayılı TCY'na hakim olan ilke gerçek içtima olduğundan, bunun sonucu olarak, *“kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza”* söz konusu olacaktır. Nitekim bu husus Adalet Komisyonu raporunda da; *“Ceza hukukunun temel kurallarından birisi, ‘kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır’ şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları, suçların içtima bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu kuralın istisnalarına ise, 5237 sayılı TCY'nın *“suçların içtima”* bölümünde, 42 (bileşik suç), 43 (zincirleme suç) ve 44. (fikri içtima) maddelerinde yer verilmiştir.

Ceza hukukunda yasadaki suç tanımına uygun olarak gerçekleşen her netice ilke olarak ayrı bir suç oluşturur ve fail kaç netice meydana getirmiş ise o kadar suç işlemiş sayılarak her birinden dolayı ayrı ve bağımsız cezalandırılır. Ancak bazı hallerde birden fazla netice meydana gelmiş olsa bile, faile meydana gelen netice kadar ceza verilerek tek bir ceza verilmesi ile yetinilir. Birden fazla neticenin meydana gelmesine karşın faile tek ceza verilmesini gerektiren hallerden biri de zincirleme suçtur. Zincirleme suçta faile tek ceza verilirken, yasanın öngördüğü miktarda bir artırım da yapılması sözkonusudur.

Zincirleme suç, 765 sayılı Yasanın 80. maddesinde; *“Bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlal edilmesi, muhtelif zamanlarda vaki olsa bile bir suç sayılır”* şeklinde düzenlenmişken, 5237 sayılı TCY'nın 43/1 maddesinde; *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır”* biçiminde düzenlenmiştir.

5237 sayılı Yasanın 43/1. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için;

- a- Aynı suçun değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi,
- b- İşlenen suçların mağdurlarının aynı kişi olması,
- c- Bu suçların aynı suç işleme kararı altında işlenmesi gerekmektedir.

765 sayılı TCY'nda yer alan *“muhtelif zamanlarda vaki olsa bile”* ifa-

desi karşısında, aynı suç işleme kararı altında birden fazla suçun aynı zamanda işlenmesi durumunda diğer koşulların da varlığı halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi olanaklıdır. Nitekim 765 sayılı TCY'nın yürürlüğü zamanında bu husus yargısal kararlarla kabul edilmiş ve uygulama bu doğrultuda yerleşmiştir.

5237 sayılı TCY'nın 43/1 maddesinde bulunan, "*değişik zamanlarda*" ifadesinin açıklığı karşısında öğretide de, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için suçların farklı zamanlarda işlenmesi gerektiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, suçların mutlaka *değişik zamanlarda* işlenmesi gereklidir ki, bunun sonucu olarak, aynı mağdura, aynı zamanda, aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda tek suçun oluşacağı kabul edilmiştir. Bu halde zincirleme suç hükümleri uygulanarak artırım yapılamayacak, ancak bu husus TCY'nın 61. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesinde gözönüne alınabilecektir.

Burada "*aynı zaman*" ve "*değişik zaman*" kavramları üzerinde de durulmalıdır. Yasada bu konuda bir açıklık bulunmadığından ve önceden kesin saptamaların yapılması da olanaklı olmadığından, bu husus her somut olayın özelliği gözönüne alınarak değerlendirilmeli ve eylemlerin "*değişik zamanlarda*" işlenip işlenmediği belirlenmelidir.

Bu açıklamalar ışığında tüm dosya içeriği birlikte değerlendirildiğinde;

Sivas İli Kangal İlçesinde kuyumculuk yapan, bu ilçeye bağlı Arpalı Köyünde geniş miktarda arazileri bulunan ve belirli bir miktardaki arazisi için doğrudan gelir desteğinden (DGD) yararlanan sanığın, destek alamayacağı arazilerini, o köyde oturmayan ve çiftçilik yapmadıkları saptanan diğer sanıklara adi senetler düzenlemek suretiyle satmış gibi gösterdiği, gerekli belgelerin tamamlanarak doğrudan gelir desteği almak için Kangal İlçe Tarım Müdürlüğüne *değişik* tarihlerde yapılan başvuru üzerine, banka hesaplarına doğrudan gelir desteği kapsamında 2002 yılı Aralık ayı içinde toplam 16.065.000.000 Liranın yatırıldığı ve bankaya yatırılan paranın tamamının bu kişilerden daha önceden alınan vekâletnameler ile sanık tarafından *değişik zamanlarda* çekildiği konularında anlaşmazlık bulunmayan olayda; dolandırıcılık suçlarının, aynı suç işleme kararı altında, aynı mağdura karşı ve *değişik zamanlarda* işlenmiş olması karşısında sanık hakkında 5237

sayılı TCY'nın 43/1. maddesinin uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığının haklı nedene dayanmayan itirazının reddine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının **REDDİNE**,

2- Dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C. Başsavcılığına **TEVDİİNE**, 29.03.2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay

Ceza Genel Kurulu

T. 01.02.2011 * 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 305. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi uyarınca, verilen adli para cezasına ilişkin hükümler kesin olup, aynı maddenin 2. fıkrası gereğince de, kesin olan bu hükümler tekerrüre esas olamazlar.

(5237 say. TCK m.53/1; 5320 say. Kanın m.8; 1412 say. Mülga CMUK m.305/1-2)

Sanık E.'in cebir, tehdit ve hile kullanmak sureti ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan, 5237 sayılı TCY'nın 109/2 ve 109/3-b. maddeleri uyarınca 4 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, mükerrer olması nedeniyle verilen cezanın TCY'nın 58/6. maddesi gereğince mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve cezanın infazından sonra başlamak üzere denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına,

5237 sayılı TCY'nun 53/1 maddesinin a, b, d ve e bendlerinde belirtilen haklardan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar, c bendindeki haklarının ise koşullu salıverilmeye kadar kullanmaktan yasaklanmasına, tutuklulukta ve gözetimde geçirdiği sürelerin 63. madde gereğince cezasından mahsubuna, adli emanetin 2009/4489 sırasında kayıtlı suçta kullanılan iki adet naylon ip ve bir adet zincirin 54. madde uyarınca müsaderesine ilişkin, Antalya 6. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 08.10.2009 gün ve 414-1226 sayılı hüküm, sanık ve müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesince 30.06.2010 gün ve 7618-9582 sayı ile;

"5237 sayılı TCK'nun 53/3. madde ve fıkrası uyarınca, sanığın yalnızca kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından koşullu salıverilmesine kadar kısıtlama uygulanabilecek iken, kendi altsoyu dışındakiler üzerindeki yetkilerini de kapsayacak şekilde uygulama yapılması,

Bozmayı gerektirdiğinden hükmün CMUK'nun 321. maddesi gereğince (bozulmasına), ancak bu aykırılığın CMUK'nun 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükümden 5237 sayılı TCK'nun 53. maddesinin uygulanmasına ilişkin bölüm çıkarılarak yerine Sanığın 5237 sayılı TCK'nun 53/1. madde ve fıkrasında sayılan hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına, bu yoksunluğunun kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından koşullu salıverilmesine kadar, diğer hakları yönünden ise hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sürmesine" ibaresinin eklenmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığınca 12.01.2011 gün ve 314850 sayı ile;

Mükerrirliğe esas alınan, Antalya 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 2007/1510 esas, 2007/1457 karar sayılı ilamının kesin nitelikte olması nedeniyle tekerrür oluşturmayacağı gerekçeleri ile itiraz yasa yoluna başvurularak, Özel Daire düzelterek onama kararının kaldırılması ile Antalya 6. Asliye Ceza Mahkemesinin 08.10.2009 tarih ve 414-1226 sayılı kararının bozulmasına, yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyen bu hukuka aykırılıklar yönünden 1412 sayılı CYUY'nun 322. maddesine dayanılarak, hükmün 5237 sayılı TCY'nun 53. maddesi ve tekerrür uygulaması yönünden düzeltilerek onanmasına karar verilmesi talep olunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulu'nca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, kesin nitelikteki mahkûmiyetin tekerrüre esas alınıp alınamayacağı noktasında toplanmaktadır.

5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nun 305. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi uyarınca, ikibin liraya kadar (ikibin dahil) adli para cezasına ilişkin hükümler kesin olup, aynı maddenin 2. fıkrası gereğince de, kesin olan bu hükümler tekerrüre esas olamazlar.

Dosyanın incelenmesinde,

Tekerrüre esas alınan ilamın, Antalya 1. Sulh Ceza Mahkemesinin, 5237 sayılı TCY'nun 179/2, 50 ve 52. maddeleri uyarınca hükmettiği 600 TL kesin nitelikteki adli para cezasından ibaret olan ve 29.11.2007 tarihinde kesinleşmiş bulunan, 20.11.2007 gün ve 1510-1457 sayılı bu hükmün kesin nitelikte olması nedeniyle 1412 sayılı CYUY'nun 305/son maddesi uyarınca tekerrüre esas oluşturmayacağı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazı yerinde olup, kabulü ile Özel Daire kararının kaldırılması, Özel Dairece saptanan 5237 sayılı TCY'nun 53. maddesinin uygulamasına ilişkin hukuka aykırılık da eklenerek, yerel mahkeme hükmünden, "sanık hakkında verilen cezanın TCY'nun 58/6. maddesi gereğince mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve cezanın infazından sonra başlanmak üzere denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına" ilişkin bölümün çıkartılması ve TCY'nun 53. maddesine ilişkin uygulamanın düzeltilmesi suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE,**

2- Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 30.06.2010 gün ve 7618-9582 sayılı düzelterek onama kararının **KALDIRILMASINA,**

3- Antalya 6. Asliye Ceza Mahkemesinin 08.10.2009 gün ve 414-1226 sayılı hükmünün **BOZULMASINA**, ancak yeniden yargılama gerektirmeyen bu konularda, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesindeki yetkiye istinaden **hükümden 5237 sayılı TCY'nın 53. maddesinin uygulanmasına ilişkin bölüm çıkarılarak yerine** *“sanığın 5237 sayılı TCY'nın 53/1. madde ve fıkrasında sayılan hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına, bu yoksunluğunun kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından koşullu salıverilmesine kadar, diğer hakları yönünden ise hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar sürmesine”* ibaresinin eklenmesine ve *“mükerrirlere özgü infaz rejiminin tatbikine ve dene-timli serbestlik tedbiri uygulanmasına”* ilişkin kısım çıkartılmak suretiyle hükmün, **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**,

4- Dosyanın Antalya 6. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **01.02.2011** günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ **DİSİPLİN KURULU KARARLARI** **DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE**

- 30.09.2011 * Bir haktan vazgeçmeye yönelik her türlü işlemler, müvekkilin yazılı rızasına bağlı olup, müvekkilin sözlü talimatı varsa dahi bunun görüşme tutanağına bağlanması ve şikâyetçinin imzasının alınması gerekir.
- E. 2011/295
- K.2011/598
- * Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa, uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir.
- * Avukat baktığı davada görevini savsayarak ya da kötüye kullanarak; müvekkil zararına kendisine bir yarar sağlayamaz.

(Av.K.m. 5/a, 34, 158; TBB Meslek Kuralları m.3, 4, 41, 43)

Şikâyetli avukat hakkında, şikâyetçinin çocuğunun uğradığı trafik kazası sonucunda ölümü nedeni ile kusurlu kişi hakkında açılan Mersin 3.Asliye Ceza Mahkemesinin 2004/904 Esas sayılı davayı takip için vekâletname verildiği, davayı takip ederken yargılama sırasında bir talimat verilmediği halde, diğer tarafla anlaşarak 2.250,00.-TL. sı para alarak 16.000,00.-TL. sı ödenmek üzere anlaştığı, şikâyetçiye bilgi ve para verilmediği, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, aynı iddialar ile açılan kamu davasının sonucu da beklendikten sonra Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, şikâyetçi ile ceza davasının takibi ve 10.000,00.-TL. lık tazminat davası için 2.500,00.-TL. sı avukatlık ücreti kararlaştırdıklarını, tazminat davası sırasında daha fazla bir miktarın çıkması halinde fazla kısmın %10'nun da avukatlık ücreti olacağını kararlaştırıldığını, ceza davasına müdahale dilekçesinin verildiğini, tazminat davasının dilekçesinin de hazırlandığını, ancak şikâyetçinin karşı tarafın sigortasından ödeme yapılacağını, bu sebeple ödeyeceği avukatlık ücreti ve karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti de dahil olmak üzere anlaşma yapmasını istediğini, ilgili sigortalardan tazminat alınabilmesi için o tarihte cezaevinde olan şikâyetçinin eşinin vekaletnamesinin de gerektiğini, vekaletnamenin ilgilinin Adli Tıp'a gönderilmesi sebebiyle geciktiğini, döndüğünde de çocuğunun ölümünden önceden haberdar olmayan şikâyetçinin eşinin tepki göstererek vekaletname vermediğini, eşinin tehdidinden korkan şikâyetçinin, kendisini azlederek şikâyetçi olduğunu, durumu bilen kişilerin dinlenmesi gerektiğini bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, Adalet Bakanlığı tarafından kovuşturma izni verilmesi üzerine açılan ve Yargıtay bozmasından sonra 2009/340 Esas, 2009/367 Karar sayılı kararı ile sonuçlanan kamu davasının sonuçlanmasını ve kesinleşmesini beklemiş, Mahkemenin şikâyetli avukat hakkında CMK 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının ertelenmesine ilişkin kararının bu yönden kesinleşmesi üzerine, eylemin meslekten çıkarma cezasını gerektirdiği, ancak hükmün açıklanmasının ertelenmesi sebebiyle üç yıl süre ile işten çıkarma cezası verilmesine karar vermiş, karara şikâyetli avukat vekili tarafından itiraz edilmiştir.

Baro Disiplin Kurulunun kararı, Kurulumuzun 14.08.2010 gün ve 2010/238 Esas, 2010/402 Karar sayılı kararı ile Mersin 3. Ağır Ceza Mahkemesinin kararından sonra kabul edilen 6008 Sayılı Yasa ile CMK 231. maddesine eklenen altıncı fıkra ile sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasına karar verilemeyeceğinin eklendiği, geçici 2 madde ile de, yasanın yürürlük tarihinden itibaren on beş gün içerisinde başvurulara da bu hükmün uygulanacağını düzenlendiği belirtilerek, şikâyetli avukatın, mahkemesine hükmün açıklanmasının ertelenmesini kabul etmediği yönünde bir başvurusu olup olmadığının araştırılması gerekçesi ile bozulmuştur.

