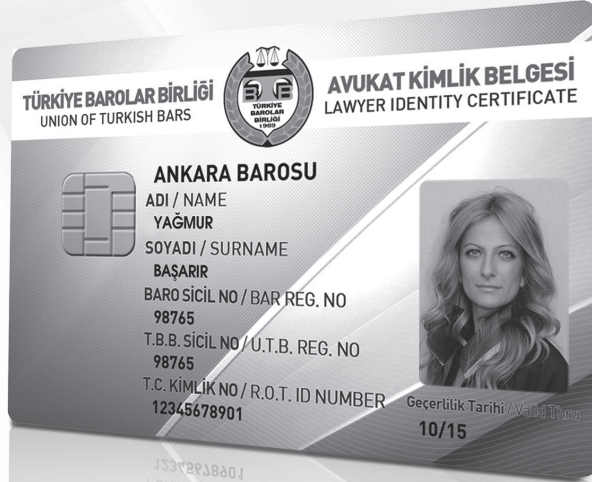




# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

## 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](http://www.barobirlik.org.tr)

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği

© Union of Turkish Bar Associations

## Sahibi / Owner

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

## Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

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

Av. Başar Yaltı

## Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

## Genel Yayın Yönetmeni Yrd. / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

## Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

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

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu  
Ali Acar  
Musa Toprak  
Özgecan Yanlı

## Danışma Kurulu / Board of Advisors

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

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

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

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

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

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

## İletişim Adresi / Communication Address

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

## Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 60 TL.

## Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation  
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

## Basım Yeri / Printed by

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

# **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ**

UNION OF  
TURKISH BAR ASSOCIATIONS  
REVIEW

**ISSN: 1304-2408**

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

## YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana 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.
- Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.  
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (En fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (En fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.  
c) Yazılar, **ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman** karakterinde yazılmalıdır.  
d) **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (“.....”) içine alınmalı, **sadece eser adı İtalik** 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 Sır”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında da dip not kurallarına uyulması** zorunludur.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların, ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazıların “hakemli makaleler” bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda “makaleler” bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hake-me 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.
- Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu’nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
- 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.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
- Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
- Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımını Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.



# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## 7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

### HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

#### 9 Doğan ŞENYÜZ

İşyeri Kira Gelirlerinin Beyan Durumu ve Vergi Yükünün Ölçülülük ve Eşitlik İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi / Declaration of Rental Income from Workplace and Evaluation of Tax Burden in Terms of Proportionality and Equality Principles

#### 29 Faruk TURİNAY

Yabancı İrk ve Millet İsimlerinin Soyadı Olarak Kullanılması Yasağı ve Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi / The Ban of The Use of Name From Foreign Race and Nation as a Surname and The Examination of a Decision of The Constitutional Court

#### 55 Hüseyin Can AKSOY

Cevap ve Düzeltme Hakkı Çerçevesinde Haberin Gerçeğe Aykırılığı “Maddi Gerçekliğe” Aykırı Bir Haberin Salt “Görünürdeki Gerçekliğe” Uygunluğu Cevap ve Düzeltme Hakkının Kullanılmasına Engel Midir? / Falsehood of The News within the Scope of Right of Reply

#### 73 Vedat LAÇİNER

Sosyal Diyalog Perspektifinde Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi / The National Occupational Health and Safety Council from a Social Dialog Perspective

#### 93 Emine Eylem AKSOY RETORNAZ

Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme / An Essay on Beccaria's Vision of Imprisonment

#### 107 Fatma KARAKAŞ DOĞAN

Mahkumların Oy Hakkı AİHM'nin Soyler V. Türkiye Kararı İle Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında / Right to Vote of Prisoners According to the Decision of Echr of Soyler v. Turkey and Turkish High Board of Election

#### 127 Murat KORKMAZ

Yargıtay Ceza ve Hukuk Dairelerinde Çalışma Yoğunluğu ile Verimlilik Algısının Uygulamalı İncelemesi / Applied Analysis of Work Intensity in Penal and Civil Chambers and Perception of Efficiency

#### 155 Mahmut ŞEN

İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması Kurumunun Evrensel Normlara Uyumu / The Compliance of Stay of Execution in Turkish Administrative Law to Universal Principles

**189 Aydın AĞÜL**

İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri / Criteria of Council of State in Full Remedy Actions Derived From Torture

**237 Berkant GÖÇER**

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin Uygulama Sorunu / The Status of Higher Education Institutions Administrator, Academic Staff and Officers Disciplinary Regulation in The Context of State Council Decisions

**257 Fahri BAKIRCI**

Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine / On The Rationale of The Decision of Constitutional Court On The Rule of Procedure in Action

**297 Halil İbrahim DURSUN**

Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası / The Role of The General Courts Concerning Human Rights After The Introduction of Individual Application and Article 90 Paragraph 5 of The Constitution in This Context

**323 Emine BALCI**

Yeşilçam'dan Popüler Hukuk Kültürüne Mesajlar / The Massages From Yesilcam to Popular Law Culture

**355 Erdem BAFRA**

İngiliz Mahkemelerince Şirket Tüzel Kişiliği Perdesinin Kaldırılması / Piercing The Corporate Veil By English Courts

**373 Bavver KILIÇOĞLU**

Türkiye Cezaevlerinde Bulunan Hasta Mahpusların Durumunun Uluslararası Metinler Işığında Değerlendirilmesi: Hapis Dışı Yöntemlerin Olgunlaştırılmasında Uluslararası Arayışlar ve Hasta Mahpusların Konumu / Evaluation of The Situation of the Sick Prisoners in Turkish Prisons within the Light of International Texts: International Quests and Position of Sick Prisoners in Maturation of Non-Custodial Methods

**397 Erkan ŞENSES**

Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu'nda Meşru Savunma / Self Defence in Penal Code in Light of The Relevant Case-Law of The Cassation Court

**410 KİTAPLAR-DERGİLER / BOOKS-PERIODICALS**

# başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Yurttaşlarımızın hukuki güvenliğinin, huzurunun, toplumsal barışın, özgürlüğün, bilimin, sanatın ve hatta ekonomik istikrarın güvencesi; etkin, bağımsız, tarafsız, adil yargılama ve savunma hakkını işselleştirmiş bir yargı sisteminin varlığıdır.

Çağdaş hukuk sistemlerinde; hukuki güvenlik için yargıya, yargı dışı her türlü müdahaleyi önlemek, yargı mensuplarının hukuka uygun davranmalarını, aksi takdirde sorumlu tutulmalarını sağlamak, kişi özgürlüklerini ve adil yargılanma hakkını üstün değer görmek esastır. Bunun yerine getirilmesi, yurttaşın kendini hukuki güvenlik duygusu içinde görebilmesinin de en önemli koşuludur.

Türkiye'de uzun zamandır hukuki güvenlik sorunu yaşanmaktadır. Hukuk dışı uygulamalar adalete duyulan güveni ve kamu düzenini derinden sarsmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi; hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, kişilerin, tüm fiil ve eylemlerinde, devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici uygulamalardan kaçınmasını gerekli kılar.

Özellikle "gizli tanık" uygulaması başta olmak üzere, zel Görevli Mahkemelerin sebep olduğu ağır mağduriyetler, adeta yargısız infaza dönüşmüş tutukluluklar, savunmanın dahi kendisini savunmak zorunda bırakıldığı düzenlemeler, yok farz edilen masumiyet karinesi ve özel hayatın gizliliğinin ihlali, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi güvencesinde olan ifade özgürlüğü ve onun ağırlıklı kullanım alanını teşkil eden toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğüne getirilen sınırlamalar; emniyet güçlerinin şiddet boyutuna varan ölçüsüz güç kullanımı, vb. uygulamalar ne yazık ki Türkiye'de adalete duyulan güveni sarsar boyutlara ulaşmıştır.

Hukukun stn olduğu ve egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletinde; 'güçlü olduğu için haklı olmak' yoktur. Hukukun üstünlüğünden kasıt 'yasala-

rın üstünlüğü' değil, 'hukukçular ya da yargıçlar devleti' hiç değildir. Kastedilen, 'hukuka saygı ve bağlılık'tır. Üstünlük, demokratik hukuk devleti çerçevesinde, Anayasa ve yasalardadır.

Bu çerçevede Türkiye'de, hukuk devletinin tüm kurum ve kural-ları ile geçerli olduğunu, uygulamaların tümüyle yasalara uygun olduğunu söylemek maalesef mümkün değildir.

Adil yargılamanın olmadığı yer, hukuk devleti olamaz. Avukata baskının olduğu yerde, adil yargılama olamayacağı gibi, hukuk devleti de barınmaz. Ancak ve ancak iddia ve savunmaya eşit olanaklar sağlanması sonucu yani "silahların eşitliği " ilkesi yerine geldiğinde adalet mülkün temeli olarak addedilebilir ve yargı adalet dağıtılabilir hale gelir.

Bu ortamda, Türkiye Barolar Birliği, hukukun üstünlüğünden, insan hakları ve demokrasiden asla vazgeçmeyerek, 79 baro ve 83.000 avukat ile; kişi ve kurumların her türlü hukuki güvenceden yoksun bırakılmasına yönelik sistematik bir hal alan "özel" uygulamaları asla kabul etmeyecek; Cumhuriyet'in temel ilkelerine ve meslek onuruna sahip çıkma kararlılığını daima sürdürecektir.

Saygılarımla.

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

# İŞYERİ KİRA GELİRLERİNİN BEYAN DURUMU VE VERGİ YÜKÜNÜN ÖLÇÜLÜLÜK VE EŞİTLİK İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

DECLARATION OF RENTAL INCOME FROM WORKPLACE  
AND EVALUATION OF TAX BURDEN IN TERMS OF  
PROPORTIONALITY AND EQUALITY PRINCIPLES

Doğan ŞENYÜZ\*

**Özet:** Gelir Vergisi Kanununda işyerinden kira geliri elde edenlerin bu gelirlerinin kanunca belirlenen sınırı aşmaması halinde mükellefi istese dahi beyan edilmeyeceği düzenlenmiştir. Aynı zamanda bu gelirler için vergi sorumlularının Bakanlar Kurulu'nca belirlenen oranda tevkifat yapması düzenlenmiştir. Bu durumda beyan edilen kira gelirlerinin gayrisafi tutardan giderler düşüldükten sonraki tutar üzerinden %15, beyan dışı bırakılanların ise brüt kira üzerinden %20 oranında vergilendirmesi daha fazla irat elde edenin (beyan edenin) daha az, daha az irat elde edenin (beyan edemeyenin) daha fazla vergi yüküyle karşı karşıya kalmasına sebep olmaktadır. Bir hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün olmayan bu durum anayasal normlar ve kanuni düzenlemeler dikkate alınarak ele alınmaya çalışılacak ve önerilere yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Gayrimenkul sermaye iratları, işyeri kira gelirleri, yıllık beyanname, mali güç, vergide adalet, eşitlik, ölçülülük, aşırı vergi yükü

**Abstract:** When revenues which have generated rental income from workplace do not exceed the specified limit, taxpayers don't submit a declaration that regulated by Income Tax Law. Also tax responsables withheld taxes for these revenues the rates determined by Council of Ministers. In this case, tax is calculated from % 15 of declared gross amount of rental income after deducting expenses. On the other hand rental incomes which out of declaration are taxation from % 20 of gross rental. This situation causes more revenue acquirer faced less and less revenue acquirer faced more tax burden. Situations like this are unacceptable in a state of law. This is discussed the situation by constitutional and legal norms and explained things to be done.

**Keywords:** Income from immovable property, Rental income from workplace, Annual return, Ability to pay, Justice in taxation, Equality, Proportionality, Excessive tax burden.

\* Prof. Dr., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## I. GİRİŞ

Vergilendirme, Devletin Anayasa ile yasama organına verilmiş olan bir yetkidir. Yasama organının vergilendirme yetkisinden ayrı olarak vergilendirmeye ilişkin bazı hususlarda düzenleme yapma yetkisi de yürütme organına verilmiştir. Yürütme organı kendisine verilen düzenleme yapma yetkilerini duruma göre Bakanlar Kurulu Kararları veya Maliye Bakanlığı'nın çeşitli kararları aracılığıyla kullanmaktadır.

Yürütme organının kendisine verilen bu yetkilerin sınırlarını aşarak istisna ve muafiyet şartlarını belirlemek suretiyle vergilendirmenin kapsamı üzerinde oynaması ve kanuni oranı geçen fiili oranın (vergi yükünü) ortaya çıkmasına neden olması uygulamada karşılaşılan sorunlar arasındadır. Bu makalede, vergi tevkifatına ilişkin oranların Bakanlar Kurulu Kararları yoluyla belirlenmesine ilişkin verilen yetkinin kullanılması çerçevesinde işyeri kiraları bakımından ortaya çıkan fiili vergi oranının kanuni vergi oranını geçmesi ve buna sebep olan beyan durumu ele alınıp açıklanmaya çalışılacaktır. Böylelikle vatandaş beyanname verme ve ek vergi yükünden kurtarmaya çalışan beyan dışında bırakmaya ilişkin bir müessesenin idare tarafından etkisizleştirilerek nasıl vergi yükünü artırarak hukuksuz bir durum ortaya çıkarttığı tespiti yapılacaktır.

## II. VERGİLENDİRMEDE DÜZENLEYİCİ İŞLEMLER

### A. VERGİLENDİRMEDE YÜRÜTME ORGANININ DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİNİN YERİ

Anayasa'nın 73. maddesinde vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, kaldırılacağı ve değiştirileceği belirtilmekle beraber vergi hukukunun teknik yapısı ve yayıldığı alanın genişliği nedeniyle bu ilkeyi katı bir biçimde hayata geçirmek mümkün olmaz. Bu nedenle, vergi hukuku alanındaki her şeyin kanunlarla düzenlenmesi mümkün görülmediğinden yürütme organına birçok konuda yetkiler tanınmıştır. Yürütme organı bu yetkilerini düzenleyici işlemler aracılığıyla kullanır.

Vergi hukukundaki kanunilik ilkesinin istisnası durumundaki yürütme organının düzenleyici işlemleri Anayasa'da kanun hükmün-

de kararname, tüzük ve yönetmelik şeklinde sayılmakla beraber uygulamada adsız düzenleyici işlemler olarak belirtilen çeşitli düzenleyici işlemlere de rastlanmaktadır. Düzenleyici işlemler genel, soyut, objektif işlemlerdir.<sup>1</sup> Düzenleyici işlemler tek taraflı olup, idarenin birden fazla seçeneğinden birini seçebileceği serbesti içinde bulunması nedeniyle özü itibarıyla takdir yetkisinin kullanıldığı işlemlerdir. İdarenin bu işlemleri yapıp yapmamakta veya yapacaksa işlemin içeriğini tespit etme konusundaki inisiyatifine idarenin takdir yetkisi denir. Sonuçta ortaya çıkan durum idarenin takdir yetkisinin görünümü olmaktadır.

Vergiler konusunda düzenleyici işlem yapma yetkisi duruma göre Bakanlar Kurulu'na, Maliye Bakanlığı'na ve Gelir İdaresi Başkanlığı'na verilebilmektedir. İlgili birimler bu yetkilerini aşağıda açıklanacağı üzere çeşitli isimlerle kullansalar da bu birimlerin genel, soyut ve kişilik dışı ve objektif olarak ortaya koydukları metinler hukuki nitelikleri itibarıyla birer genel düzenleyici işlemdir.

## **B. ANAYASA MADDE 73'TE BAKANLAR KURULU'NA VERİLEN DÜZENLEYİCİ İŞLEM YAPMA YETKİSİ**

Kanunilik ilkesinin bir istisnası olarak Anayasa'nın 73. maddesinde, yürütme organına bir yetki verilmiştir. Verilen yetki, "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir*" şeklindedir. Yürütme organının, bu madde kapsamında düzenleyici işlem yaparken, söz konusu maddede öngörülen sınırlamalara tabi olması doğaldır.

Maddeyle verilen yetkinin çerçevesi şu şekilde açıklanabilir:

- Düzenleme verginin her unsurunda değil; sadece muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde yapılabilir.
- Yetkinin kullanımı Bakanlar Kurulu'na ait olup, Bakanlar Kurulunun kendisine tanınan yetkiyi hangi düzenleyici işlem türüyle kullanacağı konusunda bir sınırlama yoktur, Bakanlar Kurulu düzenleyici işlem türünü serbestçe seçebilir (Bakanlar Ku-

<sup>1</sup> Düzenleyici idari işlemin karşılığı olarak bireysel idari işlem kavramı kullanılmaktadır. Bunlar idarenin belli kişi ve belli durumlara göre yaptığı (sübjektif) işlemlerdir.

rulu bu yetkisini uygulamada, Bakanlar Kurulu Kararı şeklinde kullanılmaktadır).<sup>2</sup>

- Bakanlar Kurulu'nun yetkisi açık uçlu olmayıp, Kanunda belirlenen aşağı ve yukarı sınırları aşmamak üzere kullanılabilir.
- Bakanlar Kurulu'na tanınan yetki koşulludur. Bakanlar Kurulu bu yetkiyi kanun koyucunun yerine geçerek kullanamaz. Yetki ancak ve sadece kanunda özel olarak verilmesi halinde kullanılabilir.

### C. BAKANLAR KURULU'NUN ANAYASA MADDE 73'TE VERİLEN YETKİYİ KULLANMADAKİ TAKDİR YETKİSİ

Bakanlar Kurulu'nun, düzenleyici idari işlemler aracılığıyla kullanacağı takdir yetkisini normlar hiyerarşisinin dışına çıkarak kullanması düşünülemeyeceği gibi bu yetkiyi keyfi değil, eşitlik ve ölçülülük ilkelerine uygun olarak kullanması gerekir. Düzenleyici idari işlemin sınırsız ölçülere dayalı, eşitliği görmezden gelen karakterde olması kabul edilemez. Hele, Anayasa'nın yasama organına bile belli sınırlar çizerek verdiği yetkinin idarece yapılacak düzenleyici idari işlemler bakımından bu sınırları aşması hiç düşünülemez. Alt basamakta yer alan bir kural geçerliliğinin dayandığı üst normlara aykırı olamaz şekilde ifade edilen normlar hiyerarşisine vergi düzenlemelerinin de tabi olduğunu, bu durumda üst norm için getirilen vergilere ilişkin sınırlamaların alt norm için de geçerli olacağını söylemek gerekir.

Bakanlar Kurulu'nca konulacak olan kuralın konu ve sınır bakımından Anayasa'nın 73. maddesinin kapsamı içinde yer alması yetmez. Bu kurallar "yasama yetkisinin devrine yol açmaması", "vergilemede adalet ve eşitlik ilkeleri ile bağdaşması" ve "ölçülülük ilkesi" bakımlarından da denetime tabi tutulabilmelidir.

#### 1. Kanunilik

Vergiye ilişkin düzenlemeler hemen hemen tüm hak ve özgürlükleri ilgilendiren ve etkileyen bir niteliğe sahiptirler. Örneğin, ver-

<sup>2</sup> Anayasada sayılmış olan düzenleyici idari işlemler kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik dışında yürütme organının "kararname", "karar", "tebliğ", "genelge", "yönerge", "ilke kararı" vb. şeklinde değişik isimler verdiği işlemler aracılığıyla da genel, soyut ve objektif kurallar koyduğu görülmektedir.



gi özellikle mülkiyet hakkıyla çok sıkı ilişki içinde olarak bu hakka müdahale niteliği taşır. Bu nedenle temel hak ve özgürlükleri vergilendirmeden ayrı düşünmek kolay değildir. Verginin temel hak ve özgürlüklerle sıkı ilişkisinden dolayı Devlete bu alana müdahale ederken belirli kurallara uyma yükümlülüğü getirilmiştir. Vergiler konusunda vergi yükünü değiştiren veya bu sonuca yol açan düzenlemeler bakımından yasama organının uymak zorunda olduğu ölçü veya norm olarak ifade edilen sınırlara Anayasa'nın 73. maddesinde yer verilmiştir. Bu sınırlamalara yol açan ölçülere anayasa hukuku bakımından vergileme ilkeleri denmektedir. Bu ilkelerden biri de Anayasa'da ifadesini "*vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*" şeklinde bulmuş olan kanunilik ilkesidir.

O halde vergi yüküne ilişkin değişiklikler yasama organınca veya Anayasa ve ilgili kanunlarda belirtilen sınırlar içinde kalmak koşuluyla Bakanlar Kurulu'nca yapılabilecektir. Bakanlar Kurulu'nun kendisine verilen yetkinin kapsamı dışına taşan bir düzenlemeyle vergi yükü üzerinde oynaması mümkün değildir.

## 2. Mali Güç (Vergi Adaleti) ve Eşitlik

Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür (An. m. 73, f.1). Mali gücün Anayasa'da tanımı bulunmamakla birlikte, genellikle ödeme gücü anlamında kullanılmış olup, kamu maliyesi yönünden gelir, servet ve harcamalar mali gücün göstergeleri olarak kabul edilmiştir. Anayasa'nın amir hükmü oldukça açıktır, vergi bireyler arasında mali güçlerine göre dağıtılmalıdır.

Mali güç ölçüsü az kazanandan az, çok kazanandan çok vergi alınmasını gerektirmesi nedeniyle aynı zamanda verginin adaletli ve dengeli dağılımını sağlar. Bu ilkenin ortaya koyduğu husus, mali gücü (geliri) fazla olanın mali gücü az olana oranla daha fazla vergi ödemesinin sağlanmasıdır. Mali güce göre vergileme herkesin ödeme gücüne göre vergi yüküne katılması anlamına gelir. Bu ise bizi vergilerle ilgili düzenlemelerin yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarını dikkate alıp almadığına göre değerlendirme yapmaya ve tüm yükümlülerini vergi yükleri yönünden birlikte değerlendirmeye götürür.

Mali güce göre vergilendirme aynı zamanda gelir ve servet eşitsizliklerini azaltması yoluyla sosyal devletin temellerinden birini oluşturur. Kısaca mali güce göre vergilendirme, sosyal devletin vergi adaleti ilkesini de oluşturur. Gelir arttıkça daha yüksek oranda vergi almayı içeren “artan oranlılık” oransal olarak yüksek gelirlilerden düşük gelirlilere göre daha fazla vergi almaya imkân vermesi nedeniyle sosyal devlete ulaşmada önemli bir araç rolü üstlenir. Vergilerin kamu hizmetlerinin finansmanında kullanıldıkları düşünüldüğünde yüksek gelirlilerden alınan vergilerin kamu harcamaları yoluyla düşük gelirlilere (mali gücü düşük olanlara) transferi söz konusu olur. Bu durum gelirin yeniden dağılımı şeklinde ifade edilir. Anayasasında sosyal bir hukuk devleti olduğu yazan bir devletin haklı nedene dayanmayan hallerde vergi adaletini zedeleyen düzenlemelere geçit vermemesi gerekir.

### 3. EŖitlik

EŖitliğin özünde en az iki şeyin çeŖitli açılardan birbirine denk olması yatar. Denkliğin karşılaŖtırmaya dayanan bir kavram olması nedeniyle eşitlik ilkesinin özünde bir şeyin başka bir şeyle karşılaŖtırılması vardır. EŖitlik ilkesi hukuk devletinin ana değerlerinden biri olup adaletin sağlanması yanında keyfilik yasağını da içinde barındırır. Bir başka ifadeyle eşitlik ilkesi keyfiliğe izin vermez.

EŖitlik kavramının biri “mutlak eşitlik” diğeri “nispi eşitlik” olmak üzere iki çeŖidi vardır. *Mutlak eşitlik, hukuk kurallarının aynı veya farklı konumda olsun ilgili kuralın herkese aynı biçimde uygulanmasını; nispi eşitlik, aynı (eŖit) durumda olanlara aynı, farklı durumda olanlara farklı hukuk kurallarının uygulanabilmesini ifade eder.*<sup>3</sup> Mutlak eşitlikte söz konusu kural, bir kişiyi diğeriinden ayırt eden herhangi bir özelliğı dikkate almadan herkese aynı biçimde uygulanır. Nispi eşitlikte ise eşit olmayanlara aynı kuralların uygulanmasının eşitliğı zedelediğı ve bunlara farklı kuralların uygulanması gerektiğı savunulur. EŖit olmayan kişilere farklı kuralların uygulanması nispi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. *Bu çerçevede nispi eşitlikte bir yasanın aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayırım ve ayrıcalık yaratmaması nasıl esas ise, farklı hukuksal durumda olanlar arasında farklı kurallar getirilmesi esastır.* Örneğin mükelleflerin, gelir unsurlarına, faaliyet alanlarına, mükellef gruplarına göre beyan bakımından ayrı vergisel düzenlemelere bağı tutulabilmesi bu sayede mümkün olur.

<sup>3</sup> Geniş bilgi için bkz; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012, s. 99.

Eşitlik ilkesi kapsamında, durumları aynı olanların aynı, farklı olanların farklı hukuki kurala tabi olması soyut anlamda kolayca ifade edilebilirken kişilerin hangi koşullar altında eşit, benzer, özdeş veya aynı olduğunu belirlemek o kadar da kolay değildir. Bu noktada karşımıza nispi eşitliği sağlamak için kurallarla yaratılacak sınıflandırmaların hangi gerekçe ve ölçütler üzerine oturtulacağı sorunu çıkar. Bir başka deyişle ayrı hukuksal durumda olanları bütünden ayıracak ve farklı kurala tabi tutulmalarını gerektirecek kıstaslar veya ayrıçlar ne olacaktır. İşte bunlar kural farklılıklarını geçerli hukuki zemine oturtmada kullanılan ve “haklı neden” olarak ifade edilen durumlardır. Bu nedenle nispi eşitliğin sağlanmasının özünde “haklı neden” in olduğu görülür. Haklı neden olmadan farklı kural yaratılmaması, haklı neden olduğunda ise farklı kuralın yaratılması nispi eşitliğin gereğidir.

Gerçekten, mükelleflerin gelirlerindeki ve konumlarındaki farklılıkların kaçınılmaz olduğu günümüzde tüm kuralların herkese aynı şekilde uygulanması beklenemez. Mükellefler arasında ayrımcılık yapmamak demek, mutlak eşitliğe uygun davranmak demek değildir. Kanunda haklı nedene dayanarak yapılan farklılık veya ayırım eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz, bilakis eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinin aracı olarak görülür ve değerlendirilir. Kanunun haklı neden olmaksızın yaptığı ayrımcılık eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Vergisel konum bakımından kimler benzerdir ki bunlara eşit, kimler farklıdır ki bunlara da farklı uygulamalar getirilsin. Bir başka deyişle benzerliklerdeki ne kadarlık farklar eşitliği ihlal olarak değerlendirilmeyecektir. Ölçü nedir? Düzenlemeler yapılırken vergiler bakımından eşitliğin sağlanmasında kullanılacak ölçüye Anayasa’da açıkça yer verilmiştir. Vergilendirmede eşitlik konusunda Anayasa’nın 73. maddesi “mali güce” göre farklılaştırma yapılması şeklinde özel bir ölçü getirmiştir. Bu anayasal kural haklı bir neden olmadıkça vergilendirmenin bu ölçü kullanılarak yapılacağına işaret etmektedir.<sup>4</sup> Mali güç hukuki anlamdaki eşitliğin vergilendirme alanındaki görünümüdür.

<sup>4</sup> Vergilemede, mali güçten ayrılmayı gerektiren haklı neden varsa bu değere üstünlük tanınmaktadır. Örneğin, yatırımları ve sermaye birikimini artırmak adına tasarruflardan (faiz geliri şeklindeki menkul sermaye iratlarından) daha az oranda vergi almak içinde bulunulan şartlar bakımından, mali güce aykırı olsa bile eşitlere eşit davranışı zedelediğinden, yaratılan farklılık haklı sebep olarak görülebilmektedir. Ancak sporcuların ücretlerinden daha az oranda vergi almanın haklı sebep bakımından savunurluluğu sorgulanabilir durumdadır.

Mali güç ölçüsü, aynı konumda olmalarına karşın az gelir elde edenlerin az, fazla gelir elde edenlerin fazla vergi ödemesini öngörür. Daha az gelir elde edenlerin daha fazla vergi yüküne maruz bırakılması adalet ve eşitlikle açıklanamaz.

#### 4. Ölçülülük

İnsanların bir arada yaşamaları onların bazı temel haklarına ve özgürlük alanlarına müdahale ve bu çerçevede sınırlandırmaları zorunlu kılar ki, bu zorunluluk müdahaleyi meşru hale getirir. Hukuki düzenlemeler ister istemez bireylerin özgürlük alanlarına müdahaleyi beraberinde getirir.

Ölçülülük müdahale ile müdahalenin amacı arasındaki dengenin var olup olmaması ile ilgili bir kavramdır. Kamu yararı amacına ulaşabilmek için ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç ölçüsüz bir oran içinde olmamalıdır. Ölçülülük esasen amaç-arac arasındaki makul bir dengeyi ifade etmekle birlikte, devletin egemenlik alanının bir parçası olan ve tekelinde bulunan vergilendirme yetkisinin hukuki meşrulluktan yararlanabilmesi için gerekli ölçütleri de gösterir. Ölçülülük, vergi normunun hem soyut anlamda içeriğinin doldurulmasında hem de somut olarak uygulanmasında geçerlidir. Kanun tarafından konulan bir sınırın bu kanuna dayalı alt norm ile etkisizleştirilmesi düşünülemez.

Eşitlik ilkesi karşılaştırmaya dayanırken ölçülülük amaç-arac arasındaki denge üzerine oturur. Kanun koyucu vergilemedeki amaç-arac arasındaki dengeyi yani ölçülülüğü kanuni vergi oranını esas alan vergi yükü sınırı olarak belirlemiştir. Hal böyle iken düzenleyici işlemlerle fiili vergi yükünün kanuni vergi yükünü aşar hale getirilmesi kanunun koyduğu amaçla kullanılan araç arasında makul sayılacak dengenin (ölçülülüğün) bozulması anlamına gelir. Örneğin, yüksek oranlarda vergileme kişileri bıktırıp çalışmaktan soğutuyorsa **ölçülülük** sağlanamamış demektir. Gelir ile onun üzerinden alınacak vergi arasında belirli bir orantının bulunması zorunluluğu onun ölçülülüğünü gösterir. Makale konusu somut olayda kanun işyeri kira gelirinin ilk dilimi üzerinden %15 vergi almayı ölçülü görmüşken Bakanlar Kurulu'nun düzenleyici işlemi ile bu oranın fiilen %20'ye çıkarılması kanunca öngörülen ölçülülüğü zedeler.

### III. İŞYERİ KİRALARINDA SAFİ İRAT, TEVKİFAT ve BEYAN

Bu kısımda yukarıda açıklanan ölçü normlar karşısında Bakanlar Kurulu'nun işyeri kiralalarının aşırı vergilemeye konu olmasına sebep olan kararının oran kısmına ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

#### A. İŞYERİ KİRALARINDA SAFİ İRADIN TESPİTİ VE TEVKİFAT ORANI

Gelir Vergisi Kanunu'nun 70. maddesinde sayılan işletmeye dâhil bulunmayan (özel varlığa dahil olan) gayrimenkullerden bu arada işyerlerinden elde edilen kira gelirlerinin vergilendirilmesi, gayrisafi irattan aynı Kanun'un 74. maddesinde seçimlik olarak belirlenecek iki tür gider belirleme yönteminden birine göre bulunacak giderin düşülmesiyle ulaşılan safi tutar üzerinden yapılır. Giderlerin belirlenmesinde biri giderlerin sayılma yöntemiyle belirlendiği gerçek yöntem, diğeri ise geliri elde edenlerin gayrisafi iradın %25'ini doğrudan indirebildikleri götürü yöntemdir.

Kira gelirlerinin vergilendirilmesi açısından Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesinde vergi tevkifatı düzenlenmiştir. Vergi sorumlularının (kiracıların) kiralayanlara yapacakları kira ödemesi sırasında gayri safi tutar üzerinden %25 oranında tevkifat yapması öngörülmüştür. Aynı maddenin 6. fıkrasındaki "*Bakanlar Kurulu, bu maddede yer alan tevkifat nispetini, her bir ödeme ve gelir için ayrı ayrı sıfıra kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmak suretiyle yeniden tespit etmeye yetkilidir*" şeklindeki özel yetkiye bağlı olarak Bakanlar Kurulu 03.02.2009 tarih ve 2009/14592 sayılı Kararının 5/a) maddesiyle kiralardan yapılacak tevkifat oranını %20 olarak belirlemiştir.

İstisnaları olmakla birlikte, kullanım yaygınlığına bağlı olarak bu maddeye göre yapılan tevkifatın genel olarak işyeri kira gelirleri üzerinden yapıldığını söylemek yanlış olmaz.

#### B. İŞYERİ KİRALARININ YILLIK BEYAN KARŞISINDAKİ DURUMU

Gelir Vergisi Kanunu'nun 86. maddesinin 1. fıkrasının c) bendine göre, **üzerinden vergi** tevkifatı yapılmış kira gelirleri, gelir vergisi tarifesinin ikinci diliminde yer alan tutarı (2013 takvim yılı gelirleri için

26.000 TL) aşmadığında, mükellef istese bile, beyan edilmeyecektir. Başka gelirler nedeniyle beyanname verildiğinde yine mükellef istese bile bu gelirlerin beyannameye dâhil edilmeyeceği emredici hüküm olarak düzenlenmiştir. Mevcut düzenleme kapsamında kiracı tarafından gayri safi iradın %20'si oranında yapılan tevkifat tutarı mükellefin (kiraya verenin) nihai vergisi olacaktır.

Şimdi sadece kira geliri düzeyleri arasında fark olan iki mükellefin başkaca gelirleri dikkate alınmaksızın ve varsa bile bunlarla ilişkilendirmeksizin nihai vergi ve vergi yüklerini görmeye çalışalım.

Örnek: İşyerlerini vergi sorumlularına kiraya veren Mükellef (A) 20.000 TL, mükellef (B) 27.000 TL işyeri kira geliri elde etmiş olsun:

Mükellef (A)'nın durumu: Mükellef (A), 20.000 TL işyeri kira geliri nedeniyle istese dahi yıllık beyanname vermeyecektir. Çünkü bu kira bedelinin tamamı üzerinden tevkifat yapılmıştır ve kira geliri 2013 yılı için beyan sınırı olan 26.000 TL'yi aşmamaktadır. (A), başka gelirleri nedeniyle beyanname verdiği bile istese dahi işyeri kirasını beyannameye dâhil edemeyecektir. (A)'nın ödediği vergi miktarı vergi sorumlusu durumundaki kiracının yaptığı vergi tevkifatı tutarı olan  $(20.000 \times 0.20) = 4.000$  TL, nihai vergi yükü ise  $4000/20000 = 0,20$  olacaktır.<sup>5</sup>

Mükellef (B)'nin durumu: Mükellef (B), 27.000 TL işyeri kira geliri nedeniyle yıllık beyanname verecektir. Çünkü mükellef (B)'nin bu geliri 2013 yılı için beyan sınırı olan 26.000 TL'yi aşmaktadır. (B), tarafından giderlerin belirlenmesinde gayrisafi iradın %25'inin götürü gider olarak düşülmesine izin veren yöntemin tercih edildiği kabul edildiğinde, gideri 6.750 TL, safi irat da  $(27.000 - 6.750) = 20.250$  TL olur. Bu tutar safi irat olarak beyan edildiğinde GVK m.103' e göre hesaplanan gelir vergisi 3.515 TL olduğu, tevkifatın ise  $(27.000 \times 0.20) = 5.400$  TL olduğu görülür. Hesaplanan vergiden tevkifat yoluyla kesilen vergi mahsup<sup>6</sup> edildiğinde ödenecek vergi çıkmayacağı gibi tevkifat ne-

<sup>5</sup> (A), kanuni engel olmayıp, kira gelirini beyan edebilmiş olsaydı gayrisafi iradından %25 götürü gider (5.000 TL) düşüldükten sonra kalan 15.000 TL'lik safi irat üzerinden GVK m.103'e göre hesaplanan vergi 2.465 TL olup 4.000 TL tevkifat tutarı da bu tutardan mahsup edildiğinde vergi iadesi alınacak tutar 1.535 TL olacaktı. Bir başka ifadeyle, 2.465 TL vergi alınacak kişiden 1.535 TL daha fazla vergi alınarak toplam 4.000 TL'lik vergi yüküne maruz bırakılmaktadır. Beyan edilseydi ortaya çıkacak vergi oranı gayrisafi irada göre fiili olarak  $(2.465/20.000) = \%12,35$  olurdu.

<sup>6</sup> Gelir Vergisi Kanunu m. 121: "Yıllık beyanname gösterilen gelire dahil kazanç

deniyle fazla ödenmek durumunda kalınan  $(5.400 - 3.515) = 1.885$  TL vergi iadesi<sup>7</sup> alınır. Böylece (B) 'nin işyeri kirasından dolayı net vergisi  $(5.400 - 1.885) = 3.515$  TL olur. (B) 'nin vergi iadesi almasının tek sebebi gelirini beyan etmiş olması, gelirini beyan etmesinin tek sebebi ise kanuni beyan sınırını aşmış olmasıdır. Yani (A) dan tek farkı kanuni beyan sınırını aşan şekilde fazla gelir elde etmesidir.

Mükellef (A) ve (B) 'nin nihai vergilerini gayrisafi iratla karşılaştırdığımızda (A) 'nın vergi yükünün  $(4.000/20.000) = \%20$ ; (B) 'nin vergi yükünün  $(3.515/27.000) = \%13.01$  olduğu görülür. Gayrisafi tutar olarak 20.000 TL gelir elde eden (A) 'nın 4.000 TL, 27.000 TL gelir elde eden (B) 'nin ise 3.515 TL vergi yüküne maruz kalması kabul edilemez.<sup>8</sup>

*Bu tablodan anlaşıldığı üzere, gelir dışındaki tüm unsurlar bakımından konumları aynı olan (A) ve (B) arasında mali güce aykırı bir vergileme yapıldığı açıktır. Gelir düzeyi dışında başkaca ne olmuştur veya **hangi haklı neden vardır ki daha az gelir elde eden daha fazla gelir elde edene göre daha fazla ödemek zorunda bırakılsın.** Bu tablonun haklı veya makul neden yokken kabulü hukuk devletinde kabul edilemez.*

#### IV. İŞYERİ KİRALARININ BEYANI ve BAKANLAR KURULUNCA KARARLAŞTIRILAN TEVKİFAT ORANININ ELEŞTİRİSİ

##### A. İŞYERİ KİRA GELİRLERİNİN YILLIK BEYANNAME İLE BEYANI

Çağdaş vergilendirmede mükelleflerin farklı kazanç ve iratlardan oluşan gelirlerini bir araya toplayarak tek bir beyanname ile beyan et-

ve iratlardan bu kanuna göre kesilmiş bulunan vergiler, beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilir" hükmüne haizdir. Bu nedenle, mükellefin işyeri kirası ile birlikte beyan etmek durumunda olduğu başka gelirleri varsa işyeri kirası nedeniyle kesilen (tevkif edilen) verginin başka gelirlerin dâhil olduğu matrah üzerinden hesaplanan vergiden mahsup edileceğine şüphe yoktur.

<sup>7</sup> Gelir Vergisi Kanunu'nun 121. maddesindeki "Kesilen vergi tutarı hesaplanan gelir vergisinden fazla olduğu takdirde aradaki fark vergi dairesince mükellefe bildirilir ve mükellefin tebliğ tarihinde itibaren bir yıl içinde müracaatı üzerine kendisine red ve iade olunur" ifadesinden açıkça anlaşıldığı üzere mahsuba rağmen ödenen vergilerin fazla çıkması halinde mükellefin iade alabilmesi yıllık gelir vergisi beyanname vermesine bağlanmıştır.

<sup>8</sup> (B) 'nin götürü gider miktarından fazla gider yaptığında gerçek gider yöntemini seçebilmesi nedeniyle hesaplanan verginin daha da düşeceği ve dolayısıyla iade miktarının artacağı düşünüldüğünde vergi yükü daha da azalacaktır.

meleri esastır. Gelir vergisinde de kural mükellefin elde ettiği gelirlerin tümünün tek bir beyanname üzerinden vergilendirilmesidir. Bu yönüyle sistem üniter bir yapı üzerine inşa edilmiştir. Ancak küçük miktartlı gelirler veya üzerinden vergi tevkifatı yapılmış gelirlerin beyanname dışında bırakılması vergi politikasının gereği, beyanname ekonomisi, kırtasiyeciliğin önlenmesi vb. nedenlerle benimsenmiş olabilir. Beyannameye dâhil edilmeyen gelirlerin kapsamının geniş tutulması halinde üniter sistemden uzaklaşarak sedüler sisteme yaklaşıldığı söylenebilir.

Bazı gelirlerin yıllık beyannameye dâhil edilmemesi haklı sebeplerle belirli miktardaki gelirin artan oranlı vergi tarifesinin yüksek oranlarından korunması, vergilendirme tekniğinden kaynaklanan zorunluluklar, beyannamelerde sadeliği sağlamak, vergi bürokrasisini ortadan kaldırmak, ekonomik politikanın amaçlarına vergi politikası yoluyla ulaşabilmek vb. nedenlerle bazı gelirlerin yıllık beyanname dışında bırakılmaları söz konusu olabilir. Ancak bir kişiyi kanuni vergi yükünün üzerinde vergilendirmek hiçbir zaman kabul edilemez.

*Beyanname dışında bırakmanın mantığında yukarıda sayılan sebepler nedeniyle devletin bir miktar vergiden vazgeçmesi yatar. Makale kapsamında ele alınan konu ise devletin bırakın bir miktar vergiden vazgeçmesini belli miktardaki gelirin beyanname dışında bırakılması nedeniyle mükellef açısından daha fazla vergi yükü ortaya çıkartmaktadır. Bu sonucun maddenin düzenlenişindeki amaçla örtüşmesi mümkün değildir.*

Makale konusu bakımından işyeri kira gelirlerinin yıllık beyanname ile beyanına ilişkin düzenleme şöyledir. Yıllık beyannameye ithal edilme ile ilgili kanun koyucu, üzerinden tevkifat yapılmış kira gelirlerinin (gayrimenkul sermaye iratlarının) beyanı noktasında, iradın gayrisafi tutarının gelir vergisi tarifesinin ikinci dilimini (2013 yılı gelirleri için; 26.000 TL) aşp aşmadığına bakılarak karar verileceğini hüküm altına almıştır. Bu çerçevede, mükellefin işyeri kira gelirleri anılan parasal sınırı aşmaması halinde istense dahi beyan edilmeyecek, aşması halinde ise beyan edilecektir. Bu düzenlemenin fiili vergi yükünün kanuni yükün üzerine çıkartılmasına izin vermesi şeklinde yorumlanması mümkün olmadığı gibi beyanname dışında bırakılmanın amacının kanuni oranı aşan vergi almak olduğu hiçbir zaman söylenemez.



Konu bir yönüyle itiraz yoluyla gayrimenkul sermaye iradı kapsamında elde edilen “İşyeri Kiraları”nın beyanına ilişkin düzenlemenin iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmişse de Mahkeme değerlendirdiği yön bakımından düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır.<sup>9</sup> Oldukça kısa, itiraz gerekçelerini değerlendirip karşılamayan, kanuni oranı aşan fiili durumun sebebine ilişkin tespit yapmayan ve adeta neredeyse doğrudan sonucun yazıldığı kararın bir kısmına burada yer verilmiştir. “İptali istenen kural gayrimenkul sermaye iratları yönünden değerlendirildiğinde, Kanunda yazılı belirli bir miktarı geçmeyen gayrimenkul sermaye iratlarının beyan edilmemesi suretiyle görece olarak düşük bir vergi alacağından Devletin vazgeçmesini, buna karşılık mükellefin de söz konusu gayrimenkule dair varsa yapmış olduğu giderlerini beyan etmemesini öngörmekte, böylece verginin toplanmasında gereksiz kırtasiyecilikle uğraşılmamakta ve kamu alacaklarının tahsilatının hızlandırılması sağlanmaktadır.”<sup>10</sup>

*Devlet ile mükellef karşılıklı olarak bir miktar alacağından vazgeçmekte, mükellef ile vergi dairesi gereksiz iş yükü ile meşgul edilmemekte; Kanunda yazılı miktarın üzerinde elde edilen gayrimenkul sermaye iratları ile diğer kamu alacaklarının tahsilatının hızlandırılarak kamu giderleri için ihtiyaç duyulan finansmanın en kısa zamanda sağlanması amaçlanmaktadır.*

*Vergilendirmede, malî politika, sosyal, ekonomik ve vergi tekniğinin gerektirdiği nedenlerle bazı kişiler veya gelirler vergi kapsamı dışında tutulabileceği gibi bazı durumlarda Devlet bir miktar vergi alacağından belirli şartlarla vazgeçebilecektir”*

Kararda, Mahkemeye eşitlik ilkesine aykırılık savıyla yapılan itirazla ilişkin iptali istenen kuralın eşitlik ilkesi bakımından konumu ve mükellefleri nasıl etkilediği üzerinde durulmaksızın bazı gelirlerin beyan dışında bırakılmasının gerekçesi açıklanmaya çalışılmıştır. Kararın sonunda bir cümle ile “Öte yandan, eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir yasanın aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayı-

<sup>9</sup> Mahkeme, 15.6.2012 tarih ve 2011/138 nolu Esas, 2012/9 nolu Kararıyla “Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine, oybirliğiyle karar vermiştir

<sup>10</sup> Mahkeme, devlet açısından kırtasiyecilik üzerinde durmuştur. Oysa kırtasiyecilikten kurtulma gibi kamu yararı amacına ulaşmak için bir fedakârlık yapılacaksa haliyle bunu devletin yapması gerekir. Kamu yararına yönelik bir işlemin külfetini sadece bazı bireylerin üzerine yüklemek kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz.

*rim veya ayrıcalık yaratması gerekir. İtiraz konusu kural uyarınca öngörülen beyan edilmeme sınırı, aynı hukuksal konumda olan tüm kişilere uygulanacağından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz” şeklinde Mahkemenin daha önceki pek çok kararında geçen ifadeye yer vermiştir.*

Mahkemenin, iptali istenen kuralın eşitsizlik yaratmadığı şeklindeki yorumuna katılmakla birlikte, uygunluk denetimini, hem kanun önünde eşitlik hem de nispi eşitlik bakımından yapması gerekirken sadece *kanun önündeki eşitliği* dikkate alan ölçünün kullanılmasının yorumu zayıflattığını ve konuyu vergilendirme bakımından tam karşılamaktan uzak hale getirdiğini düşünüyoruz. Mahkemenin yapması gereken şey düzenlemenin başta nispi eşitliğin anahtarı olan mali güce göre vergilemeye hizmet edip etmediğinin tespiti ve buna göre bir sonuca varmak olmalıydı.

Somut olay bakımından Mahkemenin gerekçelerini yeterli görsek de sonucuna katılmaktayız. Çünkü iptali istenen beyan dışında bırakılmaya ilişkin kuralın mali gücü az olandan fazla, fazla olandan az vergi alınmasına yol açan bir yanı yoktur. Bilakis beyan dışı bırakmayla mali gücü az olanların vergi yüklerinin kanuni orandan daha düşük olması hedeflenmiştir.

## **B. VERGİ YÜKLERİ ÜZERİNDE TEVKİFAT ORANININ ETKİSİ**

Makale konusunun can alıcı noktalarından biri tevkifatların vergi yükü üzerindeki etkisinin ölçülmesidir. Vergilemede tevkifat yöntemi verginin kısa sürede Hazineye intikali, mükelleflerin tespitini kolaylaştırması, vergi kayıplarını önlemesi, idarenin bürokratik yüklerini azaltması ve mükellef psikolojisi bakımından mali his iptaline yol açması şeklinde birçok üstünlükleri bünyesinde barındırır. Yöntem bir vergi güvenlik önlemi olduğu kadar aynı zamanda bir tahsilat biçimidir. Vergi sorumluları tevkif ettikleri vergileri “muhtasar beyanname” aracılığıyla bildiriler. Kısaca da olsa, sistemin yıllık beyannameyle beyan edilen veya edilmeyen gelirler bakımından sonuçları üzerinde durmak gerekir. Gelir Vergisi Kanununun 121. maddesi;

*“Yıllık beyannamede gösterilen gelire dahil kazanç ve iratlardan bu kanuna göre kesilmiş bulunan vergiler, beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilir.*

*Gelir vergisinden fazla olduğu takdirde aradaki fark vergi dairesince mükellefe bildirilir ve mükellefin tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde müracaatı üzerine kendisine red ve iade olunur.” hükmüne haizdir.*

Burada tevkifatların geçici niteliği üzerinde durulmuş ve nihai vergi bulunurken mahsup edilmek suretiyle dikkate alınacağı belirtilmiştir. Hatta hesaplanan vergiden mahsup edilmesine rağmen kalan olursa iade esasları da düzenlenmiştir. Şüphesiz bunlar fiiliyatta beyanname veren ve gelirlerini bu beyannameye dâhil eden mükellefler için geçerlidir. Sorun, geliri üzerinden vergi tevkif edilse bile mükellef beyanname veremiyorsa veya beyanname vermekle birlikte tevkifat konusu geliri beyannameye dâhil etme yasağı varsa ortaya çıkmaktadır. Çünkü mükellef beyanname vermediğinde veya beyannameye geliri dâhil edemediğinde red ve iade müessesesinden yararlanması mümkün olmadığından tevkif edilen vergiler mükellefin nihai vergisi olarak kalmaktadır. Kanuni düzenlemeye göre mükellefin iade alabilmesi ancak yıllık gelir vergisi beyannamesi vermesine bağlanmıştır. Yıllık beyannamenin amacı gelirlerin bir arada görülecek şekilde toplanması olduğuna göre, kanuni parasal sınırı geçmeyen işyeri kira gelirleri beyannameye dâhil olmayacaklarından ve gelirin de bundan ibaret olması halinde yıllık beyannamenin verilmeyeceği açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda da işyeri kira gelirleri üzerinden ödenen tevkifatların mahsubu ve iadesi mümkün olamamaktadır.

### C. TEVKİFAT ORANININ “ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ” BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Gelir vergisi tarifesinin ilk diliminin vergi oranı safi gelirin %15'i olarak belirlenmiş iken, işyeri kiralaları için tevkifat oranı gayrisafi irat üzerinden BKK ile %20 olarak belirlenmiştir. Kanuni sınıra kadar olan ve üzerinden tevkifat yapılmış **işyeri kiralalarının beyan edilmesine izin verilse veya** beyan ihtiyari tutulsa sorun yoktur. Ancak, beyana izin verilmediğinden tevkifat oranının yüksek belirlenmesine bağlı sorun ortaya çıkmaktadır. Sonuçta mali gücü dikkate almayan bir vergi yüküyle karşı karşıya kalınmaktadır. Anayasa'da yer alan mali güç ölçütüne aykırılığın sebebi işyeri kiralalarının beyan edilmemesinden mi yoksa tevkifat oranının yüksekliğinden mi kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce ortaya çıkan sonuç tevkifat oranının ölçülülük ilkesi dikkate

alınmadan belirlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Burada vergi hasılatı elde etme amacı ile oran şeklindeki araç arasındaki ölçülülük makul sayılamayacak düzeydedir. Tevkifat oranının yüksekliği ile gelirin beyan dışı bırakılma mecburiyeti birleştiğinde sonuçta mali güce aykırılık ortaya çıkmaktadır.

O halde sorunun hukuksal anlamda kaynağı kira gelirlerinin beyan dışı bırakılmasının Anayasaya aykırılık arz etmesi değildir. Konunun anayasal ölçülere ters düşen yanı olmadığı gibi "eşitlik ilkesi" ile hukuken bağlantısı da bulunmamaktadır. Burada sorunun kaynağı idari işlemin sebep unsuru (vergiyi doğuran olay olarak kira gelirin elde edilmesi) ile konusu (bir miktar paranın hazinenin mülkiyetine geçmesi) arasında var olan ölçsüzlüktür. Tevkifat oranındaki ölçsüzlük mali güce aykırı vergilendirmenin kaynağı konumundan düşmüş, mali güce aykırı vergilendirmenin sebebi sanki tevkifat oranındaki ölçsüzlük değil de, kanuni düzenleme olarak algılanır olmuştur. Gerçekten de, kanunen beyan edilemeyecek bir gelirin beyan edilmiş olması halinde hesaplanacak vergisinin, tevkifat yoluyla hesaplanan vergisinden daha düşük olmasını ölçülülük ilkesine uygun kabul etmek mümkün değildir. Oran ölçsüz şekilde belirlense bile gelirin beyanına izin veriliyorsa ölçsüzlük mahsup veya iade yoluyla giderileceğinden bu defa kanuni oranı aşan bir vergilendirmeden bahsedilemeyecektir.

Tevkifat oranının yüksekliği, belirli sınıra kadar kira gelirlerinin beyan yasağı, beyannamede yer almayan gelirler üzerinden ödenen tevkifatların mahsup edilememesi ve beyan dışı kalan gelirler üzerinden tevkif edilen verginin yasal oranı aşan kısmının bir şekilde mahsup veya iadesine izin verilmemesi az gelir elde eden mükellefin daha fazla vergi yüküyle karşı karşıya kalmasına sebebiyet vermektedir. Böyle bir sonuç, Anayasada vergilendirme ölçüsü mali güç olarak belirlenmiş bir hukuk devletinde kabul edilemez. Vergi sistemindeki bu ayıbı, mükellef haklarını tanıma ve hayata geçirme iddia ve mücadelesinde olan idarenin nasıl savunulabileceği merak konusudur.

Kanun koyucunun gelir düzeyine göre en fazla olarak belirlediği vergi yükünün Bakanlar Kurulu kararıyla aşılması adeta vergilendirme yetkisinin yürütme organı tarafından fonksiyon gaspı yoluyla ele geçirilmesi anlamına gelir.

Tevkifat oranının takdir yetkisi kapsamında Bakanlar Kurulu'na belirlendiği dikkate alındığında öncelikle oranın bu yetki bakımından değerlendirilmesi gerekir. Yürütme organının sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken belirli bir serbestiye sahip olduğu kabul edilse de yetkinin keyfi, sınırsız ve hele Anayasa'ya aykırı sonuç doğuracak şekilde kullanılması imkânı yoktur. Takdir yetkisi kullanılırken onun çizilen sınırlar içinde şeklen doğru ve yerinde olması yanında ölçülü olması da gerekir. Takdir yetkisi kullanılırken yürütme organı da Anayasanın sözü ve özü başta olmak üzere mevzuatın emredici hükümlerine uygun davranmak zorundadır. Bu çerçevede ölçülülüğün ve eşitliğin takdir yetkisine yön veren ilkeler olduğu Bakanlar Kurulu'na unutulmamalıdır. Yürütme organı kullandığı takdir yetkisinin uygulamadaki sonuçlarını mer'i mevzuat çerçevesinde değerlendirmek durumundadır.

Mali güce aykırılığa sebep olan husus belirli bir tutar içinde kalan işyeri kiralarının beyan dışı bırakılması değil, tevkifat oranının Bakanlar Kurulu'na kanuni vergi yükünü aşacak ölçüde belirlenmesidir. Şimdi tevkifat oranının yarattığı eşitsizliğin nasıl giderilebileceği üzerinde duralım.

**Birinci yol:** Tevkifat oranının normal orana eş etki doğuracak ölçüde belirlenmesi;

Bu yolda herhangi bir şekilde kanunda değişiklik yapmaya gerek yoktur. Beyan sınırının altında işyeri kirası elde edenlerin mağduriyetlerinin giderilmesi yasal düzenlemeye değil, Bakanlar Kurulu tarafından ölçülülük ilkesine göre belirlenmiş tevkifat oranına ihtiyaç gösterir. Tevkifat oranı yeniden belirlenerek efektif yük olarak gelir vergisi tarifesinin ilk basamağının ortaya çıkaracağı eşdeğer yük düzeyine getirilebilir. Oranın ölçülü olmasının anahtarı işyeri kiraları beyan edilseydi safi tutarı üzerinden tarifesinin ilk dilimine göre hesaplanacak verginin gayrisafi irada bölünmesiyle bulunacak orandır. Hesaplandığında bu oran da %12.35 olur. Bu oranı geçmeyen örneğin %12 oranının tevkifat oranı olarak belirlenmesi ölçülülük ilkesine uygundur. Mevcut durumda %12 olması gereken oran %20 olarak belirlenmiş olması tüm sorunların kaynağını oluşturmaktadır. Yürütme organının, bu hukuka aykırılığa son vermesi adına, tevkifat oranını efektif vergi yükünü kanuni vergi yüküyle eşitleyecek şekilde yeniden belirlemesi gerekir.

**İkinci yol:** İşyeri kira gelirlerinin ihtiyari beyanına izin veren kanuni düzenleme yapılması;

Tevkifat oranında (%20) değişiklik yapılmaması durumunda, mali güce aykırı vergilendirmeyi ortadan kaldırabilmek için yapılması gereken şey, bu defa beyan sınırı altında kalan işyeri kiralari için beyanname verilebilmesini veya diğer gelirler için verilen beyannameye dâhil edilmesini ihtiyari hale getiren bir yasal düzenleme yapılmasıdır.

**Üçüncü Yol:** Bakanlar Kurulu Kararı'nın yargı yoluyla iptali;

Yukarıda açıklanan iki yolun sonuç vermeyeceği anlaşılırsa o zaman son çare olarak yürütme organının tevkifat oranını belirleyen genel düzenleyici işlem niteliğindeki kararının iptali istenebilir. Şüphesiz üçüncü yola başvurabilmek için ilk iki yola öncelikle başvurmak şart değildir. Bir başka deyişle kişiler Bakanlar Kurulu'nun tevkifat oranının amaç ile araç arasındaki dengeyi gözetmeyerek ölçülülük ilkesini ihlal edecek derecede yüksek olduğundan bahisle doğrudan dava yoluna gidebilirler.

Her idari işlemde olduğu gibi genel düzenleyici işlemler de hukuka aykırı olmaları halinde yargı denetimine açıktır. Anayasa altı kurallar anayasaya, kanun altı kurallar kanunlara aykırı olmaları halinde usulüne göre iptal edilirler. Tevkifat oranının tüm ülke genelinde uygulanan bir kural olması dolayısıyla iptali için dava Danıştay'da açılır. Kanaatimiz yargının %20'lik tevkifat oranını öncelikle ölçülülük sonra mali güce **göre vergilendirme** ilkesi bakımından hukuka aykırı bularak iptal edeceği yönündedir.

Uygulama eşitlik ilkesi bakımından da denetime tabi tutulabilir. Kuralın eşitlik ilkesine aykırılığı doğrudan değil ölçülülük ilkesine aykırılığın bir sonucu olarak karşımıza çıkar. Bu mevcut normun eşitlik ilkesine göre değerlendirmesine engel teşkil etmez. Bu yönüyle ölçülülük ilkesi ile eşitlik ilkesi bir biri içine geçmiş bir durum arz eder.

Vergilendirme yetkisi münhasıran yasama organına aittir. Yürütme organının bu yetkiye müdahalesini ortadan kaldırmak yasada değişiklik yapmak suretiyle TBMM'ye, tevkifat oranının değiştirilmesi suretiyle Bakanlar Kurulunun kendisine veya düzenleyici işleme karşı dava açılması halinde işlemin iptali suretiyle yargı organına (Danıştay'a) düşer.

## V. SONUÇ

Kanunlar başta olmak üzere her türlü mevzuatın Anayasa ve hukuka uygun olması asıldır. Bu ilişki vergiler konusunda yapılacak kanun ve kanun altı düzenlemeleri de kapsar. Vergilemenin başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi dikkate alındığında bu alandaki düzenlemelerin hukuka uygunluğu daha da önem arz eder. Vergilerle ilgili her düzenlemenin bir üst hukuk normuna aykırı olması düşünülemez. Anayasa, kanunlar, uluslararası anlaşmalar, kanun hükmünde kararnameler, tüzükler ve yönetmelikler gibi kurallar arasında bir hiyerarşi bulunur.

Anayasa'da belirlenmiş kanunilik, mali güç, eşitlik, genellik ve ölçülülük ilkeleri vergisel düzenlemeler konusunda kural koyucuların sınırlarını çizer. Vergileme ilkeleri arasında bir hiyerarşi yoksa da bu ilkeler arasında kanunilik ve mali güç ilkesi daima dikkatleri üzerine çekmiştir. Kanun koyucu kadar yürütme organı da kendi yaptığı düzenlemeler bakımından bu ölçülerle bağlı olmalıdır.

Vergi yükü üzerinde etkili olan düzenlemelerin tamamının kanun koyucu tarafından yapılması esas olmakla birlikte istinai bir yetki olarak kanunda öngörülen en yüksek vergi yükünü aşmamak üzere yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilebilir. Bu alanlardan birisi aynı zamanda vergi güvenlik müessesesi olarak kabul edilen vergi tevkifatı yöntemidir. Vergi tevkifatı rejimi geçici bir rejim olarak düzenlendiğinden bu müessesenin sonuçları beyanname verildiğinde giderilmek üzere dikkate alınır.

Ancak belirli bir miktarı geçmeyen işyeri kira gelirlerinin beyan yasağı nedeniyle tevkifatlar kişilerin nihai vergisi haline gelmiştir. Tevkifat oranının ölçülülük ilkesine aykırı şekilde yüksek belirlenmesi efektif vergi yükünün kanunun öngördüğü vergi yükünün üzerine çıkmasına sebebiyet vermiştir. Hal böyle olunca tevkifat oranını belirleyen düzenleme Anayasa'daki mali güce ve eşitlik ilkesine göre vergilendirmeye aykırılık teşkil eder hale gelmiştir. Kanun koyucu gibi yürütme organı da kanuni sınırları aşmamak üzere fiili eşitsizlikleri göz önüne alarak ayırımlar ve bu durumlara uygun tevkifat oranları belirleyebilir. Bu oranlar arasındaki farklılıkların da Anayasa'ya ve kanuna aykırı olmaması için haklı nedene dayanması gerekir.

Mevcut uygulamanın sosyal devlete hizmet eden bir yanı olmadığı gibi gelir ve servet farklarının açılmasına da sebep olmaktadır. Çünkü düşük gelirlinin gelirinden daha fazla, yüksek gelirlinin gelirinden ise daha az vergi alınmasına devam ettiği sürece bu gelirler bakımından farkın azalması sağlanamaz. Gerçekten Anayasa'daki mali güç ölçütü vergi yüklerinin dağıtımında ölçü olarak kabul edilseydi düşük gelirlinin daha az yüksek gelirlinin daha fazla vergi ödemesi gerekirdi. Oysa Bakanlar Kurulu'nca ölçülülük ilkesine göre belirlenmesi gereken oran %20 belirlendiği için düşük gelirliden daha az vergi alınmasını öngören sosyal adalet ve sosyal devlet ilkesine aykırılık teşkil eden bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu durumun ortaya çıkmasının sebebi tevkifat oranının GVK m. 103 deki en alt basamağa ilişkin oranın ortaya çıkartacağı vergi yükü dikkate alınmadan ölçüsüzce belirlenmesidir. Kanuni beyan sınırını geçmemiş işyeri kiralaları için en fazla vergi yükünün gayrisafi gelire göre %12.35 olması gerekirken %20 yüke tabi tutulması, örnekteki haliyle, kanuni sınırı aşan işyeri kiralaları bakımından ise oranın fiilen %13.01 olması bir hukuk devletinde savunulamaz. Burada yanlış olan yüksek gelirliler için %13.01 oranı değil, düşük gelirliler için % 20 oranıdır.

Mükellef haklarını hayata geçirmeye çalışan bir ülkede böyle bir çelişkinin varlığı hukuk devletine yakışmaz. Tevkifat oranının ölçülü belirlenmemesi (bir de mükelleflerin bu gelirlerini beyan dışında bırakmak zorunluluğu içinde bırakılması) kanundaki vergi yüküne ve Anayasa'da ifadesini bulan eşitlik ve mali güç ilkesine açık aykırılık oluşturmaktadır.

Sorunun çözümü, çözüm istendiği takdirde çok basittir ya tevkifat oranı kanuni orana eş vergi yükü getirecek düzeye indirilecek ya da kanuni beyan sınırını aşmayan işyeri kiralalarına ihtiyari beyan yolu açılacaktır. Aksi halde tevkifat oranının belirlenmesine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı'nın iptali için yargıya gitmekten başka çare kalmamaktadır.

Türkiye'nin bir 'hukuk devleti' olduğu siyasi iktidarlar ve idarecilerce sık sık dile getirilmesine rağmen idarece belirlenen tevkifat oranının yüksekliğinin ortaya çıkarttığı anayasaya aykırılık arz eden durumun derhal sonlandırılması gerekir. Temel hak ve özgürlükleri bu kadar yakından ilgilendiren bir konuda kayıtsız kalınmamalıdır.



# YABANCI IRK VE MİLLET İSİMLERİNİN SOYADI OLARAK KULLANILMASI YASAĞI VE BİR ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ İNCELENMESİ\*

## THE BAN OF THE USE OF NAME FROM FOREIGN RACE AND NATION AS A SURNAME AND THE EXAMINATION OF A DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Faruk TURİNAY\*\*

**Özet:** Soyadı, kişileri birbirinden ayıran en önemli işaretlerden biridir. 2525 sayılı Soyadı Kanunu'na göre bireylerin soyadı kullanmaları zorunludur. Ancak bireyler yabancı ırk ve millet isimlerini soyadı olarak kullanamazlar(Soyadı Kanunu 3. madde) Söz konusu yasa, anayasadaki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi söz konusu maddenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı gerekçesi ile başvuruyu reddetmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Soyadı, yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılması yasağı, anayasaya aykırılık iddiası, eşitlik ilkesi.

**Abstract:** Surname is one of the most significant signs which distinguishes people from the others. According to Surname Act numbered 2525, individuals have to use a surname. However, individuals can not use the names from foreign race and nation as a surname( Surname Act Art. 3.). Against this ban, a legal action is initiated in Constitutional Court on the ground of principle of equality. However, the court declined this action on the ground that this ban is not against the principle of equality.

**Keywords:** Surname, the ban of the use of name from foreign race and nation as a surname, action of unconstitutionally,principle of equality.

*"Her insan tek bir kelimenin dairesi içine hapsedilmiştir: kendi ismi."\*\*\*\**

Mallarmé

\* Makalenin kaleme alınmasındaki katkılarından ötürü meslektaşım Ar. Gör. Sayın Şeyda Dursun' a teşekkür ederim.

\*\* Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora, f.turinay@gmail.com

\*\*\* Grégoire Loiseau, Le nom objet d'un contrat, Paris, La librairie juridique de référence, 1997, s.369

## GİRİŞ

Soyadı, kişiliği belirlemede en önemli unsurdur. Buna istinaden, bireylerin soyadları, onların toplum içinde olan ilişkileri bakımından hayati derecede önem teşkil eder. Özellikle de haklı nedene dayanarak soyadın değiştirilmesi usulünde bireyler kendilerini en iyi ifade edecek sözcüğü soyadı olarak seçmek isterler. Ancak, yeni seçilen soyadı 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. Maddesinde belirtilen koşulları sağlamalıdır. Bu çalışma özelinde ise, yeni seçilen soyadı ya da genel olarak soyadı yabancı ırk ya da millet isimlerinden bir sözcük olamazdır.

Yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılması yasağı yakın zamanda bir Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında yerel mahkeme 2525 sayılı Kanunda yer alan yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılması yasağının iptali için başvurmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi 9'a 8 karşı oyla yerel mahkemenin iptal başvurusunu reddetmiştir.

Bu çalışmanın ana konusunu yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararı oluşturmaktadır. Kararın daha iyi analiz edilmesi adına, çalışmanın ilk bölümünde soyadı kavramına genel hatları ile değinilmiştir. İkinci bölümde ise söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı tüm boyutları ile ele alınmıştır.

## I. SOYADI KAVRAMI

Kişinin doğumla birlikte isminin bir parçası olarak bulduğu soyadı, hukuken nitelendirilmeye ve işlevleri bakımından aydınlatılmaya muhtaçtır.

### A. TANIMI

**İsim, bir kişinin kimliğini belirleyen ve bu bağlamda onu bireyselleştiren, toplumla olan ilişkilerinde onu diğer kişilerden ayıran en önemli unsurdur**<sup>1</sup>. 2525 Sayılı Soyadı Kanunu'nun 1. Maddesine göre "Her Türk öz adından başka soyadını da taşımağa mecburdur".

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız: Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul, Yeniden gözden geçirilmiş ve mevzuata uyarlanmış 9. Bası, Filiz Kitabevi, 2009, s. 94.

Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere bir Türk vatandaşı yasal olarak ad ve soyadı taşımağa mecburdur. Ancak bu çalışmada yalnızca “soyadı” kavramı üzerinde durulacaktır.

Soyadı, kişinin bir aileye bağlılığını gösteren ve bu sayede bir ailenin fertlerini diğer ailelerden ayıran, nesilden nesile geçen addır<sup>2</sup>. 2525 Sayılı Soyadı Kanunu yürürlüğe girene kadar ülkemizde soyadı kullanma zorunluluğu bulunmamaktaydı. Ama genelde herkes bir aile adı kullanmaktaydı<sup>3</sup>. Söz konusu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte 21 Haziran 1934 tarihinden itibaren her Türk bir soyadı taşımakla mecbur kılınmıştır.

## B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Soyadı, mutlak bir haktır aynı zamanda yukarıda da zikredildiği gibi kanuni bir yükümlülüktür<sup>4</sup>. Buna ilaveten, doktrinde çoğunlukla savunulan görüşe göre, soyadı bir kişilik hakkıdır<sup>5</sup>. Çünkü, insanları birbirinden ayıran en önemli unsur, ad ve soyadıdır. Modern toplumun artan oranda kitleleşmesiyle de soyadının bir kişilik hakkı olması niteliği iyice gün yüzüne çıkmaktadır<sup>6</sup>.

Soyadı mutlak bir kişilik hakkı olması suretiyle, kişiye sıkı surette bağlıdır; vazgeçilemez, devredilemez feragat edilemez<sup>7</sup>.

## C. SOYADININ İŞLEVLERİ

Soyadının gerek bireysel gerekse toplumsal anlamda birçok işlevi bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi yukarıda da zikredildiği gibi soyadının işlevlerinden bireyi ayırt etme işlevidir. Bu bağlamda ilk olarak soyadı, bireyleri birbirinden ayırt eder. İkinci olarak da soyadı bir kişinin, bir aileye bağlılığını işaret ettiği için bu anlamda aileleri

<sup>2</sup> Ibid, 95; Yıldız Abik, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2005, s. 31.; Mustafa Dural / Tufan Ögüz, Kişiler Hukuku, İstanbul, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 10. Bası, Filiz Kitabevi, 2010, s 157.

<sup>3</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, ibid, s 95.

<sup>4</sup> Abik, ibid, s 37.

<sup>5</sup> Dural / Ögüz, ibid, s. 156.; Nazan Moroğlu, “Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 99. Sayı, Mart-Nisan 2012, s.246.

<sup>6</sup> Abik, ibid, s 38.

<sup>7</sup> İbid.

birbirinden ayırt eder. Söz konusu ikinci işlev soyadının soyun işareti olma işlevi olarak da adlandırılabilir<sup>8</sup>. Bunlarla bağlantılı olarak, soyadının düzen sağlama ve birlik yaratma gibi görevlerinin olduğu da söylenebilir<sup>9</sup>.

#### D. SOYADININ KAZANILMASI YOLLARI

Soyadı genel olarak doğumla kazanılır. Bundan başka soyadının kullanımının her Türk vatandaşı için zorunlu kılınması ile birlikte yani 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun yeni yürürlüğe girdiği yıllarda soyadı seçme yolu ile kazanılmıştır. Bunlara ilaveten, Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesinde yer alan "kadın evlenmekle kocasının soyadını alır" hükmü gereği, evlenme, kadın için soyadının kazanılması yollarından biri olarak zikredilebilir.

Soyadının kazanılması yollarından bir diğeri ise mahkeme kararı ile kazanılmasıdır. Bu başlık altında soyadının mahkeme kararı ile kazanılması diğeri bir deyişle soyadının değiştirilmesi konusu ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Yukarıda da bahsedildiği gibi kişinin adı, bu çalışma özelinde ise kişinin soyadı onu toplumda ayırt edici en önemli unsurdur. Bundan ötürü, hukukumuzda ilke olarak ad ve soyad değiştirilemez. Ancak, Medeni Kanun'un 27. Maddesine göre adın ve soyadının değiştirilmesi haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Haklı sebebin ne olduğu kanunda tahdidi olarak sayılmamıştır. Diğeri bir deyişle, adın değiştirilmesinde hangi durumların haklı sebep teşkil ettiği her olayın kendi özellikleri dikkate alınarak hakim tarafından değerlendirilecektir<sup>10</sup>. Genel olarak gülünç, çirkin, ahlaksız, incitici, ticari itibari ya da bireylerin mesleki konumlarını zedeleyen ad ve soyadlar haklı sebebe örnek olarak gösterilebilir<sup>11</sup>.

Soyadı deyişimi ile ilgili diğeri bir önemli nokta ise yeni olarak kullanılmak istenilen soyadı da 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. Maddesine uygun olması gerekmektedir. Diğeri bir deyişle, rütbe ve me-

<sup>8</sup> Ibid, 50.

<sup>9</sup> Dural / Ögüz, ibid, s. 158-159.

<sup>10</sup> Abik, ibid, s 41.

<sup>11</sup> İbid, 102.

muriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleri ile umumi edepelere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan sözcükler soyadı olarak kullanılamaz.

## II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİR KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Soyadı olarak kullanılabilecek kelimelere sınırlama getiren Soyadı Kanunu'nun 3. maddesinde sayılan yasaklardan biri olan yabancı ırk ve millet isimlerinin kullanılması Türk Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararına<sup>12</sup> konu olmuştur<sup>13</sup>. Sadece bu karardan hareketle değil, fakat uygulamanın genelinde Türkçe kökenli olmayan isim ve soyadının nüfusa tesciline müspet bakılmadığı söylenebilir<sup>14</sup>.

### A. DAVANIN İÇERİĞİ<sup>15</sup>

*Favlus Ay* isimli Süryani kökenli Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı, ad ve soyadını *Paulus Bartuma* olarak değiştirmek için davalı nüfus daire-

<sup>12</sup> *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 48, 2. Cilt, 2011, ss.891- 908; Esas sayısı: 2009/47, Karar sayısı: 2011/51, Karar günü: 17.03.2011, R.G. Tarih-Sayı: 12.07.2011-27992

<sup>13</sup> "Yabancı ırk ve isimleri" tabiri, yüksek mahkemenin bir başka kararında, davalının savunması içinde kendine yer bulmuştur. Söz konusu karar Demokratik Kitle Partisi'nin kapatılmasına ilişkin bir parti kapatma davasını sonuca bağlamıştır. Davalı parti, Soyadı Kanunu'na paralel surette Soyadı Nizamnamesi'nin 7. maddesinde "yabancı ırk ve millet isimleri" teriminin belirtilmesini vatandaşlığa dayalı milliyetçilik anlayışının karşısında yer alan ırk esaslı milliyetçilik anlayışının bir yansıması olarak değerlendirmiştir. Esas sayısı: 1997/2, Karar sayısı: 1999/1, Karar günü: 26.02.1999, R.G. Tarih-Sayı: 22.11.2001-24591, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 37, 2. Cilt, 2002, ss.719-921, s.788

<sup>14</sup> Nuray Ekşi, *Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi*, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s.V

<sup>15</sup> Davanın içeriğiyle ilgili olarak incelenmekte olan karar vesilesiyle bir genelleme yapılarak Anayasa Mahkemesi kararlarının sistematigi ve muhtevasına bir eleştiri getirilebilir. Davanın tarafları, konusu ve niteliklerinin, en azından belirli kapsamda, kararın ilk bölümünde yer alması gerekirken; bu bilgilere çoğu zaman yeterince ulaşılamamakta ya da iyi bir ihtimalle hüküm kısmında veya karşı oy yazılarının bulunduğu bölümde bazı bilgilere ulaşmak mümkün olabilmektedir. Bu sorun kararların tüm yönleriyle kavranması bakımından büyük bir engel olarak görünmektedir. Nitekim bu kararda da davacının ismine, etnik kökenine, davanın konusuna Haşim Kılıç ile Engin Yıldırım'ın birlikte kaleme almış oldukları karşı oy yazısında rastlanmaktadır. Mahkeme kararlarının erişilebilir olmasının yanı sıra sistematik ve davanın unsurlarını içermesinin hukuk devleti ilkesi açısından önemini vurgulamakta fayda mülhaza ediyoruz.

sine karşı Midyat Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır<sup>16</sup>. Davacı Süryanice bir kelimeyi -Bartuma- soyadı olarak kullanmak istemektedir.

Davacı taraf, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10. maddesinde eşitlik ilkesinin düzenlendiğini, eşitlik ilkesinin bu ilkeden yaralananlar açısından bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkı doğurduğunu, aynı zamanda bu ilkenin devlet organları ve idari makamlar açısından da anayasal bir buyruk ve devlet yönetiminin de temel bir ilkesi olduğunu, bu çerçeveden bakıldığından 10. maddede ifade edilen özellikler (dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep) bakımından ayırım yapan bir kanunun Anayasa'ya aykırı olacağını, ancak 2525 sayılı ve 21/06/1934 tarihli Soyadı Kanunu'nun 3. Maddesinde düzenlenen "yabancı ırk ve millet isimleriyle" ibaresinin Türkçe kökenli olmayan soyadlarının kullanımına engel olduğunu savunmaktadır<sup>17</sup>. Davacı, ayrıca, söz konusu düzenlemenin ırksal ve millîetel ayırım yaptığını, Anayasa'nın 10. Maddesinde açıkça ırklara dayalı ayırım yapılamayacağını düzenleme altına alınmasına rağmen Soyadı Kanunu'ndaki ve iptali istenen düzenleme ile Türkçeye ve Türkçe kökenli soyadları lehine ayırım yapıldığını bu durumun da açık bir şekilde Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğunu, bu vesile ile Soyadı Kanunu'nun 3. maddesindeki "yabancı ırk ve millet isimleriyle" ibaresinin iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Davalı nüfus idaresi, yapılan duruşmada, davacı tarafın anayasa-ya aykırılık itirazına dair takdiri mahkemeye bırakmıştır<sup>18</sup>.

Davada yer alan Cumhuriyet savcısı ise davacı vekilinin Soyadı Kanunu'nun 3. maddesinde "yabancı ırk ve millet isimleri" ibaresinin Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırı olduğu yönündeki iddiasını hukuki anlamda tartışmaya değer ve ciddi bulduğundan, taleple ilgili olarak iptal incelemesi yapılmak üzere dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesini kamu adına talep ve mütalaa etmiştir<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> AMKD, op.cit., s.899

<sup>17</sup> Ibid., s.891

<sup>18</sup> Ibid., s.892

<sup>19</sup> Ibid.

İtiraz konusu kuralın anayasaya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme, somut norm denetimi<sup>20</sup> yoluyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

### **B. İPTALİ İSTENEN DÜZENLEME, ANAYASANIN İLGİLİ MADDESİ VE SOYADI NİZAMNAMESİNİN ALAKALI HÜKÜMLERİ**

Soyadı Kanunu'nun davaya konu olan 3. maddesi şu şekildedir:

*“Rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumî edeplere uygun olmıyan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz.”*

Hüküm, belirli bir madde başlığı altında yer almamaktadır. Yukarıdaki düzenlemenin uygunluk denetimine tabi tutulduğu anayasanın eşitlik ilkesini tanzim eden 10. Maddesi şöyledir:

*“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”<sup>21</sup>*

<sup>20</sup> Anayasaya uygunluk denetimi yollarından biri olan somut norm denetimi, İtalyan hukukunda ‘eccezione di incostituzionalità’ terimiyle karşılanmaktadır. Lorenzo Delli Priscoli / Paolo G. De Marchi, L’eccezione di incostituzionalità: profili processuali, Bologna, Zanichelli Editore, 2008. Bu kavram ayrıca, anayasaya aykırılık itirazı (plea of unconstitutionality, contention of unconstitutionality) veya def’i yolu (voie d’exception) olarak da bilinmektedir. Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa, Ekin Kitabevi, 2011, Cilt II, s.750

<sup>21</sup> Gerek kanunun gerekse anayasanın ilgili hükümlerindeki uyumsuzlukla doğrudan alakalı ibareler italik yazılmıştır.

Soyadı Kanunu'na dayanılarak onunla aynı yıl ihdas edilen Soyadı Nizamnamesi'nin 5. ve 7. maddeleri incelenmekte olan konuyla yakından alakalıdır:

Madde 5 - Yeni takılan soyadları Türk dilinden alınır.

Madde 7 - Yabancı ırk ve millet isimleri soyadı olarak kullanılmaz.

Nizamname'nin soyadına ilişkin yukarıda yer verilen olumlu ve olumsuz yasakların ayrıca konulması, soyadında "yabancı ırk ve millet isimleri"nin kullanılmaması ile soyadının Türkçe kelimeler arasından seçilmesinin birbiriyle örtüşmeyen, ayrı şartlar olduğu kanaati uyandırmaktadır.

### C. YEREL MAHKEMENİN İTİRAZ GEREKÇELERİ ÜZERİNE

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi hakkında verdiği, mutlak / hukuki eşitlik ayrımını yaptığı bir kararına<sup>22</sup> atıfta bulunan yerel mahkeme, somut olayda hukuki eşitliğin zedelendiği kanaatine varmıştır<sup>23</sup>. Yüksek mahkemenin de bu iki eşitlik anlayışı arasında tercihini hukuki eşitlikten yana kullandığı göz önünde bulundurulursa, en azından gerekçe düzeyinde, ilk derece mahkemesinin yüksek mahkemenin kararında kullanması muhtemel bir kıstasa gerekçeleri arasında yer verdiği söylenebilir. Buna göre, "davada da buna benzer bir durum söz konusudur." Kişi mevcut soyadını Türkçe kökenli bir kelimeyle değiştirmek amacı ile mahkemeye başvurduğunda hukuken herhangi bir sorunla karşılaşmamaktadır. Buna karşılık kamu düzenine aykırı anlam içermeyen, Türk dilinin ses yapısına uygun, ancak Türkçe kökenli olmayan bir sözcüğü soyadı olarak kullanmak için mahkemeye başvuran kişiler ise taleplerinin olumsuz sonuçlanması durumu ile karşı karşıya kalmaktadır. Böylece hukuki durumları aynı olan kişiler maalesef farklı muamelelere tabi tutulmuş olmaktadır<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Esas sayısı: 2005/28, Karar sayısı: 2008/122, Karar günü: 12.06.2008, R.G. Tarih-Sayı: 13.11.2008-27053.

<sup>23</sup> AMKD, op.cit., s.893

<sup>24</sup> Ibid.



Midyat Asliye Hukuk Mahkemesi, açık bir şekilde belirtmese de, Soyadı Kanunu'ndaki düzenlemenin "çağımızın ihtiyaçlarının dışında insan hakları ve demokratik toplum yapısı gereklerinin gerisinde" kaldığı kanaatinde görünmektedir. Bu durum, iptali istenen hükmü kanun koyucu tarafından değiştirilmiş bir başka hükümle benzeştirmesinden anlaşılmaktadır. Mahkemenin bahsettiği düzenleme Nüfus Kanunu'nun 16. maddesinin 4. fıkrasındaki "Çocuğun adını ana ve babası kor. Ancak *milli kültürümüze, ahlak kurallarına örf ve adetlerimize uygun düşmeyen* veya kamu oyunu inciten adlar konulmaz, doğan çocuk babasının, evlenme dışında doğmuş ise anasının soyadını alır." hükmüdür. Mahkemeye göre, kanun koyucu italikle vurgusu yapılan kısımları yukarıda belirtilen ölçütlere (çağın ihtiyaçlarına uygunluk vd.) uygun düşmediği için 15/07/2003 tarihli ve 4928 sayılı Yasanın 5. maddesi ile Nüfus Kanunu'nun 16. maddesini, "Çocuğun adını ana ve babası kor. Ancak ahlak kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulmaz, doğan çocuk babasının, evlilik dışında doğmuş ise anasının soyadını alır." şeklinde değiştirmiştir. Böylece milli kültür ile örf ve âdetin sınırları dışında kalan, Türkçe kökenli olmayan isimlerin kullanılmasının yolunu açmıştır. Benzeri bir değişiklik Soyadı Kanunu bakımından da elzemdir. Bu değişiklik kanun koyucu tarafından yahut yüksek mahkemenin vereceği bir iptal kararıyla gerçekleştirilebilir<sup>25</sup>.

Türkiye'nin tarihinde çeşitli ırk ve dillerden insanların bir arada yaşamış olmaları, mahkemenin kendisinden yola çıktığı olgulardan biridir. Diğer yandan temel hak ve özgürlükler, "demokratik ve çağdaş toplumların vazgeçilmez unsurlarında biri" niteliğiyle bir başka hareket noktasıdır. Mahkeme bu hak ve özgürlüklerin başında gördüğü insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını soyadı seçme hakkıyla ilişkilendirmektedir. Buna göre, "Toplumların kendi örf ve adetlerini yaşamları ve kültürlerini geliştirmelerine imkân sağlamak, Devlet'in asli görevleri arasında yer almaktadır. Bu kapsamda da günümüzde insanların diledikleri soy isimleri, kamu düzenine, genel ahlaka ve Türk gramatikal yapısına uygun olmak kaydıyla kullana-

<sup>25</sup> Ibid., s.894

bilmelerine imkân tanınmalıdır.”<sup>26</sup> Türkiye’nin taraf olduğu konuyla alakalı uluslararası sözleşmeler de yerel mahkemenin dayandığı gerekçelerden biridir.

Son olarak, mahkeme, iptali istene hüküm ile anayasal düzenin mahiyeti arasında bir bağ kurarak iddiasını güçlendirme çabasındadır.<sup>27</sup> Şöyle ki, 21/06/1934 tarihli Soyadı Kanunu’nun yürürlüğe giydiği tarihte 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu uygulanmaktadır. Bu anayasanın eşitlik ilkesine dair tek hükmü 69. maddesinde bulunmakta olup şu şekildedir:

“Türkler kanûn nâzârında müsâvî ve bilâistisnâ kanûna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyâzları mülgâ ve memnûdur.”<sup>28</sup>

Mahkemeye göre bu düzenlemedeki eşitlik ilkesi, “günümüze göre son derece dar düzenlenmiş ve eşitliğin sadece Türkler arasında söz konusu olabileceğini öngörmüştür.”<sup>29</sup> Düzenlemenin kapsam olarak günümüzdeki muadillerine göre daha kısa olduğuna kuşku yoktur. Buna mukabil, mahkemenin eşitliğin sadece Türkler arasında var olabileceğine ilişkin görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira aynı anayasanın 88. Maddesi yaptığı vatandaş tanımıyla “Türkler” in hukuk kimler olduğunu belirlemiştir:

“Türkiye ahâlisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibâriyle (Türk) ıtlak olunur”<sup>30</sup>.

Türkiye’de veya hariçte bir Türk babanın sulbünden doğan veya hut Türkiye’de mütemekkin bir ecnebî babanın sulbünden Türkiye’de doğup da memleket dahilinde ikâmet ve sinn-i rüşde vusûlünde resmen Türklüğü ihtiyar eden veyahut Vatandaşlık Kanûnu mûcibince Türklüğe kabûl olunan herkes Türktür.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid., s.894-895

<sup>28</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s.25

<sup>29</sup> AMKD, op.cit., s.895

<sup>30</sup> Kabul edilir, sayılır. “İtlak” genelleme yapılırken kullanılan bir kelimedir. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, “ıtlak” başlığı, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi: 24.07.2012

Türklük sıfatı kanûnen muayyen olan ahvâlde izâa edilir<sup>31</sup>”<sup>32</sup>

Görüldüğü üzere, -en azından- hukuki anlamda Türkler’in vatandaşlığı ifade ettiği, Türkiye’de yaşayan farklı dil ve ırk mensuplarını kapsadığı söylenebilecektir.

Yeniden mahkemenin kurduğu bağlantıya dönülürse, Soyadı Kanunu’nun 3. maddesindeki düzenleme, eşitlik ilkesini düzenleyen 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 69. maddesi ile aynı doğrultudadır ve “sadece Türkçe soyadlarının kullanımına müsaade etmektedir.”. Yerel mahkeme sonraki anayasalarda “eşitlik” anlayışının değiştiği kanaatine varmıştır: “1961 Anayasası’nın 12. maddesi ve akabinde de 1982 Anayasası’nın 10. maddesi ile hiçbir ayırım gözetmeksizin herkesin eşit olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla Soyadı Kanunu’ndaki bu düzenlemenin 1982 Anayasası’nın 10. maddesi ile kabul edilen eşitlik prensibi ile uyumlu olduğundan söz edilemeyeceği”<sup>33</sup> ortadadır.

Mahkeme bu gerekçelerle “yabancı ırk ve millet isimleri” ibaresinin iptalini talep etmiştir.

#### **D. YÜKSEK MAHKEMENİN GÖRÜŞÜ VE KARŞI-OY GEREKÇELERİNİN ELE ALINMASI**

On yedi üyenin katıldığı toplantıda Anayasa Mahkemesi, dokuz üyenin ret sekiz üyenin iptal yönünde oy kullanması sonucu 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 3. maddesinde yer alan “... yabancı ırk ve millet isimleriyle ...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar vermiştir. Mahkeme üyelerinden Haşım Kılıç, Osman Alifeyyaz Paksüt, Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Engin Yıldırım, Hicabi Dursun, Celal Mümtaz Akıncı ile Erdal Tercan karşı-oy kullanmışlardır<sup>34</sup>. Kararın şekillenmesinde ret ve iptal oylarındaki farkın tek bir üyenin görüş değiştirmesiyle ilgili düzenlemenin iptali sonucunun doğmasına yol açacak derecede az olması uyumsuzluğun çetrefilli yapısına işaret etmektedir.

<sup>31</sup> Yitirilir. Ibid.

<sup>32</sup> Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, op.cit., s.29

<sup>33</sup> AMKD, op.cit., s.895

<sup>34</sup> Ibid., s.898

## 1. ÇOĞUNLUK GÖRÜŞÜ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yüksek mahkeme “yabancı ırk ve millet isimleri” kullanılması yasağını Türkçe kökenli olma zorunluluğu şeklinde yorumlamamakta; münhasıran dile özgü tartışmalardan bağımsız bir terim olarak ele almaktadır. Nitekim kararda, Soyadı Kanunu’na istinaden çıkarılan Soyadı Nizamnamesine atfen, “yeni alınacak soyadlarının yabancı ırk ve millet ismi olmaması ve aynı zamanda Türk dilinden alınması”<sup>35</sup> ifadelerini kullanmak suretiyle, soyadının Türkçe kökenli olmasını “yabancı ırk ve millet isimleri” kullanılmamasından ayrı bir şart olarak telakki etmektedir. Yukarıda da temas edildiği üzere Soyadı Nizamnamesi, iki şartı ayrı maddelerde düzenlediği gibi; Anayasa Mahkemesi de bunları farklı konumlarda görmektedir.

Mahkeme, gâi ve tarihi yorum yöntemlerini kullanarak, iptali istenen hükümlerle ilgili Türkiye Büyük Millet Meclisi ihtisas komisyonu ve genel kurul tutanaklarının içeriğinden hareketle, “vatandaşlar arasında milli birlik ve bütünlüğün sağlanmasının amaçlandığı”<sup>36</sup> savunmaktadır.

Yukarıda yer verilen, yerel mahkemenin eşitlik ilkesi bağlamında atıfta bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararındaki ifadelerin hemen aynısına burada rastlanmaktadır: “Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.”<sup>37</sup> Mahkemeye göre, bu ilke, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitlik ilkesinin ihlalini men etmektedir. Bu noktadan sonra, mahkemenin vardığı sonuca giden yolu aydınlatacak bir ifadeyle karşılaşılmaktadır: “Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamala-

<sup>35</sup> Ibid., s.896

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid., s.896-897

rı gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez."<sup>38</sup> Yüksek mahkeme, kuramsal düzeyde, 10. maddenin anlamını hukuki eşitlikle sınırlamış; "durumlarındaki özellikler"e göre bazı kişi ve toplulukların farklı kurallara tabi tutulmasını hukuka uygun bulmaktadır.

Soyadına ilişkin mahkemenin yaptığı tanım, onun "bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur" ve "vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı" olduğu yönündedir<sup>39</sup>. İkinci olarak soyadının işlevi vurgulanmaktadır. Buna göre, soyadı bir kimsenin kimliğinin yanı sıra ailesini ve soyunu belirler. Kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt edilmesini; kişinin hangi kökene, topluluğa veya millete mensup olduğunu tespitini sağlar. Mahkeme, soyadının sayılan işlevleri dolayısıyla kanun koyucunun birtakım sebeplerle soyadı seçimine sınırlamalar getirebilmesini tasvip etmektedir. Bu sebepler şunlar olabilir: "nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması, ulusal birliğin sağlanması, dil ve dil kimliğinin korunması". Ayrıca kamu yararı ve kamu düzeni, anayasaya uygun olmak şartıyla, kanun koyucuya soyadı kullanımına müdahale bakımından takdir yetkisi veren değerlerdir. Nitekim mahkeme kararını şekillendiren çoğunluk fikrine göre, "Ulus bütünlüğünün algılanabilmesi ve aynı iklimde yaşayan insanların tasa ve kıvanç ortaklığı, koruma, kollama, yardımlaşma duygularının devamlılığı ve birbirlerine karşı yabancılaşmalarının önlenmesi nedeniyle yasakoyucunun bu alana müdahale yetkisi, kamu yararı ve kamu düzeni niteliğini içermekte ve takdir yetkisi içinde kalmaktadır."<sup>40</sup> Bu ifadeler, temel hak ve hürriyetlere yönelebilecek pek çok sınırlamaya hukukun sınırlarını aşacak şekilde imkan tanıyacak muğlak kavramlar içermekte; Hegel'i ve *devletin ruhu* ile bireysel özgürlükleri aynı potada eritmesini hatırlatacak şekilde<sup>41</sup>, devletin somut kurumlarından biri olan yasa-

<sup>38</sup> Ibid., s.897

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Ibid., s.897-898

<sup>41</sup> Timothy C. Luther, *Hegel's Critique of Modernity: Reconciling Individual Freedom and the Community*, Lanham Maryland, Lexington Books, 2010, s.67; Hegel, devletin somut kuruluşundaki ruh ile bireyin özgürlüğü arasında bir sentezi keşfetmiştir. Ibid.

ma organına bir yetki tanıyarak haklar bakımından tehlikeli bir yolu açabilecek niteliktedir. Kanun gücü marifetiyle dayanışmanın, millet bütünlüğünün, tasa ve kıvanç ortaklığı gibi 'ulvi', 'manevi', müphem terimlere, bir hakkın kullanılmasını kısıtlayan bir kuralın anayasallığı denetlenirken yer verilmesi isabetli görünmemektedir.