Bozmaya uyularak yapılan incelemede, Mersin 3.Ağır Ceza Mahkemesinin 07.03.2011 tarihli yazısı ile şikâyetli avukatın, yasal süresinde hükmün açıklanmasının ertelenmesini kabul etmediği ve yargılamaya devam edilmesi yönünde bir talebinin olmadığı tespit edilmiştir.

Şikâyetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi ile ilgili olarak Mersin Cumhuriyet Başsavcılığına da yapılan şikâyet üzerine, şikâyetli avukat hakkında Adalet Bakanlığının 24.10.2005 tarihli “olur”u ile soruşturma izni verildiği, 17.05.2006 tarihli “olur”u ile kovuşturma izni verildiği, açılan kamu davası sonucunda Mersin 3.Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/340 Esasında kayıtlı olarak “Hizmet Nedeniyle Güveni Kötüye Kullanma” suçundan dolayı açılmış olan kamu davası sonucunda Mahkemece 2009/367 Karar sayılı ve 06.11.2009 tarihli kararı ile şikâyetli avukatın eylemi sabit görülerek 5237 Sayılı TCK. nun 155/2, 168/2, 62/1 ve 52/2. maddeleri uyarınca takdiren ve teşdiden 10 ay hapis ve 1.000,00.-TL.sı adli para cezası ile cezalandırılmasına, 5271 Sayılı CMK. nun 231/5. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği ve kararın usulen 07.12.2009 tarihinde kesinleşmiş olduğu, dosya içindeki mahkeme kararından ve kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukatın, 6008 Sayılı Yasa ile sağlanan hükmün açıklanması kabul etmeme imkânından yararlanmadığı Baro Disiplin Kurulunun bozma üzerine yaptığı inceleme sonucunda tespit edilmiştir.

Şikâyetli avukat hakkında, Mersin 3.Ağır Ceza Mahkemesinin özetlenen kararı, mahkûmiyet açısından Avukatlık Yasasının 5/a maddesinde belirtilen biçimde verilmiş ve meslekten çıkarma cezasının uygulanmasına neden olabilecek kesin hüküm oluşturan bir karar niteliğinde değil ise de, Mersin 3.Ağır Ceza Mahkemesinde toplanan deliller disiplin suçunun tespiti açısından değerlendirilmiştir.

Dosya içerisinde bulunan şikâyetli avukat ile Mersin 3.Asliye Ceza Mahkemesindeki sanık A.Ş. arasında yapılmış 13.10,2004 tarihli “sulh ve feragat protokolü” uyarınca, şikâyetli avukat 02.11.2004 tarihli duruşmada, müvekkilinden, karşı taraf ile anlaşmak ve davadan ve tazminat haklarından feragat etmek üzere yazılı bir talimat almamış olduğu halde, bilirkişi raporuna itiraz etmemiş, sanıkla anlaşıklarını, sanık hakkındaki şikâyetten vazgeçtiklerini Mahkemeye beyan etmiştir. Bir haktan vazgeçmeye yönelik her türlü işlemler, müvekkilin yazılı rızasına bağlı olup, şikâyetli avukatın savunmasında ileri sürdüğü gibi, şikâyetçinin sözlü talimatı varsa dahi, bunun görüşme tutanağına

bağlanması ve şikâyetçinin imzasının alınması gerektiği açıktır. Tazminat ödemesi, şikâyetçinin eşinin vekâlet vermesine de bağlı ise bu husus yerine getirilip ödeme sağlanmadan davadan vazgeçilmesi şikâyetçinin ağır zararına neden olmuştur.

Avukatlık Yasasının 34. maddesine göre, “Avukatlar yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğiince belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.”

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 3.maddesine göre “Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür.” 4.maddesine göre “Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.”. 41.maddesine göre “Avukat baktığı davada görevini savsarak ya da kötüye kullanarak; müvekkil zararına kendisine bir yarar sağlayamaz”. 43. maddesine göre “Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa, uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir.”.

Şikâyetli avukatın, şikâyetçinin yazılı izni olmaksızın karşı taraf ile davadan ve tazminattan feragat dair protokol imzalaması, yargılamada tamamen tazminat ödenmeden katılma talebinden ve şikâyetten vazgeçtiğini mahkemeye bildirmesi, tahsil ettiği miktarları müvekkiline bildirmeksizin uhdesinde tutmuş olması Mersin 3.Ağır Ceza Mahkemesi tarafından “Hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanma” suçu olarak nitelendirilmiş ve karşılığı ceza da belirlenmiştir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun eylemlerin disiplin suçunu oluşturduğu, kesin hükümlerle mahkumiyet halinde aynı eylemin Avukatlık Yasasının 5/a maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezasını gerektirebileceği, ancak Mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği ve Avukatlık Yasasının 158.maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezası yerine bir alt ceza olan işten çıkarma cezası verilmesine ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş, kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddine, Baro Disiplin Kurulunun “**Üç Yıl Süre İle İşten Çıkarma Cezası Verilmesine**” ilişkin kararının **ONANMASINA**, oybirliği ile karar verildi.

T. 20.01.2012 * Adalet Bakanlığının soruşturma izni verilme-
E. 2011/557 mesine dair işleminin iptali ile ilgili olarak açıl-
K.2012/29 lan davanın sonucunun beklenmesi gerekir.

(Av.K.m.140/2)

Kurulumuzun 01.07.2011 gün ve 2011/144 Esas, 2011/422 Karar sayılı kararı ile;

“Kovuşturma konusu iddialardan, 08.02.2005 tarihinde Avukat S.A.’dan tahsil edilen meblağın, müvekkil hesabına yatırılmadığına ilişkin eylem tarihi olan 08.02.2005 itibariyle, dört yıl altı aylık zamanaşımı 08.08.2009 da sona ermektedir. Ankara 23.İcra Müdürlüğünden 06.01.2006 da tahsil edilen paranın müvekkil hesabına yatırılmadığına ilişkin iddia ile ilgili dört yıl altı aylık zamanaşımı da 06.07.2010 da sona ermektedir. Zaten şikayetçi avukatın iddia ettiği tarihe göre dahi, şikayetli avukatın yanından ayrılmasından itibaren dört yıl altı aydan fazla zaman geçmiştir.

Şikayetli avukat hakkında Adalet Bakanlığı’nun soruşturma açılmasına izin verilmemesine dair idari işleminin iptali için Ankara 12.İdare Mahkemesinde dava açıldığı anlaşılmakta ise de, şikâyetli avukat hakkında bu surette kamu davası açılması halinde, Avukatlık Yasasının 159/3 ve 143. maddeleri uyarınca yeniden disiplin kovuşturması açılması mümkün bulunduğu için, idari dava sonucunun beklenmesine gerek bulunmamaktadır.

Bu durumda Avukatlık Yasasının 159.maddesinde öngörülen zamanaşımı süresi dolmuş bulunduğundan disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle düşürülmesi gerekmiştir.” gerekçesi ile disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeni ile düşmesine karar verilmiştir.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’nün 79139/12665/24939 sayı ve 05.10.2011 tarihli geri gönderme yazısında;

“ Bakanlığımızca yapılan incelemede;

Disiplin kovuşturmasının Yönetim Kurulu tarafından verilen bir kararla açılacağını hükme bağlayan Avukatlık Yasasının 141/1.maddesi uyarınca Baro Yönetim Kurulunca bu yönde bir karar verilmeyen

hallerde disiplin kurulu ve Birliğiniz Disiplin Kurulu'nun re'sen inceleme yetkisinin bulunmadığı,

Bu durumda, Baro Yönetim Kurulunca müşteki avukatın şikâyet edilen avukat hakkındaki iddialarından sadece Ankara 1.Tüketici Mahkemesinin Esas:2003/555 ve anılan yer 26.İcra Müdürlüğünün Esas:2005/3220 sayılı dosyalarına ilişkin iddiası ile ilgili olarak disiplin kovuşturması açıldığı dikkate alındığında Birliğiniz Disiplin Kurulunca, müşteki avukatın müvekkili F.Bank'ın alacaklı olduğu icra takiplerine ilişkin diğer iddiası hakkında inceleme yapılarak karar verilmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden bu iddia ile ilgili olarak karar verilmesi yerinde görülmemiş ise de, netice itibariyle düşme kararı verildiğinden bu hususun sonuca müessir olmadığı,

Ancak, şikâyet edilen avukat hakkında disiplin kovuşturmasına konu eylemi nedeniyle Bakanlığımızca 24.06.2010 tarihli "olur" ile soruşturma izni verilmediği, müşteki avukat tarafından Bakanlığımızın bu işlemine karşı Ankara 12. İdare Mahkemesine Esas:2010/1561 sayı ile iptal davası açıldığı ve davanın derdest olduğu,

Avukatlık Yasasınının 140/2.maddesi uyarınca disiplin işlem ve kararlarına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemlerden dolayı Ceza Mahkemesinde dava açılmış ise, avukat hakkındaki disiplin kovuşturmasının ceza davası sonuna kadar bekletilmesi gerektiği,

Anılan Yasanın 143. maddesinde ise disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına dair kararın konusuna giren eylemlerden dolayı yeniden inceleme yapılabilmesi için gerekli şartların düzenlenmesi karşısında disiplin kovuşturması açılmasına karar verilmesi halinde bu madde uyarınca inceleme yapılarak disiplin kovuşturması açılmasına karar verilmesinin mümkün olmadığı,

Bu itibarla, Birliğiniz Disiplin Kurulunca, müşteki avukat tarafından açılan söz konusu iptal davasının sonucunun beklenmesi, iptal kararı verilmesi üzerine Bakanlığımızca soruşturma ve kovuşturma izinlerinin verilerek ceza davası açılması ve yapılacak yargılama sonunda mahkumiyet kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde mahkemece verilecek kesin karar ile dosyadaki diğer delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gibi

iş bu disiplin kovuşturmasının karara bağlanmasından sonra şikâyet edilen avukat hakkında kamu davası açılması halinde yeniden disiplin kovuşturması açılması Avukatlık Yasasının 159/3 ve 143.madde-leri uyarınca mümkün olmadığı, aksinin kabulünün ise mükerrerlik sonucu doğuracağı gözetilmeden zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmesinin usul ve yasaya aykırı bulunduğu,

Anlaşıldığı cihetle, Birliğiniz Disiplin Kurulunca yapılan değerlendirmeye ve verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir” gerekçesi ile dosya bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmiştir.

Bakanlığın geri gönderme gerekçesi ile dosya yeniden incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü;

Kurulumuzca yeniden yapılan incelemede, Baro Yönetim Kurulunun 20.08.2008 tarih 2007/358 Esas, 2008/376 Karar sayılı kararı ile şikâyetli avukat hakkında müvekkilleri B.Bank’ın Ankara 1.Tüketici Mahkemesinin 2003/555 Esas sayılı dosyasına mahsuben 207.642.313.-TL. sı tahsil etmesine rağmen bunu müvekkilin hesabına yatırmadığı, bunun oluşturduğu risk bedeli olarak şikayetçi avukatın bankaya 1.530,00.-TL. sı ödemek zorunda kaldığı, Ankara 23. İcra Müdürlüğünün 2005/3320 sayılı dosyasından tahsil edilen 333,90.-TL. sı da alacaklı bankaya ödenmediği için şikayetçi avukat tarafından ödenmek zorunda kaldığı, iddiaları ile şikayet edildiği ve bu nedenlere dayalı olarak disiplin kovuşturmasının açıldığı, Adalet Bakanlığının, şikayetli avukat hakkındaki ceza soruşturması açılmasına izin verilmemesine ilişkin işlemin iptaline dair Ankara 12. İdare Mahkemesinde açılan davanın, izin verilmeme işleminin iptali halinde Avukatlık Yasasının 159/3 ve 143. maddeleri karşısında yeniden disiplin kovuşturması açılabileceğine ilişkin Kurulumuz görüşüne katılmadığı, bu durumun mükerrerlik sonucu doğuracağı gerekçesi ile Kurulumuz kararının yeniden görüşülmesi istemi ile iade edildiği görülmüştür.

Bu sebeplerle, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün görüşü yerinde bulunmuş, Kurulumuzun 01.07.2011 tarih ve 2011/144 Esas, 2011/422 Karar sayılı kararının kaldırılarak, Baro Disiplin Kurulu kararının, Avukatlık Yasasının 140/2.maddesi uyarınca, şikayetli avukat hakkında Ankara 12.İdare Mahkemesinde açılan iptal davası sonucunun beklenmesi, dava sonucunda şikâyetli avukat hakkında ceza davası açılması halinde, ceza davasının kesin hükme bağ-

lanmasının beklenmesi, davanın reddi halinde oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için Baro Disiplin Kurulu kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Adalet Bakanlığının onaylamamaya ilişkin kararına uyulmak suretiyle, Kurulumuzun Baro Disiplin Kurulunun şikâyetli avukat hakkında **“Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına”** dair disiplin kovuşturmasının **“Zamanaşımı Nedeni İle Düşmesine”** ilişkin kararının **KALDIRILARAK**, Baro Disiplin Kurulunun 2008/166 Esas 2011/10 Karar sayılı kararının, şikâyetli avukat hakkında Adalet Bakanlığının soruşturma açılmasına yer olmadığına dair işleminin iptali ile ilgili olarak, şikâyetçi tarafından açılan Ankara 12.İdare Mahkemesinin 2010/1561 Esas sayılı dosyası ile derdest davanın sonucunun beklenmesi ve davanın sonucuna göre oluşacak duruma göre bir karar verilmesi için **BOZULMASINA** oybirliği ile karar verildi.