Yüksek mahkeme, iptali istenen kuralı bir anlayışın tezahürü olarak görmektedir. Fakat bu anlayışın özellikleri arasında saydığı bazı sıfat veya sıfatlar apaçık anlaşılmamakta ya da birbiriyle çelişmektedir. Mesela, "çoğunluğun içinde azınlığın hak ve hürriyetlerinde ayrımcılık yapılmasını engelleyen" deyimini izaha muhtaçtır. Şöyle ki, ayrımcılığa karşı korunan öznenin çoğunluk mu, yoksa azınlık mı olduğu belirsizdir. Zira mahkeme bu özellik ile "birleştirici, bütünleştirici" bir hukuk siyasetini bağdaştırmaktadır. Soyadına müdahaleyi göze olacak düzeyde vatandaşların ortak yanlarını artırmaya çalışan bir kanun koyucunun aynı kuralla azınlığa karşı uygulanabilecek bir ayrımcılığı bertaraf edebilmesi mümkün müdür? Yüksek mahkeme, birleştirici tutumun kuralla yansıdığına kuşku duymamaktadır. Öyle ki, bu kuralla yasama erki, "ulusal aidiyet ilkesi içinde anayasal birliktelik altında aynı topraklarda ve ortak atmosferde yaşayan vatandaşlar yönünden ulus kimliği ve dili altında toplanan bir dil kimliği anlayışı getirmiştir.". Soyadı, bu halde, dil ve millet birliğini sağlayan bir araç görünümündedir. Görünen o ki, mahkeme ayrımcılık yasağını ayrı seçimler yapma hakkını sınırlandıracak şekilde algılamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin soyadı kullanımına ilişkin kararlarına değinmekten geri kalmayan Anayasa Mahkemesi, nüfusun eksiksiz kaydedilmesi, kişisel kimlik tespiti veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca soyadı değiştirme imkanına kanuni sınırlamalar getirilebileceği; kanun koyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğuna ilişkin hükümlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın ve aile hayatının korunması ilkesine uygun olarak AİHM tarafından tesis edildiğini vurgulamıştır.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi yabancı ırk ve millet isimleri kullanma yasağının herkese uygulandığından hareketle eşitlik ilkesinin ihlalinin söz konusu olmadığına kanaat getirmiştir. Bu tutum ancak *kuşkusuz haklarda değil yasaklarda eşitlik* anlayışıyla tevil edilebilir görünmektedir.

## 2. KARŞIOYLAR

Soyadı Kanunu'ndaki "yabancı ırk ve millet isimleri" ibaresinin anayasaya aykırı olduğu ve iptali yönünde oy kullanan fakat çoğunluğu sağlayamayan mahkeme üyeleri Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün m.12/son hükmü gereği dört ayrı karşıoy yazısı kaleme almışlardır. Bu metinlerde çoğunluk görüşüne muhalif olarak ileri sürülen gerekçeler çeşitlilik arz etmekte; diğer yandan ise kendi içlerinde ortak noktalar taşımaktadır. Genel itibariyle dayanılan gerekçeler ilgili düzenlemenin günümüz hukuk anlayışı bakımından kabul edilemezliği, eşitlik ilkesine dolayısıyla ayrımcılık yasağına aykırı olduğu, soyadının temel bir kişilik hakkı oluşu, demokrasiye aykırılığı, uluslararası sözleşmelere muhalefet, sınırlama sebebi olarak kamu düzeni'nin geniş yorum tabi tutulamayacağı ve halihazırda bu değeri koruyucu kuralların mevcudiyeti ve son olarak anayasanın yarattığı millet anlayışının dışında kaldığı hususlarında yoğunlaşmaktadır. Aynı gerekçelere farklı karşıoy yazılarında rastlanması ve iptali istenen hükmün mahiyetinin daha belirgin şekilde açıklığa kavuşturulması amacıyla azınlıkta kalan üyelerin karşıoyları içerikleri esas alınarak değerlendirilecektir. Gerekçeler, hukuki sorunun ve çözüm yolunun takip edilebilmesi düşüncesiyle özelden genele bir sıra ile ele alınacaktır.

### a. Soyadının Niteliği

Bazı yargıçlar soyadını kişiyi diğer kişilerden ayırmaya yarayan hukuki bir araç, kimliğin ayrılmaz bir parçası ve toplum hayatına katılma şekli olarak tanımlamaktadır<sup>42</sup>. Yargıçlar, bu tanımdan hareketle soyadının, "kişinin onurla taşınması için" bireye verilmiş kişiye sıkı sıkıya bağlı, vazgeçilmez, devredilmez bir kişilik hakkı ve bir mutlak

<sup>42</sup> AMKD, op.cit., "Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı", s.901

hak olup kanunla özel olarak korunduğunu ileri sürmektedir<sup>43</sup>. Bir başka yargıç, soyadının bireyin toplumda bulunduğu konumunu açıklama işlevinden söz etmektedir<sup>44</sup>.

Diğer yandan soyadı kullanma hakkının pozitif hukukta işgal ettiği yerin tespiti bakımından, onun anayasada ayrıca bir *lex specialis* ile düzenlenmediği; *lex generalis* niteliğindeki 17. maddenin ilk fıkrası kapsamında bulunduğu savunulmaktadır<sup>45</sup>. Bu hüküm, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı düzenlemekte olup; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” hükmünü havidir. Bu hak, yargıçlara göre, kişiyi var eder; kişinin şahsiyetini serbestçe geliştirmesini sağlar; diğer kişilerden farkını ortaya koyan değerlerin korunmasına imkan tanır ve “insan haysiyetinin özünü oluşturur”. Bu bağlamda “koruma”, maddi ve manevi varlığa dahil olan hakların kullanılmasının zorlaştırılmaması; “geliştirme” ise söz konusu hakların mevcut durumunu iyileştirme, kullanımını kolaylaştırma olarak ifade edilebilir. Bireyin kendini adlandırması, kişiliğini geliştirmesine dâhil bir hak olarak görülmektedir<sup>46</sup>. Ayrı bir karşı oy yazısı kaleme almış bir yargıca göre, anayasanın 17. maddesindeki bu hükümde herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmediğinden kanunla sınırlanamayacaktır<sup>47</sup>. Halbuki, iptali istenen hüküm bu hakkı sınırlayıcı vasıftadır<sup>48</sup>.

Bazı yargıçlar, soyadını maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkına ilave olarak, “özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı” kapsamında görmektedir<sup>49</sup>.

Soyadı, özel ve kamusal alanların kesiştiği bir konumda bulunmakta olup kişinin kendisini ve kimliğini şekillendirmektedir. Azınlıkta kalan bazı yargıçlara göre, bu yüzden soyadı kullanımına müdahale “bir hak ihlalinin türevi” değil, “başlı başına bir insan hakları

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> “Hicabi Dursun’un Karşı Oy Yazısı”, Ibid., s.908

<sup>45</sup> Ibid., s.902

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> “Osman Alifeyyaz Paksüt’ün Karşı Oy Yazısı” Ibid., s.904

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> “Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan’ın Karşı Oy Yazısı”, Ibid., s.905



ihlali”dir<sup>50</sup>. Bu görüşe katılmak zor görünmektedir; çünkü yürürlükteki hukuk soyadını bağımsız bir hak olarak düzenlememiştir<sup>51</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı hakkını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi<sup>52</sup> kapsamında ele almaktadır<sup>53</sup>.

### **b. “Yabancı”, “İrk” ve “Millet” Terimlerinin Tanımlanması Sorunu ve Uluslararası Sözleşmelerin Getirdikleri**

İptali istenen hükmün anayasallığı sorgulanırken, kuşkusuz, içerdiği terimlerin hangi anlama geldiği en önemli duraklardan birini oluşturmaktadır.

Bir grup yargıç, “bir insan topluluğunu oluşturan bireylerin ortak kaderi paylaşan bir birlik olma konusundaki iradeleri”ni *millet* kavramının temelini yerleştirmektedir<sup>54</sup>. Bu doğrultuda dil, din, etnik ve ırk farklılıklarının millet sıfatının kazanılmasına engel olmadığı söylenmektedir.

*Yabancı* terimi bakımından olumsuz bir tanımlama yöntemi kullanılan yargıçlar, bu kelimenin “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları arasında çoğunluğu oluşturanlardan farklı etnik ve/veya dini topluluklara mensup olanları ima edecek şekilde anlaşılma”sı gerektiğini ileri sürmektedir<sup>55</sup>.

Bazı yargıçlar, ırk’ı “kalıtsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip olan toplulukları” millet’i ise “aynı topraklar üzerinde yaşayan, aralarında dil, tarih, duygu, ülkü, gelenek ve görenek

<sup>50</sup> “Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım’ın Karşı Oy Yazısı”, *Ibid.*, s.902

<sup>51</sup> Milli ve milletlerarası hukukta soyadı genellikle tek başına düzenlenmemiştir. İstisnai olarak, isim hakkını düzenleyen uluslararası sözleşmelerin varlığından söz etmekte fayda vardır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 24/2 hükmü her çocuğun doğumdan sonra (soy)isim alma hakkını düzenlemiştir. Sözleşme’nin 8. maddesi, taraf devletlerin çocuğun isim ve soy isim hakkına saygı gösterme ve bu konuda kanuna aykırı olan müdahalelerden kaçınma yükümlülüğünü belirtmektedir. Diğer yandan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, 18. maddesinde herkesin bir isim ve/veya soyisim hakkına sahip olduğunu açıklığa kavuşturmuştur.

<sup>52</sup> Bu madde “özel ve aile yaşamına saygı hakkı”nı düzenlemektedir.

<sup>53</sup> Ümit Kılıç, “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 89, Yıl: 2010, s.260

<sup>54</sup> AMKD, “Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım’ın Karşı Oy Yazısı”, *op.cit.*, s.900

<sup>55</sup> *Ibid.*

birliği olan toplulukları" ifade edecek şekilde tarif etmektedir<sup>56</sup>. *Yabancı* terimine gelince, bu kelime hukuken ancak vatandaşlık üzerinden tanımlanabilir: "Hangi etnik kökenden gelirse gelsin Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan ve millet tanımının içinde yer alan herkesin, milli kültür ve medeniyetin oluşmasına katkıda bulunduğu kabulü gerekir." Yargıçların kullandığı bu ifadelerde hukuki durum ile fiili tablo arasında bir bağdaştırma yoluna gittikleri söylenebilir. Nitekim devam eden bölümde, "aynı topraklar üzerinde aynı devletin vatandaşı olarak yaşayanların, aralarındaki millî birlik, beraberlik ve dayanışma duygusu"na vurgu yapılmaktadır. "Kişinin kendisini o milletin bir bireyi olarak hissedip aynı ortak ideallerin gerçekleşmesine katkıda bulunması" hukuki bir amaç olarak görülmektedir. Yargıçlara göre bu yoldan hareketle "yabancı ırk veya millet ismiyle soyadı alan bir kişinin, sadece bu nedenle bir millete ait olmanın birleştirici özelliklerini taşıyamayacağı varsayımıyla ayırimcılığa bağlı tutulmasının, Anayasa ile bağdaştığı kabul edilemez."<sup>57</sup>

Bir başka yargıç, *ırk* terimi bakımından "bir canlı türünde aynı karakteri taşıyan canlıların oluşturduğu alt bölüm" şeklindeki bir tanıma itibar etmektedir<sup>58</sup>. Benimsediği *millet* tanımı ise yukarıdaki paragraftaki tarifile hemen hemen örtüşmektedir.

Her Türü İrk Ayırimcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin<sup>59</sup> 1. maddesinin ilk fıkrası esasen ırk ayırimcılığını tanımlamakta olup; bu tariften ırk teriminin "ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik köken"i (*race, colour, descent, or national or ethnic origin*) kapsayacak anlamda kullanıldığını söylemek mümkündür<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> "Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan'ın Karşı Oy Yazısı", *Ibid.*, s.905

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> "Hicabi Dursun'un Karşı Oy Yazısı", *Ibid.*, s.907

<sup>59</sup> Sözleşmenin özgün ismi International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination olup Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 2106 sayılı ve 21 Aralık 1965 tarihli kararıyla kabul edilmiş ve imza ve onaya açılmıştır. Sözleşme, 19. madde uyarınca 4 Ocak 1969'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye belgeyi 13 Ekim 1972'de imzalamış, 16 Eylül 2002'de onay belgesini tevdi ederek sözleşmeye taraf olmuştur. Sözleşmenin özgün metni için bkz: Office of United Nations High Commissioner for Human Rights Official Web Site, <http://www2.ohchr.org/english/law/cerd.htm>, erişim tarihi: 02.08.2012

<sup>60</sup> Sözü edilen 1. Maddenin ilk fıkrası şu şekildedir: "In this Convention, the term

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ırk kelimesi ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddede zikredilmektedir<sup>61</sup>. Öte yandan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek 12 numaralı Protokol<sup>62</sup>, bu terime "ayrımcılığın genel olarak yasaklanması" başlıklı 1. maddesinin ilk fıkrasında ayrımcılık yapılamayacak bir özellikler arasında yer vermektedir<sup>63</sup>.

### c. Eşitlik İlkesine Aykırılık ya da Ayrımcılık Yasağı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, eşitlik ilkesi mahiyeti gereği ayrımcılık yasağını zorunlu kılar. O yüzden iki kavramı birbirinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Nitekim bu iki kavramın farkı tartışmasına girilmeksizin<sup>64</sup> doğrudan eşitlik / ayrımcılık yasağı aynı kabul edilip maddi-şekli ayrımı üzerinden incelemeye başlanmaktadır<sup>65</sup>.

İptali istenen hükme ilişkin uyuşmazlık Anayasa Mahkemesi'nin nezdinde ileri sürülürken dayanılan kural Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesidir. Her ne kadar karşı oy yazan yüksek mahkeme üyelerinden bazıları anayasanın başka bir maddesini (17. madde) de anayasallık denetimi kapsamında değerlendirirse de "yabancı ırk ve millet isimleri" ibaresinin iptalinde isabetli olarak esasen "kanun önünde eşitlik" başlıklı üst kural dikkate alınmıştır.

---

"racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life." *Ibid.*

<sup>61</sup> Site Officiel des Nations Unies, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20660/volume-660-I-9464-French.pdf>, erişim tarihi: 02.08.2012

<sup>62</sup> "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme" (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak bilinen belgenin resmi adıdır. Sözleşme imzalandıktan sonra pek çok ek sözleşme yapılmıştır. Bunlardan biri de ayrımcılık yasağını esas alan, 4 Kasım 2000 tarihinde Roma'da kabul edilen 12 numaralı protokoldür. Bu belgenin özgün metnine ulaşmak için bkz: Council of Europe Treaty Office Web Site, Protokol no. 12 to Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/177.htm>, erişim tarihi: 02.08.2012

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> Oddný Mjöll Arnardóttir, Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s.1-5

<sup>65</sup> *Ibid.*, s.5 vd.

Bazı yargıçlar yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılmasını engelleyen düzenlemenin amacını, *ratio legis*'ini sorgulayarak eşitlik ilkesini "bütünleştirici ve birleştirici"likle bağdaştırmaktadır<sup>66</sup>. Bu bakış açısı sonraki değerlendirmelere de yansımış olup yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadında kullanılmasına izin verilmesi ve böylece "egemen unsurlardan farklı çeşitli etnik ve/veya dini gruplara mensup vatandaşların ayrımcılığa uğramamaları", "anayasal birliktelik" açısından olumlu bir araç olarak görülmektedir<sup>67</sup>. Bu doğrultuda "Bir ülkede yaşayanların çoğunluğundan farklı etnik ve/veya dini kimlikler taşıyan toplulukların bu farklılıklarını tekçi, homojenleştirici bir anlayışla yok saymak, insan haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğur"acaktır<sup>68</sup>. Eşitlik hakkından yararlanmanın işlevi şöyle ifade edilmektedir: "İnsan haklarına dayalı demokratik ve özgür bir toplumda milli dayanışma ruhu ve milli birlik, farklılıkları bastırarak değil, onları tanıyarak, onların zenginliklerden faydalanılabileceği gerçeğiyle gerçekleştirilebilir."<sup>69</sup> Bu yaklaşım, insanın doğuştan getirdiği bazı temel hakları olduğunu savunan tabii hukuk kuramından ziyade Anglo-Saxon faydacılığıyla bağdaşır görünmektedir. Yargıçlar, yukarıda belirtildiği üzere, soyadı seçme hakkını başlı başına bir insan hakkı olarak değerlendirerek "farklı bir etnisiteye mensubiyetten dolayı bireyin bu temel kişilik hakkından mahrum bırakılması demokratik bir siyasi, hukuki ve toplumsal düzende düşünülemez"yeceğini savunmaktadır. Böylece uyuşmazlığı etnisite temeline oturtarak ayrımcılık yapıldığını ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Bir yargıç, isabetli bir şekilde anayasanın başlangıç bölümünde kendine yer bulan bir ibareyi eşitlik ilkesiyle beraber değerlendirmiş tir<sup>70</sup>: Türk milletinin "dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olması... Gerçekten, tutarlı bulunduğu takdirde, evrensel düzeyde kabul edilecek böylesi bir eşitlik milli boyutta ortaya çıkabilecek eşitlikle ilgili pek çok ihtilafı kendiliğinden bertaraf edebilecektir.

<sup>66</sup> AMKD, "Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı", op.cit., s.900

<sup>67</sup> Benzeri bir yaklaşım diğer bir karşı oy yazısında da görülmektedir: bkz: "Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan'ın Karşı Oy Yazısı", Ibid., s.906

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> "Osman Alifeyyaz Paksüt'ün Karşı Oy Yazısı" Ibid., s.903

Milletlerden biri diğerleriyle eşit sayıldığı durumda *yabancı* milletlerin var olduğuna dair anlayış doğal bir surette ortadan kalkacaktır. Bu sayede yalnız soyadı seçme ve değiştirme hakkı bakımından değil -aralarında yürürlükteki anayasa tarafından yabancılara tanınmayanların da olduğu- pek çok temel hak ve özgürlüğün geçerlilik alanı genişleyecektir. Başka bazı mahkeme üyeleri ise anayasanın temel felsefesini yansıttığını iddia ettikleri başlangıç bölümündeki "her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ... gereklerince yararlan"masına atıfta bulunmuşlardır<sup>71</sup>. Böylece *yabancı ırk ve millet isimleri* ibaresinin iptal dayanakları arasına hukuken anayasaya dâhil olan başlangıç metninin de girdiği söylenebilecektir.

Eşitlik ilkesinin yanı sıra yukarıda değinilen birleştiricilik meselesi ayrımcılık yasağını daraltmayı gerektirmiştir. Bu bağlamda yeniden bu ifadeleri hatırlatmakta fayda olabilir: "Yabancı ırk veya millet ismiyle soyadı alan bir kişinin, sadece bu nedenle bir millete ait olmanın birleştirici özelliklerini taşıyamayacağı varsayımıyla ayrımcılığa bağlı tutulmasının, Anayasa ile bağdaştığı kabul edilemez."<sup>72</sup> Yargıçların aksine, uyuşmazlığı kanun koyucunun amacını dikkate almadan eşitlik ilkesi ve ayrımcılığa başvurmama kıstasları çerçevesinde değerlendirilmek hukuken daha isabetli görünmektedir.

#### **d. Bireyin Kamu Yararı ve Kamu Düzenine Karşı Korunması**

Anayasa Mahkemesinin incelemeye konu kararında soyadı seçimine yönelik müdahale kamu yararı ve kamu düzeni menfaatleriyle meşrulaştırılmıştır<sup>73</sup>. Tarifi zor olan bu kavramların hakların kısıtlanmasında kullanılabilmesi için sınır çizgilerinin net bir şekilde belirlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Diğer yandan haklar açısından temel yorum kurallarına bakmak gerekir. "*Potestas stricte interpretatur*"<sup>74</sup> (yetkiler dar yorumlanır), "*Quotiens dubia interpretatio libertatis est, se-*

<sup>71</sup> "Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan'ın Karşı Oy Yazısı", *Ibid.*, s.906

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> "Esasın İncelenmesi", *Ibid.*, s.897-898

<sup>74</sup> Gabriel Adeleye./ Kofi Acquah-Dadzie /Thomas J. Sienkewicz / James T. McDonough, *World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers*, Illinois, Bolchazy-Carducci Publishers, 1999, s.309

*cundum libertatem respondendum erit*"<sup>75</sup> (özgürlüklere ilişkin yorumda tereddüt varsa cevap özgürlük lehine olur) "*powers are narrow, rights broad*"<sup>76</sup> (yetkiler dar haklar geniştir) gibi pek çok yerleşik kural kamu düzeni ve kamu yararı terimlerinin dar yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır. Devlet müdahalesinin istisnai oluşu karşı oy yazılarına yansımıştır<sup>77</sup>. Yine de davanın konusu bağlamında "kamu düzeni"nin genel ahlak ve Türk gramatik yapısına ilaveten genel sınırlama sebepleri arasında sayıldığı görülmektedir<sup>78</sup>.

Karşı oy yazılarının birinde anayasanın 10. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesiyle birlikte ele alınarak, iptali talep edilen düzenleme "farklı etnik gruplara mensup olan Türk vatandaşlarının kendilerini diledikleri soyadı ile ifade etmelerini engellediğinden, bu konudaki kamu yararının ne olduğu açıkça belirlenmeden getirilen sınırlamanın meşru bir amaca dayandığından söz edileme"yeceği ileri sürülmektedir<sup>79</sup>. Böylece kamu yararının apaçık görülmediği böylesi bir konuda özgürlüğün esas olması gerektiğine işaret edilmektedir. Bazı yargıçlar ise anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla kamu yararına dayalı hak kısıtlamalarının hukuka uygun olduğunu teyit etme ihtiyacı hissetmiştir<sup>80</sup>. Öte yandan, aynı yargıçlar halihazırda yürürlükte olan kısıtlamaların kamu yararının sağlanması için kâfi olduğunu vurgulamıştır:

"Anayasa'nın 3. maddesindeki Türkiye Devleti'nin dilinin Türkçe olduğuna ilişkin hükmün, 4. maddesindeki değiştirilemeyecek ve değiştirilmesi teklif edilemeyecek hükümler arasında yer alması ve yabancı ırk ve millet isimleriyle kullanılmak istenen soyadlarının, 1.11.1928 günlü, 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun uyarınca, Türk harfleriyle yazılmasının zorunlu bulunması,

<sup>75</sup> Henry Campbell Black, A Law Dictionary Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, New Jersey, The Lawbook Exchange, 1995, s.987

<sup>76</sup> Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa, Ekin Kitabevi, 2011, Cilt I, s.301

<sup>77</sup> AMKD, "Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı", op.cit., s.901

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> AMKD, "Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan'ın Karşı Oy Yazısı", op.cit., s.905-906

<sup>80</sup> "Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan'ın Karşı Oy Yazısı", Ibid., s.905

bu konuda sınırlama nedeni olarak ileri sürülebilecek farklı bir kamu yararı gerekçesini de dayanaksız bırakmaktadır.”

Mahkeme üyelerinden biri kamu düzenine dayanan sınırlama gerekçesinin tahdidi tanımını yapmıştır: “kişinin diğer vatandaşlardan ayrılmasını ve tanınmasını, kamusal alanda kimliğinin belirlenmesini sağlama(k)”<sup>81</sup>. Buna göre mevcut durumda Süryani kökenli Türk vatandaşının Süryanice kökenli bir kelimeyi soyadı olarak kullanması ayırt edici şekilde kimliğinin tespitine engel olmayacağına göre sınırlayıcı hüküm anayasaya aykırıdır.

### e. Düzenlemenin Eskimesi: Çağdaş Hukuk Anlayışıyla Çelişme

Karşı oy yazılarında kullanılan belli başlı argümanlardan sonuncusu “yabancı ırk ve millet isimleri” ibaresinin yer aldığı düzenlemenin zamanla özgürlüklerin genişlemesine ayak uyduramadığı yönündedir. Soyut olarak düşünüldüğünde bu eskimenin, gerek norm gerekse hükmün içeriği açısından gerçekleşmiş olduğu ifade edilebilir. Düzenlemenin yer aldığı kanun 1934 yılında kabul edilmiştir. Davaya konu uyuşmazlık 2011 yılına ait olduğuna göre, kural ile uygulamanın arasına yetmiş yedili yıllık bir vakit diliminin girdiğini söylemek mümkündür. Diğer açıdan, hüküm soyadı olarak kullanılabilir kelimeleri *yabancı ırk ve millet isimleri* yönünden sınırlamakta; bu ibare spesifik olarak yabancı ırkların ve milletlerin isimlerini aşacak ve yabancı kökenli kelimeleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Nitekim soyadı değişikliği davasını açan Süryani kökenli Türk vatandaşının talep ettiği soyadı olan *Bartuma*’nın yabancı bir ırkın yahut milletin ismi olmadığı; sadece Türkçe dışında bir dile mensup bir kelime olduğu malumdur. Böylesine geniş yorumlanan düzenlemenin hak ve özgürlükler itibarıyla çağdaş demokratik düzenlerin özellikleriyle bağdaşmadığı savunulabilir ki, bu görüşün iptali destekleyen yargıçların kaleme aldığı metinlere yansdığı görülmektedir.

Kanun koyucunun iptali istenen düzenlemeyi ihdas gayesini tespit eden bazı mahkeme üyeleri milli birlik ve beraberliğin vatandaşlık üst

<sup>81</sup> “Osman Alifeyyaz Paksüt’ün Karşı Oy Yazısı” Ibid., s.904

kimliği altında sağlanması hedefinin altını çizmektedir<sup>82</sup>. Fakat onlara göre, "1934 yılında anlaşılabilir olan bu kural, günümüzde bütünleştirici ve birleştirici olmak bir yana, vatandaşların bir kısmında, özellikle çoğunluğu oluşturanlardan farklı etnik ve/veya dini kimliğe sahip olanlar arasında haklı olarak ayrımcılığa uğradıkları kanısını doğurmakta, bu da milli birlik ve beraberliğe aslında zarar vermektedir."<sup>83</sup>. Bir başka yüksek mahkeme üyesi daha ileriye giderek düzenlemenin "o gün dahi amacını aşan şekilde yasalastığı"nı<sup>84</sup> vurgulamaktadır.

İlga edilen ve halen yürürlükte olmayan 1587 sayılı Nüfus Kanunu'ndaki benzeri bir hükmün 2003 tarihli bir kanunla ortadan kaldırılması yargıçların iltifat ettiği örnektir<sup>85</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki, iki düzenleme arasındaki benzerlik içerik yönünden değil sınırlayıcılık açısından dır. Bu hüküm yeni doğmuş çocuğun adının konulmasıyla ilgili "...Milli kültürümüze...örf ve adetlerimize uygun düşmeyen" isimlerin konulamayacağına ilişkindir. Buna göre, kanun koyucu "Nüfus Kanunundaki bu ibarenin insan haklarına dayalı demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediğinden hareketle yeni bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir."<sup>86</sup>. Dolayısıyla bu üyeler kanun koyucunun yapmadığı bir değişikliği Anayasa Mahkemesi'nin vereceği bir iptal kararı ile 'negatif kanun koyuculuk'<sup>87</sup> (*negative legislation*) sıfatıyla gerçekleştirmesi gerektiğinden dem vurmaktadır.

## SONUÇ

Yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılması yasağı yakın zamanda bir Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında yerel mahkeme 2525 sayılı Kanunda yer alan yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılması yasağının iptali için başvurmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi 9'a 8 karşı oyla yerel mahkemenin iptal başvurusunu reddetmiştir.

<sup>82</sup> "Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı", Ibid., s.899-900

<sup>83</sup> Ibid., s.900

<sup>84</sup> "Osman Alifeyyaz Paksüt'ün Karşı Oy Yazısı" Ibid., s.904

<sup>85</sup> "Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı", Ibid., s.900-901

<sup>86</sup> Ibid., s.901

<sup>87</sup> Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 34-37



Bu çalışmanın ana konusunu yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararı oluşturmuştur. Kararın daha iyi analiz edilmesi adına, çalışmanın ilk bölümünde soyadı kavramına genel hatları ile değinilmiştir. İkinci bölümde ise söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı tüm boyutları ile ele alınmıştır.

Genel itibariyle eleştirilerimiz, ilgili düzenlemenin günümüz hukuk anlayışı bakımından kabul edilemezliği, eşitlik ilkesine dolayısıyla ayrımcılık yasağına aykırı olduğu, soyadının temel bir kişilik hakkı oluşu, demokrasiye aykırılığı, uluslararası sözleşmelere muhalefet, sınırlama sebebi olarak kamu düzeni'nin geniş yoruma tabi tutulmaması ve hâlihazırda bu değeri koruyucu kuralların mevcudiyeti ve son olarak anayasanın yarattığı millet anlayışının dışında kaldığı hususlarında yoğunlaşmaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki, yabancı ırk ve millet isimlerini soyadı olarak kullanılmayacak unsurlar arasından çıkarmak –özellikle de yüksek mahkemenin verdiği karardan sonra- kanun koyucuya düşmektedir.

## KAYNAKLAR

### Basılı Kaynaklar

- Abik Yıldız, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2005
- Adeleye Gabriel,/ Acquah-Dadzie Kofi / Sienkewicz Thomas J. / McDonough James T., World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers, Illinois, Bolchazy-Carducci Publishers, 1999
- Arnardóttir Oddný Mjöll, Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2003
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 48, 2. Cilt, 2011, ss.891- 908
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 37, 2. Cilt, 2002, ss.719-921
- Black Henry Campbell, A Law Dictionary Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, New Jersey, The Lawbook Exchange, 1995
- Dural Mustafa / Öğüz Tufan, Kişiler Hukuku, İstanbul, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Filiz Kitabevi, 2010
- Ekşi Nuray, Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi, İstanbul, Beta Yayınları, 2008
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa, Ekin Kitabevi, 2011

- Luther Timothy C., *Hegel's Critique of Modernity: Reconciling Individual Freedom and the Community*, Lanham Maryland, Lexington Books, 2010
- Moroğlu Nazan, "Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 99. Sayı, Mart-Nisan 2012
- Oğuzman Kemal / Seliçi Özer / Oktay Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul, Yeniden gözden geçirilmiş ve mevzuata uyarlanmış 9. Bası, Filiz Kitabevi, 2009
- Prıscollı Lorenzo Delli / Marchı Paolo G. De, *L'eccezione di incostituzionalità: profili processuali*, Bologna, Zanichelli Editore, 2008
- Yüzbaşıoğlu Necmi, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2011

#### **İnternet Kaynakları**

- Council of Europe Treaty Office Web Site, Protokol no. 12 to Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/177.htm>
- Office of United Nations High Commissioner for Human Rights Official Web Site, <http://www2.ohchr.org/english/law/cerd.htm>
- Sité Officiel des Nations Unies, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20660/volume-660-I-9464-French.pdf>
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, "ıtlak" başlığı, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

# CEVAP VE DÜZELTME HAKKI ÇERÇEVESİNDE HABERİN GERÇEĞE AYKIRILIĞI “Maddi Gerçekliğe” Aykırı Bir Haberin Salt “Görünürdeki Gerçekliğe” Uygunluğu Cevap ve Düzeltilme Hakkının Kullanılmasına Engel Midir? FALSEHOOD OF THE NEWS WITHIN THE SCOPE OF RIGHT OF REPLY

Hüseyin Can AKSOY\*

**Özet:** Yargıtay “görünürdeki gerçekliğe” uygun bir haberin “maddi gerçekliğe” aykırı olması nedeniyle tazminat istenemeyeceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme aynı görüşü cevap ve düzeltme (tekzip) hakkının kullanılması bakımından da benimsemektedir. Oysa bir haberin salt “görünürdeki gerçekliğe” uygunluğu tazminat istemlerinin aksine tekzip istemlerini engellemez. Zira tazminat ve tekzip kurumlarının dengelemeyi amaçladıkları menfaat çatışmaları birbirinden farklıdır.

**Anahtar Kelimeler:** tekzip, cevap ve düzeltme hakkı, basın özgürlüğü, gerçeklik, kişilik hakkı

**Abstract:** The Court of Appeals holds the view that compensation cannot be claimed for the news, which are in conformity with the “apparent reality” despite being against “material facts”. The High Court adopts the same view with regards to the use of the right of reply. However, unlike compensation claims, “apparent reality” of the news does not prevent the use of the right of reply. In fact, compensation and right of reply are different from each other in terms of the conflicts of interest, which they aim to balance.

**Keywords:** refutation, right of reply, freedom of the press, reality, personality right

\* Dr., İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı; hcaksoy@bilkent.edu.tr

## I. Giriş

Basın özgürlüğü en genel ifadeyle basın kuruluşlarının ve çalışanlarının herhangi bir baskı altında olmaksızın ve kamunun bilgisine sundukları haberler nedeniyle herhangi bir yaptırıma uğrama endişesi duymaksızın haber yapabilme özgürlüğünü ifade etmektedir.

Basın faaliyeti kamuyu bilgilendirme ve aydınlatma işlevine sahip olduğundan, bu faaliyetin özgürce gerçekleştirilebilmesi kamunun yararınadır.<sup>1</sup> Bu nedenle basın özgürlüğü anayasal teminat altına alınmıştır. Ancak kimi hallerde kamu yararına yürütülen basın faaliyetinin, anayasal koruma altında olan bir başka değere, kişilik hakkına zarar vermesi söz konusu olabilmektedir.<sup>2</sup> Her ikisi de hukuken güvence altına alınmış basın özgürlüğü ve kişilik hakkı menfaatlerinin çatışması halinde, üstün nitelikte kamu yararı, kişilik hakkı ihlaline sebep olan yayının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır.<sup>3</sup> Böylelikle, kamunun menfaati, yani basın özgürlüğü üstün tutulmaktadır.<sup>4</sup> Ancak bunun için, doktrin ve yargı kararlarında benimsendiği üzere, (i) söz konusu yayının gerçek olması, (ii) yayında kamu yararı bulunması, (iii) toplumsal ilginin varlığı, (iv) konunun güncel olması ve (v) haber verilirken öze biçim arasındaki dengenin korunması şart

<sup>1</sup> "Basına sağlanan güvencenin amacı; toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmektir. Bu durum da halkın dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma ve yönlendirmede yetkili ve aynı zamanda sorumludur. Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır." Yarg. 4. HD., 11.7.2011, 2011/7279 E., 1011/8207 K. Kitle iletişim araçlarının fonksiyonları ve önemi hakkında bkz. Yıldız, s. 8 vd.; İçel/Ünver, s. 110 vd.

<sup>2</sup> Kişilik hakkını temel bir hak olarak güvence altına alan anayasanın ikinci bölümü geniş bir temel haklar listesi içermektedir. Bu bağlamda, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu ifade eden anayasa, temel hak ve özgürlüklere bir anayasa normu niteliği kazandırmıştır. Aydın, s. 44-45; Özel, Uluslararası Alanda Medya, s. 24; Aksoy, s. 92-93.

<sup>3</sup> Salihpaşaoğlu, s. 61.

<sup>4</sup> "Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir." Yarg. 4. HD., 11.7.2011, 2011/7279 E., 1011/8207 K.

koşulmaktadır.<sup>5</sup> Bu inceleme bakımından yukarıda sayılan unsurlardan ilki, yani haberin “gerçek” olması meselesi önem taşımaktadır.

Basın hukuku söz konusu olduğunda, bir yayının gerçek olma koşulu haberin maddi gerçekliğe uygunluğunu ifade *etmemektedir*. Bu bağlamda, bir haberin yalnızca “görünürdeki gerçekliğe” uygun olması, o habere ilişkin olarak yukarıda sayılan hukuka uygunluk şartlarından ilkinin sağlanması bakımından yeterlidir.

Yargıtay’ın birçok kararında<sup>6</sup>, yukarıda bahsi geçen diğer şartları taşımak kaydıyla, “görünürdeki gerçekliğe” uygun bir yayının hukuka aykırı kabul edilemeyeceği ve yayın yoluyla kişilik hakkı ihlal edilen kişinin tazminat talebinde bulunamayacağı kabul edilmiştir. Diğer bir deyişle, söz konusu kararlara göre, “görünürdeki gerçekliğe” uygun bir haberin maddi gerçekliğe aykırı olması nedeniyle *tazminat* istenmesi mümkün değildir. Peki bu tür haberlere karşı *düzeltilme (tekzip)* isteminde bulunma yolu açık mıdır? Yoksa haberin salt “görünürdeki gerçekliğe” uygunluğu tıpkı tazminat istemleri gibi düzeltilme (tekzip) istemlerini de engeller mi?

## II. “Maddi Gerçekliğe” Aykırı Bir Haberın “Görünürdeki Gerçekliğe” Uygunluğunun Tekzip İstemine Engel Olup Olmadığına İlişkin Yargıtay’ın Görüşü ve Bu Görüşe İlişkin Değerlendirme

### A. Yargıtay’ın Görüşü

Yargıtay maddi gerçekliğe aykırı bir haberin, “görünürdeki gerçekliğe” uygun olması halinde düzeltilme (tekzip) talebinde bulunulamayacağını kabul etmektedir. Aşağıda konuya ilişkin genel bir resim çizilemek amacıyla Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarından ikisine örnek mahiyetinde değinilecektir.

<sup>5</sup> Örneğin bkz. Yarg. HGK, 23.3.2005, 2005/4-197 E., 2005/189 K.; Yarg. HGK, 06.11.2002, 2002/4-848 E., 2002/887 K.; Yarg. 4. HD., 10.5.2005, 2004/7980 E., 2005/5148 K.; Yarg. 4. HD., 25.6.2001, 2001/2702 E., 2001/6780 K.

<sup>6</sup> Örneğin, bkz. Yarg. HGK, 06.11.2002, 2002/4-848 E., 2002/887 K.; Yarg. HGK, 12.06.2002, 2002/4-480 E., 2002/519 K.; Yarg. 4. HD., 17.4.2002, 2002/338 E., 2002/4954 K.; Yarg. 4. HD., 21.1.2002, 2001/9557 E., K. 2002/549 K.; Yarg. 4. HD., 10.5.2005, 2004/7980 E., 2005/5148 K.; Yarg. 4. HD., 5.3.2009, 2008/7207 E., 2009/3125 K.

### 1. Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 14.10.1993 Tarihli (1993/4911 E., 1993/5847 K.) Kararı

Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 14.10.1993 tarihli (1993/4911 E., 1993/5847 K.) kararında<sup>7</sup> maddi gerçekliğe aykırı bir haberin, "görünürdeki gerçekliğe" uygun olması halinde düzeltme (tekzip) talebinde bulunulamayacağını kabul etmiştir. Karara konu olayda davalı gazete davacının uluslararası boyuttaki bir uyuşturucu kaçakçılığı nedeniyle arandığına dair haber yayınlamıştır. Her ne kadar davalı gazete bu haberi Devletin resmi görevlilerinin açıklamalarını kaynak göstererek yapmış ise de, davacı, kendisinin de aralarında bulunduğu bir grup sanığın, haklarında kamu davası açılanlardan ayrı olarak, haklarında DGM Cumhuriyet Başsavcılığı'nca yürütülen soruşturma gereği arandıkları gerekçesiyle ilgili sulh ceza mahkemesine başvurarak cevap ve düzeltme hakkını kullanmak istemiştir.

Davacının düzeltme talebi sulh ceza mahkemesince kabul edilmiş ise de, davalı söz konusu kabul kararına itiraz etmiştir. İlgili mahkemenin, davalıca yapılan bu itirazı reddetmesi üzerine ise dosya son olarak Yargıtay 4. Ceza Dairesi'ne gelmiştir. Bahse konu itirazın reddi kararının bozulmasına hükmeden Yargıtay, haberin gerçek dışılığından söz edilemeyeceğini kabul etmiş ve hukukumuzda cevap ve düzeltme sistemimizce benimsenen yöntemi şu şekilde betimlemiştir: *"Haberin gerçekliğine yönelik hakim incelemesinin objektif ölçülere dayanması, ilgisince gerçeğe aykırı sayılmasının değil basının haber vermek hakkının ve toplumun bilgi edinme olanağının sınırlanmasına yol açmayacak biçimde görünürdeki gerçeğe uygun olup olmadığının asıl alınması; maddi gerçek araştırılma durumunda olmadığı için ortada görünen durum ve tarafların iddialarını kanıtlamak için sundukları bilgi ve belgeler değerlendirilmek suretiyle sonuca ulaşılması..."*

### 2. Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 23.11.2006 Tarihli (2005/10573 E., 2006/17936 K.) Kararı

Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin benzer bir değerlendirme yaparak, maddi gerçekliğe aykırı bir haberin, "görünürdeki gerçekliğe" uygun olması halinde düzeltme (tekzip) talebinde bulunulamayacağını kabul

<sup>7</sup> Karar için bkz. Yenisey/Özel, s. 14-15.

ettiği bir diğer kararı ise 23.11.2006 tarihli (2005/10573 E., K.2006/17936 K.) kararıdır. Yargıtay'ın bahsedilen kararına konu olayda davalı gazete davacının sahte çek vermek suçunu işlediğine ve bu nedenle 45 gün cezaevinde yattığına ilişkin bir haber yayınlamıştır. Davacı ise sabıka kayıtlarını da delil göstermek suretiyle *“hayatının hiçbir döneminde sahte çek vermediği, sahte çek vermek suçundan cezaevinde yatmadığı, sabıka kaydında yer alan mahkumiyetlerinin karşılıksız çek vermek ve çek karnelerini iade etmemek suçlarına ilişkin bulunduğu”* gerekçesiyle düzeltme talebinde bulunmuştur.

Davacı tarafından ilgili gazeteye gönderilen cevap ve düzeltme metni hukuken gerekli tüm şartları taşımasına rağmen yayımlanmamıştır. Bunun üzerine, davacı ilgili sulh ceza mahkemesine başvurarak düzeltme yayınının yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Davacının düzeltme talebi mahkemece kabul edilmiş ise de, davalı söz konusu kabul kararına itiraz etmiştir. İlgili mahkemenin, davalıca yapılan bu itirazı kabul etmesi üzerine ise son olarak kanun yararına bozma isteminde bulunulmuştur.

Davacının düzeltme (tekzip) isteminin kabulü üzerine yapılan itirazın kabulüne karşı yapılan kanun yararına bozma isteminin inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesi söz konusu talebi reddetmiştir. Konuyu isabetli biçimde gerçeklik unsuru yönünden ele alan mahkeme, *“gerçekliğin’ somut gerçek değil, haberin verildiği andaki belirış biçimine uygunluk olarak anlaşılması gerektiği, buna göre; davacı hakkındaki haberin emniyetten alınan bilgiler doğrultusunda hazırlanmış olması gözetilerek sabıka kaydına konu suç niteliğindeki farklılığın daha ayrıntılı olarak araştırılmasının, haberin güncelliğini ortadan kaldıracı sonuçlara götüreceği göz önüne alındığında ve günlük gazete haberinin özü, üslubu ve yazının bütünlüğü karşısında, cevap ve düzeltme konusu haberin gerçeklik unsurunu da taşıdığı ve dolayısıyla objektif olup kişilik haklarını ihlal etmediği anlaşıldığından”* kanun yararına düzeltme talebinin reddine karar vermiştir.

## B. Değerlendirme

Yargıtay birçok kararında<sup>8</sup>, *“görünürdeki gerçekliğe”* uygun bir yayının hukuka aykırı kabul edilemeyeceğini ve yayın yoluyla kişilik

<sup>8</sup> Bkz. Dipnot 5’te sayılan kararlar.

hakkı ihlal edilen kişinin tazminat talebinde bulunamayacağını kabul etmiştir. Ancak yukarıda açıklanan kararlarında, Yargıtay'ın aynı esaslı düzeltme (tekzip) istemleri bakımından da benimsediği görülmektedir. Daha açık bir ifade ile Yargıtay, yapılaş anında görünürdeki gerçeğe uygun olan bir haberin, sonradan somut gerçeğe uygun olmadığına anlaşılması halinde, söz konusu habere karşı düzeltme (tekzip) isteminde bulunulamayacağını kabul etmektedir. Yargıtay'ın bu görüşünün irdelenmesi için öncelikle basın özgürlüğü ve kişilik hakkı arasındaki çatışmanın tazminat ve düzeltme istemleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

### 1. Çatışan Menfaatler: Basın Hürriyeti ve Kişilik Hakkı

Basın yoluyla kişilik hakkının ihlali halinde iki farklı menfaat çatışmaktadır. Bir yanda haberi yapan basın kuruluşunun ve kamunun ortak yararı, diğer yanda ise habere konu olan bireyin kişilik hakkının korunmasına ilişkin yarar yer almaktadır.<sup>9</sup> Bu bağlamda, basın yoluyla kişilik hakkı ihlali gerçekleştirildiği takdirde, çatışan bu iki menfaatten hangisine üstünlük tanınacağına karar verilmelidir.<sup>10</sup>

Basın faaliyeti kamuyu bilgilendirme işlevine sahiptir. Bu nedenle, basın hürriyeti Anayasa'nın 28. maddesi ile teminat altına alınmıştır. Bir haberin kamunun menfaatine olması, belirli koşulların sağlanması halinde hukuka aykırılığı ortadan kaldırmakta ve dolayısı ile söz konusu haberden kaynaklanan kişilik hakkı ihlalleri nedeniyle tazminat talep edilememektedir.<sup>11</sup> Zira bu hallerde, üstün nitelikte kamu yararı, kişilik hakkına yapılan tecavüzün hukuka aykırılığı iddiasını engellemektedir.<sup>12</sup> Ne var ki basın özgürlüğünün kişilik hakkı karşısında üstün tutulabilmesi için kişilik hakkı ihlaline yol açan haberin gerçeğe uygun olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, gerçek dışı bir haber hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Kılıçoğlu, s. 317; Güzel, s. 17.

<sup>10</sup> Oğuzman/Öz, s. 494; Güzel, s. 17; Özel, Basın Yoluyla, s. 164. Anayasal değerlerin çatışması konusunda detaylı bilgi için bkz. Kanadoğlu, s. 1 vd.

<sup>11</sup> Kılıçoğlu, s. 317; Oğuzman/Öz, s. 494. Kamu yararı ve toplumsal ilgi unsuru geniş yorumlanmalıdır. Bu bağlamda, gerçekte kamuya yararı olmayacak bir haber dahi kamuoyunun geniş bir ilgisi mevcut ise hukuka uygundur. Oğuzman/Öz, s. 495.

<sup>12</sup> Oğuzman/Öz, s. 493; Tüfek, s. 123-124.

<sup>13</sup> Kılıçoğlu, s. 317. Haber gerçeğe ne denli uygun olursa olsun, haberin verilisinin gerektirmediği şekilde tahkir edici bir dilin kullanılması hukuka aykırı tecavüz-



## 2. Haberin Gerçekliği

Bir haberin kamu yararına hizmet edebilmesi için gerçek olması gereklidir. Gerçek dışılık verilen haberin hiç meydana gelmemiş bir olaya ilişkin olmasından, olayın gerçekte başka türlü meydana gelmiş olmasından veya bir olaydaki bazı unsurların gizlenmesinden ya da olayın bazı unsurlar eklenerek nakledilmesinden kaynaklanabilir.<sup>14</sup> Bir açıklamanın gerçeğe uygun olduğuna dair ispat yükü açıklamada bulunan üzerindedir.<sup>15</sup>

Basın faaliyetinin kamunun yararına hizmet edebilmesi, basının yalnızca gerçeğe uygun haberler yapması halinde söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, haber yapılmadan önce her türlü dikkat ve özen gösterilerek haberin gerçeğe uygun olup olmadığı araştırılmalıdır.<sup>16</sup> Bu bağlamda haberin “maddi gerçeğe uygunluğu” ile “görünürdeki gerçekliğe” uygunluğu arasında bir ayırım yapılmaktadır.

Maddi gerçeklik haber konusu olayın *somut olarak* haberde zikredilen şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğini ifade etmektedir. Görünürdeki gerçeklik, ise “o anda belirlenen ve var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olgular”a uygunluğu ifade etmektedir.

Yapıldığı sırada “görünürdeki gerçekliğe” uygun görülen bir haberin, aslında “maddi gerçekliğe” uymadığının anlaşılması halinde, Yargıtay haberin gerçek olması koşulundan haberin görünürdeki gerçekliğinin - diğer bir deyişle verildiği andaki belirli biçimine uygunluğunun - anlaşılması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>17</sup> Diğer bir ifadeyle, bir haberin yapıldığı sıradaki görünürdeki gerçekliğe uygun olması, o haberin gerçek kabul edilmesi bakımından yeterlidir. Bu kabul, haberin güncel olması ihtiyacından doğar. Güncellik ile kastedilen haber konusu olayın sonuçlarının haber sırasında hala canlı ve taze olması-

dür. Oğuzman/Öz, s. 495.

<sup>14</sup> Kılıçoğlu, Şeref, s. 164; Avşar/Öngören, s. 112.

<sup>15</sup> Örneğin bkz. Yarg. HGK, 14.2.2001, 2001/4-118 E., 2001/115 K.; Oğuzman/Öz, s. 495; Çetin, Basın Hukuku, s. 276; Gedik, s. 158.

<sup>16</sup> Kılıçoğlu, s. 317; Çetin, Basın Kanunu, s. 160

<sup>17</sup> Örneğin bkz. Yarg. HGK, 12.06.2002, 2002/4-480 E., 2002/519 K.; Yarg. 4. HD., 21.1.2002, 2001/9557 E., K. 2002/549 K.; Yarg. 4. HD., 17.4.2002, 2002/338 E., 2002/4954 K.

dır.<sup>18</sup> Zira gerçeğin araştırılması konusunda kaybedilecek süre haberi anlamsız hale getirebilecektir.<sup>19</sup> Bu nedenle, haberin görünürdeki gerçekliğe uygunluğundan emin olan basın kuruluşu, daha detaylı araştırma yaparak zaman kaybetmeksizin haberi yayınlatabilmektedir.<sup>20</sup> Bunun sonucu olarak da, *“O anda ve görünürde var olup da sonradan, gerçek olmadığı anlaşılan olayların ve olguların yayınından basın sorumlu tutulmamalıdır.”*<sup>21</sup>

### 3. Tazminat ve Tekzip İstemleri Bakımından Haberin Maddi veya Görünürdeki Gerçekliğe Uygunluğu

#### a. Tazminat İstemi Bakımından Haberin Maddi veya Görünürdeki Gerçekliğe Uygunluğu

Basın açıklamaları, yayınlanan habere konu kişilerin kişilik değerlerini ihlal ederek maddi ve/veya manevi zararın doğmasına sebep olabilir.<sup>22</sup> Türk Medeni Kanunu m. 25'te kişilik hakkı ihlalleri nedeniyle tazminat istenebileceği hususu öngörülmüştür; fakat basın yoluyla kişilik hakkı ihlalden kaynaklanan tazminat davaları hukukumuzda özel olarak düzenlenmemiştir.<sup>23</sup> Bu nedenle, bu tür ihlaller ve bu tür ihlallerden doğan hukuki talepler MK'nın kişiliği koruyucu hükümleri ile haksız hükümleri kapsamında ele alınacaktır.

Kişilik hakkı ihlalleri haksız fiil teşkil ettiklerinden, kişilik hakkı basın yoluyla ihlal edilen kimselerin de haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat istemeleri mümkündür.<sup>24</sup> Ancak haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat istenebilmesi için zarar verici fiilin hukuka aykırı-

<sup>18</sup> Oğuzman/Öz, s. 495.

<sup>19</sup> Kılıçoğlu, s. 318.

<sup>20</sup> İncelememize konu kararda da mahkemece haberin gerçekliğinin “daha ayrıntılı olarak araştırılmasının, haberin güncelliğini ortadan kaldıracı sonuçlara götüreceği” ifade edilmiştir.

<sup>21</sup> Yarg. HGK, 06.11.2012, 2002/4-848 E., 2002/887 K.

<sup>22</sup> Basın yoluyla kişilik hakkı ihlalleri genellikle manevi zarara yol açmaktadır. Ancak basında yer alan haberler nedeniyle iş kaybı ve kar mahrumiyeti yaşanması gibi kimi sınırlı hallerde maddi zarar da meydana gelebilmektedir. Bu tür maddi tazminat davaları BK m. 49 çerçevesinde değerlendirilecektir. Özel, Uluslararası Alanda Medya, s. 81.

<sup>23</sup> Basın Kanunu m. 13, basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddi ve manevi zararlardan dolayı süreli yayınlarda kimlerin hukuki sorumluluğu bulunduğunu düzenlemekle yetinmiştir.

<sup>24</sup> Kılıçoğlu, Şeref, s. 223.

rı olması gerekmektedir. Kişilik hakkı ihlaline sebep olan bir haberin maddi gerçeğe uygun olması halinde ise haber “hukuka aykırı” kabul edilemeyeceğinden, zarar gören kişi tazminat talebinde bulunamaz. Nitekim habercilik faaliyetinin gerçekleştirilmesinde üstün nitelikte kamu yararı vardır. Bir hukuka uygunluk sebebi olan üstün nitelikte kamu yararı, kişilik hakkı ihlalinin hukuka aykırılığını bertaraf ederek tazminat taleplerini engeller.<sup>25</sup>

Maddi gerçeğe aykırı olmakla birlikte salt görünürdeki gerçeğe uygun bir haberin öğrenilmesinde üstün nitelikte kamu yararı bulunmadığı ileri sürülebilir. Gerçekten de haberin maddi gerçeğe aykırı olması, son tahlilde haberin kamunun yararına hizmet edemeyeceğini gösterir. Bu çerçevede hukuka uygunluk nedeninin varlığından da söz edilemeyecektir. Ancak bu tür haberler bakımından tazminat istemine engel olan husus ise haksız fiilin “kusur” şartının gerçekleşmemesidir. Başka bir deyişle, haberin salt görünürde gerçekliğe uygun olduğu hallerde haberi yapan kimsenin kusurunun yokluğu tazminat istemlerini engelleyecektir. Nitekim haber yapan kişilerin haberin gerçeğe uygunluğunu araştırmak konusunda özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir haberin gerçek olması gerektiğinden, haber yapılmadan önce her türlü dikkat ve özen gösterilerek haberin gerçeğe uygun olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu çerçevede, haberin görünürdeki gerçeğe uygun olduğu hallerde, haberi yapan kişi, gerçeği araştırma hususunda kendisine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Söz konusu özen yükümlülüğü yerine getirilmiş ise - haber maddi gerçekliğe aykırı olsa dahi - haberi yapan kişinin “kusurundan” söz edilemez.<sup>26</sup> Böylelikle, bu halde de kusurun yokluğu tazminat davalarının açılmasına engel teşkil eder.<sup>27</sup> O halde, haberin maddi gerçeğe uygun olması ile yalnızca görünürdeki gerçeğe uygun olması halleri arasında herhangi bir fark gözetilmeksizin, bir haber gerçeğe uygun olduğu takdirde, kişilik hakkı ihlal edilen kişi tazminat talebinde bulunamaz.

<sup>25</sup> MK m. 24/II: “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

<sup>26</sup> Kılıçoğlu, Şeref, s. 165; Çetin, Basın Kanunu, s. 160; Tüfek, s. 70.

<sup>27</sup> Kılıçoğlu, Şeref, s. 165; Çetin, Basın Kanunu, s. 160.

## b. Tekzip İstemi Bakımından Haberin Maddi veya Görünürdeki Gerçekliğe Uygunluğu

Hukukumuzda cevap ve düzeltme hakkı<sup>28</sup> dayanağını Anayasa'nın 32. maddesinden almaktadır.<sup>29</sup> Bu hak ayrıca 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 14. maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre, "*Sürelî yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin*"<sup>30</sup> düzeltme ve cevap yazısı göndererek bunun yayımını istemesi mümkündür.<sup>31</sup>

Basında yer alan gerçek dışı haber nedeniyle kişilik hakkı zarar gören bir kimse, çeşitli hukuki yollara başvurabilir. Ancak sürelî yayınlarda yer alan bir yazının olumsuz etkisinin aynı alanda ve aynı süratle giderilmesi yalnızca cevap ve düzeltme hakkının kullanılması ile sağlanabilmektedir.<sup>32</sup> Zira cevap ve düzeltme hakkı, haberden zarar gören kişinin basın kuruluşu ile eşit silahlara sahip olmasına imkan verir.<sup>33</sup> Daha açık bir ifadeyle, ilgili kişiler aynı araçlar vasıtasıyla habe-

<sup>28</sup> İlk defa Fransız Basın Kanunu ile tanınmış olan cevap ve düzeltme hakkının tarihçesi için bkz. Çiftçi, Basın Kanunu, s. 54 vd.; Tikveş, s. 69 vd.; Güzel, s. 23 vd.; Coşkun, s. 27 vd. Cevap ve düzeltme hakkının hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşler için bkz. Özel, Uluslararası Alanda Medya, s. 78; Güzel, s. 39 vd.

<sup>29</sup> Anayasa m. 32: "Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir. Düzeltme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerek gereklemediğine hâkim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir."

<sup>30</sup> Benzer şekilde, 5187 sayılı Basın Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesi de, "Bir kişinin, haysiyet ve şerefine dokunan veya kendisi ile ilgili gerçeğe aykırı hareketler, düşünceler ve sözler izafesi suretiyle açık veya kapalı şekilde bir mevkutede yapılan yayımdan dolayı" cevap ve düzeltme hakkının kullanılabilceğini düzenlemektedir.

<sup>31</sup> Cevap ve düzeltme hakkının düzenlendiği başka kanunlar da mevcuttur. Basılı eserler bakımından 5187 sayılı Basın Kanunu'nda düzenlenen bu hak, örneğin, özel radyo ve televizyon kuruluşları bakımından 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 18. maddesinde, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 27. maddesinde ve internet üzerinden yapılan yayınlar bakımından 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiştir.

<sup>32</sup> Riemer, s. 114; Çiftçi, Basın Kanunu, s. 49. Hukukumuzda bu hakkın sürelî yayınlarda yer alan haberlere karşı kullanılabilceği düzenlenmiştir. Böylelikle, kitap ve benzeri süresiz yayınlara söz konusu olduğunda cevap ve düzeltme hakkı kullanılamaz. Ongun, s. 131. Cevap hakkına karşı görüşler için bkz. Dönmezer, s. 317-318; Gölcüklü, s. 132.

<sup>33</sup> Hürlimann-Kaup/Schmidt, Nr. 988; Bucher, Nr 658; Hausheer/Aebi-Müller, Nr. 15.03; Riemer, s. 114.

ri okuyan okuyucu kitlesine hitap etme, düşüncelerini açıklama, kendilerini savunma, yanlış açıklamaları düzeltme imkânı elde ederler.<sup>34</sup> Bu bağlamda cevap ve düzeltme hakkı, basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasını engellemektedir.<sup>35</sup>

Hukukumuzda, bir haberin tehzibinin istenebilmesi için süreli yayınlarda yer alan bir haberin ya kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal etmesi ya da gerçeğe aykırı olması gerekmektedir. Bu bağlamda, şeref ve haysiyet ihlal eden haberler bir kenara bırakılırsa, maddi gerçeğe uygun haberlerin tehzibi mümkün değildir.<sup>36</sup> Peki görünürdeki gerçekliğe uygun haberler bakımından durum nasıldır? Maddi gerçeğe aykırı olmakla birlikte görünürdeki gerçeğe uygun haberler bakımından düzeltme ve cevap hakkı kullanılabilir mi? Yoksa bir yayın kuruluşu yaptığı haberin salt görünürdeki gerçekliğe uygun olması halinde tıpkı tazminat taleplerini reddedebileceği gibi tehzip yayımlamayıda reddedebilir mi?

### i. Tehzip Hakkı ile Sağlanması Hedeflenen Menfaat Dengesi

Kanaatimizce, bir haberin görünürdeki gerçekliğe uygun olması yayını yapan basın kuruluşuna tehzip talebini reddetme hakkı vermez.<sup>37</sup> Zira tehzip kurumu tazminat kurumundan farklı bir amaca

<sup>34</sup> Tuor/Schnyder/Schmid-Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 109; Çankaya/Batur Yamaner, s. 149; Çiftçi, Basın Kanunu, s. 48; Özel, Uluslararası Alanda Medya, s. 78; Ongun, s. 131; Özek, s. 94-95; Dönmezer, s. 316.

<sup>35</sup> Çiftçi, Radyo ve Televizyon, s. 895; Özel, Uluslararası Alanda Medya, s. 78.

<sup>36</sup> Madde metninden anlaşıldığı üzere şeref ve haysiyeti ihlal edici haberler bakımından da cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilir. Bu gibi hallerde yapılan haberin gerçeğe aykırı olması şartı aranmamalıdır. Zira maddede yer alan "veya" ibaresi alternatif şartın varlığına işaret etmektedir. Böylelikle, gerçeğe uygun dahi olsa, kişinin şeref ve haysiyetini ihlal edici haberlerin tehzibi istenebilir. Aynı görüşte bkz. Yıldız, s. 101; İçel/Ünver, s. 198; Güzel, s. 70; Sözüer, s. 377.

<sup>37</sup> Aksi görüşte bkz. Özel, Türk Medya Hukuku, s. 25; Özek, s. 104; Sözüer, s. 379; Coşkun, s. 52. Coşkun'a göre, "haberlin kamuoyuna ilk yansıtıldığı andaki mevcut duruma ve iddialara uygun olması" halinde cevap ve düzeltme hakkı kullanılmayacaktır. Coşkun, s. 52. İçel, Yargıtay'ın 1976 tarihli bir kararından (Yarg. 7. CD. 1976/2714 E., 1976/2314 K., 12.03.1976) yola çıkarak cevap düzeltme hakkı yönünden ilgi ve gerçeğe aykırılık koşullarını incelediği eserinde, objektif haber verme niteliği taşıyan yazılara karşı ilgilinin cevap ve düzeltme hakkının doğup doğamayacağı meselesini incelemiştir. Davaya konu olayda tehzip edilmek istenen haber Türk Haber Ajansı Bülteninden aktarılmış olup objektif bir haber verme niteliği taşıdığından bahisle Yargıtay ilgilinin cevap ve düzeltme hakkının doğmayacağını kabul etmiştir. İçel'in isabetle belirttiği üzere "yazının objektif

hizmet etmektedir. Daha açık bir ifadeyle, bu iki kurum farklı menfaat dengelerini gözetmektedir.

Tazminat davasının amacı, saldırıya uğrayan kişinin bu saldırı sonucunda uğramış olduğu malvarlığı veya şahıs varlığı zararının telafi edilmesidir.<sup>38</sup> Bu bağlamda, tazminatın konusu bir miktar para olduğundan, gerçek dışı haberler, kar amacı güden ticari işletmeler olan basın kuruluşlarının maddi kayıplar yaşamasına sebep olabilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, görünürdeki gerçekliğe uygun haberler nedeniyle tazminat istenememesi hususunun basın özgürlüğü ile yakından ilişkisi bulunmaktadır. Zira bir basın kuruluşunun yapacağı haberler nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalma endişesi duyması basın özgürlüğünü baltalar. Gerçekten de basın kuruluşlarının özgürce ve cesurca haber yapabilmeleri için tazminat ödeme endişesi duymamaları gereklidir. Ancak bu özgürlük, haber yapan kişilerin özen yükümlülüğü ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, basın özgürlüğünün sınırını, bir haberi yapmadan önce haberin gerçekliğinin araştırılması kuralı çizer.

Tazminat taleplerinden farklı olarak, bir haberin görünürdeki gerçekliğe uygunluğunun tekzip talebini engelleyeceğini kabul etmek mümkün değildir. Zira ortada bu tür bir kabulü gerektirecek türden bir menfaat dağılımı bulunmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle, maddi gerçeğe aykırı bir habere ilişkin tekzip talebinin kanunen engellenmesi ile basın özgürlüğünün korunduğu ileri sürülemez. Zira bir basın kuruluşunun ileride tekzip yayınlamak zorunda kalabileceği korkusu ile haber yapmaktan kaçınacağını ileri sürmek son derece güçtür. Haberin yayınlanması ile toplum önünde tabiri caiz ise lekelenen kişi, haberin gerçeğe uygun olmadığı aynı yolla duyurulması neticesinde toplum önünde aklanmış olur.<sup>39</sup> Bu nedenle tekzipin yayınlanmasında kişilik hakkı ihlal edilen kişinin önemli bir menfaati bulunmaktadır. Oysa, görünürdeki gerçeğe uygun olsa dahi, maddi gerçeğe aykırı bir

---

haber verme niteliğine sahip olması ve başka bir kaynaktan iktibas edilmiş bulunması, cevap ve düzeltme hakkının doğması yönünden önemli değildir." İçel, s. 723. Kanaatimizce de önem taşıyan husus verilen haberin maddi gerçeğe aykırı olmasıdır.

<sup>38</sup> Belli, s. 91; Özel, Uluslararası Alanda Medya, s. 81.

<sup>39</sup> Tekzip halinde haber konusunun bir kez daha gündeme gelecek olmasının ve ilk haberi okumayan kişilerin de tekzip neticesinde söz konusu haberi öğrenme ihtimalinin tekzipin dezavantajlarından olduğu görüşü hakkında bkz. Roberto-Hofer/Hrubesch-Millauer/Roberto, Nr.18.234.

haber nedeniyle kişilik hakkı ihlal edilen kişinin menfaati ile karşılaştırıldığında, haberi yapan basın kuruluşunun korunmaya değer bir menfaati bulunduğunu ileri sürmek güçtür.<sup>40</sup> Olsa olsa ilgili basın kuruluşu yanlış haber yaptığının anlaşılması nedeniyle toplum nezdinde itibar kaybı yaşar.<sup>41</sup> Ancak basın kuruluşunun itibarının korunması için habere konu kişinin kişilik hakkının feda edilmesi düşünülemez. Kaldı ki hem kişilik hakkı ihlâl edilen kimsenin hem de kamunun yararı tezkibin yapılması gereğini ortaya koymaktadır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, basın özgürlüğünün kabulünün altında basın faaliyetinin kamuyu aydınlatma işlevi yatar. Yani basın özgürlüğünün bu denli korunmasının nedeni bu özgürlüğün tanınmasında kamu yararı bulunmasıdır. Tekzip kurumu basının gelişen etkinliği karşısında birey ve kuruluşların sahip olduğu bir savunma aracı olup bir denge ögesi niteliğindedir. Cevap ve düzeltme hakkının kullanılabilmesi, toplumun doğru bilgilendirilmesi bakımından önemlidir.<sup>42</sup> Bu çerçevede tekzip, yapılmış bir haberin gerçek dışı olduğunu ve maddi gerçeğin ne olduğunu kamuya bildirme işlevine sahip olduğundan bizzat kamunun yararına yararlıdır.<sup>43</sup> Yani bu halde kamu yararı bizzat tezkibin yapılması ile sağlanmaktadır.

<sup>40</sup> Hukukumuzda cevap hakkını kullanmak isteyen kimse yayının gerçeğe aykırılığını kanıtlamak zorundadır. Türk hukukundaki düzenlemenin aksine, kimi ülkelerin basın kanunlarında habere konu edilen kişinin cevap hakkı kullanması maddi gerçeğin araştırılmasına bağlı tutulmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle, ilgili kişinin haberi gerçeğe aykırı görmesi cevap hakkının doğması için yeterlidir. İçel/Ünver, s. 199. Benzer görüşte olan İçel'e göre, gerçeğe aykırılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyen hakimnin ilgilinin beyan ve gerekçelerine üstünlük tanınması ve bu konuda derinlemesine araştırmalara girişmemesi uygun olacaktır. İçel, s. 724. Buna karşılık cevap ve düzeltme hakkının sınırsız bir hak olmadığı da gerçektir. Zira Basın Kanunu, cevap ve düzeltme hakkını ancak belirli durumlarda tanımaktadır. Bu hal doğrudan basın özgürlüğünü korumaktadır. Örneğin, Basın Kanunu bir dönem kişilerin "menfaatini bozan" haberlerin tekzip edilebileceğini ve bu husustaki taleplerin Cumhuriyet savcıları tarafından karara bağlanacağını düzenlemekteydi. Salihpaşaoğlu'na göre, söz konusu dönemde Basın Kanunu'nda yer alan ifadenin genişliğinden de yararlanan siyasal iktidar hoşnutsuz olduğu her türlü haberi tekzip ettirmiş ve bir dönem basın işlevini yapamaz hale gelmiştir. Bkz. Salihpaşaoğlu, s. 100. Bu konuda ayrıca bkz. Çankaya/Batur Yamaner, s. 150; Özek, s. 94.

<sup>41</sup> Cevap ve düzeltme metinlerinin sık sık yayınlanması, söz konusu basın kuruluşunun tirajını etkileyebilmekte ve ilgili gazetecinin kurum içerisindeki yerini sarılabilmektedir. Tikveş, s. 84.

<sup>42</sup> Salihpaşaoğlu, s. 99.

<sup>43</sup> İçel/Ünver, s. 195; Çiftçi, Radyo ve Televizyon, s. 894. Zira gerçeğe aykırı yayımlar kamunun yararına da aykırıdır. Çolak, s. 175.

## ii. Gerçeğe Aykırılığının Değerlendirilmesinde Sübjektif ve Objektif Ölçütler

İncelediğimiz konuya ilişkin önemli bir tartışma, gerçeğe aykırılığın değerlendirilmesi aşamasında sübjektif ölçütlerden mi yoksa objektif ölçütlerden mi yararlanılacağıdır. Sübjektif ölçütlerden yararlanılması halinde, habere konu kişinin sübjektif olarak gerçeğe aykırı saydığı hallerde cevap ve düzeltme hakkı kullanılabilir. <sup>44</sup> Bu görüşün temelinde yargıcın kısa bir süre içerisinde maddi gerçeği objektif olarak ortaya çıkarmasının güç olduğu düşüncesi yatmaktadır. <sup>45</sup> Özek'e göre objektif yöntemin kabul edilmesi hem Türk hukukuna uygun hem de isabetli olacaktır. Zira cevap ve düzeltme hakkı, haber verme sınırının aşıldığı, yani fiili hukuka aykırılık hallerinde söz konusu olduğundan, haberin gerçekliği de objektif olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca, sübjektif ölçütün kullanılması, en doğru haberin dahi yalanlanabilmesine imkan vereceğinden, basın özgürlüğünün ve haber verme hürriyetinin sınırlanmasına yol açabilecektir. <sup>46</sup> Özek, hakim objektif ölçütten yola çıkarak gerçeği ortaya koymasının zor olsa da mümkün olduğunu ifade etmekte ve cevap ve düzeltme hakkının kullanılması bakımından da aranan gerçeğin görünürdeki gerçek olduğunu savunmaktadır. <sup>47</sup>

Bizim savunduğumuz görüşe göre de cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasında objektif ölçütü dikkate almak uygun olacaktır. Zira maddi gerçeğe uygun bir haber söz konusu ise, habere konu kişinin kendi iç dünyasında bu haberi gerçeğe aykırı kabul etmesi cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasına imkan vermemelidir. Aksi halde, hakkında haber yapılan her kişi sırf sübjektif gerekçelere dayanarak cevap ve düzeltme hakkını kullanabilecek ve basın faaliyeti sekteye uğrayacaktır. <sup>48</sup> Nasıl ki sübjektif ölçütün kullanılması, cevap ve düzeltme hakkının sınırlarını basın kuruluşu aleyhine ölçüsüz şekilde genişletiyorsa, bu hakkın kullanımının -maddi gerçeği dikkate alma-

<sup>44</sup> Özek, s. 101. (Eski) Basın Kanunu'nun 19. maddesine ilişkin Hükümet Tasarısında sübjektif sistemin önerildiği, bunu karşılık bu önerinin kanun koyucu tarafında kabul edilmediği hakkında bkz. Sözüer, s. 378.

<sup>45</sup> Özek, s. 102. Uygulamada çözümü zor güçlükler çıkarabileceği gerekçesiyle objektif ölçüte karşı bkz. Gölcüklü, s. 139-140.

<sup>46</sup> Sözüer, s. 380; Özek, s. 102.

<sup>47</sup> Özek, s. 102-103.

<sup>48</sup> Benzer görüşte bkz. Sözüer, s. 380.



arak- haberin görünürdeki gerçeğe aykırı olduğu hallerle sınırlandırılması da habere konu kişinin menfaatlerini aynı ölçüde göz ardı etmektedir. O nedenle, taraflar arasındaki menfaat dengesi dikkate alındığında, görünürdeki gerçekliğe uygun olmakla birlikte maddi gerçekliğe aykırı haberler bakımından da cevap ve düzeltme hakkının kullanılması mümkün olmalıdır. Kanaatimizce objektif ölçüt ve sübjektif ölçüt arasındaki denge noktası budur.

#### 4. İsviçre Hukukundaki Durum

Cevap ve düzeltme hakkı İsviçre Medeni Kanunu'nun (İMK) 28g-j maddeleri arasında düzenlenmiştir. ZGB'nin 28. Maddesine göre *gazete, radyo ve televizyon başta olmak üzere, süreli bir yayında yer alan bir durum açıklaması (Tatsachendarstellung) nedeniyle kişiliği doğrudan etkilenen bir kişi cevap (Gegendarstellung) hakkını kullanabilir.*

Görüldüğü üzere, cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasını şeref ve haysiyet ihlali ya da gerçeğe aykırı yayın şartına bağlayan Basın Kanunu'muzun aksine, aynı konuyu düzenleyen İMK tekzip istenebilmesi için kişiliğin doğrudan etkilenmesini yeterli bulmuştur. Bu bağlamda, İMK çerçevesinde cevap ve düzeltme hakkının kullanılabilmesi için kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi koşulu aranmamaktadır.<sup>49</sup> Zira cevap ve düzeltme hakkı, süreli bir yayında bir kimse hakkında yaratılan görüntünün düzeltilmesine hizmet eder. Bu nedenle, cevap ve düzeltme hakkının kullanılması salt bir vakıa açıklamasına bağlıdır ve kişilik hakkının hukuka aykırı şekilde ihlal edilmesini gerektirmez.<sup>50</sup> Kaldı ki cevap ve düzeltme hakkının kullanılabilmesi için söz konusu tekzip edilecek haberin hukuka aykırı olması da şart değildir.<sup>51</sup> Bunun sebebi cevap ve düzeltme hakkının olabildiğince çabuk kullanılabilmesine imkan sağlanmasıdır.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> 112 II 195; 113 II 217; 135 III 387; Geis, s. 73; Hausheer/Aebi-Müller, Nr. 15.01; Hürlimann-Kaup/Schmid, Nr. 997; Tuor/Schnyder/Schmid-Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 110.

<sup>50</sup> Hausheer/Aebi-Müller, Nr. 15.01. "Vakıa açıklamaları, geçmişteki ve mevcut olaylara ve meselelere ilişkin, gerçekliği talep edilebilen ve doğruluğu objektif olarak ispatlanabilir ifadelerdir." Zihler, Rz.12.

<sup>51</sup> 112 II 195; 113 II 217; 135 III 387; Tuor/Schnyder/Schmid-Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 110; Riemer, s. 114; Özel, Uluslararası Alanda Medya, s. 79.

<sup>52</sup> Bucher, Nr. 671.

Cevap ve düzeltme hakkı, basın kuruluşunun dayanabileceği bir hukuka uygunluk nedeni bulunup bulunmadığından bağımsız olarak mevcuttur.<sup>53</sup> Nitekim cevap ve düzeltme hakkının kullanılması, kişisel vakıalar konusundaki gerçeğin tespiti faaliyetine sağlanan bir katkıdır. Bu bağlamda, habere konu kişi, basın kuruluşunun bir vakıa açıklamasına karşı sadece başka bir vakıa açıklaması ileri sürülebilmektedir.<sup>54</sup> Diğer bir deyişle, cevap ve düzeltme hakkı çerçevesinde ileri sürülecek vakıanın gerçekliğinin veya gerçeğe aykırılığının kural olarak ispat edilebilir ve objektif olarak tespit edilebilir olması gerekmektedir.<sup>55</sup> Vakıaya karşı vakıa ileri sürülebilmesi suretiyle her iki tarafa da eşit silahlar sağlanmış olmaktadır.<sup>56</sup>

### III. Sonuç

Bir haberin salt “görünürdeki gerçekliğe” uygunluğu tazminat istemlerinin aksine düzeltme (tekzip) istemlerini engellemez. Zira tazminat ve tekzip kurumlarının dengelemeyi amaçladıkları menfaat çatışmaları birbirinden farklıdır. Tekzibin yayınlanmasında kişilik hakkı ihlal edilen kişinin önemli menfaati bulunmaktadır. Ancak görünürdeki gerçeğe uygun olsa dahi, maddi gerçeğe aykırı bir haber nedeniyle kişilik hakkı ihlal edilen kişinin menfaati karşısında, haberi yapan basın kuruluşunun korunmaya değer bir menfaati bulunduğu kabul etmek güçtür. Kaldı ki basın özgürlüğünün bu denli korunmasının nedeni bu özgürlüğün tanınmasında kamu yararı bulunmasıdır. Ancak maddi gerçeğe aykırı haber kamuyu aydınlatma işlevinden yoksun olduğundan, bu halde tekzibin yapılması bizzat kamunun yararınadır.

### KAYNAKLAR

- Aksoy Hüseyin Can, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Çakmak, Ankara 2010.  
Avşar B. Zakir / Öngören, Gürsel, Radyo ve Televizyon Hukuku, Ankara 2003.

<sup>53</sup> Hürlimann-Kaup/Schmid, Nr. 998

<sup>54</sup> Hausheer/Aebi-Müller, Nr. 15.03; Bucher, Nr. 679; Riemer, s. 115.

<sup>55</sup> Basler/Schwaibold, Art. 28g, Nr. 2.

<sup>56</sup> Basler/Schwaibold, Art. 28g, Nr. 1; Hausheer/Aebi-Müller, Nr. 15.03.

- Aydın Sevil, Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Hukuksal Koruma, Ankara 1998.
- Belli Doğan Bülent, Basın Yolu ile Kişilik Hakkına Saldırılardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2008.
- Bucher Andreas, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009.
- Coşkun Atilla, Gazete, Radyo ve Televizyon Yayınlarında Cevap Hakkı, İstanbul 2002.
- Çankaya Özden / Batur Yamaner Melike, Kitle İletişim Özgürlüğü, Ankara 2006.
- Çetin Erol, Son Değişikliklerle Basın Hukuku, Ankara 2008. (Çetin, Basın Hukuku)
- Çetin Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Basın Kanunu, Ankara 1999. (Çetin, Basın Kanunu)
- Çiftçi Ahmet, "3445 Sayılı Kanunla Değiştirilen Basın Kanununun 19. Maddesinde Göre Yazılı Basında Cevap ve Düzeltme Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 42, S. 1-4, s. 47-80. (Çiftçi, Basın Kanunu)
- Çiftçi Ahmet, "Radyo ve Televizyonda Cevap ve Düzeltme Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 48, S. 6, s. 893-908. (Çiftçi, Radyo ve Televizyon)
- Çolak Nusret İlker, Kitle İletişim Hukuku, Ankara 2007.
- Dönmezer Sulhi, Basın ve Hukuku, İstanbul 1976.
- Gedik Ömer, Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye'de İletişim Özgürlüğü, Ankara 2008.
- Geis Thomas, Persönlichkeitsschutz: Pressezensur oder Schutz vor Medienmacht?, *SJZ* 92/1996, s. 73-84.
- Gölcüklü Feyyaz, Haberleşme Hukuku, Ankara 1970.
- Güzel Abdullah, Cevap ve Düzeltme Hakkı, Ankara 2010.
- Hausheer Heinz/ Aebi-Müller Regina E, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpfli Verlag AG, Bern 2008.
- Hofer Sibylle/ Hrubesch-Millaue Stephanie/ Roberto Vito, Einleitungsartikel und Personenrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern 2011. (Yazar-Hofer/Hrubesch-Millaue/Roberto)
- Honsell Heinrich/ Vogt Nedim Peter/ Geiser Thomas, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010. (Basler/Schwaibold)
- Hürliemann-Kaup Bettina/ Schmid Jörg, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2010.
- İçel Kayıhan, Cevap ve Düzeltme Hakkı Yönünden "İlgi" ve "Gerçeğe Aykırılık" Koşulları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLII, S. 1-4, s. 717-724.
- İçel Kayıhan / Ünver Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2007.
- Kanadoğlu O. Korkut, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul 2000.

- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005. (Kılıçoğlu)
- Kılıçoğlu Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1993. (Kılıçoğlu, Şeref)
- Oğuzman M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.
- Ongun Coşkun, Yargı Kararları Işığında Medya Hukuku, İstanbul 2010.
- Özek Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978.
- Özel Sibel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, İstanbul 2002. (Özel, Uluslararası Alanda Medya)
- Özel Sibel, Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Hukuka Uygunluk Unsurunun Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2004, S. 1, s. 163-184. (Özel, Basın Yoluyla)
- Özel Cevat, Türk Medya Hukuku, İstanbul 1999. (Özel, Türk Medya Hukuku)
- Riemer Hans Michael, Gegendarstellungsrecht (Art. 28g-28l ZGB), insbesondere offene und kontroverse Fragen, recht 2004, s. 114-118.
- Salihpaşaoğlu Yaşar, Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Ankara 2007.
- Sözuer Adem, Cevap ve Düzeltme Metninin Yayınlanmasına İlişkin Yargı Kararı Cebri İcra Yoluyla İnfaz Edilebilir mi?, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 17, S. 1-2, s. 373-391.
- Tikveş Özkan, “Cevap Hakkı Üzerine Bir İnceleme”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 1967, C. 1, S. 1, s. 65-84.
- Tuor Peter/ Schnyder Bernhard/ Schmid Jörg/ Rumo-Jungo Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch Schultess Zürich-Basel-Genf 2002. (Yazar-Tuor/ Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo)
- Tüfek Ömer Faruk, Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk, Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması, Ankara 2006.
- Yenisey Feridun/ Özel Cevat, İçtihatlı Basın Mevzuatı, İstanbul 1996.
- Yıldız Sevil, Medya ve Hukuk, Ankara 2010.
- Zihler Florian, Tatsachenaussagen und Werturteile: Eine überholte Kategorisierung?, Jusletter 15 August 2005, <<http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabeticisch/weberr/archiv/herbstsemester2008/unterlagenmedienrecht/ArtikelTatsachenaussagenundWerturteile.pdf>>.

# SOSYAL DİYALOG PERSPEKTİFİNDE ULUSAL İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KONSEYİ THE NATIONAL OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY COUNCIL FROM A SOCIAL DIALOG PERSPECTIVE

Vedat LAÇİNER\*

**Özet:** Kişilerin kendilerini ilgilendiren konularda, karar verici konumda olmayı istemelerinden doğal bir şey yoktur. Bu gerçekten yola çıkan toplumsal barış arayışları, sosyal diyalog mekanizmalarını yaratmıştır. İş sağlığı ve güvenliği alanında ulusal düzeyde sosyal diyalog mekanizması Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi'dir. Bu çalışma bir yandan sosyal diyalogun önemine işaret etmekte, diğer yandan da Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi'nin sosyal diyalog işlevini gerektiği gibi yerine getirip getiremediğini tartışmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Sosyal diyalog, Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi, sosyal taraflar, iş sağlığı ve güvenliği.

**Abstract:** There is almost nothing more natural than the individual's desire to be a decision maker on the issues that are pertinent his/her life. Taking action based on this truth, the search for social peace has given birth to mechanisms of social dialogue. This social dialogue mechanism is represented by The National Occupational Health and Safety Council at the national level. First, this study points at the importance of social dialogue and then it discusses whether the National Occupational Health and Safety Council is able to carry out its function of social dialogue at the desired/required level.

**Keywords:** Social Dialogue, The National Occupational Health and Safety Council, Social Partners, Occupational Health and Safety

---

\* Yrd.Doç.Dr., Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## 1. SOSYAL DİYALOG VE İŞ GÜVENLİĞİ

Çağdaş dünyada iş hukukunun ilgi alanı bir işçi ile işveren arasındaki ilişkiyi düzenlemekten öteye geçmiştir. Emek piyasası bir ülkenin ekonomisinde ve sosyal yapısında büyük önem taşır. Devlet, çalışanları korumak, çalışma barışını kollamak, sosyal güvencelerini sağlamak için çeşitli müesseseler kurmuştur. Toplum açısından bu derece önemli bir alanda işverenler ve çalışanlar yalnız bırakılmamış, getirilen bir takım sorumluluklarla devlet bu alana müdahale etmiştir. Ancak bu alanda devletin mutlak belirleyiciliği toplumsal barış açısından olumsuz etkiler yarattığından, bugün iş hukukunda işçi, işveren ve devletten oluşan bir üçlü yapılanmadan söz edilmektedir. “Sosyal diyalog” kavramıyla ifade edebileceğimiz bu yapılanma, toplumsal uzlaşma ve barış fikrine dayanmaktadır. Sosyal diyalog ile toplumun çeşitli kesimlerinin faaliyetlerinin uyumlaştırılması yoluyla toplumsal gerginliklerin ve çatışmaların azaltılması amaçlanır. Bununla birlikte, ekonomik ve sosyal sorunlara toplum kesimleriyle diyalog kurularak çözümler üretilmesi sağlanır. Dar anlamda sosyal diyalogdan işçi-işveren ve devletten oluşan üçlü işbirliği anlaşılır. Ancak bugün, işçi ve işverenden oluşan sosyal tarafların, toplumdaki diğer organize olmuş çıkar grupları ile birlikte, temel ekonomik ve sosyal politikaların belirlenmesi için yaptığı her türlü danışma ve müzakere süreçlerini ifade eden geniş anlamda sosyal diyalog kavramı tercih edilmektedir. Bu bağlamda, sosyal diyalog sürecine devletin yanı sıra, işçi ve işveren kesimlerine ait üst kuruluşlar, bağımsız serbest meslek örgütleri, çiftçi, esnaf ve sanatkârların örgütlü toplulukları gibi sosyal uzlaşma tabanını genişletebilecek grupların da katılmaları sağlanır.<sup>1</sup>

Sorunların sosyal diyalog mekanizması yoluyla çözümü sürecine Avrupa Birliği’nde büyük önem verilmektedir. Sosyal diyalog, Avrupa Birliği’nin en önemli sosyal politika araçlarından biridir. Birlik düzeyinde sosyal diyalog 1957 tarihli Roma Antlaşmasından günümüze sürekli artan bir değer kazanmış ve Avrupa müktesebatının da önemli bir parçası haline gelmiştir (bkz: Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma m.154 ve 155).<sup>2</sup> Bugün sosyal diyalog, Avrupa Komisyonu’nun yeni tüzük ve direktif yapım sürecinde Avrupa Birliği’nin önemli bir politika danışma aracıdır. Nitekim Avrupa Birliği mevzuatını oluşturan

<sup>1</sup> Görmüş, s.117.

<sup>2</sup> Görmüş, s.115.

ran çerçeve direktifler sosyal tarafların katılımıyla kabul edilen ve üye devletlerce uyulması zorunlu yasal düzenlemelerdir.<sup>3</sup> Son dönemde Avrupa Birliği'nde sosyal diyalogdaki gelişmeler sektörel düzleme yoğunlaşmaktadır (sektörel sosyal diyalog). 2013 yılında sosyal diyalog çalışmaları 40 sektöre kadar çıkmıştır. Örneğin kimya alanında 2002 yılında başlayan Avrupa kimya endüstrisindeki sosyal taraflar arasındaki görüşmeler en başta ihtiyari olarak gerçekleşmiş bir toplantıydı. 2004 yılında Avrupa Komisyonu resmi olarak kimya alanındaki Avrupa sosyal diyalog çalışmalarını tanımıştır. 2005 yılından itibaren ise ekonomik ve sosyal konuları içeren ve bir başlığın da iş sağlığı ve güvenliği olduğu toplantılar yürütülmeye başlanmıştır. Sektör sosyal tarafların oluşturduğu çalışma grupları, Avrupa Komisyonu temsilcilerinin de katıldığı toplantılarda görüşmeler yapmaktadırlar. Sonuçlar yıllık olarak Avrupa Birliği ve kamuoyu ile paylaşılmaktadır.<sup>4</sup>

Avrupa Birliği ile üyelik müzakere sürecini yürüten Türkiye'nin de, gerek yasal gerekse kurumsal olarak sosyal diyalog mekanizmalarını iç hukuka uyarlaması ve akabinde uygulaması gerekmektedir. Bugüne kadar Türkiye'nin sosyal diyalog mekanizmaları konusunda birçok girişimi olmasına rağmen, hemen hemen hiçbirinde sosyal uzlaşma anlamında gerçek bir başarıyı sağladığından sözedilemez. Bunun birçok sebebi olmakla beraber, temel sebeplerinin sosyal diyalog mekanizmalarının kurumsal olarak yetersiz bir yapıda oluşturulmaları, yaptırım gücüne sahip olmamaları, üye sayısı ve dağılımı açısından devletin daha çok güdümünde hareket edecek şekilde yapılandırılmaları, yetersiz sayıda olmaları, ekseriyetle ulusal düzlemde kalıp, etki anlamında işyeri boyutuna inememeleri, mekanizmaların daha çok günü kurtarmak amaçlı girişimler olması kaynaklı olduğu söylenebilir. Nitekim Avrupa Birliği'nin Türkiye hakkındaki 2013 Yılı İlerleme Raporu'nun "Sosyal Politika ve İstihdam" başlıklı 19.faslına ilişkin eleştirilerin yarısına yakını sosyal diyalog konusundaki noksanlıklar üzerinedir.<sup>5</sup> Sosyal diyalogun nimetlerinden yararlanılabilmesi için Türkiye'nin etkin bir sosyal diyalog mekanizması kurması

<sup>3</sup> Ateş, s.5 vd.

<sup>4</sup> [http://de.wikipedia.org/wiki/Europ%C3%A4ischer\\_Sozialdialog](http://de.wikipedia.org/wiki/Europ%C3%A4ischer_Sozialdialog) (Erişim: 11.09.2013).

<sup>5</sup> Avrupa Birliği İlerleme Raporu 2013 Türkiye, Commission Staff Working Document Turkey 2013, Progress Report, s.48, <http://ua.gov.tr/docs> (Erişim: 23.12.2013).

şarttır. Türkiye'nin 1993 yılında Uluslararası Çalışma Normları Uygulamasının Geliştirilmesinde Üçlü Danışmaya İlişkin 144 sayılı ILO Sözleşmesi'ni onaylamasıyla, bir Ekonomik ve Sosyal Konsey oluşturma yükümlülüğü doğmuştu.<sup>6</sup> Bunun üzerine 17 Mart 1995'de yayınlanan 1995/5 sayılı Başbakanlık Genelgesi'yle Türkiye'nin ilk Ekonomik ve Sosyal Konseyi kurulmuştur. 21 Nisan 2001'de ise 4641 sayılı "Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma esas ve Yöntemleri Hakkında Kanununun çıkartılmasıyla Konseye yasal bir statü kazandırılmıştır.<sup>7</sup> Bu Konsey oluşturulurken sadece bir danışma konseyi niteliğinde yapılandırılmıştır. Konseyin görevi; ekonomik ve sosyal politikaların oluşumunda farklı çıkarların temsili aracılığıyla toplumsal uzlaşma ve işbirliğini gerçekleştirme, endüstri ilişkilerinde kalıcı barışın sağlanması ve istihdam, verimlilik ve gelirlerle ilgili konularda hükümete danışmanlık yapmaktır.<sup>8</sup> 2003 yılında 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesiyle "Üçlü Danışma Kurulu" adında yeni bir sosyal diyalog mekanizması kurulmuştur (bkz: İşK m.114). Bu Kurul da bir danışma kurulu niteliğindedir. Kanunda kuruluş amacı; çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesi, çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulanmasının izlenmesi olarak belirlenmiştir (İşK m.114). Kurul, her ne kadar 4641 sayılı Kanun ile kurulan Ekonomik ve Sosyal Konseyin bir alt kolu olarak kurulmuş olsa da<sup>9</sup>, görev alanı ve üye dağılımı bağlamında bu Konseyden farklılık göstermektedir.<sup>10</sup>

Konunun insan sağlığı boyutu düşünüldüğünde, ülke genelinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili politika ve stratejilerin belirlenmesinde sosyal tarafların katkıda bulunması büyük önem taşımaktadır. Birçok insanı ve kesimi ilgilendiren bu alanda, konuya değişik açılardan bakan güç odakları arasında güç birliği oluşturmak gereklidir.<sup>11</sup> Türkiye'de ulusal düzeyde bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulması fikri ilk olarak 1965 yılında Devlet Planlama Teşkilatı'nın gündemine gelmiştir. Kurulun oluşturulmasına ilişkin olarak icra planında yer alan bu düşünce, maalesef III. ve IV. Kalkınma Planı dönemlerinde

<sup>6</sup> Parlak, s.17.

<sup>7</sup> Parlak, s.18.

<sup>8</sup> Konseyin işleyişine ilişkin eleştirel bir bakış için bkz: Parlak, s.18 vd.

<sup>9</sup> Kurul ile ilgili olarak bkz: 04.04.2004 tarihli Çalışma Hayatına İlişkin Üçlü Danışma Kurulu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik.

<sup>10</sup> Koray/Çelik, s.68.

<sup>11</sup> Fişek, Karar Verici Konum, s.13.



gereken ilgiyi görmemiştir. Nihayet 7 Temmuz 1978 tarihinde Çalışma Bakanı'nın çağrısı ile Ulusal Düzeyde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurulu adını taşıyan bu kurul ilk toplantısını yapmıştır. Kurulun yapısında kamu kuruluşlarının, toplum örgütlerinin temsilcileri ve ayrıca alanında uzman başkaca temsilciler bulunuyordu. Kurulun oluşturduğu alt komisyon çalışmalarında, alt düzeyde sosyal diyalogun nasıl sağlanacağına ilişkin birçok ilkeler de benimsenmiştir. Hatta mevcut Kurulun idari ve mali açıdan özerk bir kurum olması da planlanmıştı.<sup>12</sup> Ancak, bu gelişmelerden kısa bir süre sonra gelen 12 Eylül askeri yönetimi, sözkonusu planların gerçekleşmesine imkan vermemiştir.<sup>13</sup> Bu ilk girişim sonrasında, Türkiye'de iş sağlığı ve güvenliği konusunda, ulusal düzeyde sosyal diyalogun gelişmesine yönelik olarak, VIII. Beş Yıllık Kalkınma Planına kadar ciddi bir çalışma yapıldığı söylenemez.<sup>14</sup> 27 Haziran 2000 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilen 2001-2005 yılları arasını kapsayan bu Kalkınma Planında; iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin geliştirilerek iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ölçüm, meslek hastalıklarının ortaya çıkartılması, işyeri hekimliği, danışmanlık, eğitim hizmetleri, meslek hastalıkları hastaneleri, denetim gibi hizmetlerin yeniden yapılandırılarak geliştirilmesi amaç ve politika olarak yer almaktadır. Belirlenen amaca ulaşmak için gerekli hukuki ve kurumsal düzenleme olarak ise iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü normları dikkate alınarak yenilenmesi ve sosyal tarafların da yer alacağı "İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu"nun oluşturulması öngörülmüştür.<sup>15</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü'nün İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Sözleşmesinin Türkiye tarafından 2004 tarihinde 5038 sayılı Kanunla kabul edilip onaylanmasıyla, Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi kurulması çalışmaları da hız kazanmıştır. 155 sayılı Sözleşmenin 4.maddesinde iş sağlığı ve güvenliği ile çalışma ortamına ilişkin tutarlı bir politika geliştirilmesinden söz edilmektedir. Bu politikanın geliştirilmesinde ise, işçi ve işveren kuruluşlarına danışılması öngörülmektedir. Sözkonusu yükümlülüğün yerine getirilmesi için, iş sağlığı ve güvenliği alanında sosyal diyalog mekanizması olarak ku-

<sup>12</sup> Fişek, Karar Verici Konum, s.6-7.