- 10.02.2012 * 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 organları, hakemler, resmi ve özel kişi ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.
- E. 2011/573
- K.2012/54
- * Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancının ve mesleğine güvenini sağlayacak şekilde işini tam sadakatle yürütür.
- (Av.K.m. 2, 34; TBB Meslek Kuralları m.3, 4)

Antalya Hâkimi H.A. ve şikayetli avukat hakkında Adalet Bakanlığı'na yapılan şikâyet nedeni ile 26.10.2006 tarihli "olur"a istinaden adalet müfettişleri tarafından düzenlenen 22.02.2007 tarihli inceleme ve soruşturma raporu üzerine Cumhuriyet Savcılığına gönderilen düşünce örneğinin disiplin yönünden incelemesi için 16.05.2007 tarihinde Baroya gönderilmesi nedeni ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda eylem Baro Disiplin Kurulunca sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında özetle, Bakanlığın 8 sayfadan ibaret görüşünün soyut iddialara dayandığını, tanıkların tanıklıkları somut, görgüye dayalı değil, duyuma dayalı ve dedikodu olduğu, yargıçla cinsel ilişkisi olmadığı, dost hayatı yaşamadığı, bu uğurda menfaat temin etmediği, yanında staj yapması nedeni ile telefonla görüştüğünü, tüm tanıklarının ifadelerinin tutarsız olduğunu, olayı basına intikal ettiren gazeteci hakkında şikâyetçi olduğundan onun aleyhine dava açıldığını, kendisinin bakire raporu aldığını ve o dosyaya delil olarak sunduğunu bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, açılan kamu davasının sonuçlanmasından sonra eylemleri işlerken yargıcın adı, sıfatı ve ona yakınlığının kulla-

nılması, eylemin işlenişindeki vahamet, süreklilik ve ısrar ile sonraki soruşturmada savunma argümanının kamuoyuna yansıtılışındaki özensizlik nedeni ile Avukatlık Yasasının 34. ve 135/4.maddeleri ve Meslek Kuralları gereğince “Üç ay süre ile mesleki faaliyetlerin yasaklanmasına” karar vermiş, karara şikâyetli avukat itiraz etmiştir.

Şikâyetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi ile ilgili olarak Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 2008/2 MD. Esasında kayıtlı olarak “Yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlamak” suçundan dolayı açılmış olan kamu davası sonucunda Mahkemece 2009/4 Karar sayılı ve 22.05.2009 tarihli kararı ile şikâyetli avukatın eylemi sabit görülerek 5237 Sayılı TCK. nun 255, 43/1, 62/1 ve 52/2. maddeleri uyarınca 1 yıl 15 gün hapis ve 100,00.-TL. sı adli para cezası ile cezalandırılmasına, CMK.nun 231.maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği ve itiraz üzerine itirazın reddine karar verildiği kararın bu yönden 14.07.2009 tarihinde kesinleşmiş olduğu, ayrıca şikâyetli avukatın 6008 Sayılı Yasadan da yararlanmak için başvuruda bulunmadığı, anlaşılmıştır.

Yargıtay 5.Ceza Dairesinin “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına” ilişkin kararı her ne kadar mahkumiyet açısından kesin hüküm oluşturmamakta ise de, Ceza Dairesi tarafından dinlenen ve tutanakları dosyada bulunan tanık açıklamalarından da şikâyetli avukatın, Antalya 1.Asliye Ceza Mahkemesinin 2006/310 Esas sayılı dosyasında N.B. tutuklu iken cezaevine gelerek “H.A.’yla aram iyidir,15.000,00.-TL. sı verersen seni tahliye ettirim.” beyanı ile Antalya 1.Asliye Ceza Mahkemesinin 2001/1848 Esas 2006/648 Karar sayılı dosyasında, Y.Ü.’nün ruhsatsız silah taşımak, konut dokunulmazlığını bozma ve sövme suçlarından yargılandığı, şikâyetli avukatın Hakimle görüştüğü, 70.000,00.-TL. sı talep ettiği ve iki taksit halinde bu paranın şikâyetli avukata ödendiği, bu durumun Y.Ü. tarafından daha önce tanıdığı Cumhuriyet Savcısı S.K.’ye iletilmesi ve onun önerisi üzerine Y.Ü.’nün verdiği parayı geri istediğini, şikâyetli avukatın masrafları olduğunu söyleyerek 68.000,00.-TL. sını geri ödediği, davanın diğer sanığı Hakkın Y.Ü. hakkında ise 3 sene 2 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hakkında yakalama emri çıkartıldığı böylece yetkili olmadığı bir iş için yarar sağladığı tespit edildiği, böylece toplanan tüm deliller şikâyetli avukatın eylemi tespite yeterli olmaktadır.

Avukatlık Yasasının 2.maddesine göre “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 organları, hakemler, resmi ve özel kişi ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.” 34. maddesine göre “Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir şekilde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğinde belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler”. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 3.maddesine göre “Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancının ve mesleğine güvenini sağlayacak şekilde işini tam sadakatle yürütür.”. 4.maddesine göre “Avukat Mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.”.

Şikâyetli avukatın eylemleri mesleğin, adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini sağlamak, özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirilmesini hükme bağlayan Avukatlık Yasasının 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4.maddesine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunu eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde isabetsizlik görülmemiş ise de şikâyetli avukat hakkındaki kamu davasında hükmün açıklanmasını geri bırakılmasına karar verilmiş olması, disiplin sicil özetinde bir uyarma cezasının bulunması ve Avukatlık Yasasının 158.maddesinin de nazara alınması halinde “3 ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesi” fazla bulunmuş, işten çıkarma cezasının “214,00.-TL.sı para cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun “**Üç Ay Süre İle Mesleki Faaliyetlerinin Yasaklanmasına**” ilişkin kararın “**214,00 TL. Para Cezasına**” çevrilmesi suretiyle kararın **DÜZELTİLEREK ONANMASINA** Şikâyetli Avukat A.B.’nin **214,00 TL PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA** oy birliği ile karar verildi.

T. 02.03.2012 * Avukat, yüklendiği davayı, sonuna kadar
E. 2011/598 özenle takip etmekle yükümlüdür. Delillerin
K.2012/88 toplanmış veya herhangi bir işlem yapılmaya-
 cak dahi olsa avukat davanın her celsesine ka-
 tılarak, davayı takip etmek zorundadır.

* Vekalet ilişkisi istifa, azil ya da ölüm ile sona
 erer. Vekil/müvekkil ilişkisindeki resmi tuta-
 naklara bağlanmış sözlü talimatlar ya da veka-
 let ücreti ve benzeri konulardaki özel hukuk
 çekişmeleri vekaleti sona erdirmez.

(Av.K.m34; 171; TBB Meslek Kuralları m.3, 4)

Şikâyetli avukat hakkında, iştirak halinde kasten öldürmeye teşeb-
 büs suçundan Uşak Ağır Ceza Mahkemesinin 2006/22 Esasında ka-
 yıtlı olarak görülen kamu davasında sanık olarak yargılanan H.K.'nin
 Ulubey Noterliğince düzenlenmiş 21.10.2005 tarih ve 1520 yevmiye
 vekâletnamesine istinaden müdafiliğini üstlendiği, dava konusu su-
 çun kanunda öngörülen cezası itibarıyla 5271 Sayılı Ceza Muhake-
 mesi Kanununun 150/3.maddesi uyarınca zorunlu müdafiliği gerektir-
 diği, aynı kanununun 188/1.maddesi gereğince de zorunlu müdafiliğin
 kabul edildiği hallerde müdafinin tüm oturumlara katılmak zorunlu-
 luğu olduğu, sanığın müdafisi bulunması nedeniyle mahkemece mü-
 dafii görevlendirilmesi yapılamayacağı halde 27.04.2006, 13.06.2006,
 17.10.2006, 01.02.2007, 26.04.2007, 12.07.2007, 27.11.2007 ve 03.04.2008
 tarihli duruşmalara mazeretsiz olarak katılmadığından yargılamanın
 uzamasına sebebiyet verdiği, iddiası ile başlatılan disiplin kovuştur-
 ması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylemin disiplin suçunu
 oluşturduğu kabul edilerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat, kendisine usule uygun olarak yapılan tebligatla-
 ra rağmen soruşturma ve kovuşturma aşamalarında savunma verme-
 miştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eyleminin Avukatlık
 Yasası'nın 34.maddesine aykırı olduğunu kabulleyerek Avukatlık Yasası'nın
 135/1 maddesi gereğince, şikâyetli avukatın uyarma cezası ile ceza-

landırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Şikâyetli avukat Kurulumuza yaptığı itirazında, Ağır Ceza Mahkemesindeki yargılamaya müşteki olarak beyanda bulunan müvekkili H.K.'nin 20.11.2008 tarihinde baronun tayin ettiği muhakkik Av.İ.A.'ya 20.11.2008 tarihinde verdiği beyanda açık ve aleni olarak dosyaya girmeme talimatı verdiğine dair beyanda bulunduğu halde bu beyanın dikkate alınmadan aleyhinde karar verildiğini, uyarma cezasının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, Baro Yönetim Kurulu tarafından muhakkik olarak görevlendirilen Av. İ.A.'nın imzasını taşıyan 20.11.2008 tarihli ve "Tutanak" başlıklı belgede, şikâyetli avukatın müvekkili H.K.'nin şikâyetli avukatın duruşmalara katılmamasını kendisinin istediğini, bundan dolayı herhangi bir zararı olmadığını bildirdiği, beyanını imzası ile tasdik ettiği,

Şikâyetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi ile ilgili olarak "Avukatlık görevini ihmal" suçundan dolayı Uşak Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2009/203 Esasında kayıtlı kamu davasında, şikâyetli avukatın müvekkili H.K.'nin şikâyetli avukattan şikâyetçi olduğunu söyleyerek katılma talebinde bulunduğu, talebinin kabul edildiği, bu sıfatla verdiği ifadesinde, şikâyetli avukattan şikâyetçi olduğunu, önceki beyanlarının yanlış anlaşıldığını, hakkında Denizli ve Uşakta açılan davalardan Denizli'deki dava için istediği ek ücreti ödeyemediğinden şikâyetlinin Denizli davasını takip etmemesini, Uşaktaki davanın ücretini ödediği için Uşaktaki davayı takip etmesini istediği halde bu davayı takip etmediğini bildirdiği, mahkemece de; şikâyetli avukatın ücretini almadığı, duruşmalara girmeme konusunda müvekkili olan sanık H.K. ile anlaştığı, onun bilgisi dâhilinde duruşmalara girmedeği şeklindeki savunmasına gerek H.K.'nin beyanları gerekse vekâlet ilişkisinin istifa, azil ya da ölüm ile sona ereceği gerçeği, vekil/müvekkil ilişkisindeki resmi tutanaklara bağlanmış sözlü talimatlar ya da vekâlet ücreti ve benzeri konulardaki özel hukuk çekişmelerinin vekâleti sona erdirmeyeceği açık olduğundan şikâyetli avukatın savunmasına itibar edilmediği, şikâyetli avukatın sabit olan görevini ihmal suçu nedeniyle 5237 Sayılı TCK. nun 257/2, 62/1.maddeleri uyarınca 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, CMK.231.maddesi-

ne göre Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına karar verildiği, Mahkemenin 13.06.2011 tarihli yazısından kararın 04.03.2011 tarihinde kesinleştiğinin bildirildiği, anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikâyetli avukatın duruşmalara mazeretsiz katılmamasından ibaret eylemlerinin Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırılık teşkil edip, etmediği hususudur.

Şikâyetli avukatın baro disiplin kurulu kararına yaptığı itirazda, müvekkili H.K.'nin imzası ile tasdik ettiği 20.11.2008 tarihli Tutanak başlıklı belgedeki açıklamalarının dikkate alınmadığına ilişkin savunmada bulunmuş ise de, şikâyetli avukatın benzer savunmayı Uşak Ağır Ceza Mahkemesinde de yaptığı ve bu savunmaya H.K.'nin ifadesi karşısında mahkemenin " vekâlet ilişkisinin istifa, azil ya da ölüm ile sona ereceği gerçeği, vekil/müvekkil ilişkisindeki resmi tutanaklara bağlanmış sözlü talimatlar ya da vekâlet ücreti ve benzeri konulardaki özel hukuk çekişmelerinin vekâleti sona erdirmeyeceği açık olduğundan" şeklindeki kabulü ve şikâyetli avukatın bu savunması red edilmiş olmakla Kurulumuz tarafından da bu konuya ilişkin savunma kabul edilmemiştir.

Şikâyetli avukatın şikâyetçinin vekili olarak Uşak Ağır Ceza Mahkemesinde şikâyetçi aleyhinde açılan 2006/22 Esas sayılı kamu davasının 27.04.2006, 13.06.2006, 17.10.2006, 01.02.2007, 26.04.2007, 12.07.2007, 27.11.2007 ve 03.04.2008 tarihli duruşmalarına mazeretsiz olarak katılmadığı sabittir.

Her ne kadar Uşak Ağır Ceza Mahkemesinin "Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına" ilişkin kararı CMK 231/8.maddesine göre mahkûmiyet açısından kesin hüküm niteliğinde değil ise de, Mahkemece dinlenen tanık anlatımları ve oluşa ilişkin tespitleri, dosyada bulunan diğer yazılı deliller, şikâyetli avukatın Mahkemece "görevi ihmal" olarak nitelenen eylemlerini tam olarak tespite yeterli olmaktadır.

Avukatlık Yasasının 34.maddesine göre "Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar birliğince

belirlenen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler.” 171.maddesine göre de “Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder.”, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesine göre “Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.”, 4.maddesine göre de “Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.” ilkelerine yer verilerek Avukatların işine ve müvekkillerine karşı gereken özeni göstermeleri gerektiği vurgulanmıştır.

Avukat, yüklendiği davayı, sonuna kadar özenle takip etmekle yükümlüdür. Delillerin toplanmış olması veya herhangi bir işlem yapılmayacak dahi olsa avukat davanın her celsesine katılarak, davayı takip etmek zorundadır. Müvekkil yönünden herhangi bir zarar meydana gelmemiş olsa bile duruşmalara girmemek suretiyle yargılamanın uzamasına sebebiyet verileceği tabiidir. Şikâyetli avukatın da, müvekkilinden vekâletname ve ücret almak suretiyle üstlendiği savunma görevini yerine getirmediği, yaklaşık iki yıl boyunca duruşmalara girmediği, bu suretle mesleğine gereken özeni göstermediği tartışmasızdır.