<sup>13</sup> Fişek, Ulusal Düzeyde, s.8.

<sup>14</sup> Baloğlu, s.94.

<sup>15</sup> DPT., VIII. Beş Yıllık Kalkınma Planı (2001-2005), <http://ekutup.dpt.gov.tr/plan/plan8.pdf> (Erişim: 21.12.2013); Erginbaş, s.70.

rumuş en önemli müessese 25 Şubat 2005 tarihli ve 755 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Genelgesi ile kurulan Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi'dir.<sup>16</sup> Bu Konsey, iş sağlığı ve güvenliğinde sosyal taraflar (işçi ve işveren sendikaları üst kuruluşları), üniversiteler, sivil toplum kuruluşları, diğer ilgili kurum ve kuruluşları biraraya getirerek iş sağlığı ve güvenliği konusunda ihtiyaç, öncelik, politika ve stratejilerin belirlenmesi ile tarafların görüş ve düşüncelerini açıklamalarını sağlayan bir platform oluşturmak üzere kurulmuştur.<sup>17</sup>

Ulusal İş Sağlığı Güvenliği Konseyi, ilk toplantısını 2005 yılında yapmıştır. Konseyin ilk çalışması, iki konuda çalışma grubu oluşturmak olmuştur. Bu gruplar; işyerinde riskler ve risk gruplarının belirlenmesi çalışmalarının yapılması ve bir İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu oluşturulması amaçlıdır.<sup>18</sup> Ayrıca bu Kurul, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çıkana değin iki önemli belge kabul etmiştir. Bunlardan ilki Konseyin çalışma yönergesi, diğeri ise 2006-2008 yılında iş sağlığı güvenliği alanında yürütülecek eylemlerin ana çerçevesini verecek olan ulusal eylem planıdır.

30 Haziran 2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile iş güvenliği alanında önemli düzenlemeler yapılmış ve böylece iş dünyası açısından yeni bir dönem başlamıştır. Bu kanunla getirilen önemli yeniliklerden biri de, ülke genelinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili politika ve stratejilerin belirlenmesi için tavsiyelerde bulunmak üzere "Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi" oluşturulmasıdır.<sup>19</sup> Söz konusu Konsey, 2005 yılında kurulandan farklı olarak yasal dayanağını bir genelgeden değil de, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan almaktadır (İSGK m.21). Konsey'in kurulması sonrası Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi Yönetmeliği adı altında bir de uygulama yönetmeliği çıkarılmıştır.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi, [http://212.175.131.61/www.isggm.gov.tr/htdocs/article.php?article\\_id=10](http://212.175.131.61/www.isggm.gov.tr/htdocs/article.php?article_id=10) (Erişim: 12.12.2013)

<sup>17</sup> 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Madde Gereçleri, TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı: 277, Komisyon, m.17, <http://www.sayilikanun.com/6331-sayili-is-sagligi-ve-guvenligi-kanununun-geregesi/> (Erişim: 23.10.2013).

<sup>18</sup> Fişek, Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi, <http://www.fisek.org.tr/kurum-kimligi/birliktelikler/ulusal-is-sagligi-guvenligi-konseyi/#calisma> (Erişim: 23.10.2013).

<sup>19</sup> Korkmaz/Avsallı, s.154.

<sup>20</sup> RG., 05.02.2013, 28550.

## 2. KONSEYİN KURULUŞ AMACI VE ÜYE YAPISI

5 Şubat 2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi Yönetmeliği ile Türkiye genelinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili politika ve stratejilerin belirlenmesi için tavsiyelerde bulunmak üzere yeni Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi resmen kurulmuştur (İSGK m.21/f.1).<sup>21</sup> Konsey çalışmalarında ulusal ve uluslararası gelişmeleri ve ülke koşullarını göz önünde bulundurulur. Çalışma hayatında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevcut şartların iyileştirilmesi ve güvenlik kültürünün ülke genelinde yaygınlaştırılması amacıyla üyelerin işbirliği içerisinde çalışması esas alınır. Konsey, iş sağlığı ve güvenliği alanında ülke politikalarının oluşturulmasında konuyla ilgili tüm tarafların görüş ve düşüncelerinin alınmasını sağlar (Yön. m.4).

Konsey, hükümet temsilcileri ile diğer kurum temsilcilerinden oluşmaktadır. Konseye, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı müsteşarı başkanlık eder (Yön. m.3,b; m.5/f.1). Konseyin sekretaryası, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nce yürütülür (İSGK m.21/f.4). Konsey, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir. Oyların eşitliği hâlinde başkanın oyu kararı belirler. Çekimser oy kullanılmaz (İSGK m.21/f.5). Konsey, birisi Haziran ve diğeri Aralık ayında olmak üzere yılda iki defa olağan toplanır. Başkanın veya üyelerin üçte birinin teklifi ile olağanüstü olarak da toplanabilir (İSGK m.21/f.6).

Öğretide Konseyin üye yapısı, ağırlıklı olarak devlet temsilcilerine yer verildiği, üçlü temsil esasını tam yansıtmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>22</sup> Şekli açıdan Kurulun üye dengesinde gerçekten devlet temsilcilerinin ağırlıklı olup olmadığının irdelenmesi gerekir.

Kurulun üye yapısı üç grupta toplanabilir (bkz: İSGK m.21; Yön. m.5). Birinci grup Kurul üyeleri, doğrudan devlet temsilcilerinden oluşmaktadır. Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi Yönetmeliğine göre, Konseyde yer alan devlet temsilcileri; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Ku-

<sup>21</sup> RG., 05.02.2013, Sayı: 28550.

<sup>22</sup> Centel, s.5-7.

rule Başkanı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'ndan bir genel müdür, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür, Kalkınma Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür, Milli Eğitim Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür, Sağlık Bakanlığı'ndan ilgili bir genel müdür, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'ndan bir yürütme kurulu üyesi ve Devlet Personel Başkanlığı'ndan bir başkan yardımcısı şeklinde sıralanmıştır (İSGK m.21/f.2,a-c; Yön. m.5/f.2,a-c). Böylece devlet temsilcisi üyelerin toplam sayısı 14'tür.

Konsey üyelerinin ikinci grubunu ise; işçi, işveren ve kamu görevlileri sendikalarının üst kuruluşlarının yöneticileri ile bazı kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından gelen temsilciler oluşturmaktadır. Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyine devlet dışından katılan bu temsilciler; işveren sendikaları üst kuruluşların en fazla üyeye sahip ilk üçünden<sup>23</sup> bir yönetim kurulu üyesi, işçi sendikaları üst kuruluşlarının en fazla üyeye sahip ilk üçünden bir yönetim kurulu üyesi, kamu görevlileri sendikaları üst kuruluşlarının en fazla üyeye sahip ilk üçünden bir yönetim kurulu üyesi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nden bir yönetim kurulu üyesi, Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu'ndan bir yönetim kurulu üyesi, Türk Tabipleri Birliği'nden bir yönetim kurulu üyesi, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği'nden bir yönetim kurulu üyesi, Türkiye Ziraat Odaları Birliği'nden bir yönetim kurulu üyesinden oluşmaktadır (İSGK m.21/f.2,ç; Yön. m.5/f.2,ç).

Konsey üyesi üçüncü bir grup olarak, yukarıda sayılan tüm devlet ve devlet dışı temsilcilerin haricinde, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürünün teklifi ve Konseyin kararı ile belirlenmesi koşuluyla, ihtiyaç duyulması halinde, iş sağlığı ve güvenliği konusunda faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlardan en fazla iki temsilci de Konsey çalışmalarına katılabilmektedir (İSGK m.21/2,d).<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Madde metnine göre; işveren, işçi ve kamu görevlileri sendikaları üst kuruluşlarından "en fazla üyeye sahip" ilk üçünden bir yönetim kurulu üyesi Konseye seçilmektedir (İSGK m.21/f.2,ç). Ancak madde metninde kastedilen üst kuruluştan, en fazla "üye sendikaya" sahip olanın mı, yoksa en fazla "üye sendikaliya" sahip olanının kastedildiği belirsizdir.

<sup>24</sup> Hem duyarlı tüketicilik bilincinin geliştirilmesi hem de sağlıklı ürünün ancak sağlıklı bir ortamda, sağlıklı çalışanlarca yapılabileceği gerçeği karşısında, tüketiciler

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 21.maddesi ve Yönetmeliğin 5.maddesi metni, Konsey üyelerinin ikinci grubundaki üye sayısının belirlenmesinde çelişkiler yaratmaktadır. Kanunun 21.maddesinin 2.fıkra (ç) bendinde ve Yönetmeliğin 5.maddesinin 1.fıkra (ç) bendinde geçen “işveren, işçi ve kamu görevlileri sendikaları üst kuruluşlarının en fazla üyeye sahip ilk üçünden ... birer yönetim kurulu üyesi” ifadeleri bu belirsizliği doğurmaktadır. Burada, madde metninde sayılan kurumların her birinden ayrı ayrı birer üye olmak üzere 3 üyeye sahip olmak gerektiği mi, yoksa her bir kurumdan ayrı ayrı üçer üye olmak üzere toplamda 9 üyeye sahip olmak gerektiği mi sorusu sorulabilir. Metnin ilk yorumu; her bir sendika üst kuruluşundan Konseye birer üye gönderilmesidir ki, bu da toplamda 3 eder.<sup>25</sup> Bu yoruma göre ikinci grupta yer alan üye sayısı toplam 8 olmaktadır. Kanaatimizce böyle bir yorumlama, metin içinde geçen “ilk üçünden” ibaresini anlamsız kılacaktır. İkinci bir yorumlama olarak; işçi, işveren ve kamu görevlileri sendikaları üst kuruluşlarından “en fazla üyeye sahip ilk üçünden” ayrı ayrı birer üye alınır ise, toplamda 9 üye eder. Yani, en fazla üyeye sahip işçi sendikası üst kuruluşlarından ilk üçü Konseye üye gönderecektir. Bu da işçi sendikaları üst kuruluşlarından 3, işveren sendikaları üst kuruluşlarından 3 ve kamu görevlileri sendikaları üst kuruluşlarından 3 olmak üzere toplamda 9 üye demektir. Böylece Konsey üyelerinin ikinci grubu toplamda 14 üyeden oluşacaktır. Konsey üyelerinin birinci grubundaki devlet temsilcilerinin sayısının da 14 olduğu düşünülürse, ancak yukarıdaki gibi bir yorumlama Konseyin devlet ve devlet dışı üye dengesini sağlayabilecektir. Bu şekilde bir değerlendirme ile, sözkonusu maddenin 5.fıkrasındaki “oyların eğitliği halinde başkanın oyu kararı belirler” ifadesi de anlam kazanacaktır.

Bu bakış açısını destekler bir hükme Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma ve Yöntemleri Hakkında Kanunun<sup>26</sup> 2.madde-

---

ve iş güvenliği konusunun oldukça bağlantılı olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, Konsey üyeleri arasında tüketici derneklerinden bir temsilcinin de bulunması isabetli olacaktır. Konunun önemine binaen, kot taşlama işçilerinin durumu ile ilgili olarak Tüketici Dernekleri Federasyonu Genel Başkanı Ali Çetin'in, “Kotlar beyazlarken, yaşamlar kararıyor. Kızlarımız ve oğullarımızın giydiği kotlar üzerinde ciğerleri sönen bir işçinin izi var. İnsanlık dışı üretilen taşlanmış kotları boykot edelim” çağrısı örnek olarak verilebilir. <http://www.hurriyet.com.tr/an-kara/15141485.asp> (Erişim: 17.10.2013).

<sup>25</sup> Centel, s.7.

<sup>26</sup> 4641 sayılı Kanun, RG., 21.04.2001, 24380.

sinde rastlanılmaktadır. Bu hükme göre; "...kamu görevlileri adına en çok üyeye sahip konfederasyonu, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, ..., Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonunu temsil eden üçer temsilciden... oluşur". Yine, üye yapısı açısından benzer şekilde, Üçlü Danışma Kurulu; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı veya Müsteşarı başkanlığında, gündem konularına göre bakanlığa bağlı ve ilgili kurumların birim amirlerinden, işçi sendikaları konfederasyonlarından birer, kamu görevlileri sendikaları konfederasyonlarından birer ve en fazla üyeye sahip işveren konfederasyonundan üç temsilciden meydana gelmektedir.<sup>27</sup>

Bu yorumlama ışığında, birinci ve ikinci gruptaki üye sayılarının denkliliği dikkate alınarak devlet ve devlet dışı katılımcı üyelerin şekli açıdan konsey yapısının yönetime katılma ilkelerine aykırı olmadığı düşünülebilir. Hatta üçüncü grupta yer alan "iş sağlığı ve güvenliği konusunda faaliyet gösteren kurum veya kuruluşlardan en fazla iki temsilcinin" katılımıyla üye sayısı devlet dışı üyeler lehine artırılabilir. Her ne kadar üçüncü grupta yer alanlardan Yönetmeliğin 5.maddesinin 1.fıkra (d) bendinde "temsilci" olarak bahsedilse de, aynı maddenin 2.fıkrasında bu temsilcilerin de "üye" olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu üyeler de Konseyin diğer üyeleriyle aynı haklara sahiptirler. Ancak burada dikkati çeken en önemli nokta, gerek Kanununun 21.maddesinin 2.fıkra (d) bendindeki, gerekse Yönetmeliğin 5.maddesinin (d) bendindeki metinde, "iş sağlığı ve güvenliği konusunda faaliyet gösteren kurumlar veya kuruluşlar arasından" seçilecek 2 üyenin seçiminde belirleyici objektif bir kriterin bulunmayışıdır. Aşağıda da izah edileceği üzere, oyların etkinliği açısından düşünüldüğünde Konseydeki hükümet temsilcilerinin bu iki üyeyi kendi istekleri doğrultusunda belirlemelerinin pek de zor olmayacağı değerlendirilmektedir.

İşçi sendikası üst kuruluşları ve kamu görevlileri sendikaları üst kuruluşlarının sayıları 3 veya 3'ten fazla olduğundan, Yönetmeliğin 5.maddesine göre Konsey üyesi belirlenmesinde sorun yaşanmayacaktır. Ancak işveren sendikaları konfederasyonu olarak halen Türkiye'de tek bir konfederasyonun olduğu düşünülürse, işveren tarafından sadece 1 üyenin katılması sözkonusu olacaktır ki, bu da maddenin metin

<sup>27</sup> Süzek, İş Hukuku, s.46; Üçlü Danışma Kuruluna İlişkin Yön. m.4.

formülasyonu ve içeriği açısından işveren ve işçi temsilcilerinin sayısında bir dengesizlik yaratacaktır. Bundan başka, yukarıda yapılan üye hesaplamasını bozacak şekilde, ikinci grup üyelerin toplam üye sayısını 12'ye indirecektir. Bu durumda birinci ve ikinci grup üyelerin sayısının dengeye ulaşması, ancak üçüncü gruptakilerin de Konseye katılması ile olur. Burada oluşabilecek handikap ise, üçüncü grup üyelerin, yine birinci grup üyelerinden olan İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürünün teklifi ile seçilmesi (Yön. m.5/1,d) nedeniyle, devlet ve devlet dışı üyeler arasında güç dengesizliğine meydan vermesi olasılığıdır. Buna ek olarak yine, sözkonusu üyelerin seçimi esnasında 14'e 12'lik devlet temsilcisi üyelerin üstünlüğü mevcut olacaktır.

Devlet temsilcisi olan Konsey üyelerinin Konsey içerisindeki etkinlikleri değerlendirildiğinde, Konseyin maddi açıdan yönetime katılma ilkelerine uygun işlememesi sonucu doğurabileceği değerlendirilmektedir. Bunun en önemli nedeni, Konsey başkanı olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Müsteşarına verilen aşırı yetkidir. Örneğin; Konseyin toplanma tarihine ve yerine karar vermek, konseyin gündemini onaylamak, Konseyin çalışma gruplarının faaliyetlerinin verimli ve düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak görevi Konsey başkanına aittir. Bundan başka, Konsey adına, ilgili toplantı ve görüşmelerde Konseyi temsil etmeye ve kamuoyunu bilgilendirmeye de sadece Konsey başkanı yetkilendirilmiştir (Yön. m.7). Yine, Konsey başkanına Konseyi olağanüstü toplantıya çağırma yetkisi verilmiştir (Yön. m.9/f.1,c.2). Konseyin toplantı gündemi de ancak Konsey başkanının onayı ile belirlenebilmektedir (Yön. m.10). Konsey, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verse de, oyların eşitliği halinde başkanın oyu yönünde karar alınmaktadır (Yön. m.11/f.1). Son olarak, Konseyin çalışmasında önemli bir rol oynaması planlanan "çalışma gruplarının" üyeleri ve başkanlarının seçimi de dolaylı olarak Konsey başkanı tarafından yapılmaktadır (Yön. m.12/f.1). Bunlara ek olarak bir de Konsey sekreteryasının, Konsey başkanı olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarının ast kademesinde yer alan İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nce yürütüldüğü düşünülürse (Yön. m.8/f.1), başkana verilen yetkinin boyutları daha iyi anlaşılacaktır.

Yönetmeliğin 5.maddesinin 2.fıkrasında, üçüncü grup konsey üyelerinin 2 yıl için seçileceği ve üst üste iki olağan toplantıya katılmaz ise ilgili kurum veya kuruluşun üyeliğinin sona ereceği belirtil-

miştir. Bu hükümden anlaşıldığı gibi, ilk iki grupta yer alan konsey üyelikleri daimi olup, sadece üçüncü gruptakilerin konsey üyeliği geçicidir. Madde içerisinde, seçilmiş kurum veya kuruluşun iki yıllık üyeliğin ardından tekrar konsey üyesi olarak seçilip-seçilemeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda bir açıklık bulunmaması, konseye ilişkin mevzuattaki bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir.

Yönetmeliğin 5.maddesinin 1.fıkrasının (a-ç) bendinde sayılan Konsey üyelerine ek olarak, ihtiyaç duyulması halinde, iş sağlığı ve güvenliği konusunda faaliyet gösteren resmi veya özel kurum veya kuruluşlardan en fazla iki temsilci de, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünün teklifi ve Konseyin kararı ile konsey üyesi olarak seçilebilir (Yön. m.5/f.1,d). Söz konusu maddenin 1.fıkrasının (d) bendi açık bir şekilde formüle edilmemiştir. Konsey üyesi olarak seçilecek bir kurumdan 2 temsilci mi geleceği, yoksa seçilecek 2 kurumdan birer temsilci mi geleceği madde metninden açıkça anlaşılamamaktadır. Yine aynı maddenin 1.fıkrasının (d) bendi uyarınca seçilen üye veya üyelerin, üst üste iki olağan toplantıya katılması ile kurumun gönderdiği bu gerçek kişi temsilcilerin değil de, kurum veya kuruluşun tüzel kişiliğinin üyeliğinin sona ermesi yönteminin 2.fıkarda kabul edilmesi tartışmaya açıktır.

### 3. KONSEYİN GÖREVLERİ

Konsey, ulusal iş sağlığı ve güvenliği politika ve stratejileri için öneriler geliştirir ve alınan kararların kurumlarda uygulanmasını tavsiye eder (Yön. m.6/f.1,a). Buradaki “kurumlardan” kasıt, sadece konsey üyesi kurumlar olmayıp, özel ve kamuya ait bütün kurumlardır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun uygulama alanının genişliği de bu yorumlamayı haklı kılmaktadır (bkz: İSGK m.2).

Konsey, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki ihtiyaç ve öncelikleri dikkate alarak, Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Politika Belgesi, hedefler ve eylem planının belirlenmesi için öneriler geliştirir (Yön. m.6/f.1,b). Çalışanların ve işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda eğitimleri, bilgilendirilmeleri, bilinçlendirilmeleri ile iş sağlığı ve güvenliği kültürünün oluşturulması konusunda görüş bildirir (Yön. m.6/f.1,c).



Konsey, iş sağlığı ve güvenliği konularında araştırma ve geliştirmeye yönelik projeler önerir (Yön. m.6/f.1,ç). Bu doğrultuda, ülke çapında yapılacak iş sağlığı ve güvenliği alanındaki seminer, konferans gibi faaliyetleri yıllık olarak planlar ve değerlendirir (Yön. m.6/f.1,d).

Konsey, gerekli gördüğü durumlarda çalışma grupları kurar ve üyelerini belirler (Yön. m.6/f.1,e). Konseyin bu görevinden yola çıkarak, Yönetmeliğin 6.maddesinde sayılan görevlerin Konsey yönetiminin topluca yapabileceği görevler mi olduğu, yoksa burada konseyin görevlerinin genel olarak mı sayıldığı tartışılmalıdır. Çünkü, bu hükümle çalışma gruplarının üyelerini seçmek konseye verilmiştir. Ancak, Yönetmeliğin 7.maddesinin (ç) bendinde çalışma gruplarında yer alacak üyelerin ve başkanlarının onaylanması, yani belirlenmesi görevi Konsey başkanına verilmiştir. Öyleyse, 7.maddede sıralanan Konseyin görevleri, genel olarak sayılmış olup, Konseyin topluca kullanması gereken yetki ve görevlerden değildir.

Konsey, iş sağlığı ve güvenliği konusunda Bakanlık ve diğer kurumlar arası koordinasyon, bilgi paylaşımı ve işbirliğine katkı sağlar. Bunu yaparken toplum ve çalışan yararını gözetmelidir (Yön. m.6/f.1,f).

Konsey, iş sağlığı ve güvenliğinin izleme ve inceleme çalışmalarında bulunur (Yön. m.6/f.1,g). Konsey toplantılarında alınan her türlü karar ve düzenlemenin ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuatın, konsey üyesi kurum ve kuruluşlarda uygulanmasını izler; bu konularda görüş ve önerilerde bulunur (Yön. m.6/f.1,ğ). Her yıl Mart ayı sonuna kadar, politika belgesi ve eylem planı kapsamında bir önceki yıla ait "kurum faaliyet raporunu" Konsey sekreteriyasına iletir (Yön. m.6/f.1,h).

Konseyin, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının oluşturulması konusunda herhangi bir etken görevi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, Kurul sadece görüş bildirecek, ancak mevzuat metinlerinin oluşturulmasında bir rol alamayacaktır. En azından iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yönetmelikler düzeyinde dahi olsa mevzuat taslaklarının hazırlanmasında Konsey çalışma gruplarından yararlanılması hem sosyal diyalogun işlevselleştirilmesine yardımcı olacak hem de Bakanlığın yükünü azaltacaktır.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Centel, s.9.

#### 4. KONSEYİN ÇALIŞMA USUL VE ESASLARI

Konsey, tek başına bir gerçek veya tüzel kişiliğe sahip değildir. Konsey çalışmaları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yürütülür. Konsey yazışmalarını Konsey sekreteryası, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünce yürütür (İSGK m.21/f.4). Konseyin kendine ait bir binası veya personeli de yoktur.

Konsey başkanı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı müsteşarıdır. Konsey başkanı konsey toplantılarına başkanlık yaparak, konseyin toplanma yeri ve tarihine karar verir (İSGK m.7). Yönetmelikte Konseyin yapısının bağımsızlığını sorgulatan bir kısım da; "Konseyde alınan kararları Bakana sunmak" ifadesidir (İSGK m.7/f.1,e). Madde metninde "bakana sunuş nedeni" açık bir şekilde belirtilmemiştir. Öğretide bir görüşe göre, Konsey toplantılarının öneride kalması da bağımlılığın bir göstergesidir.<sup>29</sup>

Konsey her yılın Haziran ve Aralık ayında olağan toplanır. Yani Konseyin olağan toplanma sayısı iki ile sınırlanmıştır (Yön. m.9/f.1,c.1). Metinde en az ya da en çok ifadelerinin kullanılmayışından, olağanüstü toplantı sayısının Başkanın inisiyatifine bırakıldığı anlaşılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta Konseyin iki defa "olağan şekilde" toplanıyor olmasıdır.<sup>30</sup> Bu sayının olağanüstü toplantılarla istenildiği kadar üzerine çıkılmasında mevzuata aykırılık yoktur. Her ne kadar yönetmelikte "Konsey, ... başkanın veya üyelerin üçte birinin teklifi ile olağanüstü olarak da toplanabilir" dense de (Yön. m.9/f.1), Konsey başkanına tanınan "Konseyin toplanma tarihine" karar verme yetkisi (Yön. m.9/f.1,b), Konsey üyelerine tanınan bu yetkiyi büyük ölçüde işlevsiz hale getirebilir. Kaldı ki olağanüstü toplantı yapılmasına ilişkin, konsey üyelerinin üçte birinin teklifine bağlı tutulan bu hak da mutlak değildir. Çünkü bu hakkı düzenleyen ilgili yönetmelik maddesinde "olağanüstü olarak da toplanabilir" ifadesi yer almaktadır (bkz. Yön. m.9/f.1). Olması gereken; "İş sağlığı ve güvenliği alanındaki olağanüstü gelişmelere bağlı olarak Konseyin üçte birinin teklifi üzerine Konsey derhal toplanır" şeklinde bir ifadenin madde metninde bulunmasıdır. Bunlara ek olarak, olağanüstü toplantı nedenlerinin mevzuatta belirtilmemesi de bir eksiklik olarak not edilmelidir.

<sup>29</sup> Centel, s.8-9.

<sup>30</sup> Centel, s.8.

Toplantılarda Bakanlığa bildirilen üyelerin katılımı esas kılınmıştır (Yön. m.9). Konsey toplantı yeter sayısı, konsey temsilcilerinin salt çoğunludur (Yön. m.9/f.7).<sup>31</sup> Oylama kararı katılanların salt çoğunlu ile belirlenir. Kanun oyların eşit çıkması halinde başkanın oyunun iki oy sayılacağını açıkça belirtmiştir (İSGK m.21/f.5). Yönetmelikte oylamada “evet” ya da “hayır” şeklinde oy kullanılabilmesi belirtilmiştir (Yön. m.11). Konsey üyeleri ihtiyaç duymaları halinde toplantılara ilgili uzman personel ile katılabilirler. Çalışma grubu üyeleri de toplantıya davet edilebilir (Yön. m.9/f.3). Ancak, konsey üyeleri dışındaki katılımcıların oy kullanma yetkisi yoktur (Yön. m.11/f.1). Konsey üyeleri dışında katılanların oy kullanmaması demokrasi gerekliliğini taşımaktadır.<sup>32</sup>

Konseyin toplantı gündemi; Konsey üyelerinden, çalışma gruplarından veya Konsey üyeleri dışındaki gerçek ya da tüzel kişilerden gelen öneriler doğrultusunda İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünün teklifi ve Konsey Başkanının onayı ile belirlenir (Yön. m.10). Son tahlilde Konseyin toplantı gündeminin belirlenmesinin İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünün teklifi ve Konsey Başkanı olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarının onayına bırakılması, kanaatimizce Konseyin devlet dışı diğer üyelerinin işlevini büyük ölçüde azaltmaktadır. Bu hüküm, hükümet tarafının istemediği hiçbir konunun toplantı gündemine gelememesine sebebiyet verecek niteliktedir.

## 5. ÇALIŞMA GRUPLARI VE GÖREVLERİ

“Çalışma grupları, Konsey üyesi kurum ve kuruluşlar ile Konsey dışındaki gerçek ya da tüzel kişilerin önerdikleri konu başlıkları ile ilgili olarak Konseyce uygun bulunması halinde kurulur” (Yön. m.12/f.1.c.1). Bu hükümde, her ne kadar “konsey dışındaki gerçek ya da tüzel kişilerin önerdikleri konu başlıkları” hakkında da çalışma grupları kurulabileceği yazılıysa da, “konsey dışındaki gerçek ya da tüzel kişilerin” kimler olduğu ve bu kişilerin çalışma grubu teklifi yapmaları konusunda bir sınırlamanın bulunup bulunmadığı belirsizdir. Yine, ilgili hükümde, çalışma grubu kurulması Konseyin “uygun bulmasına” bağlanmışsa da, toplantı gündeminin belirlenmesi son tahlilde

<sup>31</sup> Centel, s.8.

<sup>32</sup> Centel, s.9.

Konsey başkanının onayına bağlandığından (bkz: Yön. m.10), Konsey başkanının, yani Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarının istemediği bir konuda çalışma grubu kurulması pek mümkün olamayacaktır.

Çalışma grubunun üyeleri ve başkanı, Konsey başkanı tarafından belirlenir (Yön. m.12/f.1). Ayrıca, çalışma gruplarının faaliyetlerinin verimli ve düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak da Konsey başkanının görevlerindedir. Yani çalışma gruplarının faaliyetleri de doğrudan doğruya Konsey başkanının gözetimi ve denetimi altındadır. Çalışma grubu üyesi olarak; “Konsey üyeleri, uzmanlık alanlarına göre üniversite, sivil toplum kuruluşları, özel sektör, kamu kurumları ve yerel yönetim temsilcileri belirlenebilir. Ayrıca Konsey üyesi, çalışma grubu çalışmalarında yer almak üzere, kendi kurumundan konuyla ilgili başka bir temsilciyi görevlendirebilir” (Yön. m.12/f.2). Ancak burada sorulması gereken soru; Konsey başkanının çalışma grubuna Konsey üyeleri arasından değil de, sözkonusu temsilcileri sadece konsey dışından seçip seçemeyeceğidir. Bu konuda bir kısıtlama mevzuatta mevcut değildir. Ancak böyle bir uygulama şüphesiz sosyal diyalog mekanizmasının ruhuna aykırılık teşkil edecektir.

Çalışma grupları, Konsey tarafından karar verilen çalışma konusu ve süresi ile ilgili çalışma planını hazırlayarak sekreteryaya göndermelidir (Yön. m.12/f.3). Ayrıca, yürütülen çalışmalar hakkındaki bilgiler, yıllık olağan toplantı tarihinden onbeş gün önce sekreteryaya iletilir (Yön. m.12/f.4). Çalışma grupları çalışmalarını tamamladıktan sonra, grubun başkanı sekreteryaya yazılı olarak sonuç raporunu gönderir ve ilk Konsey toplantısında raporunu sunar (Yön. m.12/f.5).

## 6. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi Türkiye’de ilk kez 2012 yılında yasa ile hukuki zemine kavuşmuş bir sosyal diyalog mekanizmasıdır. Uygulama alanında etkileri henüz yaşanmamıştır. Konseye ilişkin uygulama yönetmeliğinin yeni çıkmış olması nedeniyle, İş sağlığı ve güvenliği alanında ne gibi sonuçlar doğuracağı sorusunun cevabı henüz yeterince yanıtlanmamıştır. Kurumun işlevselliği, kendisine verilen değer ölçüsünde artacaktır. Konseyin öneminin artması

ulusal alanda iş sağlığı ve güvenliği konusunda politika ve stratejileri oldukça etkileyecektir.<sup>33</sup> Ancak Aralık 2013 tarihinde yapılan ilk Konsey toplantısı, gerek Konsey üyesi taraflar gerekse kamuoyunda arzu edilen ilgiyi görmemiştir. Konsey toplantısı ile ilgili neredeyse hiçbir haber yazılı ve görsel medya organında yer almamıştır. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili kat edilmesi gereken çok yol varken ve güncel birçok sorun dururken, Konsey üyelerinin ilgisizliği, hükümet kanadının tutumu Konseyin bir sosyal diyalog aracı olarak kullanılması noktasında gelecek açısından ümit vermemektedir. Bugün Konseyin kurumsal bir internet sitesi dahi mevcut değildir ve etkinlik anlamında aktif olmaktan oldukça uzaktır.

Konseye ilişkin uygulama yönetmeliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 21.maddesindeki bazı belirsizlikler ortadan kalmış gibi görünmektedir. Konsey çalışmalarında önemli olan husus demokrasiyi sağlamak ve uygulamadaki eksiklikleri gidermektir. Ayrıca uygulamada eksikliklerin giderilmesindeki diğer bir yol katılımcılığın artırılmasıdır.

Konseyin yapısı ilk kez şekli olarak dahi olsa hükümet ağırlıklı yapıdan kurtularak işveren ve çalışanların da söz sahibi olabilmelerine imkan verir niteliktedir. Gerçekten de Konsey yapısı katılımcı bir nitelik taşımaktadır. Ancak, çalışan ve meslek örgütlerinin söz açısından ağırlı hale getirilmesi de sağlanırsa Konseyin önemi artacaktır.

Konseyin sadece danışma işlevi bulunmaktadır (İSGK m.2/f.1). Kanunda iş sağlığı ve güvenliği alanında ülke politikaları ve stratejilerinin oluşturulması için tavsiyelerde bulunmak üzere kurulduğunun belirtilmesi (İSGK m.21/f.1), Konseyin kararlarının hukuki bir bağlayıcılıktan ziyade tavsiye niteliğinde olduğunu göstermektedir. Konseyin kararlarının tavsiye niteliğinde olması, ilk bakışta Konseyin önemini azaltır gözükmektedir. Ancak, uluslararası alandaki devlet-işveren-çalışan üçlü yapılanması şeklindeki yönelim, özellikle iş güvenliği konusunda büyük önem verilen konulardan olduğundan, önümüzdeki dönemde uygulamada bu konseyin yönlendirici ve fonksiyonel niteliğini ortaya çıkaracak ve Konseye büyük önem kazandıracak potansi-

---

<sup>33</sup> Gerek, s.14; Centel, s.9.

yele sahiptir. Kanaatimizce Konseyin danışma işlevinin olması, onun az işlevli olduğu anlamına gelmez. Demokratik yapısı oturmuş ve gerekli önem verilen Konseyin, tavsiye niteliğindeki kararları da uygulamada hak ettiği değeri bulacaktır. Çünkü Konseyi oluşturan üyelerin dağılımı, sosyal diyalogun sağlanması için yeterli ölçekte. İstenilen sonuca ulaşılması, üyelerin Konsey içerisindeki rollerini iyi bir şekilde oynamalarına bağlıdır.

Kısaca, Konsey kararlarının alınmasında toplumun bütün aktörlerinin etkin olması halinde, tavsiye niteliğinde kararlar alan bu Konseyin kararlarının çok daha önem kazanması mümkün olacaktır. Bu görüşümüze rağmen, özellikle Yönetmeliğin 10.maddesiyle hükümetin Konseyin toplantı gündemi üzerindeki belirleyici etkisi düşünüldüğünde, Konseyin danışma etkisinin dahi maalesef azaldığının altının çizilmesi gerekir.

Konsey kararlarının tavsiye niteliğinde bulunması nedeniyle, karar mercii durumundaki kurum ve kuruluşlara veya icra organlarına ışık tutması ve yol göstermesi sözkonusu olacaktır.<sup>34</sup> Konsey üyelerinin özellikle devletin icra organlarının çoğu kesimlerinden üyelere sahip olması, eğer bu yönde bir irade mevcutsa, Konsey kararlarının uygulanabilirliğini artırır niteliktedir. Kanaatimizce İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kişiler açısından uygulama alanının geniş tutulması (kys: İSGK m.2), Konseye katılacak kesimlerin genişliğini de zorunlu kılmaktadır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından ayrı ve bağımsız bir kurum oluşturulması önceden beri var olan bir düşünce olmuştur.<sup>35</sup> Ancak, iş sağlığı ve güvenliği konusunda bugün dahi Bakanlıktan ayrı ve bağımsız bir kurumun varlığından söz etmek mümkün değildir. Karar alma sürecinde devletin Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi'ndeki etkinliği, yukarıda ayrıntılı olarak anlatılmıştır. Kanımızca yeni Kurul, kendi bina ve personeli ile birlikte, sosyal diyalog mekanizmasında inisiyatif alıcı bir yapıya sahip olamayacaksa, mevcut devlet mekanizmalarının modifikasyonu ile çözüm aranması daha uygun bir yöntem olurdu. Bilindiği üzere, ulusal iş sağlığı ve güvenliği teşkilatını oluşturan temel kurum Çalışma ve Sosyal Güvenlik

<sup>34</sup> Korkmaz/Avsallı, s.165; Centel, s.7.

<sup>35</sup> Süzek, İş Güvenliği Hukuku, s.111.

Bakanlığı'dır. Bakanlık, iş güvenliği ile ilgilenen gerek bağı gerekse özerk nitelikte birçok yapılanmayı bünyesinde barındırır. Bundan başka, konu ile ilgili mevzuat hazırlanması aşamasında da Bakanlığın doğrudan rolü bulunmaktadır. Bakanlık bünyesinde çalışan İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'ne, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda çok önemli görevler verilmiştir. Bu görevler incelendiğinde Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi'nin görevleriyle örtüştüğü görülür. Yine İş Sağlığı ve Güvenliği Müdürlüğü'nün alt birimi olarak 1968 yılında İş Sağlığı ve Güvenliği Merkezi (İSGÜM) kurulmuştur. Bu merkez, Türk Hükümeti ile Uluslararası Çalışma Örgütü arasında yapılan anlaşmayla Uluslararası Çalışma Kurallarını ve Çerçevesini İyileştirme Programı (PIACT) çerçevesinde kurulmuş ve yapılandırılmıştır. İSGÜM'ün görev ve amaçları da Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi'nin görev ve amaçlarıyla büyük paralellik göstermektedir. Kanaatimizce, Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi'nin kurulmasıyla varılmak istenen amaç, eğer iş sağlığı ve güvenliği alanında sosyal diyalog kanalının açılması ise, bu amaca, sözkonusu mevcut iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili bu devlet kurumlarının örgüt yapısının sosyal taraflara açılması yoluyla ulaşılabilirdi. Çünkü Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi de tamamen Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı, sekreteryası o kurum tarafından yürütülen, bütün işlem ve planları bu kurum tarafından hazırlanan bir konseydir. Devletin Konseydeki güçlü rolü ve Konseyin sadece danışma işlevi olduğu da düşünüldüğünde, ayrı bir müessese olarak konsey kurulması amaca hizmet etmemektedir.

Sonuç olarak Konsey, eğer devlet ağırlıklı bir üye ve etkinlik yapısına sahip olacaksa, konuyla ilgili mevcut devlet kurumlarından birinin içerisine katılabilecek sosyal taraflarla bu sorun çözülebilirdi. Eğer ayrıca bir konsey kurulacaksa, bu konseyin idari ve mali açıdan bağımsız olması gerekirdi. Nitekim Avrupa Birliği'nin bir yan organı olarak çalışan Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin üye yapısında olduğu gibi, üyeler sadece işveren, çalışan ve diğer menfaat gruplarından teşekkül edebilirdi. Bu müessese de temel olarak danışma işlevi görmektedir, ancak politik olarak tamamen bağımsız hareket edebildiğinden uygulamada büyük etkinliğe sahiptir.

## KAYNAKLAR

- Ateş Mustafa, Avrupa Birliği Ekonomik ve Sosyal Komitesi, DPT Ekonomik ve Sosyal Konsey Sekreteryası, Ankara 2006.
- Baloğlu Cem, Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Centel Tankut, “Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi: İş Sağlığı ve Güvenliğinde Merkezi İlk Yapılanma”, *Sicil Dergisi*, Aralık 2012, s.5-9.
- Erginbaş Emel, Avrupa Birliği’nin Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliğine Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Fişek Gürhan, “Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi”, <http://www.fisek.org.tr/kurum-kimligi/birliktelikler/ulusal-is-sagligi-guvenligi-konseyi/#calisma> (Erişim: 23.02.2013).
- Fişek Gürhan, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Karar Verici Konum”, *Toprak İşveren Dergisi*, Haziran 2007, s.13-16. (Karar Verici Konum)
- Fişek Gürhan, “Ulusal Düzeyde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Kurulu”, *Çalışma Ortamı Dergisi*, Sayı:15, Temmuz-Ağustos 1994, s.6-8. (Ulusal Düzeyde)
- Gerek Nüvit, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Düşündürdükleri”, *Sicil Dergisi*, Aralık 2012, s.10-19.
- Görmüş Ayhan, “Türkiye’de Sosyal Diyalogun Gelişimi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı:14, 2007, s.155-140.
- Koray Meryem/Çelik, Aziz, Avrupa Birliği ve Türkiye’de Sosyal Diyalog, Belediye-İş Yayınları, Ankara 2007.
- Korkmaz Adem/Avsallı, Hüseyin, “Çalışma Hayatında Yeni Bir Dönem: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası”, SDÜ. Fen Edebiyat Fakültesi, *Sosyal Bilimler Dergisi*, Ağustos 2012, Sayı 26, s.154 vd.
- Parlak Zeki, “Avrupa Birliğinde ve Türkiye’de Sosyal Diyalog”, *Yerel İş Barışı Sempozyumu*, 08-09 Eylül 2007, Kocaeli 2007, s.39-82.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, 9.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Süzek Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985.



# BECCARIA'NIN HAPİS CEZASINA BAKIŞI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

## AN ESSAY ON BECCARIA'S VISION OF IMPRISONMENT

Emine Eylem AKSOY RETORNAZ\*

**Özet:** Bu çalışmanın amacı, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* adlı eserinde ceza ve ceza adaleti hakkında yeni bir model öneren ve modern ceza hukukunun tohumlarını atan Aydınlanma Çağı düşünürü Beccaria'nın, söz konusu eserinde, hapis cezasına ilişkin ileri sürdüğü görüşlerinin incelenmesidir.

**Anahtar Kelimeler:** Beccaria, cezalar, hapis cezası

**Abstract:** The paper deals with the Beccaria's vision of imprisonment. Beccaria, a philosopher of the Enlightenment, had elaborated a new conception of crime and criminal justice in his treatise *On Crimes and Punishments*.

**Keywords:** Beccaria, punishment, imprisonment

### Giriş

Cesaria Beccaria, 1764 yılında yazdığı *Suçlar ve Cezalar Hakkında*<sup>1</sup> adlı kitabıyla Avrupa'da büyük yankı uyandırmış ve bu eser modern ceza hukukunun temel kaynaklarından biri haline gelmiştir. *Suçlar ve Cezalar Hakkında* günümüzde hâlâ büyük ilgi görüyorsa bunun nedeni, Beccaria'nın ceza adalet sistemini yeniden şekillendirecek ve dönüştürecek düşünceler ileri sürmüş olmasıdır. Söz konusu eserde, kanunların kaynağı, nasıl yapılmalı ve nasıl yorumlanmaları gerektiğine, cezaların neden bir ihtiyaç olduğuna ve cezaların sahip olmaları gereken niteliklere değinilmiştir.

\* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

<sup>1</sup> Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Dei delitti e delle pene), çeviren Sami Selçuk, İmge Kitabevi, Ankara, 2004.

Bu çalışmada, esas ününü ölüm cezasının kaldırılması hakkındaki görüşlerine borçlu olan düşünürün ölüm cezası hakkında görüşleri değil, bu cezanın yerine önerdiği hapis cezasına nasıl baktığı incelenecektir.

Beccaria'nın *Suçlar ve Cezalar Hakkında* adlı eserinde hapis cezasıyla ilgili olarak ileri sürdüğü görüşlerini anlamak, yazarın düşün dünyasını şekillendiren çağa ışık tutmakla mümkün olacaktır. Bu nedenle Beccaria'nın hapis cezasına ilişkin görüşlerini incelemeden önce, eserin ortaya çıktığı dönem üzerinde durulacaktır. Genel olarak cezalar ve cezaların amacına ilişkin düşünceleri de kısaca incelenecektir.

## I. Aydınlanma Çağı Düşünürü Beccaria

Avrupa'da, 18. yüzyılda, başta Montesquieu, Bentham, Rousseau, olmak üzere düşünürler, İlk Çağ ve Orta Çağ boyunca dinsel ve siyasi baskıların bir ürünü olan, insan onurunu göz ardı eden, aşırı katı cezalara ve monarşinin keyfi cezalandırma sistemine karşı çıkmışlardır. Akılcılık ve rasyonalite düşüncüleri üzerinde yükselen ve suçu rasyonel bir tercih olarak gören güçlü bir fikir akımının doğmasına neden olmuşlardır.<sup>2</sup>

Aydınlanma Çağı düşünürleri, hürriyet kavramının insanın sahip olduğu en temel varlığı olduğunun altını çizmişlerdir.<sup>3</sup> Hürriyet en üstün hukuki değer olduğundan, kişinin hürriyetinden yoksun kılınması ona verilecek en ağır cezadır. Bu felsefeciler için işkence insan haysiyeti kavramı ile bağdaşmamaktadır. Bu yüzdendir ki cezalar, vücuda değil ruha uygulanmalıdır.<sup>4</sup>

Montesquieu, *Kanunların Ruhunu* adlı eserinde, cezanın suçla orantılı olması fikrine üstünlük tanımaktadır. Ceza hürriyetin zıddıdır, acımasız ve keyfi cezalara yerine cezalar belirli ve ılımlı olmalıdır.<sup>5</sup> Rousseau'ya göre ise Toplumsal Sözleşme'ye rıza gösteren özgür birey,

<sup>2</sup> Georges Picca, *La criminologie*, 8<sup>e</sup> édition, PUF, Paris, 2009, s. 84.

<sup>3</sup> Jacques Leauté, *Les prisons*, PUF, Que sais-je?, Paris, 1968, s. 9.

<sup>4</sup> Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris, 1975, s. 163.

<sup>5</sup> Ülker Gürkan, "Montesquieu ve Kanunların Ruhunu", AÜHFD, cilt 40, sayı 1, 1988, s. 24; Pierre-Henri Bolle, "L'effet Montesquieu", Erdoğan Teziç'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 25.

aynı zamanda söz konusu sözleşmenin koşullarını kabul etmiştir. Bu nedenle, kasten sözleşmeyi ihlal eden kişi özgürlüğünden vazgeçmiştir ve Sözleşme'yi ihlal ettiği için cezalandırılır.<sup>6</sup>

Beccaria, Aydınlanma Çağı'yla birlikte Avrupa'da esen değişim rüzgârlarından özellikle de Montesquieu ve Rousseau'nun fikirlerinin önemli ölçüde etkilenmiş bir Aydınlanma Çağı düşünürüdür.<sup>7</sup> Yalnızca ceza hukuku alanında değil, gazetecilikten, kaçakçılığa, kokuların analitik olarak incelenmesine varan geniş bir yelpazede eserler vermiştir bir filozof ve ekonomisttir.<sup>8</sup>

Montesquieu ve Rousseau'nun izinden giden Beccaria, yeni bir ceza hukukunun temel ilkelerini ortaya koymuş ve ceza hukukunu ilk kez sistematikleştirmiştir.<sup>9</sup> Beccaria, kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle bağı nedeniyle ceza hukukunun öneminin farkındadır.

Beccaria'nın, asıl hedefi suç ve cezaya ve ceza yargılamasına ilişkin olarak *"yüzyıllardan beri birikmiş yargıları ortadan kaldırmaktır."*<sup>10</sup> Aydınlanma Çağı'nda ortaya çıkan düşünce akımlarının çizgisinde, hükümetlerin suç ve ceza siyasetlerini gözden geçirmelerini sağlamak ve suç ve ceza siyasetinin gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle, Beccaria'nın eserinde kaleme aldığı düşüncelerin hedefinin hukuki bir hedeften ziyade siyasi bir hedef olduğunu söylemek yanlış olmaz.<sup>11</sup>

Beccaria'ya göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesini, yargılamaların hızlı ve adil olması, cezaların ılımlı olmaları gerektiği ve her türlü gayri insani muamele, işkence, gizli yargılamalar, keyfi muamelelerin yasaklanması, suçların ve cezaların orantılı olması adil bir ceza hukukunun anahtarlarıdır.

<sup>6</sup> Leszek Lernell, "Réflexions sur l'essence de la peine privative de liberté : de certains aspects psychologiques et philosophiques de la peine de prison", Études en l'honneur de Jean Graven, Georg, Genève, 1969, s. 93.

<sup>7</sup> Catherine Larrère, "Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria", Beccaria et la culture juridique des Lumières, études rassemblées par Michel Porret, Droz, Genève, 1997, s. 89.

<sup>8</sup> Philippe Audegean, La philosophie de Beccaria, Savoir punir, Savoir écrire, Savoir produire, Vrin, Paris, 2010, s. 11.

<sup>9</sup> Nicolas Catelan, L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, 2004, s. 5.

<sup>10</sup> Beccaria, s. 23

<sup>11</sup> Catelan, s. 5.

Düşünürün ortaya koyduğu fikirler, genel anlamda Aydınlanma Çağı'nın fikirlerini yansıtmaktadır ve *Suçlar ve Cezalar Hakkında* adlı eseri de bu çerçevede değerlendirilmelidir.<sup>12</sup>

## II. Cezalar ve Cezaların Amacı

### A. Cezalandırma Hakkının Kaynağı

Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* adlı eserinde adalet sistemine, kanunların kaynağına kanun yapma tekniğine, cezalara ve cezaların amacına ilişkin, yeni bir anlayış ortaya koymuştur.<sup>13</sup> Orta Çağ'da ceza verme hakkını hükümdarların ilahi bir kaynaktan kaynaklanan kutsal yetkilerine dayandıran görüşleri tümüyle reddetmiştir. Suç ve cezanın işlenen günaha oranla ölçülmesine karşı çıkan düşünür, düzgün işleyen bir hukuk sisteminin anahtarının dinsel kaynaklı bir adaletten anlayışı yerine, seküler bir adalet anlayışı olduğunu ileri sürmüştür.<sup>14</sup> Suçlu, günahkâr değil toplum kurallarını ihlal eden bir bireydir. Bu nedenle, ceza kanunları hükümdarların mutlak güçlerini, dinsel bağınazlıkları, zenginlerin ya da asillerin çıkarlarını savunmak amacıyla tasarlanmış olmamalıdır. Kanunlar özgür insanlar arasında sözleşmelerden kaynaklanmalıdır.<sup>15</sup>

Ceza hukukunun temelleri artık hükümdara ya da kutsal olanla olan ilişkiye değil, toplumsal sözleşmeye dayanmaktadır.<sup>16</sup> Cezanın gerçek ölçüsü failin amacı ya da günahının büyüklüğü değil, topluma verdiği zarardır. Düşünüre göre modern bir adalet, toplumsal sözleşmeyle siyasetin bileşiminden ibarettir. Kişi özgürlüğünü savunmasının altında yatan temel düşünce toplumsal sözleşme teorisidir. Özgürlükleri ve güvenliklerine riayet edilmesi için bir araya gelen insanların oluşturduğu toplumsal sözleşmenin ana hedefi bu ilkelerin korunmasıdır. Ceza verme hakkının temeli, toplumsal sözleşmeyle toplumun

<sup>12</sup> André Kuhn, "Du droit pénal d'avant Beccaria au droit pénal moderne", 300 ans d'enseignement du droit à Lausanne, Schulthess, Genève, 2010, s. 162.

<sup>13</sup> Dönmezer Sulhi / ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 14. Bası, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 52.

<sup>14</sup> Denis Salas, "Ce que nous appelons punir", *Études*, 2011/3 Tome 414, s. 320.

<sup>15</sup> Lynn Hunt, "Le corps au XVIIIe siècle, Les origines des droits de l'homme", *Diogenes*, 2003/3 n° 203, s. 59.

<sup>16</sup> Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 26; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 62

yararına hürriyetinin olabildiğince küçük bir kısmını topluma terk eden bireyin güvenliğinin ve toplumun esenliğinin korunması<sup>17</sup> ve toplumun diğer üyelerinin hürriyetlerini tehdit edenleri bastırmaktır.

## B. Cezaların Amacı

Montesquieu'nün tümevarımsal ve deneysel yaklaşımını ve Rousseau'nun toplumsal sözleşmeye ilişkin görüşlerini yorumlayarak, ceza verme hakkının kaynağını toplumsal sözleşme ve ortak yarar eksenine oturtan Beccaria, bu görüşünün bir sonucu olarak faydacılık ve cezaların hafifletilmesi kavramlarını geliştirmiştir.<sup>18</sup>

Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* adlı eserinde tıpkı Montesquieu gibi suçları sınıflandırmaktadır. Beccaria'ya göre en ağır suçlar topluma karşı işlenen suçlardır, bu suçları kişilere karşı suçlar izler, son sırada ise toplumun huzuruna karşı işlenen suçlar yer almaktadır. Ancak cezalar bakımından böyle bir sınıflandırmaya rastlamak mümkün değildir. Eserin bölümleri arasında gezinirken Beccaria'nın hapis cezasını, zorla çalıştırmayı, gönüllü sürgünlüğü ceza olarak benimsediği görülür. Buna karşın, cezaların çeşitlerine veya para cezasının miktarına ilişkin esaslar metinde yer almamaktadır.<sup>19</sup>

Beccaria'nın ceza hukuku felsefesi her şeyden önce önlemeye dayalıdır.<sup>20</sup> Düşünür için cezanın amacı gelecekte işlenmesi muhtemel bir suçun önlenmesidir. Beccaria cezadan geleceğe yönelik bir fayda bekler. Suç işlendiği için değil gelecekte suç işlenmesinin önlenmesi için ceza verilmelidir. Düşünürce göre, cezanın genel önleme amacı ve özel önleme amacı olmak üzere iki temel amacı vardır. Cezanın özel önleme amacı suç işleyen bireyin tekerrür etmesini önlemektir. Cezanın genel önleme amacı ise diğer vatandaşların suç işlemesini engellemektir.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Larrère, s. 111; Dönmezer/Erman, s. 52; Michel Porret, Beccaria. Le droit de punir, Michalon, Paris, 2003, s. 46.

<sup>18</sup> Sami Selçuk, Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi, İmge Kitabevi, Ankara, 2004, s. 32; İlhan Üzülmöz, "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. V, S. 1-4, 2001, s. 266.

<sup>19</sup> Pierre Lascoumes, "Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne" Beccaria et la culture juridique des Lumières, études rassemblées par Michel Porret, Droz, Genève, 1997, s. 116.

<sup>20</sup> Porret, Le droit de punir, s. 47.

<sup>21</sup> Mario A Cattaneo, "Les fondements philosophiques de la fonction de la peine chez Beccaria", Beccaria et la culture juridique des Lumières, études rassemblées

Suçlunun topluma verdiği zarar esas alınarak tayin edilecek ceza işlenen suçun niteliğine göre belirlenmeli ve sabit bir suç ve ceza dengesi kurulmalıdır.<sup>22</sup> Diğer bir deyişle ceza işlenen suça orantılı olarak saptanmalı ve insancıl olmalıdır. Bu nedenle Beccaria, her türlü insanlık dışı muamele içeren cezalandırma şeklini tamamen reddeder.

Cezaların ağırlığından çok cezaların etkisi üzerinde durulması gerektiğini düşünür. Cezaların amacını sorgularken cezaların siyasi amacının başkalarını korkutmak olduğu sonucuna varmıştır. *“Cezaların siyasi amacı nedir? Belli ki başkalarını korkutmaktır”*<sup>23</sup> bu ifadeden, Beccaria'nın, genel önleme amacına üstünlük verdiği ve ceza teorisinin tamamıyla caydırıcılık ekseninde temellendiği anlaşılmaktadır.<sup>24</sup>

Düşünür, cezaların caydırıcı olabilmeleri için kesin, hızlı ve şiddetli olmaları gerektiği düşüncesindedir. Düşünüre göre bir cezanın caydırıcı olabilmesi için en önemli ölçüt kesin olmasıdır.<sup>25</sup> Bir cezanın mutlak bir şekilde uygulanacağı kanaatinin toplumda egemen olması, bireylerin suç işlemekten önce düşünmelerine ve suç işlemekten caymalarına neden olacaktır.

Cezaları suçun işlenmesinden hemen sonra, hızlı bir şekilde verilmesi, toplumda cezadan kaçma ihtimalinin olmadığı izleniminin yaratılması cezanın caydırıcılığı açısından çok önemlidir. Beccaria bu hususu *“suçu önleyen en önemli frenlerden biri cezaların ağırlığı değil, cezaların kaçırılmaz olmalarıdır”*<sup>26</sup> şeklinde ifade etmektedir.

Nihayet, bir cezanın caydırıcı bir etki yaratması için şiddetli olması gerekmektedir. Beccaria'ya göre cezaların şiddetinden anlaşılması gereken suçlunun o suçu işlemekle elde ettiği faydadan daha fazla bir fayda elde edilmesi gerekliliğidir. Bu nedenledir, cezaların işlenen

---

par Michel Porret, Droz, Genève, 1997, s. 83.

<sup>22</sup> Osman Dolu, “Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinin Suçu Açıklama Ve Önleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C. 11, S. 4, s. 99.

<sup>23</sup> Beccaria, s. 86.

<sup>24</sup> Pires Alvaro, “Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne”, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Debuyst Christian, Digneffe Françoise, Labadie Jean-Michel / Pires Alvaro P (éds), Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, S. 129.; Catteneo, S. 84

<sup>25</sup> Dolu, s. 99.

<sup>26</sup> Beccaria, s. 129.

suçla orantılı gerekir. Zira orantısız cezalar suç-ceza dengesini bozacaktır. Cezanın işlenilen suça göre çok ağır olması halinde gerek bireyde gerekse toplumda hakkaniyete uygun davranılmadığı kanaati oluşacaktır. Cezanın işlenilen suça göre hafif olması halindeyse, caydırıcılık etkisi yaratılamayacağından suç rasyonel bir tercih haline gelecektir.<sup>27</sup>

Beccaria, cezaların amacını ağır suçlar ve siyasal suçlar bakımından farklı olarak belirler. Ağır suçlarda cezanın caydırıcılığı ön plandadır. Siyasal suçlar söz konusu olduğundaysa cezanın asıl hedefi suçlunun ıslahıdır. Ancak suçlunun ıslahını modern anlamda suçlunun yeniden topluma kazandırılmasına yönelik iyileştirme faaliyetleri olarak anlamamak gerekir. Beccaria için cezanın ıslah edici olması caydırıcılığı kapsamında daha hafif olmasından ibarettir.<sup>28</sup>

### III. Hapis Cezası

Cezalara ilişkin görüşlerini yukarıda açıklanan şekilde ortaya koyan Beccaria, ağır ve ılımlı olmayan bir ceza olarak gördüğü ölüm cezasının kaldırılması yönündeki düşüncelerini desteklemek için bu cezaya seçenek bir ceza önermek zorundadır. Zira ölüm cezasının kaldırılması bir toplumda cezalandırılmaya ilişkin bir tartışma yaratacaktır. Bulduğu çözüm ise hapis cezasıdır. Düşünüğe göre ceza hukukunun gelişmesi hapis cezası ve zorla çalıştırmanın yaygınlaşmasıyla mümkün olacaktır.<sup>29</sup>

Beccaria, kişinin hürriyetinden yoksun kılınmasını bir ceza olarak gördüğünü açıkça söyler.<sup>30</sup> Ceza yargılaması tedbiri olarak gördüğü tutuklamayı ve hapis cezasını birbirinden ayırır. Tutuklama, Beccaria'ya göre kişi güvenliği ilkesi ile bağdaşmadığı için yalnızca bazı hallerde, istisnai olarak başvurulması gereken bir tedbirdir.<sup>31</sup> Tutuklama bir hakkı ihlal ettiğinden, mutlaka haklı bir gerekçeye dayanmalıdır.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Pires, s. 83.

<sup>28</sup> Pires, s. 130.

<sup>29</sup> Porret Michel, "Les lumières et la modernité pénale", Un droit pénal postmoderne, sous la direction de Michel Massé, Jean-Paul Jean, André Giudicelli, PUF, Paris, 2009, s. 66.

<sup>30</sup> Beccaria, s. 140

<sup>31</sup> Beccaria, s. 136.

<sup>32</sup> Francis Edward Devine, "Cesare Beccaria and the Theoretical foundation of mo-

Tutuklu için insancıl koşullar ister<sup>33</sup>. Zira haksız yere tutuklanan kişi serbest bırakıldığında tutuklama onda hiç bir aşağılanma ve utanç izi bırakmamalıdır.

Beccaria'nın ölüm cezası yerine önerdiği hapis cezasının modern anlamda bir ceza türü olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı sorusu akla gelebilir. Aşağıda da açıklanacağı üzere Beccaria'nın hapis cezasını kavramını modern anlamda bir hapis cezası olarak değerlendirmek zordur, bu ceza, cezaevinde sürekli bir esaretten ibarettir.<sup>34</sup>

### A. Hapis Cezasının İşlevi

Beccaria, neden hapis cezasını tercih ettiğini açıklarken öncelikle hapis cezasının etkisi üzerinde durur. Düşünüre göre hapis cezası hızlı bir ölümden daha etkilidir.<sup>35</sup> Bu etkiyi ise ömür boyu süren hapis cezasının ölüm cezasından daha ıstırap verici olmasıyla açıklar. Beccaria'ya göre, hapis cezasının önleyici etkisi duvarlar ardında yaşayanlardan kaynaklanır. İstırap hapis cezasının temelidir. Beccaria göre, hayat yorgunu, bezgin ve acınası bir durumdaki umutsuz bir kişi için ölüm bu durumdan kurtulmak için umutsuz bir çareyken<sup>36</sup>, hapis-hane bu umutsuzluğu sona erdirmez, başlatır.<sup>37</sup>

Ölüm cezasında çekilen ıstırap ölüm cezasının infaz anı ile sınırlanmıştır. Hapis cezasında ise bu ıstırap ölüm cezasından farklı olarak zamana yayılmıştır; *"bu cezanın yol açtığı bütün mutsuz anlar bir araya getirildiğinde büyük olasılıkla daha ağır bir cezadır. Zira, bu mutsuz anlar, hükümlünün bütün yaşamı boyunca sürerler"*.<sup>38</sup> Beccaria'ya göre *"suçu iş-*

---

dern penal jurisprudence", New England Journal on Prison, S. 8, 1981, s. 19.

33 "Ne zaman ki acıma ve insancıl olma duyguları demir kapılardan içeri sızarlar ve adaletin acımasız ve amansız görevlilerine / zindancılara egemen olurlar, yasalar da işte o zaman yurttaşları tutuklama konusunda daha zayıf kanıtlarla yetinebilirler", Beccaria, s. 150.

34 Barbara Esposito / Lee Wood, Prison Slavery, Committee to Abolish Prison Slavery, 1982, s. 37.

35 Julien Damon, "Cesare Beccaria (1738-1794)", Informations Sociales, 2005/7, n° 127, s. 21.

36 Beccaria, s. 139.

37 Georgia Bechlivanou Moreau, Le sens juridique de la peine privative de liberté au regard de l'application des droits de l'Homme dans la prison, [www.prison.eu.org/IMG/pdf/these\\_gbm\\_2008.pdf](http://www.prison.eu.org/IMG/pdf/these_gbm_2008.pdf).

38 Beccaria, s. 140.



*lemekle elde edebileceği yarar ile kendi özgürlüğünü bütünüyle ve sonsuza dek yitirme tehlikesi arasında bunları düşünerek bir seçimde bulunmayan hiç bir insan yoktur".<sup>39</sup>*

Bu durum, ise yazara göre benzersiz bir fayda sağlar. Pek çok insan ölüm karşısında metaneti korumayı başarabilir, ancak pek az insan uzun süre hapsedilmeden kaynaklanan sefaletle katlanamaz. Bu nedenledir ki ömür boyu hapis cezası, bir ölüm cezası tehdidine rağmen suç işleme kararında olan kişi üzerinde caydırıcı etki yaratabilir. Toplumun kalanına gelince, ömür boyu hapis cezasını çeken bir suçluyu gözlemlemek, bir ölüm cezasının uygulanmasının sağladığı önleme etkisinden daha fazla bir etki sağlar.<sup>40</sup> Beccaria'ya göre makul hiçbir insan, suç kendisine ne çıkar sağlarsa sağlasın hürriyetinden tamamen yoksun kalmayı seçmeyecektir.<sup>41</sup> Böylece en kararlı suçlu bile tekerrür etmeyecektir.

Hapis cezası, uzak bir esaret olan ve bu nedenle hiçbir caydırıcılığı bulunmayan sürgün cezasından da daha etkilidir. Ayrıca, hapis cezasının benimsenmesi halinde adli hata halinde bu hatanın giderilmesi de mümkün olacaktır.<sup>42</sup>

Ceza adalet sistemini insancıl kılmak için sarf ettiği çabalara rağmen Beccaria'nın cezaların caydırıcılığına ilişkin görüşlerinin döneminin suç ve ceza siyasetini suçluya ıstırap çektirmeye dayanan caydırıcılık eksenli bir ceza adaleti anlayışına yönelttiğini söylemek yanlış olamayacaktır.<sup>43</sup>

## **B. Hapis Cezasının İnfazı**

Beccaria, ölüm cezası yerine hapis cezasını önerirken döneminin cezaevlerinin koşullarının etkisi altındadır. Gerçekten de 17. yüzyılın sonuna kadar devam eden süreçte, hapsedilme bir cezalandırma biçimi-

<sup>39</sup> Beccaria s. 139

<sup>40</sup> Devine, s. 18.

<sup>41</sup> Beccaria, s. 50.

<sup>42</sup> Porret, Le droit de punir, s. 103

<sup>43</sup> Pires, s. 43; Richard Dubé / Jean-François Cauchie, "Enjeux autour de l'évolution du droit criminel moderne Quand les variations de la périphérie défient l'autorité redondante du centre", *Déviance et Société*, 2007/4, Vol. 31, s. 473.

mi olarak görülmemektedir. Hapishaneler hapis cezasının infaz edildiği kurumlar olmaktan çok, yargılanacak kişinin yargılama sırasında hazır bulunmasını sağlamak üzere tutulduğu yerler olarak kullanılmaktadır.<sup>44</sup>

Beccaria, bir tür depo olarak kullanılan döneminin cezaevlerinin kötü koşullarının farkındadır. Nitekim, eserinin giriş kısmında *“zindanların içler acısı görünüşleri, bunların dehşet vericiliğini ve korkunçluğunu arttıran baskılara”*<sup>45</sup> karşı çıkmayan yargıçları eleştirir.

Beccaria'nın suçlunun bağnazlıktan ve kendini beğenmişlikten ancak *“zincirler, tomruklar, sürgit sopa altında ve demir parmaklıklar arkasında”*<sup>46</sup> kurtulacağını belirtmesi, nasıl bir cezaevi istediğinin işaretleridir. Cezaevini suçlunun gözetilip tutulduğu yerden çok bir işkence yeri olarak görür. Mahpusun hapishaneden kurtulması ise ancak ölümü ile mümkün olacaktır. Hapis cezası bir tür kölelik, sürekli bir esaret halidir.<sup>47</sup> Bu görüşlerden tıpkı dönemin cezaevi anlayışına uygun olarak, hapishanelerin kötü koşullarını kabul ettiği hatta desteklediği sonucuna varmaktayız.

Düşünür, bir yandan suçlunun her şeyden önce bir insan olduğunun göz önünde bulundurulmasını ve fiziksel işkencenin kaldırılmasını isterken<sup>48</sup> öte yandan ruha yapılan işkenceyi meşru görmektedir. Bu hususu *“cezaların oranları öyle seçilmelidir ki bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı ama suçlunun bedeni üzerinde en az iz bırakacak biçimde olsunlar”*<sup>49</sup> şeklinde ifade etmektedir.

Kanaatimize göre Beccaria hapishaneye ve hapis cezasına ilişkin görüşleri çelişkilidir. Eserin cebir şiddet ve zor kullanmalar üzerine olan bölümünde kan parası adı altında insan öldürenlerin para cezasına çarptırılarak cezalandırılmasına, fakir insanların hayatının satın alınacak birer nesneye dönüştürüldüğünü söyleyerek karşı çıkar.

<sup>44</sup> Thorsten Sellin, *“Un regard sur l’histoire de la prison”*, Les nouvelles méthodes de restriction de la liberté dans le système pénitentiaire, Actes du deuxième Colloque international de la FIPP, Ulm, 17-22 avril 1967, s. 1.

<sup>45</sup> Beccaria, s. 24.

<sup>46</sup> Beccaria, s. 139.

<sup>47</sup> Beccaria, s. 139.

<sup>48</sup> Vasfi Raşit Seviğ, *Askerî Adalet*, İkinci Kitap, Ankara, 1956, s. 26.

<sup>49</sup> Beccaria, s. 70.

Yasaların insanları göz ardı etmesi ve onu bir nesneye dönüştürmesi halinde ortada özgürlükten eser kalmayacağını ifade ederek, insan onurunu ön plana çıkarır.<sup>50</sup> Oysa, söz konusu olan mahpus olduğunda onu bir hizmet hayvanına dönüştürmekte ve insan onurunu göz ardı etmekte bir sakınca görmez. Düşünüre göre, cezaevinde hayvana dönüşen insan topluma “verdiği zararı “kendi yorucu çalışmasıyla giderip onarır.”<sup>51</sup>

Buna karşın, tehlikeli olduğunu söylediği suçlunun ancak her şeye rağmen “bir insan” olduğunun da altını çizer. İnsan olduğu içindir ki suçlunun “yeniden ıslahı lazımdır”. Hayvana dönüşen ruhu üzerinde kalıcı bir iz istediği suçlunun nasıl yeniden topluma kazandırılacağı ise bir bilimcedir.<sup>52</sup>

Bu satırlar okunduğunda BECCARIA’yı hapis hane koşulları ve bu koşulların iyileştirilmesiyle ilgilenen bir düşünür olarak değerlendirmek zordur. Beccaria’nın hapis cezasına ilişkin görüşleri, kanaatimizce, faydacılık ve caydırıcılık düşüncelerinin gölgesinde kalmaktadır.

### Sonuç yerine

Beccaria’nın ceza hukuku alanında çığır açan düşüncelerinin bugün de modern ceza kanunlarının ana ilkelerini oluşturmaya devam ettiği hususunda kuşku yoktur.<sup>53</sup> Bununla birlikte, Beccaria’nın hapis cezasına ilişkin görüşleri günümüz okuyucusu için reformcu kimliğini hapis hanelerinin kapsamında bıraktığı izlenimini doğurmaktadır.

Beccaria’nın hapis cezasına ilişkin görüşleri çağdaşları tarafından eleştirilmesine neden olmuştur. Diderot, Beccaria’yı ölüm cezası yerine hapis cezasını önerirken kendisiyle çeliştiği gerekçesiyle eleştirir. Diderot’a göre ölüm cezasının kaldırılması ve yerine hapis cezasının getirilmesiyle ceza hukuku daha insancıl bir hukuk dalı olmayacaktır.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Audegean, s. 120.

<sup>51</sup> Beccaria, s. 138

<sup>52</sup> Selçuk, s. 56; Paul Savey-Casard, “Le deuxième centenaire du traité des delits et des peines”, Revue de science criminelle et de droit comparé, 3/1964, s. 506.

<sup>53</sup> Jean-Philippe Dunand / Céline Tritten, “Un code pénal pour le bonheur des hommes ou de l’apport de Cesare Beccaria au mouvement de codification”, Du monde pénal, Mélanges en l’honneur de Pierre-Henri Bolle, Collection Neuchateloise, Helbing&Lichtenhahn, 2006, s. 21.

<sup>54</sup> Florent Guénard, “La liberté et l’ordre public: Diderot et la bonté des lois”, Revue

Beccaria mahpusu hayvana dönüştürürken, aynı dönemde İngiliz filantrop John Howard 1777, yılında yayınladığı kitabında Avrupa'da ceza ve tutuklularının kötü koşullarına dikkat çeker. Howard'a göre mahpuslar her şeye rağmen insan olma vasıflarını korurlar. Ancak insana yakışır bir biçimde muamele edildiğinde topluma kazandırılmaları mümkün olacaktır.<sup>55</sup>

Ancak yine de Beccaria'nın hapis cezasına ilişkin görüşlerinin eserin yazıldığı çağın koşulları kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de unutulmamalıdır.

### KAYNAKLAR

- Audegean Philippe, *La philosophie de Beccaria, Savoir punir, Savoir écrire, Savoir produire*, Vrin, Paris, 2010.
- Beccaria Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında (Dei delitti e delle pene)*, çeviren Sami Selçuk, İmge Kitabevi, Ankara, 2004.
- Beçlıvanou Moreau Georgia, *Le sens juridique de la peine privative de liberté au regard de l'application des droits de l'Homme dans la prison*, [www.prison.eu.org/IMG/pdf/these\\_gbm\\_2008.pdf](http://www.prison.eu.org/IMG/pdf/these_gbm_2008.pdf).
- Bolle Pierre-Henri, "L'effet Montesquieu", *Erdoğan Teziç'e Armağan*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s. 25-30.
- Catelan Nicolas, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- Cattaneo Mario A, "Les fondements philosophiques de la fonction de la peine chez Beccaria", *Beccaria et la culture juridique des Lumières, études rassemblées par Michel Porret, Droz, Genève*, 1997, s. 83-88.
- Centel Nur / Zafer Hamide/ *Çakmut Yenerer Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Bası, Beta yayınevi, İstanbul, 2011.
- Damon Julien, "Cesare Beccaria (1738-1794)", *Informations Sociales*, 2005/7 n° 127, s. 21.
- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Devine Francis Edward, "Cesare Beccaria and the Theoretical foundation of modern penal jurisprudence", *New England Journal on Prison*, S. 8, 1981, s. 8-21.

---

de Métaphysique et de orale, 2005/1, s.120.

<sup>55</sup> John Howard, *L'état des prisons, des hôpitaux et des maisons de force en Europe au XVIIIe siècle*, trad. nouv. et éd. critique par Christian Carlier et Jacques-Guy Petit, Ed. de l'Atelier, Ed. Ouvrières, Paris, 1994, s. 33.

- Dolu Osman, "Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç: Klasik Okul Düşüncelerinin Suçu Açıklama Ve Önleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi", *Polis Bilimleri Dergisi*, C.11, S.4, s. 90-120.
- Dube Richard / Cauchie Jean-François, "Enjeux autour de l'évolution du droit criminel moderne Quand les variations de la périphérie défient l'autorité redondante du centre", *Déviance et Société*, 2007/4, Vol. 31, s. 465-485.
- Dönmezer Sulhi / Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.
- Esposito Barbara / Wood Lee, *Prison Slavery, Committee to Abolish Prison Slavery*, 1982.
- Foucault Michel, *Surveiller et punir*, Gallimard, Paris, 1975.
- Guenard Florent, "La liberté et l'ordre public: Diderot et la bonté des lois", *Revue de Métaphysique et de morale*, 2005/1, n°45, s. 109-125.
- Gürkan Ülker "Montesquieu ve Kanunların Ruhü", *AÜHFD*, C. 40, S. 1, 1988, s. 9-31.
- Howard John, *L'État des prisons, des hôpitaux et des maisons de force en Europe au XVIIIe siècle*, trad. nouv. et éd. critique par Christian Carlier et Jacques-Guy Petit, Ed. de l'Atelier, Ed. Ouvrières, Paris, 1994.
- Hunt Lynn, "Le corps au XVIIIe siècle, Les origines des droits de l'homme", *Diogenes*, 2003/3, n° 203, s. 49-67.
- Kuhn André, "Du droit pénal d'avant Beccaria au droit pénal moderne", 300 ans d'enseignement du droit à Lausanne, Schulthess, Genève, 2010, s. 161-176.
- Larrère Catherine, "Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria", *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, études rassemblés par Michel Porret, Genève, Droz, 1997, s. 89-108.
- Lascoumes Pierre, "Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne" *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, études rassemblés par Michel Porret, Genève, Droz, 1997, s. 109-117.
- Leaute Jacques, *Les prisons*, PUF, Que sais-je?, Paris, 1968.
- Lernell Leszek, "Réflexions sur l'essence de la peine privative de liberté: de certains aspects psychologiques et philosophiques de la peine de prison", *Études en l'honneur de Jean Graven*. Georg, Genève, 1969, s. 91-106.
- Picca Georges, *La criminologie*, 8<sup>e</sup> édition, PUF, Paris, 2009.
- Pires Alvaro, "Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne", *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Debuyt Christian, Digneffe Françoise, Labadie Jean-Michel / Pires Alvaro P. (éds), Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998.
- Porret Michel, *Beccaria. Le droit de punir*, Michalon, Paris, 2003.
- Porret Michel, "Les lumières et la modernité pénale", *Un droit pénal postmoderne*, sous la direction de Michel Massé, Jean-Paul Jean, André Giudicelli, PUF, Paris, 2009, s. 59-72.
- Salas Denis, "Ce que nous appelons punir", *Études*, 2011/3 Tome 414, s. 319-330.
- Savey-Casard Paul, "Le deuxième centenaire du traité des délits et des peines", *Revue*

de science criminelle et de droit comparé, 3/1964, s. 497-507.

Selçuk Sami, Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi, İmge Kitabevi, Ankara, 2004.

Sellin Thorsten, Un regard sur l'histoire de la prison, in: Les nouvelles méthodes de restriction de la liberté dans le système pénitentiaire, Actes du deuxième Colloque international de la FIPP, Ulm, 17-22 avril 1967, s. 97-108.

Seviş Vasfi Raşit, Askerî Adalet, İkinci Kitap, Ankara, 1956, s. 26.

Üzülmez İlhan, "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: V, Sayı: 1-4, Erzincan, 2001, s. 259-294.

**MAHKUMLARIN OY HAKKI**  
**AİHM'İNİN SÖYLER v. TÜRKİYE KARARI**  
**İLE YÜKSEK SEÇİM KURULU KARARI İŞİĞİNDA**  
**RIGHT TO VOTE OF PRISONERS**  
**ACCORDING TO THE DECISION OF ECHR OF SOYLER V. TURKEY AND TURKISH**  
**HIGH BOARD OF ELECTION**

Fatma KARAKAŞ DOĞAN\*

**Özet:** Bu çalışmada, mahkumların oy hakkı ele alınmakta ve kısıtlanmasının esasları üzerinde durulmaktadır. Konunun incelenmesinde, 2013 yılı içerisinde üç ay ara ile çıkan iki farklı karara dayandırılmaktadır. Kararlardan birisi AİHM'nin 17 Eylül 2013 tarihli Söyler v. Türkiye kararı, diğeri Türkiye Yüksek Seçim Kurulunun 31 Aralık 2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 21 Aralık 2013 tarihli kararıdır. Her iki karar, iç hukukumuz ile karşılaştırmalı hukuktaki son gelişmeler ışığında ele alınmaya çalışılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Mahkumların oy hakkı, oy hakkının kısıtlanması, serbest seçim hakkı, Yüksek Seçim Kurulu'nun 590 Sayılı Kararı, AİHM'nin Söyler v. Türkiye Kararı.

**Abstract:** In this study, we examine the right for prisoners to vote and analyse the restrictions placed upon the exercise of this right. We will study two judgments held in 2013 taken from cases decided within three months of each other. They are the decisions of the Soyler v Turkey case, held by the ECHR on the 17th of September 2013, and the Turkish High Board of Election's decision published in the Official Gazette on the 31st of December 2013. Both decisions are examined in the light of Turkish domestic law and the latest improvements in comparative law.

**Keywords:** Right to vote of prisoners, restrictions on the right to vote, right of free choice, High Commission Decision No. 590, ECHR's Soyler v. Turkey Decision.

---

\* Yrd.Doç.Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## I. GİRİŞ

### 1. Oy Hakkı Ve İç Hukuk

Oy hakkı, bir kişinin seçilmesi veya bir metnin kabul edilmesi veya reddedilmesi konusunda sahip olunan görüşün açıklanması için yapılan irade beyanını kapsamaktadır. Bu irade beyanı kişinin tercihini yansıtan pusulanın sandığa atılması suretiyle sağlanmaktadır. Oy hakkı, seçimlerde ve halkoylamalarında kullanılır.<sup>1</sup>

Oy hakkı demokrasi teorisinin en temel hakları arasında sayılmaktadır.<sup>2</sup> Nitekim insanlık ve demokrasi tarihi oy hakkının yaygınlaşması ve dürüstçe kullanılabilmesi uğruna verilen mücadele ile örülmüştür. Bu hakkın bir suç işlediği kuşkusuz altında bulunanlar ile bir suçtan mahkum olanlar bakımından yasaklanması esasen demokrasinin kendi argümanları ile çürütülmeye muhtaçtır. Demokrasi ile yönetilen bir toplumda halkın bir kısmını oluşturan mahkumların yurttaş oluşunun bir parçası olan oy hakkının inkar edilmesinin meşruluğu ve yurttaşlığın değerini düşürüp düşürmediği tartışılmaktadır.<sup>3</sup>

Oy hakkının şartları ve esasları her ülkenin Anayasa metninde düzenleme altına alınır. "Seçme, Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakları" başlıklı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.67 altında yer alan düzenlemeye göre, vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında genel oy ilkesi kabul edilmiştir. Bunun yanında oy hakkının olumlu ve olumsuz olmak üzere bazı şartları bulunmaktadır. Olumlu şartlar, Türkiye vatandaşı olmak, onsekiz yaşını doldurmuş olmak ve seçmen listesine kayıtlı olmak olarak sıralanırken olumsuz şartlar, ehliyetsizlik ve liyakatsizlik olarak sayılmaktadır. Ehliyetsizlik ile ifade edilen grubun içinde, bir suçtan mahkum edilmekle oy hakkından yoksun bırakılan hükümlü-

<sup>1</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa Ekin Kitabevi Yay., 2004, 127 vd.  
<sup>2</sup> Kasım Karagöz, "Mahkumların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Bir Yaklaşım", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:9, S:1, 2007, 165.  
<sup>3</sup> Yazarlara göre, oy hakkının kısıtlanması, ülkenin içinde bulunduğu duruma göre seçim sonuçlarını etkilemeye yönelik bir çaba da olabilir., Cormac Behan/Ian O'Donnel (2008), "Prisoners, Politics and the Polls: Enfranchisement and the Burden of Responsibility", *Br J Criminology*, Vol.48, Issue 3, pp.319.



leri ifade etmek mümkündür. Böylelikle mahkumların oy hakkından yoksun bırakılması genel oy ilkesinin bir istisnası<sup>4</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır.

## 2. Mahkumların Oy Hakkının Kısıtlanması

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan m.67/5’e göre, silah altında bulunan er ve erbaşılar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar.<sup>5</sup> Anayasa’nın ilk halinde ceza ve tevkif evlerinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin oy kullanamayacağı kabul edilmiş idi. Bu hüküm, 1995 tarihli Anayasa değişikliği ile yeniden düzenlenmiş ve ceza infaz kurumunda bulunmakla birlikte henüz mahkumiyet hükmü kesinleşmemiş olanların oy kullanması sağlanmıştır.<sup>6</sup>

Anayasa’da yapılan 2001 tarihli değişiklik ile taksirli bir suçtan mahkum edilmiş olan ve ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler oy kullanma yasağı kapsamından çıkartılmış böylelikle oy kullanmaları yasaklanmış olan kategori daraltılmıştır.<sup>7</sup> Kasıtlı bir suçtan mahkum edilmiş ve halen ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy hakkı bulunmadığı kabul edilmiştir. Buna paralel olarak, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunu m.7’de oy kullanamayacaklar arasında hapis cezasının infazı için ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler sayılmıştır.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Genel oy ilkesinin en kapsamlı istisnası olarak cinsiyete ve ırka dayalı ayrımcılığı anımsamak gerekir. Dünya nüfusunun yarısını oluşturan kadınlar, 19. Yüzyılın sonlarından itibaren oy kullanmaya başlamışlardır., <http://www.bianet.org/kadin/siyaset/12753-dunyada-kadinlarin-oy-hakki> (6.2.2014)

<sup>5</sup> Anayasa m.67/5 “(Değişik: 23/7/1995-4121/5 md.; 3/10/2001-4709/24 md.) Silah altında bulunan er ve erbaşılar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde oy kullanılması ve oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından alınması gerekli tedbirler Yüksek Seçim Kurulu tarafından tespit edilir ve görevli hakim in yerinde yönetim ve denetimi altında yapılır.”

<sup>6</sup> <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/1982ilkson.pdf> (12.1.2014)

<sup>7</sup> Barış Bahçeci, “1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar”, AÜHFYD Yıl:2005, C.54, Sayı:3, 388.

<sup>8</sup> Oy kullanamayacak olanlar:

Bir suçtan mahkum olanların medeni ve siyasi haklarının kısıtlanacağına ilişkin diğer bir hüküm olarak, Medeni Kanun m.407'de yer alan "bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her ergin kısıtlanır" ifadesi ile mahkumların medeni haklarını bizzat değil ancak kendilerine atanacak vasi aracılığı ile kullanacaklarına dair düzenlemeyi anmak gerekir. Nitekim maddenin ikinci fıkrasında, "cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür." İbaresine yer verilmiştir.<sup>9</sup>

Türk Ceza Kanunu m.53 altında, kişinin kasten işlemiş olduğu bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilmesinin kanuni sonucu olarak, hakkında madde metninde yer alan güvenlik tedbirlerine hükmedileceği kabul edilmiştir. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma şeklindeki bu güvenlik tedbirlerinin bir kısmı, seçme ve seçilmenin de aralarında bulunduğu siyasi hakların kısıtlanmasına ilişkindir. TCK m.53/1-a ve b bendinde yer alan düzenlemeye göre, sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten, seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan, yoksun bırakılır.

TCK m.53/2 'de, işlenen suç dolayısıyla mahkum olunan hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar bu hakların kullanılamayacağı düzenlenmiştir.<sup>10</sup> Aynı doğrultuda Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun m.8'de seçmen olamayacaklar ka-

---

Madde 7 - Aşağıda yazılı olanlar oy kullanamazlar:

1. Silah altında bulunan erler, onbaşılar ve kıta çavuşları (Her ne sebeple olursa olsun, izinli bulunanlar da bu hükme tabidir),
2. Askeri öğrenciler.
3. (Ek: 10/6/1983 - 2839/44 md. Değişik: 27/10/1995-4125/2 md.) Ceza infaz kurumlarında hükümlü olarak bulunanlar <http://www.ysk.gov.tr/ysk/Secmen-Kaydi/298.htm> (21.1.2013)

<sup>9</sup> Fatma Karakaş Doğan, 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun Düzenlemesi Işığında Ceza İnfaz Hukuku, XII Levha Yay., İstanbul, Ağustos 2013, 55, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4721.html> (12.1.2014)

<sup>10</sup> <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (12.1.2014)

tegorisi, kamu hizmetinden yasaklı olanlar ile kısıtlı olanlardan meydana getirilmiştir.<sup>11</sup>

TCK m.53/4 hükmü, kısa süreli hapis cezasına mahkum edilen ancak bu cezası ertelenenler ile suç işlediği tarihte 18 yaşını tamamlamamış olanlar hakkında, hak yoksunluğuna karar verilemeyeceğini düzenlemektedir. TCK m.49 uyarınca, mahkum edildiği hapis cezası miktarı bir yılı aşan yani kısa süreli olmayan bir hapis cezasına mahkum edilen kişilerin mahkum edildiği hapis cezası ertelenmiş olsa dahi, hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak hak yoksunluklarına maruz kalacaklardır.

Güvenlik tedbirlerinin bir türü olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri suçlunun tehlikelilik hali ile orantılı olmalı ve toplumsal savunmaya yönelmelidir. Failin gelecekte yeniden suç işlemesini önleme ve ıslahı sürecine katkı sunarak toplumla bütünleşmeyi sağlama, güvenlik tedbirlerinden beklenen temel yararlarıdır.<sup>12</sup>Nitekim işlediği suç dolayısıyla toplumda mahkumlara karşı güvenin sarsıldığı ifade edilerek belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin gerekçesi açıklanmıştır. Cezalandırmakla güdülen esas amacın toplumla yeniden bütünleşmeyi sağlamak olduğu anımsatılarak, hak yoksunluklarının süresiz olmadığı ve mahkum olunan hapis cezasının infazının tamamlanmasına kadar sürebileceği belirtilmiştir.<sup>13</sup>

### 3. Sivil Ölümden Tam Yurttaşlığa

Mahkumların oy hakkından yoksun bırakılışlarının temelinde, Antik Yunan ve Roma uygarlıklarını takiben Ortaçağ'da Avrupa uygarlığı tarafından benimsenen sivil anlamda ölü olma anlayışı bulunmaktadır. Bu anlayışa göre, toplumsal normları ihlal eden kişiler hu-

<sup>11</sup> Seçmen olamayanlar:

Madde 8 - Aşağıdaki kimseler seçmen olamazlar:

1. Kısıtlı olanlar,

2. Kamu hizmetinden yasaklı olanlar, <http://www.ysk.gov.tr/ysk/SecmenKaydi/298.htm> (21.1.2013)

<sup>12</sup> Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 3.B., Beta Yay., İstanbul 2013.

<sup>13</sup> Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C:1 (Kanunlar), 10. B., Seçkin Yay., Ankara 2013, 216.

kuki anlamda ölüdür ve oy hakkı dahil birçok haktan yoksun bırakılır. İngiltere tarafından katı bir şekilde benimsenen sivil ölüm anlayışı, İngiliz kolonileri aracılığı ile Amerika kıtasına yayılmıştır.<sup>14</sup>

Aydınlanma dönemi yazarları, devletin varlık ve iktidar sahibi oluşunu toplumsal sözleşme ile açıklamışlardır. Bu anlayışa göre suç işleyen kişi toplumsal sözleşmeyi ihlal etmekle sistemle karşı karşıya gelmekte ve dışlanmayı hak etmektedir.<sup>15</sup> Bu konumdaki kişilerin toplumsal yaşamın en değerli haklarından olan siyasal haklardan yararlanandırılması bir çelişki olacaktır.<sup>16</sup> Oy hakkının kısıtlanması, mahkumun topluma uyum sürecini hızlandıracak ve medeni sorumluluğunun artmasına katkı sunacaktır.<sup>17</sup>

Mahkumların toplum dışına itilmesinin en güçlü göstergelerinden birisi olan oy hakkının kısıtlanması anlayışı günümüzde önemini kaybetmektedir. Bu doğrultuda ülkeler iç hukuklarında düzenleme yapmaktadırlar. Kuşkusuz bu düzenlemeler için demokrasi tarihinde önemi bulunan bazı ülke mahkeme kararlarının kaynak değeri bulunmaktadır.

Örneğin 1995 yılında İsrail Başbakanını öldüren kişinin, yeni başbakan seçimleri sırasında oy kullanmasının engellenmesi için vatandaşlığının iptali gündeme gelmiştir. İsrail iç hukukuna göre mahkumların oy hakkı önünde bir yasaklama bulunmamaktadır. Bu bağlamda

<sup>14</sup> Karagöz, 167-168; Amerika Birleşik Devletlerinde cezaevinde bulunanlar toplumun %2.5'lik kesimini oluşturmaktadır. Oy hakkını kullanamayan bu kesimin yarısından çoğunu siyah ırka mensup kişiler oluşturmaktadır. Bu sayı seçim sonuçlarını etkileyebilecek yeterliliktedir., Karagöz, 182.

<sup>15</sup> AİHM'nin İngiltere Hükümeti aleyhine sonuçlanan Hirst v. United Kingdom başvurusunda hükümet tarafından savunulan bu görüş kriminoloji biliminin tezleri ile uyumlu değildir., Karagöz, 171; Suçun nedenlerini bireyin biyolojik veya fizyolojik özelliklerinde arayan kriminoloji alanındaki görüşler geçen yüzyılın başından itibaren hızla değer kaybetmiştir. Günümüzde suçun nedenleri bireyin dışında, yaşanan sosyal ve siyasal atmosferde aranmaktadır., Osman Dolu, Suç Teorileri, 2. B., Seçkin Yay., Ankara 2010, 220; Suç işleme potansiyelinin tespitinde, bir yanı etnisiteye diğer yanı gelir azlığına dayanan ayrımcı görüşlerin yerine, suç ile somut şartlar arasındaki ilişkiye dayanmak yerinde olacaktır. Bu bakış açısı, insana saygı duyulması sonucunu doğurması nedeniyle daha insancıl olacaktır., Yasemin Işıktaç, Hukuk Sosyolojisi, 2.B., Filiz Kitabevi, Ocak 2013, 175.

<sup>16</sup> Karagöz, 169.

<sup>17</sup> Kanada Hükümetinin, Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından reddedilen görüşü bu argümana dayanmakta idi. Karagöz, 170; Fatma Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Legal Yay., İstanbul 2010, 275.

bir vatandaş tarafından açılan ve oy kullanmasını engellemek için mahkumun vatandaşlığının iptali istemini içeren dava İsrail mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. Mahkeme kararını, vatandaşlık haklarından mahrum etmenin Başbakanı öldüren kişiyi değil, İsrail demokrasisini yaralayacağına dayandırmıştır. Mahkemeye göre Başbakanı öldüren kişinin cezası aldığı mahkumiyet kararıdır. Oy verme hakkının esirgenmesi tüm temel hakların özünü alt üst edecektir.<sup>18</sup>

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi tarafından mahkumların oy kullanma hakkının tartışılmasında, ülke yöneticilerinin çoğunun Afrika Ulusal Kongresi üyeliği nedeniyle eski mahkum olması belirleyici olmuştur. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi 1999 tarihli kararında, mahkumlara oy kullandırmanın güçlüğüne dayanan görüşleri reddetmiş ve hükümetin oy hakkının kullanılması için gerekli donanımı sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, her vatandaşın oyunun onun saygınlığının ve birey olmasının rozeti olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre hükümetin savunması ahlaki olarak yerinde olmadığı gibi demokrasi teorisi ile de uyumlu değildir.<sup>19</sup>

Kanada Yüksek Mahkemesi 2002 yılında verdiği kararda, Afrika Anayasa Mahkemesinin görüşlerini teyit etmiş ve Hükümetin oy hakkını kullanmaktan yasaklama yetkisi bulunmadığını kabul etmiştir.<sup>20</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi, 2 yıldan fazla hapis cezasına mahkum edilenlerin federal seçimlerde oy kullanmasının engellenmesini, oy hakkının demokrasinin temeli olduğu ve düşüncesizce gözardı edilemeyeceği gerekçesi ile reddetmiştir.<sup>21</sup> Mahkemeye göre, toplumsal

<sup>18</sup> İsrail Mahkemesinin kararı birçok üst düzey yetkili tarafından eleştirilmiştir. Öldürülen Başbakan İzak Rabin'in eşi, katilin seçimde oy kullanmasını kabul etmediğini beyan etmiş, yeni Başbakan Şimon Peres aynı yönde tepkisini dile getirmiştir., Cormac Behan/Ian O'Donnel (2008), pp.319.

<sup>19</sup> Cormac Behan/Ian O'Donnel (2008), pp.320; Karagöz, 173, 195; Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, 275.

<sup>20</sup> Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, 275; Bahçeci, 388.