Şikâyetli avukatın, vekil olarak takip ettiği davanın duruşmalarına mazeretsiz olarak katılmamasından ibaret eylemi Avukatlık Yasasının 34. 171.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4.maddelerine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, şikâyetli avukatın eylemi yukarıda açıklanan ilkelere aykırılık teşkil etmekle disiplin suçu da oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiştir. Ancak eylem aynı zamanda Avukatlık Yasasının altıncı kısmında bulunan 34.maddede de aykırı olmakla, Avukatlık Yasasının136/1 maddesine göre, en az kınama cezası uygulanması gerekmekte ise de aleyhte itiraz olmadığından bu hususa değinilmekle yetinilmiş ve Baro Disiplin Kurulunun kararının onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “Uyarma Cezası Verilmesine” ilişkin kararının aleyhte itiraz olmadığından ONANMASINA katılanların oybirliğiyle karar verildi.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
KARARLARI
CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

İKİNCİ DAİRE

SAVDA-TÜRKİYE KARARI*
(Başvuru no:42730/05)

KARAR
STRAZBURG
12 Haziran 2012

KESİN
12.09.2012

Bu karar Sözleşme'nin 44/2 maddesi gereğince kesinleşmiş olup şekli bazı düzenlemelere tabi tutulabilir.

Savda-Türkiye Davasında,
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire),
Sn. Françoise Tulkens, *Başkan,*
Sn. Danute Jociene,
Sn. Dragoljub Popovic,

* **Fransızca orijinalinden çev.** Aynur Demirli, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Dördüncü Sınıf Öğrencisi. Metni eleştirileri ile geliştiren hocam Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül ile Ar. Gör. M. Murat Öngel'e teşekkür ederim.

Sn. Isabelle Berro-Lefevre,
Sn. Andras Sajo,
Sn. Işıl Karakaş,
Sn. Guido Raimondi, *Yargıçlar*

İle *Bölüm Sekreteri* Sn. Stanley Naismith'in katılımı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Heyeti olarak toplanmış,

22 Mayıs 2012 tarihinde yapılan görüşmeler sonucunda, anılan tarihte kabul edilmiş olan aşağıdaki karara varmıştır:

USUL

1. Söz konusu davanın temelinde, T.C. uyuşunda olan Halil Savda'nın (başvurucu), 11 Kasım 2005 tarihinde, insan hakları ve temel özgürlükleri koruma altına alan Sözleşme'nin (Sözleşme) 34. maddesi gereğince mahkemeye yapmış olduğu başvuru (no: 42730/05) bulunmaktadır.
2. Başvurucu, Ankara'da görev yapan avukat S. Coşkun, Türk hükümeti (Hükümet) de memuru tarafından temsil edilmektedir.
3. Halil Savda başvurusunda, özellikle vicdani retçi statüsünü hak olarak iddia ettiği için, kendisi hakkındaki bir dizi kovuşturma ve mahkûmiyetin Sözleşme'nin 6, 9 ve 10. maddelerinin ihlallerini beraberinde getirdiğini ileri sürmüştür.
4. 13 Mayıs 2009 tarihinde İkinci Daire'nin Başkanı başvuruyu hükümete göndermeye karar vermiştir. Ayrıca ilgili dairenin, davanın esas ve kabul edilebilirliği konularını beraber karara bağlayacağı hususunda karar verilmiştir. (Sözleşme'nin m. 29/1 hükmü)

OLAYLAR

I. DAVA KOŞULLARI

5. 1974 doğumlu olan ve İstanbul'da ikamet eden Halil Savda Türk uyrukludur. Başvurucu 2004 yılında, askere alınmasının ardından, kendini vicdani retçi olarak ilan etmiş ve askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmiştir. Kamusal kaynaklardan yayılan bilgilere göre, askerlik hizmetini vicdani sebeplerle reddettikten

sonra, Türkiye’de savaş karşıtı hareketin simgesel figürlerinden birine dönüşmüştür. Başvurucu Uluslararası Savaş Karşıtları (Internationale des résistant(e)s à la Guerre (IRG)) ile birleşen bir örgütün yayın organı olan www.savaskarsitlari.org isimli bir internet sitesinin sahibidir. İngilizce kısaltması WRI (War Resisters’ International) ile de tanınan Uluslararası Savaş Karşıtları, özellikle savaş nedenleri aleyhine şiddet karşıtı eylem başlatmak ve savaşta yer almayı reddeden insanları desteklemek için 1921’de kurulmuştur.

A. BAŞVURUCUNUN BİRLİĞE KATILMASI

6. Başvurucu, 26 Ocak 1994 tarihinde, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından PKK’ya (Kürdistan İşçi Partisi) yardım ve destekten ötürü hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Cezanın infazına 28 Aralık 1995 tarihinde başlanmıştır.
7. Başvurucu 21 Mayıs 1996 tarihinde, askerlik görevini yapmak üzere çağrılmıştır. 27 Mayıs 1996 tarihinde, hapis cezasını tamamlamış olarak, kıtasına katılmıştır. Buna karşın, 14 Ağustos 1996 tarihinde, askerden kaçmıştır.
8. Başvurucu 27 Kasım 1997 tarihinde üzerinde silahla yakalanmıştır. PKK lehine faaliyetler yürütmekle suçlanmış ve 3 Aralık 1997 tarihinde tutuklanmıştır.
9. Başvurucu, Adana Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından, PKK mensubu olmaktan ötürü on dört yıl ve yedi aylık hapis cezasına mahkûm edilmiştir.
10. Başvurucu cezasını çektiği Gaziantep hapishanesinden salıverilmesinin ardından, 18 Kasım 2004 tarihinde askerlik hizmetini yerine getirmek üzere Şehitkâmil Bölge Jandarma Komutanlığı’na götürülmüştür. Söz konusu komutanlıkta altı gün boyunca bir hücrede gözaltında kalmış ve 25 Kasım 2004 tarihinde Tekirdağ’da bulunan kıtasına teslim edilmiştir.
11. Halil Savda 6 Aralık 2004 tarihinde, Tekirdağ’daki kıtasında askeri üniforma giymeyi reddederek sivil kıyafetlerini muhafaza etmiş ve özellikle şu açıklamayı yapmıştır:

“Askerlik hizmetini vicdani nedenlerden ötürü yerine getirmek istemiyorum. Sebeplerim şunlardır: 1) Mart 1993'te köyümüzde gerçekleştirilen bir operasyon sırasında tutuklandım. Cizre ve Şırnak'ta askeri kışlalarda vahşice işkence gördüm. Ana-babama yapılan baskı sonucu, 1996'da askerlik hizmetimi yapmaya başladım. Bununla birlikte, askere alınmamın ardından kıtama katılmadım. Bana işkence eden bir kurumun üniformasını taşımam imkânsızdı. İncancım gereği, onların kurallarına uymayı reddettim. 2) Ülkenin güvenliği ordu ya da askerler tarafından temin edilemez. Güvenlik yalnızca, ekonomik gelişimin eşlik ettiği demokratik bir iklimde temin edilebilir. Ülke güvenliğinin sağlanması için askeri hizmetin gerekliliğine inanmıyorum (...) Bugünden itibaren, askeri üniforma giymeyi ve kurallarına itaat etmeyi reddediyorum.

Vicdani ret uluslararası anlaşmalarla korunan bir haktır. Kendimi vicdani retçi olarak ilan ediyorum. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamış olan Türkiye, alternatif kamu hizmetini kurmayarak Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal etmiştir (...) Komutanlığın bana bu sözleşmeye uygun olarak davranmasını umuyorum (...)

12. Aynı gün, nöbetçi subay tarafından bir tutanak düzenlenmiş ve başvuruçunun ifadesi alınmıştır.
13. Başvuruçucu, 9 Aralık 2004 tarihinde, emre itaatsizlikten dolayı yedi günlük oda hapis cezasına çarptırılmıştır¹.

B. BAŞVURUCU ALEYHİNE AÇILAN CEZA DAVALARI

14. Halil Savda 16 Aralık 2004 tarihinde, Çorlu'da askeri hâkim tarafından tutuklanmıştır. Ardından, belirli olmayan bir günde, serbest bırakılmıştır. Bununla beraber kıtasına geri dönmemiş ve bu nedenle asker kaçağı olmuştur.
15. 17 Aralık 2004 tarihinde, Askeri Ceza Kanunu'nun m. 87/1 hükmü gereği “emre itaatsizlikte ısrar” sebebiyle başvuruçucu hakkında bir kamu davası (1 no'lu dava) açılmıştır.
16. Başvuruçucu askeri mahkemenin önünde, her şeyden önce bu mah-

¹ Oda hapsi 22 Mayıs 1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu cezalar, asker kişinin statüsüne göre tek başına veya özel olarak hazırlanmış koğuşlarda topluca infaz edilmektedir. (ç.n.)

kemenin bağımsız ve tarafsız olmadığını iddia etmiştir. Ayrıca Askeri Ceza Kanunu'nun m. 87/1 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu iddiasıyla hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesini talep etmiştir.

17. Başvurucu 28 Aralık 2004 tarihinde serbest bırakılmıştır. Kıtasına geri dönmek yerine, yeniden askerden kaçmıştır.
18. Beşinci Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi, 4 Ocak 2005 tarihinde, mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığını ve Askeri Ceza Kanunu'nun sözü edilen hükümlerinin anayasaya aykırılığını iddia eden başvurucunun argümanlarını inceleyip reddetmiştir. Ardından başvurucuyu yasaya karşı gelmekten sorumlu bulup Askeri Ceza Kanunu'nun m. 87/1 hükmü gereğince üç ay ve on beş gün hapis cezasına mahkûm etmiştir.
19. Karar 13 Haziran 2006 tarihinde, Askeri Yargıtay tarafından bozulmuştur.
20. 7 Aralık 2006 tarihinde Halil Savda, davası dâhilinde bir oturuma katılmak amacıyla askeri mahkemeye teslim olmuştur. Oturumun sonunda tutuklanıp Çorlu Askeri Hapishanesi'ne getirilmiştir. Askeri üniforma giymeyi ısrarla reddetmiş olduğu için, disipline etme amacıyla iki günden sekiz güne kadar varan sürelerde on bir kez oda hapsi cezasına çarptırılmıştır.
21. Aynı süre zarfında, 30 Aralık 2004 ve 7 Aralık 2006 tarihleri arasındaki firar eylemi sebebiyle başvurucuya 11 Aralık 2006 tarihinde bir ceza davası (2 no'lu dava) daha açılmıştır.
22. Başvurucu askeri mahkeme karşısında, öncelikle askeri mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını reddetmiştir.
23. Çorlu Askeri Hastanesi'nin on bir hekiminden oluşan bir kurul tarafından 23 Ocak 2007 tarihinde düzenlenen bir rapora göre, başvurucu askerlik hizmetine elverişli bulunmuştur.
24. Başvurucu, 25 Ocak 2007 tarihinde tahliye edilmiştir. Bir kez daha vicdani reddini açıklayacağı kıtasına götürülmüştür.
25. 5 Şubat 2007'de askeri mahkeme başvurucunun tutuklanmasına karar vermiştir.

26. 15 Mart 2007 tarihinde görülen duruşma sonucu, askeri mahkeme önceden belirtilen 1 ve 2 numaralı davaları birlikte karara bağlamıştır. Mahkeme bir kez daha, başvurunun mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığını ve Askeri Ceza Kanunu'nun sözü edilen hükümlerinin Anayasaya aykırılığını iddia eden argümanlarını reddetmiştir. Delillerin değerlendirilmesinin sonunda mahkeme, başvurucuyu askerlik hizmetinden kaçmak için hileyle başvurma maksadı ile emre itaatsizlikte ısrar (Askeri Ceza Kanunu m. 88) ve askerden kaçma (Askeri Ceza Kanunu m. 66/1-a) suçlarından sorumlu bulmuştur. Başvurucu ilk suçtan üç ay ve on beş gün, ikinci suçtan ise bir yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir.
27. 13 Şubat 2007 tarihinde başvurucuya karşı, 25 Ocak ve 5 Şubat 2007 tarihleri arasında işlediği fiillerden ötürü üçüncü bir kamu davası açılmıştır. (3 no'lu dava)
28. 12 Nisan 2007 tarihli duruşma sonucunda askeri mahkeme, başvurunun askerlik hizmetinden kaçmak için hileyle başvurma maksadı ile emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediğine hükmetmiş ve başvurucuyu altı ay hapis cezasına mahkûm etmiştir.
29. Bu karar 19 Haziran 2007 tarihinde, Askeri Yargıtay tarafından onanmıştır.
30. 28 Temmuz 2007 tarihinde serbest bırakılmış olan başvuru askerden kaçmıştır.
31. 27 Mart 2008 tarihinde Halil Savda yeniden sorguya çekilmiş, ardından tutuklanmış ve askerden kaçtığı için aleyhine dördüncü bir dava açılmıştır.
32. Başvurucu 21 Nisan 2008 tarihinde, psikolojik testlere tabi tutulduğu Çorlu Askeri Hastanesi'ne nakledilmiştir. 25 Nisan 2008 tarihli bir raporla, on bir askeri doktordan oluşan kurul başvurucuda "anti sosyal kişilik" bozukluğu teşhis etmiş ve başvurunun askerlik hizmetine elverişsiz olduğunu beyan etmiştir.
33. 25 Nisan 2008'de başvurunun askerlik hizmetinden muaf olduğu bildirilmiş ve kıtasından uzaklaştırılmıştır.
34. 25 Kasım 2008 tarihinde, cezasını çekmiş olan başvuru tahliye edilmiştir.

C. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu'nu Görevlendirmesi

35. Hükümet başvurusunun Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'ne ve onun Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu'na aynı iddiaları sunmasına itiraz etmiştir. Başvurucu bu görevlendirmenin kendisinin haberi olmadan, Uluslararası Savaş Karşıtları (IRG) tarafından yapıldığını belirtmiştir.

36. Çalışma Grubu 9 Mayıs 2008 tarih ve 16/2008 numaralı görüşünde² bilhassa şunları saptamıştır:

“Halil Savda 16-28 Aralık 2004, 7 Aralık 2006-2 Şubat 2007 ve 5 Şubat-28 Temmuz 2007 tarihleri arasında keyfi olarak özgürlüğünden mahrum bırakılmıştır. 27 Mart 2008 tarihinde başlayan tutukluluk hali de, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 9 ve 18. maddeleri ile Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşme'nin 9 ve 18. maddelerine aykırı olduğundan, keyfidir.”

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

37. Askeri suçlara ilişkin ilgili iç hukuk ve pratikleri için özellikle *Ülke/Türkiye* davası (başvuru no: 39437/98, §42-47, 24 Ocak 2006), askeri mahkemelerin düzenlenişi hakkında da *Ergin/Türkiye* davası (başvuru no:47533/99, § 15-25, CEDH 2006-VI (extraits)) görülebilir.

Anayasanın kimi düzenlemelerinde değişiklikler öngören 5982 sayılı kanun meclis tarafından kabul edilmiş ve 7 Mayıs 2010 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu kanun 12 Eylül 2010'da referanduma sunulmuş ve kabul edilmiştir. Anayasanın 145. maddesinde değişiklik yapan bu kanunun 15. maddesi ile yasa koyucuya askeri mahkemeler hususunda düzenleme yaparken “askeri hizmetin gerekliliklerini” göz önünde bulundurmamak zorunluluğu getiren hüküm kaldırılmıştır. Bununla birlikte, olayın gerçekleştiği günde, ilgili kanun hala kabul edilmemişti.

² http://wri-irg.org/system/files/OPINION_No_16_2008_TURKEY_0.pdf

A. Askerlik hizmetiyle ilgili 17 Haziran 1927 tarihli 1111 sayılı kanun

38. Askerlik hizmetiyle ilgili 17 Haziran 1927 tarihli 1111 sayılı kanunun 1. maddesine göre;

“Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, (...) askerlik yapmaya mecburdur.”

39. 5. madde uyarınca T.C. vatandaşı olan hiçbir Türk erkeği, bu yasa gereğince öngörülen koşullarda ulusal görevini yerine getirmediği sürece askeri yükümlülüklerinden muaf tutulamaz.

40. 10. maddenin 2. fıkrasına göre; orduda ihtiyaç fazlası yükümlüler olduğunda, bu kişiler temel askerlik hizmetine tabi tutulduktan sonra kamu kurumunda görev yapmak veya bir miktar bedel ödemek suretiyle askerlik hizmetini yerine getirebilirler.

41. 12. madde uyarınca;

“Son yoklamada bulunmayan ve bulunamadıklarına dair bu kanunda yazılı bir mazeret gösterememiş olanlara (Yoklama kaçağı), son yoklamada bulunarak numara ile veya numarasız asker edildikleri halde istenildikleri sırada gelmeyenlere veya gelipte askerlik yapacakları kıtalara gitmeksizin toplandıkları yerlerden veya yollardan savuşanlara (bakaya kaçağı) (...) denir”

Askerliğe kaydolmadan önce askerlik hizmetinden kaçan kişi yoklama kaçağı olarak görülmekle birlikte askerliğe kaydolduktan sonra askerlik hizmetinden kaçan kişi bakaya kaçağı olarak adlandırılır.

42. Yürürlükte olan kanun hükümleri, silahlı kuvvetler bünyesinde sadece ulusal askerlik hizmeti yapılmasını öngörmektedir. Alternatif kamu hizmeti öngörülmez.

B. Askeri Ceza Kanunu (22 Mayıs 1930 tarihli 1632 sayılı kanun)

43. 45. maddede belirtildiği üzere;

“Bir şahsın hareketini vicdanına veya dinine göre lazım saymış olması, yapmak veya yapmamakla vukua gelen bir cezayı mucip olmasına mani teşkil etmez.”

44. Davaya konu olayların yaşandığı dönemde, Askeri Ceza Kanunu şunu öngörüyordu: Askerlik hizmetiyle ilgili sayım listelerine kaydedilen kişilerin tayin edildikleri askeri birliğe gitmeleri gerekli görülmüştür. Aksi halde, bu kişiler kanuna aykırı olarak yoklamada yer almadıklarından dolayı kanunun 63. maddesi uyarınca cezai

bir yaptırıma tabi tutulabilmekteydi. İlgili taraflara dair bu durum şöyle ifade edilmektedir:

“Kabul edilecek bir özrü olmadan yaşlılarının veya birlikte işleme bağlı arkadaşlarının ilk kafilesinin yollanmasının ardından (...) yedi gün içinde gelen bakaya kaçığı olanlar, bir aya kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır (...).”

45. Kanunun m. 66/1-a hükmü gereğince, kıtasından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşan askeri şahıslar bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur.
46. Öte yandan, itaatsizliğin yanındaki tüm eylemler, ilgilinin davranışını “itaatsizlikte ısrar” olarak niteleyebilir ve Askeri Ceza Kanunu’nun m. 87/1. hükmü kapsamında görülebilir. Kanunun 88. maddesi uyarınca, askeri hizmetten sıyrılmak kastıyla emre itaatsizlikte ısrar edenler, altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

C. Ceza Kanunu

47. Olayların yaşandığı dönemde, Ceza Kanunu’nun 155. maddesinin davayla ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

“(...) Halkı askerlikten soğutma

-Geçen maddelerde yazılı olan ahval haricinde- halkı askerlik hizmetinden soğutmak yolunda neşriyatta veya telkinatta bulunanlar (...) iki aydan iki seneye kadar hapis olunur (...).”

48. Halkı askerlikten soğutma suçu, bugün 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilen Yeni Ceza Kanunu’nun 318. maddesince öngörülmektedir. Bu suçtan ötürü kişiye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilmektedir.

D. Uyuşmazlık Mahkemesi İçtihadı

49. 13 Ekim 2008 tarihinde askerlik suçuyla ilgili davalar konusunda mahkemelerin yetkisinin belirlenmesi talebini kabul eden Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Dairesi, E. 2008/35, K. 2008/35 sayılı kararı kabul etti³. Bu kararda özellikle şunlar beyan edilmiştir:

³ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin söz konusu kararı için bkz. *Resmi Gazete*, 24.07.2009, sy. 27298. (ç.n.)

“Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunca kabul edilen 26 Şubat 1965 tarih ve 1965/2-1 sayılı karar uyarınca; ceza uygulaması yönünden, bir kişinin kıtaya katıldıktan sonra asker olarak kabul edileceğini bildirmektir.

Ayrıca Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu tarafından kabul edilen 20 Haziran 1975 tarih ve 1975/6-4 sayılı kararda şunlar açıklanmaktadır: Askeri Ceza Kanunu’nun 63. maddesindeki suçların failleri asker kişi sayılamaz ve bu suçlar, kişi kıtaya katıldıktan sonra askerlik sıfatı kazandığından dolayı sırf askeri suç niteliğinde değildir (...)”

E. Anayasa Mahkemesi İçtihadı

50. 7 Ekim 2009 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 7 Mayıs 2009 tarihli kararıyla Anayasa Mahkemesi, askeri hâkimlere ilişkin 353 sayılı kanunun 2. maddesinde ve 357 sayılı kanunun 12 ile 16. maddelerindeki kimi düzenlemeleri iptal etmiştir. Mahkeme bu kararıyla, bir subayın askeri mahkemelerin yargılama sürecine dâhil edilmesini, Anayasa’nın 138 ve 140. maddelerine dayanan mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca mahkeme, askeri hâkimleri askeri disipline tabi tutan ve onları sicil notunun konusu yapan⁴ düzenlemelerin yukarıda adı geçen ilkeyle bağdaşır görünemeyeceği kararına varmıştır.

⁴ Sözü edilen E. 2005/159, K. 2009/62 sayılı kararın gerekçesi şu şekildedir (ç. n.): *Askeri mahkemelerde görevli hâkim üyeler Milli Savunma Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanı tarafından üçlü kararname ile atanırken, 353 sayılı Yasa kurallarına göre subay üyeler, askeri mahkemelerin kurulu olduğu komutanlıklardaki en üst komutan veya askeri kurum amiri tarafından her yılın Aralık ayında o mahkemenin yetkisine giren birlik ve kurum mensupları arasından bir yıl süre ile değiştirilmemek üzere seçilerek görevlendirilmekte, bunların görevlerini yapmalarına sürekli engeller çıktığında ise yerlerine başkaları seçilebilmektedir. Bu üyeler yargılama sürecinde hâkim üyelerin sahip oldukları yetkiye sahiptirler. Öte yandan, askeri mahkemelerde görevlendirilen subay üyeler askeri hâkim olmadıkları ve bu görevi asıl görevlerine ek olarak yerine getirdikleri için, bunlara mesleki sicil verilmekte, yükselmeleri genel kurallara göre yapılmakta ve sicilleri askeri hiyerarşi içerisinde kendi üstleri tarafından düzenlenmektedir.*

Askeri mahkemelerde bulunan subay üyelerin hiyerarşik düzene bağlı olan görevlendirilme süreci, sicillerinin düzenlenmesi, disiplin cezası verilmesi gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda; askeri mahkemelerde görev yaptıkları süre içerisinde de hiyerarşik ilişkinin devam ettiği, bu durumda, hâkim olarak sahip olmaları gereken bağımsızlıklarının meslekten hakim olmadıkça sağlanamayacağı sonucuna varılmıştır.

III. İLGİLİ ULUSLAR ARASI BELGELER

A. Avrupa Konseyi Belgeleri

1) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi

51. Parlamenterler Meclisi 1967’de alınan 337 sayılı kararından bu yana vicdani retten hak olarak bahsetmektedir. Sözü edilen kararda şu temel ilkeler yer almaktadır:

“1. Askerlik hizmeti yapmakla yükümlü ancak vicdani ya da dini, etik, ahlaki, insani, felsefi ya da benzer gerekçelere dayanan güçlü kanaatleri nedeniyle silahlı hizmet vermeyi reddeden kişiler bu hizmeti yapmaktan muaf tutulma hakkına sahip olmalıdır.

2. Bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9. maddesi ile güvence altına alınan, bir demokratik hukuk devletinde bireyin temel haklarının mantıksal çıkarımı olarak kabul edilmelidir.”

52. Bu kararın esasına bakarak, Parlamenterler Meclisi 478 (1967) sayılı kararında, Bakanlar Komitesi’ne üye ülkelerin ulusal mevzuatlarını söz konusu temel ilkelere mümkün olduğunca uydurmaları için çağrı yaptı. Ardından 816 (1977) ve 1518 (2001) sayılı kararlarında bu yaklaşımını tekrarlamış ve geliştirmiştir. 1518 (2001) sayılı kararda, Sözleşme’de tanınan vicdani ret hakkını “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkının temel bir bileşimi” olarak ilan etmiştir. Parlamenterler Meclisi bu kararında üye ülkelerin sadece beşinin bu hakkı tanımadığını belirtmiş ve Bakanlar Komitesi’nden bu ülkeleri, vicdani reddi bir hak olarak tanımak üzere davet etmesini istemiştir.

53. 2006’da Parlamenterler Meclisi, silahlı kuvvetler mensuplarının insan haklarına ilişkin 1742 (2006) sayılı kararı kabul etti. Parlamenterler Meclisi bu kararında, üye ülkelere vicdani retçi olarak tanınma hakkını ve askerler için de vicdani retçi statüsünü talep etme hakkını mevzuatlarına bir an önce almalarını istedi.

2) Bakanlar Komitesi

54. 1987 yılında, Bakanlar Komitesi R(87)8 sayılı kararı kabul etti. Bu kararında üye ülkelere vicdani reddi hak olarak tanımalarını tavsiye etti ve mevzuatları ile ulusal içtihatlarını hala aşağıda belirtilen temel ilkeye uygun hale getirmemiş olan hükümetlere çağrıda bulundu. Bu temel ilke şöyledir:

“Mecburî askerlik hizmeti olduğu halde, vicdanî sebeplerle, silah kullanmayı reddeden herkes, (...) hizmetten muaf tutulmalıdır. Bu kişilerin bunun yerine alternatif bir hizmet görmesi mecburî kılınabilir;”

55. Bu kararın ilgili kısımları aşağıdaki gibi kaleme alınmıştır:

“B.Usul

2. Devletler, vicdanî retçi statüsü için yapılan başvuruların değerlendirilmesi için uygun bir usul geliştirebilirler veya ilgili kişinin ret sebeplerini açıklayan bir beyanını kabul edebilirler;

3. Bu Tavsiye Kararı’nda yer alan ilke ve hükümlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için, askere alınacak kişilerin hakları konusunda önceden bilgilendirilmeleri gerekir. Bu amaçla, devlet bu kişileri ya doğrudan bilgilendirmeli ya da özel kuruluşların bu bilgiyi yaymalarına müsaade etmelidir;

4. Vicdanî retçi statüsü için başvurular, kural olarak başvurunun değerlendirilmesinin ilgili kişi askere alınmadan bitirilmiş olması şartının yerine gelmesini sağlayacak yollarla ve buna elverecek zaman sınırları dâhilinde yapılmalıdır;

5. Başvuruların değerlendirilmesinde adil bir sürecin işleyeceğine dair her türlü teminat sağlanmalıdır;

6. Her başvuranın, ilk derece kararının temyizini talep etme hakkı olmalıdır;

7. Temyiz mercii, askerî idareden ayrı ve bağımsızlığını temin edecek şekilde teşkilatlandırılmış olmalıdır;

8. Yapılacak düzenlemede, vicdanî ret şartlarının askerlik hizmetinin ifası sırasında ya da acemi eğitimi sonrasındaki dönemde ortaya çıkması durumunda da vicdanî retçi statüsü için başvuruda bulunma ve bu statüyü kazanma imkânına yer verilebilir;”

56. 2010 yılında Bakanlar Komitesi (2010)4 sayılı Tavsiye Kararı’nu kabul etmiştir. Bu kararında Bakanlar Komitesi üye ülkelere; silahlı kuvvetler mensuplarının düşünce, vicdan ve din özgürlüklerine getirilen kısıtlamaların Sözleşme’nin m. 9/2 hükmünde yer alan kriterlere uygun olmasını, askerlik görevini yapmaya çağrılanlara vicdani retçi olarak tanınma hakkının verilmesini ve onlara alternatif bir kamu hizmetinin sunulmasını tavsiye etmiştir. Bu kararın ilgili kısımları aşağıdaki gibi kaleme alınmıştır:

“43. Silahlı kuvvetler mensuplarının vicdani olarak silahlı kuvvetlerden ayrılma istekleri, makul bir süre içerisinde incelenmelidir. Bu talebin incelenmesi için geçen süre zarfında kişiler, mümkün olduğunda, muharebe dışı görevlere kaydırılmalıdır.

44. Vicdani olarak silahlı kuvvetlerden ayrılma isteğine ilişkin talepler, reddedilmiş ise, bu talep mutlak surette bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından incelenmiş olmalıdır.