<sup>21</sup> Richard Sauve tarafından açılan davayı haklı bularak, 1993 Seçim Yasasını Anayasaya aykırı bulan Yüksek Mahkemeye göre, seçilmiş temsilciler halkın bir kesiminin yurttaşlık hakkını elinden almaya yetkili değildir., Cormac Behan/Ian O'Donnel (2008), pp.320; AİHM, oy hakkı üzerindeki kısıtlamaların vatandaşları ıslah etme amacına yönelik olduğu şeklindeki hükümet görüşünün haklı gerekçelere dayanmadığının söylenemeyeceğini belirterek, oy hakkının kısıtlanmasının vatandaşları ıslah etmedeki şüphe üzerinde durmadığını ifade etmiştir., AİHM 29411/07 numaralı ve 17 Eylül 2013 tarihli *Söyler v. Türkiye* Kararı prg.37., kararın İngilizce orijinal metni için bkz., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/>

kimlikten ve üyelikten yoksun bırakma tehlikesi taşıyan oy kullanma hakkından yasaklanma gibi tedbirler, mahkumun sorumluluk duygusunu geliştirmeyecek aksine zayıflatacaktır. Oy kullanma, sosyal sorumluluğun ve demokratik değerlerin öğrenilmesi sürecine katkı sunmaktadır dolayısıyla bu haktan yoksun bırakmak, cezanın amacı ve toplumla bütünleşmeyi sağlayıcı infaz politikaları ile uyumlu değildir.<sup>22</sup> Kanada Yüksek Mahkemesinin kararından sonra mahkum olunan hapis cezasının süresi ne olursa olsun 18 yaşını doldurmuş olmak koşulu ile tüm vatandaşların oy hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.<sup>23</sup>

Oy hakkı ve genel oy ilkesi, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m.25 altında güvence altına alınmıştır. Hükme göre her vatandaş, Sözleşmenin 2.maddesinde yer alan ayrımlara makul olmayan sınırlamalara tabi olmaksızın, seçmenlerin iradelerini serbestçe ifade etmelerini güvence altına alan, gizli olarak oy verilen, genel ve eşit oya dayanan ve belirli aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde oy kullanma ve seçilme hakkına sahiptir.<sup>24</sup>

## II. AİHM KARARLARINDA MAHKUMLARIN OY HAKKI

### 1. AİHS'de Oy Hakkı

Oy hakkının esasları ülkelerin iç hukuklarında düzenlenmiş olmakla birlikte, bireysel başvurular yolu ile AİHM tarafından ele alınmıştır. AİHS'nin ilk metninde oy kullanma hakkına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, ek 1 numaralı Protokol m.3 ile serbest seçim hakkı güvence altına alınmıştır. Buna göre, sözleşmeye taraf devletler, yasama organının seçiminde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oy serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler. Genel oy ilkesini koruyucu işlevi olan bu hüküm, taraf devletlere belirli kişi ve grupların seçme ya da seçilme hakkını kısıtlamama yükümlülüğü getirmektedir.<sup>25</sup>

---

search.aspx?i=001-126350 (24.1.2014)

<sup>22</sup> Karagöz, 192.

<sup>23</sup> Karagöz, 193.

<sup>24</sup> Sözleşmenin tam metni için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insan-haklari/pdf01/53-73.pdf> (5.2.2014)

<sup>25</sup> Bahçeci, 379.

## 2. AİHM Kararlarında Mahkumların Oy Hakkı

AİHM, oy hakkı kısıtlanan mahkumların yaptığı bireysel başvurulara konuya ilişkin yaklaşımını ortaya koymuştur. AİHM verdiği kararlarda, Kanada Yüksek Mahkemesi ve Güney Afrika Anayasa Mahkemesi kadar bütüncül bir yaklaşımla mahkumların oy hakkını kullanmaktan yasaklanmasını demokrasi ve AİHS ile bağdaşmaz bulmamıştır. Aksine mahkeme kararlarında hükümetlerin geniş takdir yetkisi bulunduğunu anımsatmış ancak bazı kriterler koymuştur. Kuşkusuz Mahkeme bundan sonraki kararlarında mahkumların oy kullanma hakkından yasaklanmasında hükümetlere tanıdığı takdir hakkının alanını daraltabilir ya da ya da tamamen kaldırabilir.

AİHM Hirst v. Birleşik Krallık kararında ömür boyu hapse mahkum edilmiş olan başvurucunun oy hakkından yasaklanmasının Sözleşmeye uygun olup olmadığını denetlemiştir. Mahkeme oy hakkının demokrasi açısından taşıdığı önemi, Kanada Yüksek Mahkemesi kararına atıf yaparak teyit etmiş ve Avrupa Konseyine üye bazı devletlerde mahkumların oy hakkının sınırlandırılmadığını anımsatmıştır. Mahkemeye göre, sınırlama getiren devlet uygulamalarının tümü ise bazı suç kategorileri açısından ve mahkeme kararına dayanılmak koşulu ile oy hakkını kısıtlamaktadır. AİHM bu kararda, hükümetin oy hakkından yasaklamaya dair argümanın meşru olup olmadığını denetlemiştir. Orantılılık üzerinde odaklanan Mahkeme, adil bir denge içinde mahkumların oy hakkının yasaklanabileceğine ancak salt mahpusluk statüsünden kaynaklanan otomatik bir yasaklamanın takdir hakkı içinde görülemeyeceğine karar vermiştir<sup>26</sup>

AİHM'nin verdiği karara rağmen, İngiltere iç hukukunda mahkumların oy hakkını tanıyan ulusal düzenleme yapılmamıştır. İnsan öldürme suçundan ömürboyu hapis cezasına mahkum edilen iki kişinin, 18 Eylül 2014 tarihinde İskoçya'da yapılacak olan referandumda oy kullanmak için yaptığı başvurunun Yüksek Mahkemece reddedilmesi tartışmalara yol açmıştır.<sup>27</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları

<sup>26</sup> Bahçeci, 388-399; Karagöz, 181.

<sup>27</sup> Mahkumların oy kullanması gerektiği şu cümlelerle ifade edildi; "İskoçya ülkesinde yerleşik olan bütün vatandaşlar, ulusun geleceği üzerinde görüş ifade etme hakkına sahiptir..", <http://www.theguardian.com/politics/2013/dec/19/prisoners-fails-ban-voting-scottish-independence>, (5.2.2014)

Temsilcisi tarafından üye ülkelere yapılan çağrıda, ülke cezaevlerinde bulunan mahkumlara, genel seçimlerde oy kullanma hakkı verilmesi önerisinde bulunulmuştur.<sup>28</sup> Tartışmaların ardından İngiltere Hükümeti, AİHM kararı doğrultusunda mahkumlara oy hakkı tanınması için yasal düzenlemeye gidileceğini açıklamıştır.<sup>29</sup>

Hirst v.UK kararını takiben iç hukukunda düzenlemeye giderek mahkumlara oy hakkı tanıyan önemli bir örnek olarak İrlanda'yı anmak gerekir. Bir mahkumun açtığı davayı karara bağlayan mahkeme, mahkumlara oy hakkı tanınmamasını veya oy hakkını kullanmaları için gerekli donanımın hükümetçe sağlanmamasını eşitlik ilkesine ve buna ilişkin AİHS m.14'te yer alan statüye dayalı ayrımcılık yasasına aykırı bulmuştur. İrlanda Yüksek Mahkemesi kararının temyiz sonucunda bozulması üzerine, mahkumların oy hakkı üzerindeki yasak devam etti. 2006 Yılında Seçim Yasasında yapılan değişikliğin ardından, mahkumların ikametgahlarının bulunduğu seçim bölgesinde posta yolu ile oy kullanmasının önü açıldı ve mahkumlar ilk olarak 2007 seçimlerinde buldukları ceza infaz kurumlarında oy kullandılar.<sup>30</sup>

Scoppola v. İtalya başvurusunu karara bağlayan AİHM, suçların türüne ve ciddiyetine bakılmaksızın cezaevinde bulunan tüm mah-

<sup>28</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararını yerine getirmeyen İngiltere hükümetinin tavrı eleştirilerek, mahkumların da insan olmaları nedeniyle haklara sahip olduğu hatırlatılmakta ve mahkumların oy hakkı üzerinde yasağın geçerli olduğu ülkelerde, bu konunun kamuoyunda kapsamlı bir şekilde tartışılması tavsiye edilmektedir. Mahkumlara oy hakkı verilmesi, topluma uyum sağlamayı kolaylaştıracak ve yeniden suç işlemenin azalmasına katkı sağlayacaktır. Birçok Avrupa ülkesinde mahkumlara oy hakkı tanınmış ve bu hiçbir soruna yol açmamıştır. <http://www.theguardian.com/law/2011/feb/04/prisoner-voting-convicts-human-beings> (5.2.2014)

<sup>29</sup> <http://www.bbc.co.uk/news/uk-24545294> (5.2.2014)

<sup>30</sup> İrlanda'da 1923 Seçim Yasasına göre, sabıkalı kişilerin oy kullanması mahkumiyet tarihinden itibaren yedi yıl süre ile mümkün olamamaktaydı. Yüksek Mahkemenin 2000 yılında önüne gelen bir dosyada mahkumların oy hakkı bulunduğunu ve Seçim Yasasında bunu engeller bir hüküm bulunmadığını karara bağlaması önemli olmuştur. Mahkeme devletin, mahkumun oy verebileceği ortamı sağlamakta başarısı olmasını, hukuki yükümlülüklerin ihlali olarak görmüştür. Seçim Yasasında yapılan değişiklikle 2006 yılında mahkumlara posta yolu ile oy verme hakkı tanınmasının altında yatan korku olarak, mahkumların blok halde oy kullanmasının engellenmesi yatmaktadır. Her mahkum kendi seçim bölgesinde kayıtlı olmakta ve oyu posta ile o bölgeye gitmekteydi dolayısıyla mahkumların birlikte hareket ederek seçim sonuçlarını etkilemesi engellenmiş olmaktadır., Cormac Behan/Ian O'Donnel (2008), pp.323vd.



kumları kapsar biçimde, genel, otomatik ve ayırım gözetmeyen bir şekilde mahkumların oy hakkından yasaklanmasını, serbest seçim hakkını güvence altına alan 1 numaralı Protokol m.3'e aykırı bulmuştur. Mahkeme cinayet suçundan aldığı ömür boyu hapis cezası ile bağlantılı olarak başvuruca verilen memuriyet ve oy kullanma yasağını Sözleşmeye aykırı bulmamıştır. İtalya yasalarına göre, ceza mahkemeleri üç yıldan fazla hapis cezasına mahkum edilen kişiler ile ilgili olarak oy kullanma yasağı getirme yetkisine sahiptir. AİHM bu düzenlemeyi genel ve otomatik bir sınırlandırma olarak görmemiştir.<sup>31</sup>

### 3. Söyler v. Türkiye Kararında Mahkumların Oy Hakkı

AİHM Türkiye'den yapılan bir bireysel başvuruyu 17 Eylül 2013 tarihinde karara bağlamıştır.<sup>32</sup> 4 Yıl 11 ay 26 gün hapis cezasına mahkum edilen başvuruca cezasının ceza infaz kurumunda infaz edilmeye başlandığı bireysel başvuru, ülke çapında yapılacak olan seçimlerde oy kullanabilmek için Yüksek Seçim Kuruluna yapılan talebin reddi nedeni ile 1 Nolu Protokol m.3'e dayandırılmıştır. Yüksek Seçim Kurulu Başvuruca'nın hükümlü olması nedeni ile seçmen olma talebini reddetmiş ve nihayetinde 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan genel seçimlerde oy kullanılmasını engellemiştir. Başvuruca 9 Nisan 2009 tarihinde şartla salıverme hükümlerinden yararlandırılarak tahliye edilmişse de oy hakkı üzerindeki yasak 1 Nisan 2012 tarihine kadar sürmüştür.<sup>33</sup> Başvuruca ceza infaz kurumunda olmamasına rağmen ülke çapında yapılan 2011 yılı genel seçimlerinde oy kullanamamıştır.<sup>34</sup> Bunun nedeni başvuruca hakkında hükmedilen hapis cezasının infazının 1 Nisan 2012 tarihinde tamamlanacak olmasıdır. Şartla salıverme ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak tahliye hukukumuzda yer alan ve hapis cezasının bir kısmının ceza infaz kurumu dışında infaz edilmesine olanak sağlayan kurumlardır. Mahkumiyet

<sup>31</sup> [http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/dusunceler/hukumlu\\_oy.pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/dusunceler/hukumlu_oy.pdf) (17.1.2014)

<sup>32</sup> AİHM 29411/07 Söyler v. Türkiye, 17 Eylül 2013 ([http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126350#{"itemid":\["001-126350"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126350#{)) 21.1.2014; kararın Türkçe tercümesi için bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/soyler.pdf> (21.1.2014)

<sup>33</sup> AİHM Söyler v. Türkiye Kararı prg.7-11 ve prg.16.

<sup>34</sup> AİHM Söyler v. Türkiye Kararı, prg.24.

kararında yer alan hapis cezasının süresi henüz bitmemiş olduğundan, cezanın infazının devam ettiği kabul edilmekte ve infaza dayalı hak yoksunlukları geçerliliğini sürdürmektedir.

AİHM Söyler kararında, Sözleşmeye ek 1 nolu Protokolün sözleşmeye taraf devletlere serbest seçim hakkının kullanımını düzenleme konusunda geniş takdir yetkisi verdiği konusundaki görüşünü yinelemiştir.<sup>35</sup> Buna karşılık üye devletlerce alınacak tedbirler, Sözleşme kapsamında güvence altına alınmış olan haklara zarar verecek veya etkinliğini yok edecek derecede olmamalıdır. AİHM'ne göre, devletlerce alınacak tedbirler, yasama organının halkın özgür iradesi doğrultusunda oluşmasını engellememeli ve genel oy ilkesine aykırı olmamalıdır. Genel oy ilkesine aykırılık o ülke sisteminin demokratik olmasına gölge düşürebilecektir. Herhangi bir grup veya kategorinin ülkedeki nüfusun dışında bir uygulamaya tabi tutulması, 1 nolu Protokol m.3'ün ihlaline yol açabilecektir. Mahkemeye göre, mahkum oldukları cezanın süresine ve suçun niteliğine bakmaksızın bir grubu kül halinde oy hakkından yoksun bırakmak devletlere tanınan takdir yetkisini aşmakta ve Sözleşmeye ek 1 nolu Protokol m.3'e aykırılık oluşturmaktadır.<sup>36</sup>

AİHM kararda, kasıtlı suçtan mahkum edilen tüm hükümlülerin oy hakkından yasaklandığını, kısa süreli hapis cezası dışında hapis cezası ertelenenler ile ceza infaz kurumundan şartla tahliye edilenlerin de bu kapsama dahil olduğunu tespit etmiştir.<sup>37</sup> Mahkemeye göre, cezası cezaevinde değil toplum içinde infaz edilenleri dahi kapsayan oy kullanma hakkından yoksun bırakılış, bazı Avrupa ülkelerinde örneğin Birleşik Krallık, Avusturya ve İtalya iç hukuklarında varolan yasaktan daha katı ve daha kapsamlıdır. Oy hakkının kısıtlanmasının bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın önceden varolan genel bir hükümle otomatik olarak kısıtlanması, oy hakkına yapılan müdahale-

<sup>35</sup> "...1 Nolu Protokolün 3.maddesinde öngörülen haklar mutlak değildir. Zımnî kısıtlamalar mevcuttur ve Sözleşmecî devletlere bu konuda geniş takdir payı verilmelidir. Seçim sistemleri pekçok şekilde oluşturulup yönlendirilebilir ve Avrupa'da tarihsel gelişim, kültürel çeşitlilik ve siyasi düşünce açısından birçok farklılık vardır. Bu farklılıkları bir araya getirerek kendi demokratik vizyonlarını oluşturmak Sözleşmecî devletlerin herbirinin görevidir..." , AİHM Söyler v. Türkiye Kararı, 33.

<sup>36</sup> AİHM Söyler v. Türkiye Kararı, prg.34.

<sup>37</sup> AİHM Söyler v. Türkiye Kararı, prg.36.

nin orantılı olup olmadığının iç hukukta denetlenmesini engellemektedir.<sup>38</sup> Mahkumlar arasında suçun niteliği ve ağırlığı ile ertelenen bir yıl ve daha kısa süreli hapis cezaları dışında, hapis cezasının süresi bakımından herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Örneğin İtalya sisteminde mahkum olunan hapis cezaları arasında bir derece farkı olduğu yasal düzenleme ile kabul edilmektedir. İtalya'da mahkemece üç yıl ve daha uzun süreli hapis cezasına mahkumiyet kararı verilirse mahkum bu süre boyunca oy hakkından yoksun bırakılır. Beş yıl ve yukarısı süreli hapis cezasına ya da ömür boyu hapis cezasına mahkum edilirse oy hakkından yoksun bırakılır.<sup>39</sup>

Oy hakkının kısıtlanması konusunda mahkumiyet konusu suçlar arasında nitelik açısından ayırım yapıldığı yönündeki Türkiye Hükümeti görüşü Mahkeme tarafından reddedilmiştir. AİHM, kasten işlenen suçların taksirle işlenen suçlara oranla daha ağır nitelikte olduğu savunmasını, suçlar arasında ayırım yapıldığını göstermek bakımından yetersiz bulmuştur. Kasıtlı suçtan mahkum edilenlerin ayırım yapılmaksızın bir bütün olarak genel nüfusun dışında tutulması AİHS Ek 1 Nolu Protokole aykırı bulunmuştur.<sup>40</sup>

Sonuç olarak AİHM oy hakkından yoksun bırakma tedbirinin her somut olayda, işlenen suçun ağırlığı ve niteliği ile sanığın davranışları dikkate alınarak uygulanması gerektiğini tespit etmekte ve Türkiye iç hukukunun bu anlayış ile uyumlu olmadığı sonucuna varmaktadır. Mahkemeye göre, AİHS ile güvence altına alınan ve yaşamsal önemi bulunan oy kullanma hakkının kısıtlanmasının doğrudan ve fark gözetilmeksizin uygulanması kabul edilebilir takdir payını aşmakta ve AİHS Ek 1 Nolu Protokol m.3'ün ihlalini oluşturmaktadır.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> "...Türkiye'de hak yoksunluğu kanunlarla düzenlenmekte ve hakimlerin takdirine veya denetimine bırakılmamaktadır...Ceza Genel Kurulu TCK m.53'ü değerlendirdiği bir kararında, hak yoksunluğunun uygulanabilmesi için mahkumiyet kararında sözkonusu durumun belirtilmesi şart değildir..." , AİHM Söyler v. Türkiye Kararı, prg.39-40.

<sup>39</sup> Grand Chamber Case of Scoppola v. Italy (N.3) 126/05, 22.5.2012 <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-111044> (24.1.2014)

<sup>40</sup> Avusturya iç hukukuna göre, bir veya birden fazla kasıtlı suçtan bir yıl ve yukarısı süreli hapis cezasına mahkum edilenler oy kullanma hakkını kaybetmektedir., AİHM Söyler v. Türkiye Kararı, prg.42-43.

<sup>41</sup> AİHM Söyler v. Türkiye Kararı, prg.46-47.

### III. YÜKSEK SEÇİM KURULU KARARINDA MAHKUMLARIN OY HAKKI

Yüksek Seçim Kurulu (YSK)'nın 21 Aralık 2013 tarihli ve 590 sayılı kararı, 31 Aralık 2013 Salı günlü ve 28868 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Karar 30 Mart 2014 tarihinde yapılacak olan mahalli seçimlerde oy kullanma hakkının nasıl düzenlenmesi gerektiğine ilişkindir. Ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunmakla birlikte taksirle işlenen bir suç işlemiş olmaları dolayısıyla oy kullanma hakkına sahip olan hükümlülerin nasıl oy kullanacakları ile kasıtlı bir suçtan dolayı mahkum edilmiş olmakla birlikte şartla salıvermeden yararlandırılarak tahliye edilen hükümlülerin oy kullanıp kullanmayacakları eğer kullanacaklar ise bunun nasıl düzenleneceği ile ilgili olarak bir komisyon raporu hazırlandığı belirtilmiştir.<sup>42</sup>

YSK kararına göre, Anayasa m.67'de oy kullanma hakkı güvence altına alınmakta ve bu hakkın kimler bakımından kısıtlanabileceği gösterilmektedir. 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun m.7 ve 8'de kimlerin oy kullanamayacağı düzenlenmiştir. AİHS Ek 1. Nolu Protokol m.3 altında serbest seçim hakkı garanti edilmiştir. TCK m.53/1-b altında, kasten işlenen suçlardan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin sonucu olarak hükümlünün, seçme ve seçilme ehliyeti ile diğer siyasi hakları kullanmaktan, hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar yoksun bırakılacağı düzenlenmiştir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük m.57/2-a'ya göre, bu tedbir ile hapis cezasının infazına aynı anda başlanır. Vesayeti gerektiren hallerin sona ermesi başlıklı Medeni Kanun m.471'ye göre<sup>43</sup>, hapis cezasına mahkumiyetin bir sonucu olarak kısıtlı bulunan hükümlü üzerindeki vesayet hapis halinin sona ermesi ile birlikte kendiliğinden kalkar. Madde gerekçesinde konuya açıklık getirilmiş ve şartla tahliye edilenlerin kısıtlılık halinin kendiliğinden kalkacağı belirtilmiştir.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/12/20131231-25.htm> (24.1.2014)

<sup>43</sup> Medeni Kanun m.471- Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis halinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.

<sup>44</sup> Eski Türk Medeni Kanunu döneminde konuyu elen alan Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.12.2002 tarihli ve 294/425 sayılı kararında, geçici olarak veya şartla salıverilme ile ceza infaz kurumundan tahliye edilen hükümlülerin kısıtlılık halinin devam ettiğini karar bağlamış idi.

YSK kararında yukarıda belirtilen iç hukuk düzenlemeleri anımsatıldıktan sonra, AİHM Söyler v. Türkiye kararına atıfta bulunularak genel oy ilkesinin önemi ve cezası ceza infaz kurumunda infaz edilmeyen mahkumların oy hakkının kısıtlanmasının kabul edilemezliği vurgulanmıştır. Kararda AİHS ve Ek Protokollerinin kanun hükmüne göre üst norm niteliğinde olduğu teyit edilmiştir.

YSK kararının son kısmına göre, TCK m.53/1 hükmünde yer alan hak yoksunlukları, kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hariç olmak üzere, kasten işlenen bir suçtan mahkum olunan hapis cezasının kanuni sonucudur. Bu kapsamda seçme ehliyeti, mahkumiyet kararının kesinleşmesinden başlayarak, hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar kullanılamayacaktır. Hükümlünün yeniden bu hakkı kullanabilmesi hakederek tahliye tarihinden sonra mümkün olacaktır. Bu düzenleme nedeniyle şartla salıverilmiş olan hükümlülerin bi hakkın tahliye tarihine kadar ve erteleme kararı verilmiş olsa bile bir yılın üstünde ceza alanların erteleme süresi içinde oy hakkını kullanması mümkün değildir.

YSK kararına göre, TCK m.53'te yer alan bu düzenlemeye karşın, Anayasa m.67'de, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun m.7'de ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük m.57'de yer alan ifade, oy hakkından yoksun kalınacak dönemin hapis cezasının infazı için ceza infaz kurumunda bulunulan süre ile sınırlı olmasını gerektirmektedir. Seçme ehliyetinden yoksun kılma yönündeki hak yoksunluğu, hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunduğu dönemde oy kullanılmasına engel olabilir. Anılan dönem, hapis cezasını gerektiren mahkumiyet kararının kesinleşmesinden sonra, cezanın infazı için ceza infaz kurumuna alınmayla başlayıp ceza infaz kurumundan koşullu olarak salıverme ile sona erecektir.

YSK kararına göre, kasten işlenen bir suçtan dolayı verilen hapis cezasının infazı için ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler oy kullanamayacaktır. Ancak hakkında verilen mahkumiyet hükmü kesinleşmiş olup da henüz ceza infaz kurumuna alınmayanlarla, ceza infaz kurumundan koşullu olarak salıverilen fakat mahkumiyet hükmünde yazılı ceza süresi henüz dolmayan yani hak ederek tahliye ta-

rihi gelmeyen ve son olarak mahkemesi tarafından bir yılı aşan süreli hapis cezasına mahkum edilmekle birlikte bu cezanın ertelenmesine karar verilen hükümlüler cezaevinde bulunmadıklarından, yapılacak olan seçimlerde seçmen olabilecek yani oy hakkını kullanabilecektir.

5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.105/A hükmü, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak hükümlünün şartla tahliye tarihinden önce salıverilmesini mümkün hale getirmiştir. YSK Kararında yer almamakla birlikte bu konumda bulunarak şartla tahliye tarihi gelmeden denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak tahliye edilen hükümlülerin oy hakkının bulunduğu kabul etmek gerekir. Daha ötesi, İnfaz K.Geçici m.4 ile hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak tahliye edilmek için cezanın bir kısmının ceza infaz kurumunda infazı koşulu 31.12.2015 tarihine kadar aranmayacağından, bu konumdaki hükümlülerin oy hakkını kullanması önünde bir engel bulunmamaktadır.<sup>45</sup>

Oy çokluğu ile alınan YSK'nın yukarıda anılan kararına muhalif kalan üye, TCK m.53'ün özel hüküm olması nedeniyle öncelikle uygulanması gerektiğini, hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak hükmedilen hak yoksunluklarının, infazın tamamlanması ile ortadan kalkacağını savunmuştur. Muhalefet şerhinde AİHM'nin Söyler v. Türkiye kararında yaptığı ihlal tespitinin çoğunluk görüşü doğrultusunda yapılacak uygulama ile aşılamayacağını belirtmiştir.<sup>46</sup>

#### IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ülkemiz iç hukukunda henüz suçluluğu kesinleşmemiş olmakla birlikte tutuklu olarak yargılanmakta olan kişilerin oy hakkı üzerinde bir sınırlama bulunmamaktadır. 2001 Yılında yapılan düzenleme ile

<sup>45</sup> Fatma Karakaş Doğan, "Ceza İnfaz Hukukunda Güncel Gelişmeler Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Hapis Cezasının İnfazı- Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi- İzinler - Eş Ziyareti", Ceza Hukuku Dergisi, Y:2013, S:23, Seçkin Yay., Ankara 2013, 54.

<sup>46</sup> Muhalefet şerhine göre, şartla salıverilen, mahkum edildiği bir yıldan fazla hapis cezası ertelenen ve hapis cezasına mahkum edilmekle birlikte henüz ceza infaz kurumuna alınmayan hükümlülerin hak yoksunluğu devam etmektedir. Hak yoksunluğu dolayısıyla oy kullanma hakkı önünde bir engel bulunmadığını kabul etmek, kanun koyucunun iradesine aykırıdır. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/12/20131231-25.htm> (24.1.2014), Yüksek Seçim Kurulu 590 Sayılı Kararına muhalefet şerhi.

taksirle işlenen bir suçtan mahkum edilen kişilerin oy kullanma hakkı üzerindeki yasak da kaldırılmıştır. TCK m.53/4 hükmü nedeni ile bir yıl ve aşağısı süreli bir hapis cezasına mahkum edilen ancak bu cezası ertelenen kişilerin işlediği suç kasten işlenen bir suç olsa dahi oy kullanma hakkı üzerinde bir kısıtlamaya yol açmayacaktır. Ancak kasıtlı bir suçtan olmak koşulu ile mahkum olunan bir yılın üstündeki hapis cezası ertelenmiş olsa dahi oy hakkının kaybedilmesi sonucunu doğuracaktır. TCK m.49'a göre hapis cezası bir aydan az olamaz. Dolayısıyla kasten işlenen bir suçtan mahkumiyetin sonucu olarak bir ay ve yukarısı süreli her hapis cezası başkaca bir karar ve yargıcın takdirine bağlı olmaksızın oy hakkının kaybedilmesine yol açmaktadır.

Mahkum olunan hapis cezasının infazı boyunca oy hakkının yitirilmesi ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde yapılan tartışmalar AİHM'nin 17 Eylül 2013 tarihli *Söyler v. Türkiye* kararının etkisi ile YSK tarafından alınan 21 Aralık 2013 tarihli ve 590 sayılı karar ile sonlanmış görünmektedir. Gerek bir yılın üstünde ancak ertelenmiş olan hapis cezası, gerekse denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması veya şartla salıverme kurumundan yararlanma nedeniyle toplum içinde infaz edilen hapis cezası, oy kullanma hakkının yitirilmesine neden olmayacaktır. Bu anlamda YSK kararı, Anayasa m.67/5 hükmünde yer alan "ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamaz" ve Medeni Kanun m.471'de yer alan "hapis cezasına mahkumiyetin bir sonucu olarak kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet hapis halinin sona ermesi ile birlikte kendiliğinden kalkar" ibarelerini tekrardan ibarettir. TCK m.53/2 hükmünde yer alan "hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar" ibaresi bir yandan Anayasa ve Medeni Kanun hükmü ile öte yandan AİHM kararı ile çelişkilidir. Normlar arasındaki bu çelişki yasal bir düzenleme ile giderildiği ve uygulamada birlik sağlandığı takdirde, AİHM kararında yer alan bir kısım eleştirilerin gereği yapılmış olacaktır. Nitekim AİHM'nin 17 Eylül 2013 tarihli *Söyler v. Türkiye* kararında ceza infaz kurumundan şartla tahliye edilen ancak henüz mahkeme kararında belirtilen hapis cezası süresi -bihakkın tahliye tarihi- dolmadığı için yapılan seçimlerde oy kullanamayan başvurusunun yakınmasını haklı bularak Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

İç hukukumuz ve YSK kararı ışığında kasten işlenen bir suçta mahkumiyetin sonucu olarak bir ay ve yukarısı süreli herhangi bir hapis cezasının infazı için ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy

kullanması yasaktır. Mahkum olunan hapis cezasının süresi, mahkum olunan suçun niteliği yahut başkaca herhangi bir gerekçe ile hükümlüler arasında ayırım yapılmamakta ve mahkumiyet kararı veren mahkemeye oy kullanma hakkının kısıtlanmaması yönünde karar verebilme takdiri tanınmamaktadır. Oy kullanma yasağı Anayasa ve kanunlardan kaynaklanmakta ve başkaca bir karara gerek duyulmaksızın otomatik olarak kasıtlı bir suçtan mahkum olunan hapis cezasının infazı için ceza infaz kurumunda bulunan tüm hükümlüleri kapsamaktadır.

AİHM'nin ortaya koyduğu yukarıda açıklanan bakış açısı karşısında, Anayasa m.67'de yer alan kasıtlı bir suçtan mahkum olma statüsündeki herkesi kapsayan ve otomatik olarak oy hakkından yoksun bırakan düzenleme AİHS'ne aykırı görünmektedir. Hapis cezasına mahkumiyetin sonucu olarak hükmedilen, seçme yani oy kullanma hakkından yoksun bırakmaya dair güvenlik tedbirinin, belirli koşullar altında ve bir mahkeme kararı ile, her somut dosyada gerekçe gösterilmek koşulu ile ceza mahkemesince karar verilebilecek biçimde yeniden düzenlenmesi, iç hukukumuzun AİHM içtihatları ile uyumlu hale gelmesini sağlayacaktır. Nitekim AİHM Söyler v. Türkiye kararında, TCK m.53/1 altında yer alan oy kullanma hakkından yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin, suçların ağırlığına, niteliğine, cezaevinde infaz edilip edilmeyeceğine bakılmadan belirlenmesi, kanunların doğrudan bir sonucu olması nedeniyle hakimlere takdir hakkının tanınmaması, hak yoksunluğunu doğuracak suçların herhangi bir sınıflandırmaya tabi tutulmaması, suçla yoksun bırakılan hak arasında orantılılık ilkesinin gözetilmemesi ihlal tespitinin gerekçesi olarak gösterilmiştir. Mahkeme hükümlülerin oy hakkının kısıtlanmasına şu an için tamamen karşı değildir ve ülkelere geniş bir takdir alanı bırakmaktadır.

Muhalefet şerhinde belirtildiği gibi, iç hukukumuzda yeni bir düzenleme yapılmadıkça, YSK kararı ile atılan adım yeterli değildir ve gelecekte Türkiye'nin AİHM önünde yeniden mahkum edilmesini engellemeyecektir. Yukarıda ifade edildiği gibi, AİHM oy kullanma tedbirinin uygulanmasında, mahkum olunan suç türünün ve mahkum olunan hapis cezası süresinin belirleyici olmasından yanadır.

Son olarak oy hakkının kısıtlanmasının haklı ve meşru olduğunu kanıtlamak üzere kullanılan argümanların hızla taraftar kaybettiğini anımsamak gerekir. Oy hakkından yoksun bırakmanın, hükümlü-



nün ıslahı sürecine katkı sunacağı argümanı çağdaş infaz anlayışı ile uyumlu değildir. Aksine sosyal düzenin dışına çıkarılan hükümlünün, siyasal olarak da sistem dışına itilmesi sonucunu doğurur. Demokrasi ile yönetilen meşru toplumlarda nedeni ne olursa olsun vatandaşlar, devletin tek yanlı bir irade beyanı ile siyasal sistemin dışına çıkarılmamalıdır. Bu anlamda gerek YSK kararının gerekse AİHM içtihatlarının aşılmasının hedeflenmesi ve oy hakkından yasaklanmanın ceza mahkumiyetine bağlı bir güvenlik tedbiri türü olmaktan çıkartılması gerektiğini düşünmekteyiz. Oy hakkına sahip olmak için akıl sağlığı ve yaşa dayalı ayırt etme gücü dışında kriter aramak statüye dayalı ayrımcılığa kapı aralayacaktır.

Öte yandan suç işleyen kişinin medeni haklarının kısıtlanması çeşitli gerekliliklerle makul görülmektedir. Ceza infaz kurumunda hapis cezasının infazı için bulunan bir kişinin medeni haklarını kullanmaya devam etmesi iyi niyetli üçüncü kişilerin zarara uğramasına yol açabilir. Hükümlü içinde bulunduğu koşulların etkisi ile sağlıklı düşünmeden yahut sağlıklı bilgi edinmeden tamamen kendisinin aleyhine bir hukuki işleme taraf olabilir. Bu nedenledir ki iç hukukumuzda da hapis cezasının infazı aşamasında bazı medeni hakların kısıtlanması usulü Medeni Kanunda düzenlenmiştir.

Kanımızca oy hakkı vatandaş olmaya bitişik siyasal bir hak olmakla, siyasal iktidarın belirlenmesi yani ülkenin genel yahut yerel yönetiminin veya buna ilişkin hukusal düzenlemelerinin belirlenmesi aşamasında kullanılabilen bir görüş açıklamasından ibarettir. Dolayısıyla oy hakkının ifade özgürlüğünün bir parçası ya da görünümü olduğunu kabul etmek gerekir. Genel oy ilkesi, oy hakkına sahip olabilmek için vatandaşlık dışında bir kriter aranmasını engellemek için kabul edilmiştir. Oy hakkı siyasal bir hak olmanın yanında bu kategori haklardan en pasifidir. Hapis cezasının gerek ceza infaz kurumunda gerekse toplum içinde infazı aşamasında oy kullanma hakkının kısıtlanması ülkedeki siyasal gidişatın belirlenmesi sürecinde fikir söyleme hakkının kısıtlanmasından başka bir anlam taşımayacaktır. Suç işlemekle kişiler vatandaşlık sıfatlarını yitimemekte ya da ceza infaz kurumları ülke kavramının dışında kalmamaktadır. Gelecek olan siyasal iktidarın ceza infaz kurumları ve ceza siyaseti ile ilgili tasarruflarda bulunması güçlü bir olasılık iken, oy hakkının kısıtlanmasının makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu bağlamda Afrika Anayasa

Mahkemesi ve Kanada Yüksek Mahkemesinin, oy hakkının kişinin vatandaş ve söz sahibi oluşunun simgesi olduğu ve bu hakka müdahalenin, vatandaşlığın değerini düşüreceği tespitini anımsamak gerekir. Yapılacak yasal düzenlemelerde bu görüşleri esas almak demokrasi-mizin değerine değer katacaktır.

### KAYNAKLAR

- Bahçeci Barış, "1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar", *AÜHFHD* Yıl:2005, C.54, Sayı:3, 365-396.
- Cormac Behan/Ian O'donnel (2008), "Prisoners, Politics and the Polls: Enfranchisement and the Burden of Responsibility", *Br J Criminology*, Vol.48, Issue 3, pp.319-336.
- Dolu Osman, *Suç Teorileri*, 2.B., Seçkin Yay., Ankara 2010.
- Gözler Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa Ekin Kitabevi Yay., 2004, 165-205.
- İşıktaç Yasemin, *Hukuk Sosyolojisi*, 2.B., Filiz Kitabevi, Ocak 2013.
- Karagöz Kasım, "Mahkumların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Bir Yaklaşım", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:9, S:1, 2007, 165-206.
- Karakaş Doğan, Fatma, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, Legal Yay., İstanbul 2010.
- Karakaş Doğan, Fatma, *5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun Düzenlemesi İşığında Ceza İnfaz Hukuku*, Oniki Levha Yay., İstanbul 2013.
- Karakaş Doğan, Fatma, "Ceza İnfaz Hukukunda Güncel Gelişmeler Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Hapis Cezasının İnfazı- Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi- İzinler - Eş Ziyareti", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:2013, S:23, Seçkin Yay., Ankara 2013, 53-70.
- Türk Ceza Hukuku Mevzuatı C:1 (Kanunlar), Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, 10. B., Seçkin Yay., Ankara 2013. .
- Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*, 3.B., Beta Yay., İstanbul 2013.

# YARGITAY CEZA VE HUKUK DAİRELERİNDE ÇALIŞMA YOĞUNLUĞU İLE VERİMLİLİK ALGISININ UYGULAMALI İNCELEMESİ

## APPLIED ANALYSIS OF WORK INTENSITY IN PENAL AND CIVIL CHAMBERS AND PERCEPTION OF EFFICIENCY

Murat KORKMAZ\*

**Özet:** Bu araştırma 2000-2011 yılları arasında Yargıtay başkanlığı Ceza ve Hukuk dairelerinin çalışma yoğunluğunun incelenmesini amaçlamaktadır. Araştırma tarama modeli niteliğindedir. Araştırmada ayrıca Yargıtay daireleri tarafından verilen kararlara ilişkin farklılıkların belirlenmesinde t-testi ve anova testlerinden faydalanılmıştır. Elde edilen verilerin analizinde SPSS18 paket programı kullanılmıştır. Araştırma sonunda Genel olarak hem Ceza hem de Hukuk dairelerine son 11 yılda gelen dosya sayısında çok yüksek oranlarda artış olduğu, dosya sayısında ki artışın Yargıtay dairelerindeki çalışma temposunu da sürekli olarak yükselttiği tespit edilmiştir. Artan çalışma temposunun verimliliği düşürdüğü, ortalama her iki dairede de verilen karar yüzdesinde dosya sayısı ile beraber çok ciddi düşüşler gerçekleştiği belirlenmiştir. Ayrıca Ceza dairelerinin yıllar bazında verdiği karar sayısında anlamlı bir farklılık bulunurken, Hukuk dairelerinin yıllar bazında verdiği karar sayılarında ve her iki dairenin verdiği toplam karar sayısı arasında anlamlı bir farklılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Yargıtay, Ceza, Hukuk ve Dairesi, İş yükü

**Abstract:** This research between the years 2000-2011 presidency of the Supreme Court Criminal and Civil apartments is to examine the intensity of the work. Research is the nature of scan pattern. The study also relates to the decision by the Supreme Court apartments differences in the determination of t-test and ANOVA tests were utilized. In the analysis of the data obtained 18 SPSS software package was used. Overall both the Criminal Law at the end of the study as well as to their apartment from the last 11 years there is an increase in the number of files at a very high rate, the increase in the number of files in the apartment Supreme Court determined that the tempo of work has been continuously upgraded . Increased pace of work to reduce the efficiency of the average percentage of the decisions in both apartments together with a very serious decline in the number of files it is determined that . Also Criminal apartments on a yearly basis the decision in the number of significant differences were found , law offices on a yearly basis the decision counts and every two circles given by the total number of decisions of no significant differences between the results reached.

**Keywords:** Supreme Court, Criminal and Civil Administration, Workload

## GİRİŞ

Toplumun adalet gereksinimini gidermek amacıyla Anayasal bir kurum olarak faaliyette bulunan Yargıtay; Anayasamızın 154.maddesine koşut olarak düzenlenen 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 1. maddesinde; Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciiine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olup, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile bu Kanun ve diğer kanunların hükümlerine göre görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir<sup>1</sup>. Bu anayasal ve yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, ülkemizde adli yargı yüksek mahkemesi bir tanedir, o da "Yargıtay"dır

Yargıtay'ın karar organları Daireler, Hukuk Genel Kurulu, Ceza Genel Kurulu, Büyük Genel Kurul, Başkanlar Kurulları, Birinci Başkanlık Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu, Yönetim Kurulundan oluşur<sup>2</sup>. Yargıtay'da yirmi üç hukuk ve on beş ceza dairesi olup her dairede bir daire başkanı ile yeteri kadar üye bulunur<sup>3</sup>. Birinci Başkanlık; Birinci Başkan ve başkanvekilleriyle Genel Sekreterden oluşur<sup>4</sup>.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı; Cumhuriyet Başsavcısı, Cumhuriyet Başsavcı vekili, Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ile Cumhuriyet Başsavcı yardımcılarında oluşur<sup>5</sup>. Hukuk Genel Kurulu, hukuk dairelerinin başkan ve üyelerinden; Ceza Genel Kurulu, ceza dairelerinin başkan ve üyelerinden oluşur<sup>6</sup>.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu; Birinci Başkan, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeler ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilinden oluşur<sup>7</sup>.

*Yargıtay'da;*

1. Birinci Başkan ile birinci başkanvekillerinden ve daire başkanlarından oluşan Başkanlar Kurulu.

<sup>1</sup> Yargıtay Kanunu, Madde 1, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>2</sup> Yargıtay Kanunu, Madde 3, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>3</sup> Adliye Personeli El Kitabı. (2013). M Mahkeme Yönetimi Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi, Şen Matbaa, Ankara, (Değişik: 9/2/2011-6110/7 md. Madde 5, <http://www.mevzuat.gov.tr>).

<sup>4</sup> Yargıtay Kanunu, Madde 4, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>5</sup> Yargıtay Kanunu, Madde 6, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>6</sup> Yargıtay Kanunu, Madde 7, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>7</sup> Yargıtay Kanunu, madde 8, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

2. Birinci Başkan ile hukuk dairelerinden seçilen Birinci Başkanvekili ve hukuk daireleri başkanlarından oluşan Hukuk Daireleri Başkanları Kurulu,
3. Birinci Başkan ile ceza dairelerinden seçilen Birinci Başkanvekili ve ceza daireleri başkanlarından oluşan Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu, bulunur<sup>8</sup>.

Birinci Başkanlık Kurulu; Yargıtay Birinci Başkanının başkanlığında dördü daire başkanı, dördü Yargıtay üyesi olmak üzere sekiz asıl ve ikisi daire başkanı ve ikisi Yargıtay üyesi olmak üzere dört yedek üyeden oluşur<sup>9</sup>. Yüksek Disiplin Kurulu; Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekillerinden kıdemli olanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ile altı hukuk ve üç ceza dairesi başkanları ve başkanlarının katılmadığı dairelerin beş üyesinden oluşur. Yüksek Disiplin Kurulunda ayrıca, Kurula asıl üye olarak katılmayan daire başkanları ile bunların dışındaki dairelerin birer üyesi yedek üye olarak bulunur<sup>10</sup>.

Yönetim Kurulu; Yargıtay Birinci Başkanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Genel Sekreter ile Başkanlar Kurulu tarafından iki yıl için seçilen bir asıl ve bir yedek daire başkanı, üç asıl ve iki yedek Yargıtay üyesinden oluşur<sup>11</sup>

#### *Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevlerinden Bahsedilecek Olursa;*

Yargıtay'ın görevleri şunlardır: Adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümleri ilk ve son merci olarak inceleyip karara bağlamak, Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekili ve özel kanunlarında belirtilen kimseler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlarına ait ceza davalarına ve kanunlarda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak, Kanunlarla verilen diğer işleri görmek<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Yargıtay Kanunu, madde 9, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>9</sup> Yargıtay Kanunu, madde 10, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>10</sup> Yargıtay Kanunu, madde 11, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>11</sup> Yargıtay Kanunu, madde 12, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>12</sup> Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri, Madde 13, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

### Hukuk Daireleri İle Ceza Daireleri Kendi Aralarında İşbölümü Esasına Göre Çalışır:

*Hukuk dairelerinde;*

- a) Daireler arasındaki işbölümünün belirlenmesinde mahkeme kararındaki nitelendirme esas alınır.
- b) Bir davadaki uyuşmazlık konusu, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin aslına değil de bu ilişkiden doğan diğer isteklerle ilgili ise temyiz incelemesi asıl hukukî ilişkiye ait hüküm ve kararları incelemekle görevli dairece yapılır.
- c) Bir davada birden fazla hukuk dairesinin görevine giren uyuşmazlık söz konusu ise temyiz incelemesi uyuşmazlığı doğuran asıl hukukî ilişkiye ait hüküm ve kararları inceleyen dairece yapılır.
- d) Bir davada uyuşmazlık konusu hukukî ilişki birden fazla dairenin görev alanına giren karma sözleşmeye yahut birden ziyade sözleşme türüne ayrı ayrı dayanıyorsa temyiz incelemesi bunlardan 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunundaki özel sözleşme türüne ilişkin davalara ait hüküm ve kararları incelemekle görevli dairece yapılır.
- e) Bir sözleşme ile ilgili alacak ve tazminat davalarının temyiz incelemesini yapmakla görevli daire, bu sözleşme türüne ilişkin tespit davalarının temyiz incelemesini de yapmakla görevlidir.
- f) Bir dava dosyasının incelenerek eksikliklerinin giderilmesinden sonra geri çevrilmesi için mahalline gönderilmesi veya duruşmasının olması o dosyanın görevli daireye gönderilmesine engel teşkil etmez.
- g) Özel kanunlardan doğan ve ayın davası açılması imkânı bulunmayan durumlarda açılan tazminat davaları ile 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 186. maddesi hükmünden yararlanılmak suretiyle tazminata dönüştürülen davalara ilişkin olarak verilen hüküm ve kararların temyiz incelemesi ayın uyuşmazlığını inceleyecek dairece yapılır.
- h) İşbölümünde hukuk dairelerinden herhangi birinin görevinde olduğu belirlenmemiş davalara bakmak üzere bir daire görevlendirilir<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri, madde 14, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

*Ceza dairelerinde;*

- a) Daireler arasındaki işbölümünün belirlenmesinde dava açılan belgedeki nitelendirme esas alınır. Açıklama ile sevk maddelerinin uyumsuz olduğu durumlarda, açıklamaya itibar edilir.
- c) Temyiz davasına bakmakla görevli olan daire, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakmakla görevli olduğu davalar ile olağanüstü kanun yollarına ilişkin davalara bakmakla da görevlidir.
- d) Hüküm veren dairenin, Ceza Genel Kurulu kararına uymayarak kendi kararında direnmesi hâlinde Ceza Genel Kurulunca verilecek ikinci karar kesin olup, ilgili dairece uyulması zorunludur.
- e) İşbölümünde ceza dairelerinden herhangi birinin görevinde olduğu belirlenmemiş davalara bakmak üzere bir daire görevlendirilir.

Dairelerden birinin yıl içinde gelen işleri normal çalışma ile karşılanamayacak oranda artmış ve daireler arasında iş bakımından bir dengesizlik meydana gelmiş ise takvim yılı başında birinci fıkrada belirlenen usule göre bir kısım işler başka daireye verilebilir<sup>14</sup>.