45. Vicdani sebeplerle ve yasal olarak silahlı kuvvetlerden ayrılan silahlı kuvvetler mensupları herhangi bir ayrımcılığa veya cezai soruşturmaya maruz kalmamalıdır. Silahlı kuvvetlerden vicdani olarak ayrılmak isteyenler, bu talepleri üzerine ayrımcılığa uğramamalı ve soruşturmaya maruz bırakılmamalıdır.”

B. Diğer Uluslararası Belgeler

57. Birleşmiş Milletler belgeleri ile Amerika ülkeleri insan hakları koruma sisteminin analizi ve diğer önemli belgeler için bilhassa Batıyan/Ermenistan kararına bakınız.

C. Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu

58. Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu, 1991 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 1991/42 sayılı kararıyla kuruldu. Nitekim komisyon 1997/50 sayılı kararı ile Çalışma Grubu'nun görevini belirtmiş ve 2003/31 sayılı kararı ile de bunu yinelemiştir. Bu sözleşme dışı (*extra-conventionnel*) mekanizma Komisyon'un tematik ya da coğrafi problemleri ele almak için yürürlüğe koyduğu “özel usuller”e dâhildir. 2006'dan bu yana bu özel prosedürler, Komisyon yerine, kurulan İnsan Hakları Konseyi tarafından yeniden ele alındı. 2006/102 sayılı kararıyla Konsey, Çalışma Grubunun görevini onaylamış ve 28 Eylül 2007 tarihli 6/4 sayılı kararıyla bunu üç yıllık bir zaman dilimi için uzatmıştır.

Bu Grubun önündeki usul ve bileşimi için Peraldi/Fransa davasına bakınız ((déc.) 2096 sayılı, 7 Nisan 2009 tarihli).

HUKUK

I. İLGİLİ SORUNLAR

A. Uyuşmazlık konusuna dair

59. Başlangıçtaki başvurusunda Halil Savda 6, 9 ve 10.maddeler olmak üzere Sözleşme'nin üç hükmüne kesin olarak başvurdu. Halil Savda, özellikle vicdani retçi statüsünü hak olarak iddia ettiği için, konusu olduğu bir dizi kovuşturma ve mahkûmiyetin Sözleşme'nin 6, 9 ve 10. maddelerinin ihlallerini beraberinde getirdiğini ileri sürüyordu. Reddi sebebiyle kendisine karşı alınan ağır tedbirleri vur-gulayarak, süregelen mahkûmiyetlerin kendisini küçük düşürücü ve alçaltıcı bir duruma soktuğunu savunuyordu. Bu muameleleri psikolojik şiddet olarak niteliyordu.

Dahası askeri mahkeme önünde gerçekleşen yargılama usulünün hak-kaniyetini reddeden başvuruçunun gözünde bu mahkemenin bağımsız ve tarafsız olması mümkün değildi.

60. Mahkeme, 13 Mayıs 2009 tarihindeki muhaberatında Sözleşme'nin 3, 6 ve 9. maddelerinin alanları hakkında taraflara sorular sordu. Taraflar maddelerin tümü hakkında argümanlarını sundular.

61. Davadaki olguların değerlendirmesini yapmaya muktedir olan (Gatt/Malta davası, başvuru no:28221/08, § 19, CEDH 2010; Jusic/İsviçre davası, başvuru no: 4691/06, § 99, 2 Aralık 2010) Mahkeme yukarıdaki şikâyetlerin Sözleşme'nin 3, 6 ve 9. Maddeleri açısından incelenmesi gerektiğini tespit etmiştir.

B. Kabul edilebilirliğe dair

1. Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin şikâyete dair

62. Başvuruçucu, 15 Ocak 2010 tarihinde sunduğu itirazlarında, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlalini ilk kez öne sürmüştür. Başvuruçucu özellikle 16 Aralık 2008'de hapis cezasının kaldırılması talebinin reddedilmesine⁵ itiraz etmiş ve disiplin yaptırımını reji-

⁵ Disiplin cezaları, 22 Mayıs 1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 181. maddesine göre "şikâyet yoluyla veya ceza veren amirin mahkum lehine yapacağı müracaat üzerine veyahut affi ali ile" kaldırılabilir veya değiştirilebilir. Disiplin

minin kendisini özgürlükten mahrum bırakarak cezalandırdığını bildirmiştir.

63. Mahkeme bu şikâyetin geç ortaya çıktığını saptamış ve Sözleşme'nin m. 35/1- 4 hükümlerinin uygulamasından ötürü şikâyeti reddetmiştir.

2. *Sözleşme'nin 35/2-b maddesinden çıkan istisnaya dair*

64. Hükümet, Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu önüne, Mahkeme'ye sunulan şikâyetlerin aynıları getirilmiş olduğu iddiasıyla Sözleşme'nin m. 35/2-b hükmü çerçevesinde bir kabul edilmezlik itirazı ileri sürmüştür. Gerçekten 16/2008 sayılı görüşün sebeplerinden, Çalışma Grubu'nun iddiayla ilgili görüşünü ortaya koyduğu sonucunu çıkarmıştır. Hükümet bu karardan, işbu başvurunun esas itibariyle bir başka uluslararası merciiye sunulmuş olan başvuruyla aynı olduğu ve bu başvurunun Sözleşme'nin m. 35/2-b hükmü kapsamında kabul edilemez ilan edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

65. Başvurucu söz konusu Çalışma Grubu'na başvurduğunu reddetmiş ve bu başvurunun kendisinin haberi olmaksızın Uluslararası Savaş Karşıtları (IRG) tarafından yapıldığını vurgulamıştır.

66. Mahkeme Sözleşme'nin sözü edilen m. 35/2-b hükmünü hatırlatmaktadır:

"2. Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları aşağıda sayılı hallerde ele almaz:

(...)

b) Başvuru, Mahkemece daha önce incelenmiş ya da uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciiine daha önceden sunulmuş bir başka başvuruyla esasen aynı olup yeni olgular içermiyorsa."

Bu madde, aynı olgulara değin çok sayıda uluslararası dava açılmasını engellemeyi amaçlayan Sözleşme'den ileri gelmektedir ve Mahkeme'nin daha önce uluslararası bir mercii karşısında inceleme konusu yapılmış bir başvurucuyu reddetmesini amaçlamak-

cezalarına şikâyet ise aynı kanunun 188 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. (ç.n.)

tadır (Celniku/Yunanistan davası, başvuru no:21449/04, § 39, 5 Temmuz 2007). Bu kural, yargılamaların başlama tarihine bakılmaksızın geçerlidir, dikkat edilmesi gereken unsur, mahkeme konuyu ele aldığı anda esasa ilişkin daha önceki bir kararın varlığıdır.

67. Sözleşme organları; başvurucaunun daha önce uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine başvurmuş olması olgusunun tek başına Mahkeme'nin yetkisini ortadan kaldırmaya yeterli olmadığını ve kontrol organının yapısının, takip ettiği usulün ve kararlarının etkisinin Mahkeme'nin yetkisini kaldıran m. 35/2-b hükmündeki gibi olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmişlerdir (Lukanov/Bulgaristan davası, başvuru no:21915/93, 12 Ocak 1995 Komisyon Kararı, Décisions et rapports (DR) 80-B, s. 108) ve Varnava ve diğerleri/Türkiye Davaları, başvuru numaraları: 16064-16066/90 ve 16068- 16073/90, 14 Nisan 1998 Komisyon Kararı, DR 93-B, s. 5) .

68. Mahkeme, Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu'nun usulünü daha önce incelemiş ve bu Çalışma Grubu'nun Sözleşme'nin m. 35/2-b hükmü anlamında bir "bir soruşturma veya çözüm merci" olduğu sonucuna varmış olduğunu hatırlatır (Peraldi (déc.), *op. cit.*).

Bu durumda geriye sadece Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu'na sunulan başvurunun, mevcut başvuruyla "esasen aynı" olup olmadığı kalmıştır. Nitekim olgular, taraflar ve şikâyetler aynı olduğunda, bir başvurunun "esasen aynı" olduğu düşünülür.

69. Çalışma Grubu tarafından incelenen başvuru hususunda, Çalışma Grubu "özgürlükten mahrum bırakılmanın, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 7, 13, 14, 18, 19, 20 ve 21.maddelerinde yer alan hak ve özgürlüklerin ilgili kişi tarafından kullanılmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı" meselesi konusunda karara varmak için atanmış olsa da, Mahkeme bu merciin esasen tutukluluğun keyfi yapısı üzerine eğildiğini tespit etmiştir.

Oysa başvuruca Mahkeme'ye ilk başvurusunda, vicdani reddin hak olarak tanınmaması ve askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesinin sonuçlarından şikâyet etmiştir. Dahası başvuruca Sözleşme'nin 6.maddesine dayanarak, askeri mahkemeler önünde-

ki yargılamanın hakkaniyetini reddetmiş ve sivil olmasına karşın sadece askerlerden oluşan bir yargılama kurulunun karşısına çıkmak zorunda olmasından dolayı şikâyette bulunmuştur.

70. Şu halde yukarıda belirtilen şikâyetlerle mevcut başvuru, sadece Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu karşısında sunulan bildiriden temelde ayrılmıştır. Bundan dolayı Hükümet tarafından Sözleşme'nin m. 35/2-b hükmüne bağlı olarak dile getirilen itiraz reddedilmiştir.

3. *Başvurucunun mağduriyet durumuna dair*

71. Hükümet, mağduriyet durumu bulunmadığına dair bir itiraz ileri sürmüştür. Terhis edilmiş olan başvurucunun, Mahkeme karşısında mevcut başvurucu olarak dava açmakta hiçbir menfaatinin olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur.

72. Başvurucu bu iddiayı kabul etmemiştir.

73. Mahkeme'nin içtihadına göre şu iki koşul bir arada bulunuyorsa, bir başvurucu mağduriyet durumunu kaybeder: birincisi, otoriteler Sözleşme ihlalinin açıkça veya esas itibarıyla tanınmalıdır ve ikincisi, bu ihlali düzeltmelidirler. Bu iki koşul bir araya geldiğinde, Sözleşme'nin koruyucu mekanizmasının ikincil karakteri nedeniyle başvurunun incelenmesi mümkün değildir. Başvurucu açısından mağduriyet durumunun kaybı ileri sürüldüyse, söz konusu hakkın yapısını ve ulusal otoriteler tarafından verilen kararların gerekçesini incelemek ve bu kararlardan sonra ilgili kişi için olumsuz koşulların devam edip etmediğini saptamak gerekir (Sakhnovski/Rusya davası [GC], başvuru no:21272/03, § 67, 2 Kasım 2010).

74. Bu durumda Halil Savda, özellikle vicdani retçi statüsünü hak olarak iddia ettiği için, konusu olduğu bir dizi kovuşturma ve mahkûmiyetin Sözleşme'nin 3 ve 9. maddelerinin ihlallerini beraberinde getirdiğini ileri sürmüş, ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinin de ihlal edildiğini iddia etmiştir.

75. Bu şikâyetler söz konusu iken Mahkeme, bir dizi dava ve yaptırımın sonunda gelen terhis kararında, herhangi bir tanıma ve bunu takip eden bir iyileşme görmemektedir. Sözü edilen hiçbir durum bu özel durumun gereğini yerine getirmediğinden, Mahkeme baş-

vurucunun her zaman mağduriyetini ileri sürebileceği kanaatindedir. Bundan ötürü Hükümet'in itirazı reddedilmiştir.

4. Sonuç

76. Mahkeme, Sözleşme'nin 3, 6 ve 9. maddelerine bağlı şikâyetlerin m. 35/3 hükmüne açıkça aykırı olmadığını tespit etmiştir. Ayrıca bu şikâyetlerin diğer hiçbir kabul edilmezlik sebebi ile de karşılaşmadığını saptamıştır. Bu durumda Mahkeme bu şikâyetlerin kabul edilebilir ilan edilmeleri kararına varmıştır.

II. SÖZLEŞME'NİN 3. MADDESİNİN İLERİ SÜRÜLEN İHLALİNE DAİR

77. Vicdani reddi sebebiyle kendisine karşı alınan ağır tedbirleri vurgulayan Halil Savda, süregelen mahkûmiyetlerin kendisini onur kırıcı ve alçaltıcı bir duruma soktuğunu savunmaktadır. Bu muameleleri psikolojik şiddet olarak nitelemektedir.

Sözleşme'nin 3. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Hiç kimse işkence veya insanlık dışı ya da aşığılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

78. 3.madde demokratik toplumların en temel değerlerinden birini koruma altına almakta (Soering/Birleşik Krallık davası, 7 Temmuz 1989, paragraf 88, seri A başvuru no:161) ve hiçbir istisnaya yer vermemektedir. Sözleşme'nin 15.maddesi dahi savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir tehlike halinde bu maddenin askıya alınmasına izin vermez (Chacal/Birleşik Krallık davası, 15 Kasım 1996, § 79, Recueil des arrêts et décisions 1996-V).

79. Mahkeme'nin içtihat hukukuna göre, 3. maddenin uygulama alanına girmesi için bir muamelenin asgari bir ciddiyet düzeyine ulaşması gerekmektedir. Bu asgari düzeyin değerlendirmesi muamelenin esasıyla ilişkilidir; bu değerlendirme, davanın tüm dayanaklarına ve özellikle muamelenin doğasına ve bağlamına, yerine getirilme biçimine, süresine, fiziki ve mental etkilerine ve genelde ilgili kişinin cinsiyetine, yaşına ve sağlık durumuna bağlıdır(Pers/Yunanistan davası, başvuru no:28524/95, § 67, CEDH 2001-III;

Kulda/Polonya davası [GC], başvuru no:30210/96, § 91, CEDH 2000-XI). Ayrıca bir cezanın yahut muamelenin 3. madde anlamında “onur kırıcı” olup olmadığı araştırılırken, Mahkeme amacın, ilgili kişinin onurunu kırmak ve onu küçük düşürmek olup olmadığını ve etkileri dikkate alındığında tedbirin ilgilinin şahsında 3. maddeye aykırı bir düzeye erişip erişmediğini inceler (Albert ve Le Compte/Belçika davası, 10 Şubat 1983, § 22, série A no:58). Tedbirlerin etkilerini değerlendirirken, onların kümülatif etkisini de incelemektedir (Ülke, *op. cit.*, § 58).

80. Türkiye’de askerlik hizmetine uygun olduğu bildirilen tüm erkek vatandaşların, Anayasa’nın 72. ve askerlik hizmetiyle ilgili kanunun ilk maddesi uyarınca askerlik hizmetlerini yerine getirmekten sorumlu tutuldukları Mahkemece tespit edilmiştir. Alternatif kamu hizmetinin var olmayışı göstermektedir ki, vicdani retçilerin eğer inançlarına sadık kalmak istiyorlarsa, orduya alınmayı reddetmekten başka seçenekleri yoktur. Vicdani retçiler aleyhine otoritelerce sürdürülen çok sayıda cezai kovuşturma, bunların sonucunda verilen mahkumiyet kararlarının kümülatif etkisi, kovuşturma ve mahkumiyetlerin birbirini sürekli izlemesi ve kovuşturmaların ömür boyu devam etme ihtimali göz önüne alındığında; vicdani retçilerin bir çeşit “medeni ölüm” ile karşı karşıya bırakıldıkları anlaşılır. Sözü edilen Ülke davasında, Mahkeme bu durumun 3. maddeye aykırılığına hükmetmiştir (Ülke, *op. cit.*, § 63).

Bu değerlendirmeler aynı şekilde mevcut dava için de geçerlidir.

81. Bu bakımdan mahkeme ilgilinin askeri üniforma giymeyi reddetmiş olduğu için beş kez hapis cezasına çarptırıldığını saptamıştır. Dahası yine aynı sebepten birçok defalar iki ila sekiz gün süren oda hapsi cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme başvurucunun üniforma giymeyi reddetmesinden dolayı art arda hapis cezasına mahkûm edilmesinin başvurucuyu şüphesiz ki onur kırıcı ve aşağılayıcı bir duruma soktuğu kanaatindedir (Ülke, *op. cit.*, § 59).

82. Ayrıca sözü edilen Ülke kararında Mahkeme şunları belirtmiştir:

“(...) Türk hukukunda vicdani ve dini sebeplerle askeri üniforma giymeyi reddeden kişiler için uygulanacak özel bir yaptırımı içeren herhangi bir hüküm

öngörülmemiştir. Bu alandaki yaptırımların Askeri Ceza Kanunu'nun genel olarak üstlerinin emirlerine itaatsizlik eden kişilere hükmettiği müeyyideler olduğu anlaşılmaktadır. Bu hukuki çerçevenin, inançları nedeniyle zorunlu askerlik görevine karşı çıkması ile ilgili durumları düzenlemek bakımından yeterli olmadığı açıktır. Duruma uygulanan genel mevzuatın uygunsuzluğu nedeniyle başvuru sonu gelmeyen kovuşturma ve mahkûmiyetlere konu olduğu gibi, bu durumun sürmesi tehlikesi altındadır."

83. Mahkeme bu içtihadı mevcut davadan ayrı tutmanın haklı görülebilecek bir sebebinin olmadığını fark etmiştir. Gerçekten de, psikolojik bir bozukluk teşhisinin ardından terhis edilmemiş olsaydı, Halil Savda'nın konusu olduğu bir dizi soruşturma ve cezai mahkûmiyetin sonsuz şekilde uzama tehlikesi söz konusuydu. (yukarıdaki paragraf 32, aynı anlam için bakınız, *Ibid.*, § 62).
84. Sonuç olarak Mahkeme olayları bir bütün olarak ele aldığı anda, başvurunun maruz kaldığı muamelelerin sürekliliğini ve ciddiyetini göz önüne alarak, bir ceza mahkûmiyetinde veya tutuklulukta bulunan normal onur kırıcılık unsurunu aşan ciddi bir ıstırap ve acıya neden olduğunu saptamaktadır. Bu sebepten ötürü Mahkeme, söz konusu muamelelerin toplu olarak Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında onur kırıcı muamele olduğu kanaatindedir.
85. Yukarıda belirtilenler ışığında, Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 9. MADDESİNİN İLERİ SÜRÜLEN İHLALİNE DAİR

86. Halil Savda vicdani retçi olma hakkının tanınmamasından şikâyet etmiş ve vicdani retçi statüsünü hak olarak iddia ettiği için, konusu olduğu bir dizi kovuşturma ve mahkûmiyetin Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlalini beraberinde getirdiğini ileri sürmüştür.

Sözleşme'nin 9. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

"1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini ve inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir."

A. Tarafların iddiaları

87. Başvurucuya göre inanç özgürlüğü hakkı, barışseverlik ve anti militarizm gibi inançları kapsamına almalıdır. İlgili, vicdani retçi olduğunu açıklamasıyla geçmişini kökünden silip attığını ve tüm ölümcül mücadele fikirlerini ayırım gözetmeksizin reddettiğini kesin bir dille ifade etmiştir. Böylece şartlar ne olursa olsun barışsever olan tutumuna bağlı kalmıştır.
88. Başvurucu, taraf olduğu uluslararası anlaşmalar gereğince vicdani reddi hak olarak tanımakla bağlı olmasına rağmen vicdani ret hakkının kullanımı amacıyla kanun çıkartmadığı için de Türk Devleti'nden şikâyetinde bulunmuştur. Özellikle devletin, koşulları taşıması durumunda kendisinin bu haktan yararlanmasını sağlayacak olan prosedürü uygulamamasından şikâyet etmektedir.
89. Hükümet ilk olarak, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun içtihadına dayanarak 9. maddenin bu davada uygulanabilir olmadığını ileri sürmüştür. Hükümetin gözünde somut olayda 9. maddeyle ilgili en ufak bir sorun yoktur. Dahası Hükümet, başvurusunun 27 Kasım 1997 tarihinde üzerinde silahla tutuklanması ve illegal silahlı bir örgüt adına faaliyette bulunmakla yargılanması sebebiyle bir vicdani retçi olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. Hükümet'e göre bir vicdani retçi, her şart altında başkasına karşı mücadele etmek için silahlanmayı reddeden kişidir.

B. Mahkemenin değerlendirmesi

90. 9. maddede korunan şekliyle din, vicdan ve düşünce özgürlüğü, Sözleşme'deki anlamıyla "demokratik bir toplumun" yapı taşlarından birini oluşturur. Bu özgürlük dinsel boyutu bakımından, inananların kimliği ve hayat görüşüyle ilgili en temel unsurlar arasında yer almaktadır. İnanç özgürlüğü aynı zamanda; ateistler, bilinmezçiler, kuşkucular ve kayıtsızlar için de önemli bir yere sahiptir. Burada söz konusu olan husus, demokratik toplumun yüzyıllar

süren savaşım sonunda güçlkle sağladığı, ayrılmaz varlık koşulu olan çoğulculuktur (bakınız, *mutatis mutandis*, Kokkinakis/Yunanistan davası, 25 Mayıs 1993, § 31, série A no:260-A ve Buscarini ve diğerleri/Saint-Marin davası [GC], başvuru no:24645/94, § 34, CEDH 1991-I).

9. madde düşünce ve vicdan özgürlüğü yahut dine veya tercihi yönünde bir inanca sahip olma ve bunları benimseme özgürlüğünün sınırlandırılmasına izin vermemektedir. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile dinini veya inancını açıklama özgürlüğü birbirinden ayrılmıştır. Vicdan özgürlüğü, dine veya tercihi yönünde bir inanca sahip olma ve bunları benimseme özgürlüğünde olduğu gibi kayıtsız olarak korunur ve Sözleşme'nin 9. maddesinin çekirdeğini oluşturur.

91. Mahkeme kısa süre önce Sözleşme'nin 9.maddesinin vicdani retçilere uygulanabilirliğine dair olan içtihadını yeniden değerlendirmiştir (Bayatyan, *op. cit.*). Mahkeme, orduda hizmet yükümlülüğünün bir kişinin vicdanı veya dini gereği derin ve samimi inançları arasında baş edilemez ve ciddi bir çatışmaya yol açması halinde askerlik hizmeti yapma konusundaki itirazın, 9.maddenin gereklerinin uygulanması için yeterli derecede güç, ciddiyet, tutarlılık ve önem teşkil ettiğini bildirmiştir (*Ibid.*, § 110). Askeri hizmete itiraz etme konusunun ne şekilde ve hangi tedbirlerle değerlendirileceğine dair kararların her birisi için, o davaya özgü durumların dikkate alınması gerekmektedir.

92. Mahkeme davada, başvuruçunun devletin sadece bir eyleminden (birçok kovuşturma, mahkûmiyet ve disiplin yaptırımları) şikâyet etmediğini, ayrıca vicdani ret hakkının kullanılması için çıkartılmış bir kanunun yokluğundan da şikâyet ettiğini saptamıştır. Dahası ilgili, şartları yerine getirmesi durumunda kendisinin bu haktan yararlanmasını sağlayacak olan prosedürü devletin uygulamamasından şikâyet etmektedir.

93. Zorunlu askeri hizmette vicdani ret hakkının tanınmıyor olduğundan söz etmekle birlikte, Mahkeme sözü edilen Erçep kararında şunları söylemiş olduğunu hatırlatır (kararın 63 ve 64. paragrafları):

"(...) Türkiye'de yürürlükte olan zorunlu askeri hizmet sistemi vicdani retçiler için ağır sonuçlara yol açan bir görevi vatandaşlara yüklemektedir: Mev-

cut sistem, kişilerin vicdani sebeplerle hiçbir şekilde askerlik görevinden muaf tutulmasına izin vermemekte ve başvuran gibi askerlik görevini yerine getirmeyi reddeden kişiler hakkında ağır cezai yaptırımlar uygulamaktadır. Bundan dolayı davadaki müdahale, yalnızca başvurucunun maruz kaldığı birçok mahkûmiyet ile oluşmamış, aynı zamanda alternatif kamu hizmeti yokluğundan da meydana gelmiştir.

(...) Mahkeme, böyle bir sistemin toplumun ve vicdani retçilerin menfaatleri arasında adil bir denge oluşturmadığını gözlemlemektedir. Sonuç itibarıyla Mahkeme, başvurucunun vicdanının ve inançlarının gereklerini göz önünde bulundurmak için hiçbir şeyin öngörülmemesine rağmen başvurucuya verilen cezaların demokratik bir toplumda gerekli bir önlem olmadığı kanaatinde dir."

94. Mahkeme yukarıda belirttiği görüşlerden ayrılmasını haklı gösterecek herhangi bir olağan neden ortaya koymamaktadır. Gerçekten Hükümet hiçbir inandırıcı sebepten veya söz konusu eksikliği haklı gösteren bir zorunluluktan söz etmemiştir. Devletin "ülkenin bütünlüğü, kamu güvenliği, düzenin korunması veya başkalarının haklarının korunması" için gerekli tedbirleri almaya yetki ve görevi olduğunu vurgulamakla yetinmiştir. Mahkeme'ye göre; Hükümet'in savunması, çağımızda vicdani ret hakkının tanınmasının, devletin yukarıda ileri sürdüğü genel görevleriyle neden bağdaşır nitelikte olmadığını açıklayacak durumda değildir.
95. Koşulları taşıması durumunda kendisinin bu haktan yararlanmasını sağlayacak olan prosedürün olmayışı sebebiyle; Mahkeme Bayatyan, Erçep ve Feti Demirtaş/Türkiye davalarında; başvurucuların, inanç sistemi askeri hizmete karşı çıkma inancını kapsayan dini bir grup olan Yehova Şahitlerine katılmış olduğunu gözlemiştir (bakınız Bayatyan, *op. cit.*, § 111, Erçep, *op. cit.*, § 48, Feti Demirtaş/Türkiye, başvuru no:5260/07, § 97, 17 Ocak 2012).
96. Oysa başvurucu Halil Savda, vicdani ret hakkından yararlanmak için hiçbir dini inanç öne sürmemiştir. Barışsever ve anti militarist felsefeyi benimsediğini, vicdani retçi olduğunu açıklamıştır. Hükümet tarafında bu açıklama kabul edilmemiş ve başvurucunun bir vicdani retçi olarak tanınamayacağı savunulmuştur.

O halde sorulacak soru Halil Savda'nın askeri hizmete yönelik itirazının hangi nedenden ötürü Sözleşme'nin 9.maddesinin yetki alanına girdiğidir (Bayatyan, *op.cit.*, § 110).

97. Mahkeme Halil Savda davasının, özellikle vicdani retçi unvanının tanınması talebinin inceleme evresinden geçmemesiyle öteki davalardan ayrıldığını gözlemlemiştir. Gerçekten başvurucunun talebi hiçbir otoritenin inceleme konusu olmamıştır ve başvurunun karşısına çıktığı otoriteler, sadece askeri yükümlülükleri yerine getirmemeyi önleyici cezai düzenlemelere başvurmakla yetinmişlerdir.
98. Bu bakımdan Mahkeme, özel hayat hakkının korunması gereğince, Sözleşme'nin 8.maddesi bakımından devletin pozitif yükümlülüğünün; etkili ve erişilebilir bir prosedürü yürürlüğe koymayı içerebileceğini birçok kez dile getirmiştir (Airey/İrlanda davası, 9 Ekim 1979, § 33, série A no:32; McGinley ve diğerleri/Birleşik Krallık, 9 Haziran 1998, § 101, Recueil des arrêts et décisions 1998-III; Roche/Birleşik Krallık [GC], başvuru no:32555/96, § 162, CEDH 2005-X). Ayrıca bu yükümlülüğün, özellikle bireylerin haklarını korumaya ve özel hayatına saygı göstermeye yönelik hukuksal bir çerçeve yaratarak adli ve idari mekanizmaları kurmayı ve gerektiğinde de spesifik önlemler almayı kapsadığını kesin bir dille söylemiştir.

Vicdani retçi unvanının tanınması talebinin incelememesi gibi, askeri yükümlülük ile bir kişinin vicdani veya samimi ve derin inançları arasında ciddi ve başa çıkılmaz bir çatışmaya sebep olacak nitelikteki bir sistemde; yukarıda bahsedilen ilkeler, zorunlu askerlik hizmetini vicdani olarak ret hakkına *mutatis mutandis* uygulanabilir.

99. Mahkeme ilgilinin, Sözleşme'nin 9. maddesince güvence altına alınan menfaatlerini korumak amacıyla, ilgiliye vicdani retçi statüsünden yararlanma hakkı olsun olmasın bu hakkı sağlayan etkili ve erişilebilir bir prosedür (bakınız R(87)8 sayılı tavsiye kararı, yukarıda 55.paragraf) sunma şeklindeki pozitif yükümlülüğün otoritelere düştüğü kanaatinde dir.
100. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, herhangi bir alternatif kamu hizmeti (Erçep, *op.cit.*, § 63) ile ilgiliye vicdani retçi statüsünden yararlanma hakkı olsun olmasın bu hakkı sağlayan erişilebilir ve etkili herhangi bir prosedür öngörmeyen bir sistemin, toplumun genelinin menfaati ile vicdani retçilerin menfaati arasında adil bir denge kurmuş olmayacağını gözlemlemiştir. Bundan şu sonuç çıkmaktadır: yetkili otoriteler Sözleşme'nin 9. maddesine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemişlerdir (bakınız, *mutatis*

mutandis, Gldani Yehova Şahitleri Topluluğu'nun 97 Üyesi ve diğerleri/Gürcistan davası, *op.cit.*, § 134).

101.Şu halde Mahkeme Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

IV.SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN İLERİ SÜRÜLEN İHLALİNE DAİR

102.Başvurucu sivil olmasına rağmen, sadece askerlerden oluşan bir mahkeme heyetinin karşısında yargılanmak zorunda kalmış olmasından şikâyet etmektedir. Ayrıca 26 Temmuz 2007 tarihli kesin kararı ile mahkûmiyetine yol açmış olan yargılamanın adil olmadığı iddiasındadır. Bu yargılama dahilinde 2005 senesinde yapılan bir oturuma, o sırada asker kaçağı olarak arandığından katılmadığını açıklamıştır. Burada Sözleşme'nin 6. maddesine bir aykırılık görmektedir.

Sözleşme'nin 6. Maddesinin davayla ilgili kısımları şu şekilde kaleme alınmıştır:

"1. Herkes davasının (...) cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan (...) bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından (...) görülmesini isteme hakkına sahiptir."

A. Askeri mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerine

1.Genel ilkeler

103.Mahkeme, Sözleşme'nin m. 6/1 hükmü bakımından bir mahkemenin "bağımsız" gözükmek üzere gözükmemesinin ortaya konması için, özellikle üyelerinin atama biçiminin ve yetki süresinin, üyelerin dışarıdan gelen baskılara karşı korunup korunmadığı ve bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığı noktasının göz önüne alınması gerektiğini tekrar teyit etmiştir (bakınız, birçoklarının arasında, Zolotas/Yunanistan davası, başvuru no:38240/02, § 24, 2 Haziran 2005).

"Tarafsızlık" koşulu iki yolla değerlendirilir: Birincisi, bir yargıcın davaya bakarken kişisel inancının nasıl olduğunun belirlenmesinden ibarettir; İkincisi ise tarafsızlık konusunda makul olan her türlü şüp-

heyi ortadan kaldırmak için yeterli güvenceyi sağlayan mahkemenin kişide güven uyandırmasıdır. Mevcut durumda sadece ikinci yolun önem arz ettiği şüphesizdir. Üyelerinin kişisel tutumlarından ayrı olarak, kimi haklı nedenlerle tarafsızlığından kuşkuya düşülen bir mahkeme söz konusu olduğunda, mahkemenin tarafsızlığı sorgulanabilir. Mahkemenin ortaya koyduğu görünüm, tıpkı bağımsızlık meselesinde olduğu gibi, burada da önem taşır. Belirli bir davada tarafsızlığın varlığı konusunda karar verilirken, mahkemenin tarafsızlığının bulunmadığı konusunda haklı bir nedenin varlığı ifade edildiğinde; ilgili veya ilgililerin görüşü de dikkate alınır. Kesin bir rol oynamamakla birlikte, belirleyici unsur ilgili kişinin değerlendirmelerinin objektif olarak haklı sayılabilir olmasıdır (Gautrin ve diğerleri/Fransa davası, 20 Mayıs 1998, § 58, Recueil des arrêts et décisions 1998-III). Bu davada başvuru tarafsızlık ve bağımsızlığın birbirinden ayrıldığı kaygısını ileri sürmüştür, bu yüzden Mahkeme onları birlikte inceleyecektir (İncal/Türkiye davası, 9 Haziran 1998, § 65, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV).

104. Mahkeme, Sözleşme'nin m. 6/1 hükmünce öngörülen tarafsızlık ve bağımsızlık güvencelerine saygı göstermeleri koşuluyla, orduya bağlı personeline karşı ceza davalarını askeri mahkemelelerin karara bağlamasının Sözleşme tarafından yasaklanmadığını hatırlatmaktadır (Morris/Birleşik Krallık, başvuru no: 38784/97, § 59, CEDH 2002-I, Cooper/Birleşik Krallık [GC], başvuru no: 48843/99, § 106, CEDH 2003-XII ve Önen/Türkiye (déc), başvuru no: 32860/96, 10 Şubat 2004).

105. Mahkeme başvuruçunun askeri hizmeti yerine getirmeyi reddetmesine karşın (yukarıda 49. paragraf), kıtasına katıldığı andan itibaren Türk hukukunda bir asker olarak algılandığını vurgulamaktadır. O halde başvuruçunun durumu, sivil olmasına karşın askeri bir mahkemede yargılanıp mahkûm edilen Ahmet Ergin'in durumundan (Ergin(n°6), *op. cit.*, § 54) farklıdır. Yukarıda söz edilen davada, sadece askerlerden oluşmuş bir mahkeme karşısında askeri hizmetler aleyhine propaganda yapmaktan yargılanan bir sivilin davanın bir kısmına müdahil olabilecek olan askeriyeye bağlı yargıçlar önüne çıkmaktan korkmasını anlaşılır bulan Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali olduğu kanısına varmıştı. Aynı şekilde ilgilinin haklı olarak Genel Kurmay Başkanlığı Aske-

ri Mahkemesi'nin taraflı görüşlerce yönlendirileceğinden korkması ve bu yargılamanın bağımsızlık ve tarafsızlığı hakkındaki derin şüphelerinin de objektif olarak haklı olduğu anlaşılabilir.

106. Mahkeme, bir subayın askeri bir suç işlemekten ötürü yargılandığı Önen/Türkiye davasında da, askeri bir yargılama komitesi karşısında süren ceza davası çerçevesinde mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına dair bir şikâyeti incelemiş olduğunu hatırlatmaktadır. Bu davada, Mahkeme askeri bir idare mahkemesi ile bir sivilin karşı karşıya getirildiği bir davaya (Yavuz ve diğerleri/Türkiye (déc.), başvuru no:29870/96, 25 Mayıs 2000) dayanarak şikâyeti reddetmiştir.

2. Bu ilkelerin davada uygulanması

107. Mahkeme, Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Daire'sinin 13 Ekim 2008 tarihli kararından, Türk hukukunda bir kişinin kıtaya katılmasından itibaren asker olarak değerlendirildiği sonucunu çıkarmıştır (yukarıdaki 49. paragraf). Bununla birlikte Mahkeme'nin gözünde, yargılanabilecek olan kişilerin statüsü belirlenirken, görünümün ötesine gitmek ve uyuşmazlık konusu olan durumun gerçekliğini araştırmak gerekir.

108. Mahkeme Halil Savda'nın 6 Aralık 2004 tarihinde askere alınmasının ardından, askeri üniforma giymeyi reddedip vicdani sebeplerden ötürü askerlik hizmeti yerine getirmeyeceğini açıkladığını göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme için, böyle bir durum askerlik mesleğinden olan kimsenin durumuna zorlukla benzetilebilir. Askerlik mesleğinden olan kimse, böyle bir kariyer seçerek, silahlı kuvvetler mensuplarının bazı hak ve özgürlüklerine sivillere empoze edilemeyecek sınırlamalar getirme olanağını içeren askeri disiplin sistemine kendi isteğiyle tabi olmuştur. (bkz, *mutatis mutandis*, Kalaç/Türkiye, 1 Temmuz 1997, § 28, Recueil des arrêts et décisions 1997-IV). Oysa başvurucu herhangi bir askeri hizmette bulunmayı inancı gereği reddetmiştir.

109. Mahkemenin gözünde, kendini vicdani retçi olarak ilan eden bir kimsenin, Halil Savda gibi askerlik hizmeti yerine getirmeyi reddetmesi ve salt askeri yasalara karşı gelmiş olduğu için hakkında dava açıldıktan sonra içlerinden biri subay üç askeri hâkimden

oluşan bir heyet tarafından yargılanmaktan korkması son derece makuldür. Bu gibi bir güvensizlik m. 6/1 hükmünün ihlaline karar vermek için yeterli olmamakla birlikte, askeri mahkemelerde yer alan askeri hâkimlerin statüsü yoluyla ilgiliye sağlanan güvenceleri göz önünde bulundurmamak yerinde olacaktır.

110. Askeri hâkimlere sağlanan güvenceler konusunda ise Mahkeme, Türk Anayasa Mahkemesi'nin 7 Mayıs 2009 tarihli kararıyla ortaya koyduğu görüşlere katılmaktadır. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, bir subayın askeri mahkemelerin yargılama sürecine dâhil edilmesi ile askeri hâkimleri askeri disipline tabi tutan ve onları sicil notunun konusu yapan düzenlemeleri, Anayasa'nın 138 ve 140. maddelerinde yer alan mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı bulmuştur (yukarıdaki 50. paragraf). Ayrıca en son gerçekleştirilen anayasa değişikliği uyarınca yasa koyucunun askeri mahkemeler hususunda düzenleme yaparken "askeri hizmetin gerekliliklerini" göz önünde bulundurmak zorunda olmadığını da nazara almak gerekir.

111. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, yalnızca askeri emirlere karşı gelmiş olduğu için bütünüyle askerlerden oluşturulmuş bir mahkeme karşısına çıkarılan başvuruçunun bu gibi bir durumda, davanın bir kısmına müdahil olabilecek olan askeriyeğe bağlı yargıçlar önüne çıkmaktan korkmasını anlaşılır bulmaktadır. Bundan dolayı ilgili, komutanlığın mahkemesinin taraflı görüşlerce haksız bir biçimde yönlendirileceğinden korkmuş olabilir. Bu sebeple başvuruçunun bu yargılamanın bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki derin şüphelerini objektif olarak haklı görüyoruz (bkz, *mutatis mutandis*, Incal, *op. cit.*, § 72 *in fine*).

Bundan dolayı, Sözleşme'nin m. 6/1 hükmü ihlal edilmiştir.

B. Davanın hakkaniyetine dair

112. Başvuruçucu ayrıca 26 Temmuz 2007 tarihli kesin kararı ile mahkûmiyetine yol açmış olan yargılamanın adil olmadığını iddia etmektedir. Bu yargılama esnasında 2005 senesindeki bir oturuma, o sırada asker kaçağı olarak arandığından katılmadığını açıklamıştır. Burada Sözleşme'nin 6. maddesine bir aykırılık görmektedir.

Mahkeme, başvuruçunun davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkemede görülmesi hakkının ihlalinin tespit edildiğini düşünmekle birlikte, davanın adil olmadığına ilişkin geri kalan şikâyetleri ince-

leme gereği olmadığı kanaatindedir (bkz, *mutatis mutandis*, Çıraklar/Türkiye, 28 Ekim 1998, § 44-45, Recueil des arrêts et décisions 1998-VII).

V. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

113.Sözleşme'nin 41. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

Madde 41

"Mahkeme işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine bir tazminat verilmesine hükmeder."

A. Tazminat

114.Başvurucu, kendisine yöneltilen ve her defasında mahkûmiyetle sonuçlanan cezai kovuşturmalar nedeniyle yaşadığı endişeden dolayı 12.000 avro manevi tazminat talep etmektedir.

115.Hükümet, başvurusunun talebinin aşırı olduğu kanaatindedir.

116.Mahkeme, manevi tazminat olarak başvurucuya talep ettiği miktarın tamamı olan 12.000 avronun ödenmesine karar vermiştir.

B. Masraf ve Harcamalar

117.Başvurucu ulusal mahkemeler ile Mahkeme karşısında yaptığı masraf ve harcamalar ile avukatlık ücretleri için de ayrıca 1.975 avro talep etmektedir.

118.Hükümet, başvurusunun talebinin aşırı olduğu kanaatindedir.

119.Mahkeme'nin içtihadına göre, başvuru sadece bu masrafların oranının makul niteliği, onların gerekliliği ve haklılığı ölçüsünde bu tutarları elde edebilir. Davada sahip olduğu belgeleri ve içtihadını göz önünde bulundurarak Mahkeme, başvurucuya talep ettiği miktarın tamamı olan 1.975 avronun muhtemel her türlü vergi masrafları ile birlikte ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

120.Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın mar-

jinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar vermiştir.

BU GEREKÇELERE DAYANARAK, MAHKEMEMİZ, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurucunun aleyhine alınan tedbirlerin ağırlığıyla ilgili şikâyetler, vicdani ret hakkının tanınmaması, birçok defalar sözde haksız bir yargılamanın sonunda onu mahkûm eden mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmayışı ve geri kalan kısmın da kabul edilmez oluşu göz önüne alınarak; başvurunun *kabul edilebilir olduğuna*;
2. Sözleşme'nin 3. maddesinin *ihlal edildiğine*;
3. Sözleşme'nin 9. maddesinin *ihlal edildiğine*;
4. Mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmayışı nedeniyle Sözleşme'nin 6/1. maddesinin *ihlal edildiğine*;
5. Sözleşme'nin 6/1. maddesine dayanan davanın hakkaniyetine ilişkin şikâyetin ayrı olarak incelenmesine *gerek görülmediğine*;
6. a) Sözleşme'nin 44/2 maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden Türk Lirası'na çevrilmek üzere, davalı devlet tarafından başvurucuya;
 - i. Manevi tazminat olarak, muhtemel her türlü vergi masrafları ile birlikte, 12.000 avro (on iki bin avro) *ödenmesine*,
 - ii. Başvurucunun yaptığı masraf ve harcamalar için, muhtemel her türlü vergi masrafları ile birlikte, 1.975 avro (bin dokuz yüz yetmiş beş avro) *ödenmesine*;b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Hükümet tarafından, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli faizinin üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış olup, içtüzüğün 77/2-3 maddesine uygun olarak 12 Haziran 2012 tarihinde yazıyla bildirilmiştir.