Yargıtay organlarının görevlerinden bahsedecek olursak; *Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevleri*; Yargıtay dairelerinin bozma kararlarına karşı mahkemelerce verilen direnme kararlarını inceleyerek karar vermek, aynı veya farklı yer bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar bakımından hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında uyumsuzluk bulunursa, Hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında içtihat uyumsuzlukları bulunursa, Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa, bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak<sup>15</sup>

*Yargıtay Başkan ve üyelerinin görevleri*, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ile yargılama görevi özel kanunlarınca Yargıtay Genel Kurullarına verilen kişilere ait davaları ilk mahkeme olarak görmek ve hükme bağlamak ve ilk mahkeme olarak özel dairelerce verilen hüküm ve kararların temyiz ve itiraz yo-

<sup>14</sup> Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri, madde 14, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>15</sup> Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri, madde 15 Ek: 26/9/2004-5235/51 md. <http://www.mevzuat.gov.tr>

luyla incelenmesini yapmak, kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmektir<sup>16</sup>. (Madde 15, <http://www.mevzuat.gov.tr>).

*Yargıtay Büyük Genel Kurulunun görevleri;* birinci başkanı, birinci başkanvekillerini, daire başkanlarını ve bu kanunda gösterilen kurulların üyelerini seçmek, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili adaylarını belirlemek, özel kanunların Yargıtay üyelerinin katılmasını öngördüğü kurullara üye seçmek veya üye adayı belirlemek, Yargıtay İç Yönetmeliğini yapmak ve gerektiğinde değiştirmek, Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile Ceza Genel Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir dairesi ceza arasındaki içtihat uyumsuzluklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek, kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmektir.

### **Başkanlar kurullarının görevleri;**

a) Hukuk ve ceza daireleri arasında meydana gelen görev ve iş bölümü uyumsuzluklarını kesin karara bağlamak, fiili veya hukuki imkânsızlık sebebiyle bir dairenin görevine giren işe bakamaması halinde bir başka daireyi görevlendirmek, içtihadı birleştirme görüşmelerine ve kararlarının alınmasına ilişkin olarak ilke kararları almak, Birinci Başkanlık Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu ile Yönetim Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazları kesin olarak karara bağlamak, kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmektir<sup>17</sup>

Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulunun görevi; Hukuk Daireleri arasında meydana gelen görev ve işbölümü uyumsuzluklarını karara bağlamaktır.

Ceza Daireleri Başkanlar Kurulunun Görevi: Ceza daireleri arasında meydana gelen görev ve işbölümü uyumsuzluklarını karara bağlamaktır.

<sup>16</sup> Yargıtay Kanunu, madde 16, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>17</sup> Yargıtay Kanunu, madde 17, <http://www.mevzuat.gov.tr>.



Birinci Başkanlık Kurulunun görevleri; yeni gelen üyelerin yerlerini, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını göz önünde tutarak belli etmek, zorunlu hallerde daire başkanı ve üyelerin dairelerini değiştirmek, Yargıtay tetkik hâkimlerinin çalışacakları daireleri, kurulları ve görecekları işleri belli etmek ve gerektiğinde yerlerini değiştirmek, Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilinin hâkimlik vakar ve onuruna ve kişisel haysiyetlerine dokunan veya görev gereklerine uygun düşmeyen davranışlarından, kişisel ve görevle ilgili suçlardan dolayı ön veya ilk soruşturma yapmak ve bu soruşturmanın, bir daire başkanı veya üye tarafından yapılması gerektiği takdirde, hakkında soruşturma yapılacak olandan kıdemli olması koşulu ile bu görevliyi belli etmek, bu mümkün olmadığı takdirde eşit kıdemli, o da yok ise en yakın kıdemli başkan veya üyeyi görevlendirmek, Yetkili merciin neresi olduğu belirtilmemiş olan yönetim işlerinin yerini belli etmek veya bu işleri yapmak, kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmektir<sup>18</sup>

Yüksek Disiplin Kurulu; Yargıtay üyeliği vakar ve onuruna dokunan, kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görev icaplarına uymayan davranışlarından dolayı Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekili hakkında disiplin kovuşturmasını gerektiren eylemin ağırlığına göre “Uyarma” veya “Görevden çekilmeye davet” işlemlerinden birini uygular<sup>19</sup>

En son olarak Yönetim Kurulunun görevleri ise hâkimlik ve savcılık sınıfından olmayan Yargıtay personelinin atama ve nakil, yükselme, disiplin ve sair özlük işlerini yürütmek ve bunlarla ilgili karar ve tedbirleri almak ve yönetmelikleri yapmak,

Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmektir<sup>20</sup>. Yargıtay; ülke nüfusunun giderek artmasına karşın, Hâkim ve Cumhuriyet Savcısı ile yargı çalışanlarının sayılarının yeterli düzeye ulaşamaması, toplumun ekonomik, sosyal ve kültürel yapısı, dava ve yargılama sürelerinin hızlandırılması konusunda yapılan çalışmaların usul ve yasa değişiklikleri ile sınırlı kalması, bütçeden yargıya ayrılan payın azlığı,

<sup>18</sup> Madde 18, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>19</sup> Madde 19, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

<sup>20</sup> Madde 20, <http://www.mevzuat.gov.tr>.

bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçirilememesi, bilirkişilik ve Adli Tıp Kurumunun ülkemiz hukukuna katkıları düşünülerek belli standart ve düzeye getirilememesi, belli konulara bakacak şekilde mahkeme ve hâkimlerin uzmanlaşmalarının yeterince öne çıkarılmaması, “Adli Kolluk Teşkilatı” ile “Adli Tebligat Memurluğunun” kurulmaması, Yargıtay’ın bilgi birikiminin mahkemelere yeterince aktarılamaması ve etkili iletişimin kurulmaması gibi benzeri olumsuzlukların sonucu olarak iş yükünün ve dava dosyalarının giderek artması nedeniyle, misyon ve vizyonunda hedeflenen işlevini yerine getirmekte zorlanır hale gelmiştir<sup>21</sup>.

765 sayılı Türk Ceza Yasasının, 5252 sayılı Yasanın 12. maddesiyle, 1412 sayılı Ceza Yargılaması Usulü Yasasının ise 5320 sayılı Yasanın 18. maddesiyle yürürlükten kaldırılarak, bu yasaların sistematik ve içerik olarak tümünden değiştirilmesi, yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden önce bir, yürürlüğe girdikten sonra dokuz defa, 5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasının ise yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden önce iki, yürürlüğe girdikten sonra beş defa değiştirilmesi, sonradan yapılan her değişiklik nedeniyle lehe yasa uygulaması kuralı uyarınca Yargıtay’da bekleyen dosyaların yerel mahkemelere geri gönderilmesi, infaz işlemleri tamamlanmayan ve hatta bazı hallerde infazı tamamlanmış dosyaların da yasal zorunluluk nedeniyle yeniden hukuki denetim sürecine tabi tutulması sonucu, Yargıtayın iş yükü geçen yıllara oranla çok fazla artmış, bu da birikime ve dolayısıyla da davaların makul sürede karara bağlanamamasına neden olmuştur<sup>22</sup>.

Yargıtay’ın karşı karşıya kaldığı yoğun iş yüküne bakıldığında; 2000 yılında Yargıtay Ceza Dairelerince verilen toplam kararın % 58 ‘i onama, % 25 ‘i bozma kararları iken, 2005 yılında onama kararlarının oranı % 18’e düşmüş, bozma kararlarının oranı ise % 64’e yükselmiştir, 2010 yılında ise onama kararlarının oranı % 20, bozma kararlarının oranı ise % 53 olmuştur.

Yargıtay Ceza Dairelerindeki dosya sayılarının 2000-2010 yılları arasında; bir önceki yıldan devralınan toplam dosya sayısı<sup>23</sup> 2000 yılın-

<sup>21</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “Yargı Reformu Strateji Taslağı” hakkındaki Yargıtay Görüşü s.16- 17.

<sup>22</sup> Akçin, [www.yargitay.gov.tr/abproje/.../Akcin\\_YargitayCezaDaireleriIsYuku](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/.../Akcin_YargitayCezaDaireleriIsYuku).

<sup>23</sup> Yargıtay’da bulunan 11 Ceza Dairesine bir önceki yıl olan 1999 yılından devredilen

da 13.217 iken, 2010 yılında 304.071'e, gelen dosya sayısı 2000 yılında 139.215 iken, 2010 yılında 269.505'e, bakılan toplam dosya sayısı 2000 yılında 152.432 iken, 2010 yılında 573.576'ya, sonuçlandırılan dosya sayısı<sup>24</sup> 2000 yılında 126.958 iken, 2010 yılında 209.076'ya, bir sonraki yıla devreden dosya sayısı 2000 yılında 25.747 iken, 2010 yılında 364.500'e ulaşmıştır<sup>25</sup>. (Akçin, [www.yargitay.gov.tr/abproje/.../AKCIN\\_Yargitay-CezaDaireleriIsYuku](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/.../AKCIN_Yargitay-CezaDaireleriIsYuku))

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı dosyaları ise önceki yıldan devralınan dosya sayısı 2000 yılın da 101.085 iken, 2010 yılında 387.730'a gelen dosya sayısı 2000 yılında 187.196 iken, 2010 yılında 341.002'ye, bakılan toplam dosya sayısı 2000 yılında 228.281 iken, 2010 yılında 732.934'e, sonuçlandırılan dosya sayısı 2000 yılında 144.213 iken, 2010 yılında bu sayı 281.961'e ulaşmıştır<sup>26</sup>.

Esasen yargı, dünyada olduğu gibi, yapılan işin niteliği itibariyle yavaş işleyen bir kurum olmakla birlikte, yukarıda arz ve izaha çalışıldığı üzere ağır iş yükü altında bulunan Yargıtay'da; 2000 yılında ceza dairelerinde ortalama dosya inceleme süresi 53 gün iken, 2009 yılı itibariyle bu süre 399 güne çıkmıştır.

Diğer taraftan; asıl işlevi, esastan temyiz incelemesi yaparak yerel mahkemeler tarafından verilen kararları sadece kanun ve hukuka uygunluğu bakımından incelemek, diğer bir deyişle içtihat yaratmak olan Yargıtay'ın, 2010 yılı itibariyle Ceza Dairelerince verilen kararların

- % 5 geri çevirme,
- % 1 görevsizlik,
- % 2 yargı yeri belirleme,
- % 9 zamanaşımı,
- % 20 onama,
- % 2 kısmen onama kısmen bozma,

- % 53 ise bozmaya ilişkin olup, bu oranlardan da anlaşılacağı üzere birçok ülkede Yargıtay'ın karşılığını oluşturan yüksek mahkemelerin

---

toplam dosya sayısıdır.

<sup>24</sup> Yıl içinde karara bağlanan toplam dosya sayısıdır.

<sup>25</sup> Akçin, [www.yargitay.gov.tr/abproje/.../Akcin\\_YargitayCezaDaireleriIsYuku](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/.../Akcin_YargitayCezaDaireleriIsYuku)

<sup>26</sup> Akçin, [www.yargitay.gov.tr/abproje/.../Akcin\\_YargitayCezaDaireleriIsYuku](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/.../Akcin_YargitayCezaDaireleriIsYuku)

aksine, ülkemizde yoğun iş yükü ve Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçmemesi nedeniyle ilk derece mahkemesi gibi çalışarak hem hukuk, hem de maddi olay denetimi yapmak durumunda kalmıştır<sup>27</sup>.

2014 yılına gelindiğinde ise Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurulları ile dairelerine 2013 yılında toplam 895 bin 402 dosya gelmiş, 507 bin 44 dosya da önceki yıldan devretmiştir. Çıkarılan dosya sayısı ise 2013'te 882 bin 775 olmuştur<sup>28</sup>.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 24 Ocak 2014'te gerçekleştirilen toplantısına ilişkin kararda, Yargıtay'ın iş durumuna ilişkin veriler yer almıştır. Buna göre, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile dairelerine 2013 yılında 506 bin 481 dosya gelirken, 165 bin 580 dosya bir önceki yıldan devretmiştir. Çıkarılan dosya geçen yıl 507 bin 525 olmuştur. Bu yıla 164 bin 535 dosya devretmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile dairelerine ise 2013 yılında 388 bin 921 dosya gelmiştir. Bir önceki yıldan geçen yıla devredilen dosya sayısı 341 bin 464, 2013 yılında çıkarılan dosya 375 bin 250, bu yıla devreden dosya sayısı ise 355 bin 134 olmuştur. Toplamda ise Yargıtay'a geçen yıl 895 bin 402 dosya geldi. Ayrıca 507 bin 44 dosya bir önceki yıldan devretmiştir<sup>29</sup>.

Çıkarılan dosya sayısı geçen yıl 882 bin 775 olurken, bu yıla 519 bin 669 dosya devredildi.

Ancak ceza davalarındaki birikimin ve ortalama inceleme sürelerinin artmasının tek nedeni olmamakla birlikte, en başta gelen nedeni Ceza ve Ceza Yargılaması Yasalarının içerik ve sistematik olarak tümünden değiştirilmesi ile yürürlüğe girmelerinin öncesi ve sonrasında yapılan değişikliklerden kaynaklandığı, bu nedenle de geçici bir nitelik arz ettiği, buna karşın 5235 sayılı Yasa ile kurulan Bölge Adliye Mahkemelerinin fiilen faaliyete geçmesiyle Yargıtay'ın iş yükünün önemli bir oranda azalacağı, ayrıca Yargıtay'ın Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) içerisinde yer almasının da bilgi birikiminin mahkemelere aktarılmasına ve etkili bir iletişimin kurulmasına neden olacağı, bunun da hâkimlerin eğitimine katkı sağlayacağı, dolayısıyla da kararların isabet oranını arttıracığı kuşkusuzdur<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Akçin, [www.yargitay.gov.tr/abproje/.../Akcin\\_YargitayCezaDairelerisYuku](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/.../Akcin_YargitayCezaDairelerisYuku)

<sup>28</sup> Anadolu Ajansı, <http://haberciniz.biz/yargitayin-is-yuku-2571096h.htm>

<sup>29</sup> Anadolu Ajansı, <http://haberciniz.biz/yargitayin-is-yuku-2571096h.htm>

<sup>30</sup> Akçin, [www.yargitay.gov.tr/abproje/.../Akcin\\_YargitayCezaDairelerisYuku](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/.../Akcin_YargitayCezaDairelerisYuku)

## YARGITAY HUKUK DAİRELERİ İŞ BÖLÜMÜ

1) Yargıtay Hukuk Daireleri arasında işbölümü, temyiz incelemesinin sonuçlandırılmasında zaman kayıplarını önlemek, uzmanlaşmayı, akademik çalışma ve işbirliğini desteklemek, hukuksal sorunların çözümünde sorumluluk üstlenerek yönlendirici olabilmek ve Hukuk Dairelerinin hukuksal kimliklerini güçlendirmek amacıyla, aşağıda yer alan “ihtisas alanı ve temel görev esasları” çerçevesinde yapılır.

### 2) İhtisas Alanı;

2.1) Yargıtay Hukuk Daireleri, “Medeni Hukuk Daireleri”, “Gayrimenkul Hukuku Daireleri”, “Ticaret ve Borçlar Hukuku Daireleri”, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Daireleri” olmak üzere dört “ihtisas alanı” altında toplanır.

2.2) Her Hukuk Dairesi, kural olarak yalnızca bir ihtisas alanı altında yer alır.

2.3) Zaruret bulunması halinde bir hukuk dairesi, iki ihtisas alanı altında yer alabilir.

### 3) Temel Görev;

3.1) Her Hukuk Dairesi, ihtisas alanına giren temel görev ya da görevlere sahiptir.

3.2) Hukuk Dairelerine, kural olarak, temel görevi ile bağdaşmayan görevler verilmez.

4) Zorunluluk bulunması halinde bir daireye, bu durum ortadan kalkıncaya kadar, ihtisas alanı ve temel görevi dışında da görev verilebilir<sup>31</sup>.

**Tablo1. Yargıtay Hukuk Daireleri ve Görev Alanları** <sup>32</sup>

DAİRELER	İHTİSAS ALANI	TEMEL GÖREV
1.HUKUK DAİRESİ	Gayrimenkul Hukuku	Gayrimenkul Mülkiyeti – Tapu Sicili
2.HUKUK DAİRESİ	Medeni Hukuk	Aile Hukuku (Evlilik Hukuku)

<sup>31</sup> <http://www.yargitay.gov.tr>

<sup>32</sup> <http://www.yargitay.gov.tr>

DAİRELER	İHTİSAS ALANI	TEMEL GÖREV
3.HUKUK DAİRESİ	Borçlar-Ticaret Hukuku	Sebepsiz Zenginleşme, Kusursuz Sorumluluk, AbonelikSözleşmeleri, Adi Ortaklık, Aile Hukuku (Nafaka, tazminat)
4.HUKUK DAİRESİ	Borçlar-Ticaret Hukuku	Haksız Fiil Tazminatı
5.HUKUK DAİRESİ	Borçlar-Ticaret Hukuku	Kamulaştırma, Devlet Tarafından Mülkiyet Hakkının İhlalindenKaynaklanan Tazminat
6.HUKUK DAİRESİ	Borçlar-Ticaret Hukuku	Kira Hukuku
7.HUKUK DAİRESİ	Gayrimenkul Hukuku, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku	Kadastro Hukuku, İş Hukuku
8.HUKUK DAİRESİ	Gayrimenkul Hukuku, Medeni Hukuk	Zilyetlik Hukuku, Miras Hukuku, İcra ve İflas Hukuku
9.HUKUK DAİRESİ	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku	İş Hukuku
10.HUKUK DAİRESİ	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku	Sosyal Güvenlik Hukuku
11.HUKUK DAİRESİ	Borçlar-Ticaret Hukuku	Ticaret Hukuku / Sigorta Hukuku
12.HUKUK DAİRESİ	Borçlar-Ticaret Hukuku	İcra ve İflas Hukuku
13.HUKUK DAİRESİ	Borçlar-Ticaret Hukuku	Sözleşme Hukuku, Tüketici Hukuku
14.HUKUK DAİRESİ	Gayrimenkul Hukuku	Şahsi Haklar, Sınırlı Ayni Haklar, Kamu Orta Malları, Gayrimenkul Mülkiyetinin sınırları, Ortaklığın Giderilmesi
15.HUKUK DAİRESİ	Borçlar-Ticaret Hukuku	Eser Sözleşmeleri
16.HUKUK DAİRESİ	Gayrimenkul Hukuku	Kadastro Hukuku, İmar Hukuku
17.HUKUK DAİRESİ	Borçlar-Ticaret Hukuku	Trafik Kazalarından Kaynaklanan tazminat, Sigorta Hukuku, Mercî Tayini
18.HUKUK DAİRESİ	Gayrimenkul Hukuku, Medeni Hukuk	Kat Mülkiyeti, Kamulaştırma, Kişiler Hukuku, Hısımlık, Vesayet
19.HUKUK DAİRESİ	Borçlar-Ticaret Hukuku	Ticaret Hukuku, Bankalar Hukuku
20.HUKUK DAİRESİ	Gayrimenkul Hukuku	Orman Hukuku, Hâkimin reddi
21.HUKUK DAİRESİ	İş ve sosyal Güvenlik Hukuku	Sosyal Güvenlik Hukuku
22.HUKUK DAİRESİ	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku	İş Hukuku
23.HUKUK DAİRESİ	Borçlar-Ticaret Hukuku	Ticaret Hukuku, Kooperatifler Hukuku

## YARGITAY CEZA DAİRELERİ İŞ BÖLÜMÜ

- 1) Bu işbölümünün yürürlüğe girdiği tarih dâhil olmak üzere, tebliğnamesi bu tarihten sonra düzenlenen işlerin temyiz incelemesi, bu işbölümüne göre görevli bulunan ceza dairesi tarafından yapılır.
- 2) Daireler, bu işbölümü kararının yürürlüğe girdiği tarihte esasına kayıtlı bulunan işler ile daha önce kendisine gelip bozma veya herhangi bir nedenle daire dışına gönderdiği işlerden geri gelenlere bakarlar.
- 3) Eylemlerin nitelendirilmesine ve suçların unsurlarının değiştirilerek başka bir suça dönüştürülmesine ilişkin olarak yeni düzenleme yapılması halinde, görevin belirlenmesinde yeni adlandırmaya itibar edilir.
- 4) Kaçakçılık ve buna bağlı olarak işlenen evrakta sahtecilik suçlarından birlikte dava açılmış olması halinde verilen kararın temyiz incelemesi 7. CD tarafından yapılır.

Tablo2. Yargıtay Ceza Daireleri ve Görev Alanları<sup>33</sup>

Ceza daireleri	Görevleri
1.ceza dairesi	Madde 81, 82, 83, 84, 87/4
2.ceza dairesi	Madde 141 ila 147, 163, 165, 167, 168, 169
3.ceza dairesi	Madde 86, 87, 88, 6831 sayılı yasaya aykırılıktan kaynaklanan işler
4.ceza dairesi	Madde 97, 98, 106, 107, 108, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 181, 182, 183, 184
5.ceza dairesi	Madde 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266
6.ceza dairesi	Madde 141 ila 147, 148, 149, 150, 167, 168, 169
7.ceza dairesi	Özel Ceza Yasalarından veya Kabahatler Yasası'ndan doğan ve başka dairelerin görev alanına girmeyen suçlar ve kararlar

<sup>33</sup> <http://www.yargitay.gov.tr>

Ceza daireleri	Görevleri
8.ceza dairesi	<p>Madde 94, 95, 96, 154, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 243, 244, 245, 246, 3091 sayılı taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüzlerin önlenmesi hakkındaki yasaya ilişkin işler, 5464 sayılı banka kartları ve kredi kartları yasasına ilişkin işler, 6136 sayılı ateşli silahlar ve bıçaklar ile diğer aletler hakkında yasaya ilişkin işler, bu işbölümüne göre ceza dairelerinden herhangi birinin görevine girmeyen ve Türk ceza yasasından kaynaklanan tüm diğer suçlar</p>
9.ceza dairesi	<p>Madde 76, 77, 78, 79, 80, 219, 220, 221, 222, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Yasaya ilişkin işler, 1631 sayılı Askeri Ceza Yasasının 131. maddesinde düzenlenen suçlar, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkındaki Yasa, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Yasası, 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası, 4959 sayılı Toplum Kazandırma Yasası, 5253 sayılı Dernekler Yasası, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Yasaya ilişkin işler, 07.12.1994 gün ve 4053 sayılı Yasa ile 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 14. maddesine eklenen fıkra gereğince, 3953 sayılı Yasaya göre ve Askeri Yargıtay'dan gönderilen dava ve işler ile aynı yasa uyarınca adli yargı mercilerine devredilen dava ve işlerden temyizden intikal edecek olan işler</p>
10.ceza dairesi	<p>Madde 185,186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkındaki Yasaya ilişkin işler, 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Yasaya ilişkin işler, 5898 sayılı Uçucu Maddelerin Zararlarından İnsan Sağlığının Korunmasına Dair Yasaya ilişkin işler, 5941 sayılı Çek Yasasından kaynaklanan işler (3167 sayılı Yasa 1/4 oranında)</p>
11.ceza dairesi	<p>Madde 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213 sayılı Vergi Usul Yasasından kaynaklanan işler, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'ndan kaynaklanan suçlar</p>



<b>Ceza daireleri</b>	<b>Görevleri</b>
12.ceza dairesi	Madde 85, 89, 90, 91, 92, 93, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 179, 180, 2863 sayılı Tabiat ve Kültür Varlıklarını Koruma Yasasından kaynaklanan işler, 5271 sayılı CMK'nun 141-144 maddelerinde düzenlenen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat, 5941 sayılı Çek Yasasından kaynaklanan işler (3167 sayılı Yasa 1/4 oranında)
13.ceza dairesi	Madde 141 ila 147, 160, 163, 167, 168, 169
14.ceza dairesi	Madde 99, 100, 101, 102, 103, 104,105, 109, 110, 111, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 5941 sayılı Çek Yasasından kaynaklanan işler (3167 sayılı Yasa 1/4 oranında)
15.ceza dairesi	Madde 151,152, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 164, 166, 167, 168, 169, 5941 sayılı Çek Yasasından kaynaklanan işler (3167 sayılı Yasa 1/4 oranında)

2797 Sayılı Yargıtay Yasasının 5.maddesi uyarınca Yargıtay'da 21 Hukuk ve 11 Ceza Dairesi ve her dairede bir daire başkanı ve yeteri kadar üye bulunur. Daire başkanları en az 6 yıl Yargıtay üyeliği yapmış kişiler arasından Yargıtay Büyük Genel Kurulunca salt çoğunlukla ve gizli oyla dört yıl için seçilir, süresi bitenler yeniden seçilebilir. Daireler bir başkan ve dört üyenin katılımıyla toplanır, gizli müzakerede sonunda çoğunlukla karar verirler. Görüşmeye katılan başkan ve üyelerin adları mahalline gönderilecek karar örneklerine de yazılır. Karar çoğunluk ile verilmiş ise karşı oy yazısı, kararların asıl ve örneklerinde gösterilir. Yargıtay incelemesi için dairelere gelen dosyalar bekletilmeksizin görev ve işbölümü, temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olup olmadığı, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden ön incelemeye tutulur. Dairelerin görevi Yargıtay Yasasının 14. maddesinde belirtilmiş olup, ayrıca aynı Yasanın 17. maddesinde Başkanlar Kuruluna, dairelere gelen işler bakımından bir dengesizlik doğması halinde, takvim başında toplanıp bir kısım işleri başka daireye verme yetkisi tanınmıştır. Yargıtay Yasasının 14.maddesi uyarınca; ceza dairelerinin görevlerinin tayininde davadaki tavsif esastır. Birden fazla suç bulunduğu takdirde bunlardan en ağırını incelemeye yetkili daire görevli olup, temyizde sadece temyiz isteğine konu olan suçlar nazara alınır. Yargıtay daireleri ile kurulları oylamaya katılacakların tümünün hazır bulunması veya Kanunla belli edilen çoğunluğun meydana gelmesi halinde toplanır. Gö-

rüşmeler gizli olur. Daire ve kurullarda kararlar çoğunlukla verilir. Bu konuda bazı özel istisna hükümleri vardır. Dairelerin veya Genel Kurulların başkan ve üyeleri reddolunabilir. Red konusundaki talepler, reddedilen başkan veya üye katılmaksızın ilgili daire veya genel kurullarca incelenerek kesin olarak karara bağlanır. Daire ve kurulların toplantılarını engelleyecek biçimde toplu red istemleri dinlenmez. 21 Hukuk ve 11 Ceza dairesinin görevleri Yargıtay Kanununun 14.md.'si gereği belirlenmiştir<sup>34</sup>

### **Yargıtay Hukuk Daireleri**

Yargıtay'da 23 hukuk dairesi bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Dairelerinin görevleri şunlardır:

1. Adliye mahkemelerince verilen ve Kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümleri ilk ve son merci olarak inceleyip karara bağlamak,
2. Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekili ve özel kanunlarında belirtilen kimseler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlara ait ceza davalarına ve kanunda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak,
3. Kanunlarla verilen diğer işleri görmek<sup>35</sup>

### **Amaç, kapsam ve yöntem**

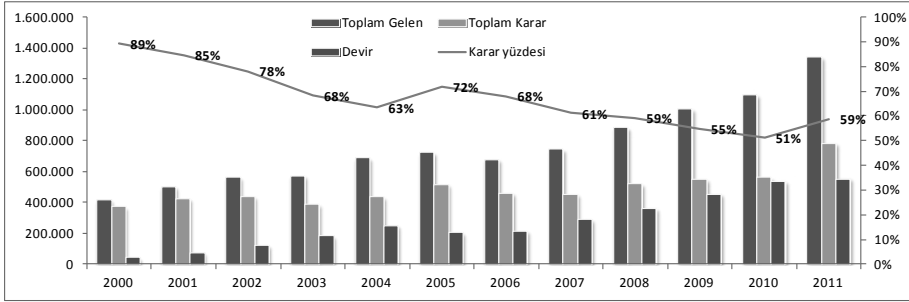
2000-2011 yılları arasında 11 yıllık süre ile Yargıtay başkanlığı Ceza ve Hukuk dairelerinin çalışma yoğunluğunun incelenmesi ve Yargıtay daireleri tarafından verilen kararlara ilişkin farklılıkların belirlenmesi çalışmanın temel amacını oluşturmaktadır. Araştırma tarama modeli niteliğindedir. Araştırmada 2000-2011 yılları arasında Yargıtay dairelerine ilişkin dava sayıları ve karar yüzdeleri yıllar bazında irdelenmiş ve ceza ve hukuk daireleri arasında kıyaslama yapılmıştır. Yargıtay daireleri tarafından verilen kararlara ilişkin farklılıkların belirlenmesinde t-testi ve anova testlerinden faydalanılmıştır. Elde edilen verilerin analizinde SPSS18 paket programı kullanılmıştır.

<sup>34</sup> (<http://www.yargitay.gov.tr>).

<sup>35</sup> (<http://www.megep.meb.gov.tr>).

### Yargıtay Ceza ve Hukuk dairelerine ilişkin genel durum:

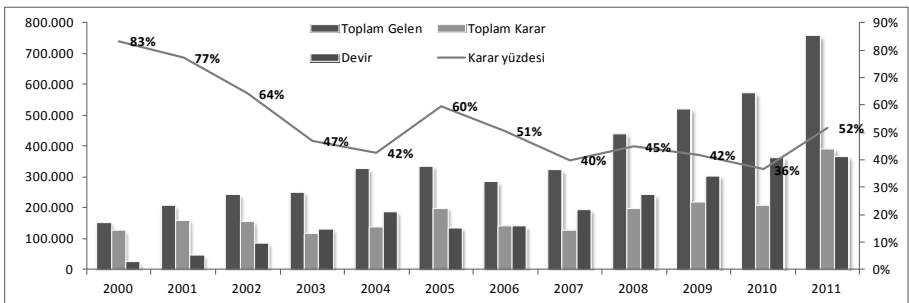
Yargıtay Ceza ve Hukuk dairelerinde görülen davaların son 11 yıla ait geriye dönük verileri incelendiğinde aşağıdaki gibi bir tablo açığa çıkmaktadır.



Toplam gelen dava sayılarına bakıldığında; gelen dosya sayılarına yıllar bazında sürekli olarak bir artış göze çarpmaktadır. 2000 yılında 418 bin civarında olan dosya sayısı, 2011 yılında %220 artışla 1 milyon 340 bin civarı sayılara ulaşmaktadır. Her iki dairenin birlikte verdikleri karar yüzdesine bakıldığında, karar yüzdesinin toplam gelen dosya sayısı ile yüksek derecede ilişkili olduğu görülmektedir. Gelen dosya sayısı ile verilen karar yüzdesi arasında %82'lik negatif ilişki bulunmaktadır. 2000'li yıllarda %89 olan karar yüzdesi 2011 yılında son yıllardaki ufak yükselişle beraber %59'a düşmektedir.

### Ceza dairelerine ilişkin durum:

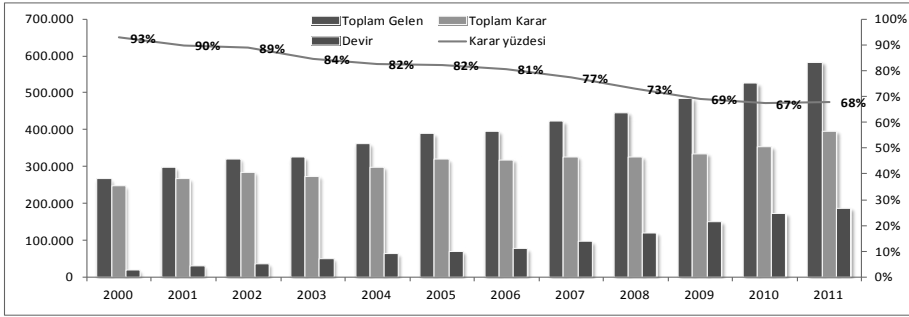
Aynı döneme ait Ceza dairelerine ilişkin çalışma istatistiklerine ait veriler incelendiğinde aşağıdaki gibi bir durum öne çıkmaktadır.



Ceza dairelerinin toplam dosya sayısında son 11 yılda dramatik bir yükseliş gerçekleşmiştir. 2000’li yıllarda yaklaşık 152 bin civarında olan dosya sayısı, 2011 yılına gelindiğinde yaklaşık 758 bin civarına ulaşmaktadır. Bu da yaklaşık olarak %397’lik bir artışa denk gelmektedir. Ceza dairelerine gelen dosya sayısı ile beraber karar yüzdesinde de dramatik bir düşüş gerçekleşmiştir. 2010 yılına gelindiğinde karar yüzdesi %36 ile en dip seviyeye ulaşırken, 2011 yılında %52 ile tekrar yükselişe geçmektedir. Ceza dairelerine gelen dosya sayısı ile verilen karar yüzdesi arasında yüksek derecede ilişki bulunmaktadır. Gelen dosya sayısı ile karar yüzdesi arasında %56’lık ters ilişki bulunmaktadır.

### Hukuk dairelerine ilişkin durum:

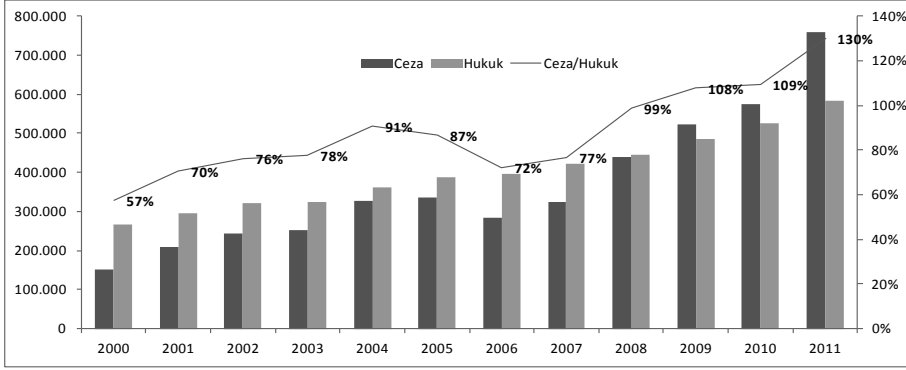
Aynı dönemdeki Hukuk dairelerine ilişkin analiz aşağıdaki gibidir.



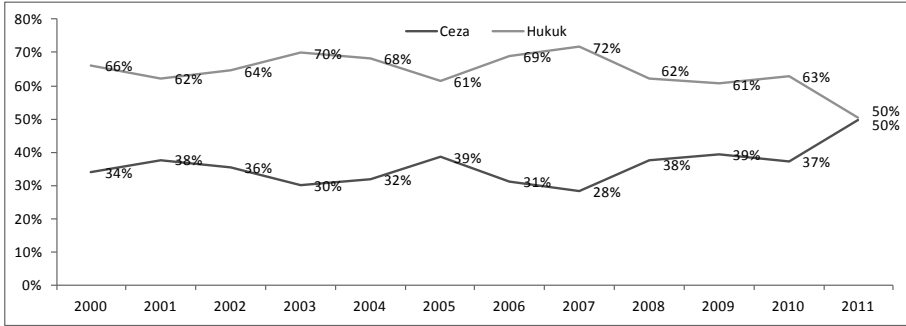
Hukuk dairelerindeki 2000-2011 arası döneme ait veriler incelendiğinde Ceza dairelerine benzer bir durum göze çarpmaktadır. Ancak yine de durumun Ceza dairelerinden daha iyi olduğu söylenebilmektedir. Hukuk dairelerindeki 2000’li yıllara ait dosya sayısı yaklaşık 265 bin civarında iken 2011’li yıllara gelindiğinde, %119 artışla 582 bin sayılarına ulaşmıştır. Hukuk dairelerindeki verilen karar yüzdesi göreceli olarak Ceza dairelerinden daha iyi durumdadır. Ancak, 2000’li yıllarda %93 olan rakam 2011’li yıllarda %68’e düşmektedir. Hukuk dairelerindeki verilen karar yüzdesi ile gelen dosya sayısı arasında %96 oranında ters ilişki bulunmaktadır.

## Hukuk ve Ceza daireleri karşılaştırma:

2000-2011 yılları arasındaki hukuk ve ceza daireleri arasındaki kıyaslama şu şekildedir.



Her iki daireye gelen dosya sayıları, 2000 yılından bu yana sürekli olarak artış göstermiştir. Ancak sonuçlar incelendiğinde daha kötü bulgular elde edilmiştir. Ceza davalarının hukuk davalarına oranı giderek yükselen bir eğilim göstermektedir. 2010 yılı ise bir dönüm noktası olmuş ve ceza davalarının sayısı hukuk davalarının sayısını aşmıştır. 2000'li yıllarda Ceza davalarının hukuk davalarına oranı %57 seviyesinde iken, 2011'de bu oran %130'lar seviyesine ulaşmıştır.



Hukuk daireleri ve Ceza daireleri beraber incelendiğinde, 2000'li yıllardan başlamak üzere Ceza dairelerinde genel toplama göre verilen karar sayısında artış olduğu gözlenmektedir. Aynı dönemde Hukuk dairelerine bakıldığında, Karar sayısında giderek bir düşüş göze çarpmaktadır. Her iki daire de 2011 yılında oransal anlamda benzer bir tablo çizerek toplamın %50'sine ulaşmaktadır.

### Yargıtay Ceza ve Hukuk daireleri verilen toplam karar sayısı istatistiksel karşılaştırması:

**H0:** Ceza dairesinin verdiği toplam karar sayısı ile hukuk dairesinin verdiği toplam karar sayısı arasında anlamlı bir fark bulunmamaktadır. Yapılan analiz sonucunda, elde edilen Sig değerlerinin 0,05'ten küçük olması sebebiyle H0 hipotezi ret edilir. Ceza dairesinin verdiği toplam karar sayısı ile Hukuk dairesinin verdiği karar sayısı arasında anlamlı bir farklılık bulunmamaktadır.

Independent Samples Test										
		Levene's Test for Equality of Variances					t-test for Equality of Means			
		F	Sig.	t	df	Sig. (2-tailed)	Mean Difference	Std. Error Difference	95% Confidence Interval of the Difference	
									Lower	Upper
Toplam Karar	Equal variances assumed	1,278	,270	-5,288	22	0,000	-129209,333	24434,058	-179882,468	-78536,199
	Equal variances not assumed			-5,288	17,144	0,000	-129209,333	24434,058	-180727,736	-77690,931

**H0:** Ceza alt dairelerinin verdiği karar sayılarında anlamlı bir farklılık bulunmamaktadır.

Yapılan analiz sonucunda, elde edilen Sig değerinin 0,05'ten küçük olması sebebiyle H0 hipotezi ret edilir. Ceza alt dairelerinin verdiği toplam karar sayıları arasında anlamlı bir farklılık bulunmamaktadır.

ANOVA					
Toplam Karar					
	Sum of Squares	df	Mean Square	F	Sig.
Between Groups	4233546352,803	10	423354635,280	7,657	0,000
Within Groups	6689757608,167	121	55287252,960		
Total	10923303960,970	131			

Yargıtay Ceza, 1. 9. 5. 11. 8. 3. 4. 6. 7. Daireleri, 5. 11. 8. 3. 4. 6. 7. 10. Daireleri ve 8. 3. 4. 6. 7. 10. 2. Daireleri verdikleri karar sayılarında anlamlı bütünlük oluşturacak şekilde gruplandırılabilir.

Toplam Karar					
Scheffea					
Yargıtay Dairesi	N	Subset for alpha = 0.05			
		1	2	3	
11	12	6375,58			
19	12	9897,17			
15	12	12364,25	12364,25		
111	12	12900,50	12900,50		
18	12	13803,92	13803,92	13803,92	
13	12	16707,17	16707,17	16707,17	
14	12	18054,08	18054,08	18054,08	
16	12	18746,08	18746,08	18746,08	
17	12	18789,00	18789,00	18789,00	
110	12		23713,08	23713,08	
12	12			26777,50	
Sig.		,095	,189	,063	

**H0:** Hukuk alt dairelerinin verdiği karar sayılarında anlamlı bir farklılık bulunmamaktadır.

Yapılan analiz sonucunda, elde edilen Sig değerinin 0,05'ten küçük olması sebebiyle H0 hipotezi ret edilir. Hukuk alt dairelerinin verdiği toplam karar sayıları arasında anlamlı bir farklılık bulunmaktadır.

ANOVA					
Toplam Karar					
	Sum of Squares	df	Mean Square	F	Sig.
Between Groups	9134908737,103	20	456745436,855	33,382	,000
Within Groups	3160662147,833	231	13682520,120		
Total	12295570884,937	251			

Yargıtay Ceza, 7. 15. 8. 16. 17. 19. 18. 14. 6. 11. 1. 4. 21. Daireleri, 15. 8. 16. 17. 19. 18. 14. 6. 11. 1. 4. 21. 10. 20. Daireleri, 8. 16. 17. 19. 18. 14. 6. 11. 1. 4. 21. 10. 20. 13. Daireleri, 16. 17. 19. 18. 14. 6. 11. 1. 4. 21. 10. 20. 13. 3. Daireleri, 17. 19. 18. 14. 6. 11. 1. 4. 21. 10. 20. 13. 3. 5. 2 Daireleri, 5. 2. 12. Daireleri, 12. 9. Daireleri verdikleri karar sayılarında anlamlı bütünlük oluşturacak şekilde gruplandırılabilir.

Toplam Karar								
Scheffea								
Yargıtay Dairesi	N	Subset for alpha = 0.05						
		1	2	3	4	5	6	7
27	12	6488,92						
215	12	7130,67	7130,67					
28	12	8307,00	8307,00	8307,00				
216	12	10016,83	10016,83	10016,83	10016,83			
217	12	10279,58	10279,58	10279,58	10279,58	10279,58		
219	12	12201,83	12201,83	12201,83	12201,83	12201,83		
218	12	12448,92	12448,92	12448,92	12448,92	12448,92		
214	12	12779,83	12779,83	12779,83	12779,83	12779,83		
26	12	13058,08	13058,08	13058,08	13058,08	13058,08		
211	12	13327,42	13327,42	13327,42	13327,42	13327,42		
21	12	14235,42	14235,42	14235,42	14235,42	14235,42		
24	12	14525,67	14525,67	14525,67	14525,67	14525,67		
221	12	14673,33	14673,33	14673,33	14673,33	14673,33		
210	12		15116,67	15116,67	15116,67	15116,67		
220	12		15147,92	15147,92	15147,92	15147,92		
213	12			16404,42	16404,42	16404,42		
23	12				17621,67	17621,67		
25	12					18773,75	18773,75	
22	12					18783,50	18783,50	
212	12						26414,67	26414,67
29	12							33470,75
Sig.		,094	,119	,106	,202	,057	,193	,359

**H0:** Ceza alt dairelerinin yıllar bazında verdiği karar sayılarında anlamlı bir farklılık bulunmamaktadır.



Yapılan analiz sonucunda, elde edilen Sig değerinin 0,05'ten küçük olması sebebiyle H0 hipotezi ret edilir. Ceza alt dairelerinin yıllar bazında verdiği toplam karar sayıları arasında anlamlı bir farklılık bulunmaktadır.

ANOVA					
Toplam Karar					
	Sum of Squares	df	Mean Square	F	Sig.
Between Groups	3770664657,152	11	342787696,105	5,751	,000
Within Groups	7152639303,818	120	59605327,532		
Total	10923303960,970	131			

**H0:** Hukuk alt dairelerinin yıllar bazında verdiği karar sayılarında anlamlı bir farklılık bulunmamaktadır.

Yapılan analiz sonucunda, elde edilen Sig değerinin 0,05'ten büyük olması sebebiyle H0 hipotezi ret edilemez. Hukuk alt dairelerinin yıllar bazında verdiği toplam karar sayıları arasında anlamlı bir farklılık bulunmamaktadır.

ANOVA					
Toplam Karar					
	Sum of Squares	df	Mean Square	F	ig.
Between Groups	712627291,413	11	64784299,219	1,342	,202
Within Groups	11582943593,524	240	48262264,973		
Total	12295570884,937	251			

## TARTIŞMA

Geçmişten günümüze kadar birçok alanda olduğu gibi hukuk alanında da yığılan iş yükü kurum ile bireylerin verimliliğini olumsuz yönde etkilemektedir. Bu konuda yapılan birçok araştırma iş yükü fazlalıklarının başta verimlilik olmak üzere iş kalitesini de düşürmektedir yönünde ifade edilmektedir. Bu konuda yapılan çalışma ve araştırmalara baktığımızda ise;

Henden & Henden (2005); "Bilgi çağı toplumlarında şeffaflık, vatandaş odaklılık, hesap verilebilirlik gibi ilkelere sahip yönetim anlayışı ile kurumsal nitelik insana verilen önemi ön plana çıkarmaktadır".<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Henden,B., Henden R., (2005); "Yerel Yönetimlerde Hizmet Sunumlarındaki

Hukuk üreten kurumlarda hizmet ve adalet ilk planda gelir. Bu durum insana ve yaşama verilen önemin ne denli ilk derecede olduğuna işaret eder.

Hak ve özgürlükten bahsedebilmemiz için hukuk sistemi başta olmak üzere hukuk dağıtan kurumların etkin ve şeffaf çalışması gerekir.<sup>37</sup>

Nesnel açıdan bakıldığında adalet mutlak bir değerdir. İnsan ahlakını araştıran inceleyen ve davranışlarını eleştiren en önemli sistem bütünüdür.<sup>38</sup>

Adalet insan hayatının her safhasında önemli bir yer tutar. Hayatın her anında insanın karşısına ulusal ya da uluslararası bir çok sorun çıkabilir. Bu sorunlar bireyler ya da doğal yolla ile de gerçekleşir. Fakat adaletin en önemli dağıtıcısı ve bunun uygulayıcısı hukuk kurumları ile onun çalışanlarıdır.<sup>39</sup>

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı gibi adalet kavramı oldukça önemlidir. Fakat bu adaletin dağıtımı ve uygulanışı da bir o kadar farklı bir öneme sahiptir. Yüce Atatürk'ün de dediği gibi "Adalet Mülkün Temelidir". Yani doğru dağıtılmayan bir adaletten ne topluma ne de ülkelere bir fayda sağlanamaz. Bu araştırma sonucunda Yargıtay iş yükünün önemi üzerinde durulmuş ve araştırma sonucunda elde edilen verilere bakıldığında stratejik bir çalışma planına ihtiyacın önemi ortaya çıkmıştır.

Oluşan bu iş yükü nedeniyle Yargıtay ve yerel mahkemelerin doğru adalet kavramından uzaklaştığı gerçeğini unutmamak gerekir. Çünkü iyi incelenmeyen bir dava ya da dosyanın ilgili tarafa bir fayda sağlaması söz konusu olamaz. Bu nedenle oluşan iş yükünün azaltılması hem stratejik açıdan fayda sağlayacak hem de oluşan iş yükünü azaltacaktır.

Hak elde edilmesi oldukça zor bir kavramı içermektedir. Yine bu konuda yapılan bir araştırma bunu oldukça iyi tanımlamaktadır. "Hak

---

Değişim ve e-belediyecilik", Sosder Güz, Cilt:4, Sayı:14, ss.48-66  
37 Karagöz Y., (2002); "Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlükler", C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, Aralık Sayısı, Cilt: 26 No:267-295  
38 Cevizci A., (1996), "Felsefe Sözlüğü" Ekin Yayınları, Ankara. s.19  
39 Karacelil S., (2013), "Ailede Adalet Eğitimi", JASSS, V:6, ISSUE:8, pp.253-278

insanların istediklerini karşılayacak olan devletin doğuşu ve bu devlete bağlı hukuk ile adalet dağıtan kurumların işlevselliği ile paralellik içermektedir".<sup>40</sup> Görüldüğü gibi hukukun önemi oldukça fazladır. Doğru dağıtılmayan bir hak özgürlüğü ve eşitsizlik sonucunda adalet kavramından bahsetmek oldukça zordur.

Birçok kurumda olduğu gibi kamu ve özellikle hukuk kurumlarında oluşan iş yükü nedeniyle oluşan sorunlar oldukça fazladır. Bu durum başta toplumun kurumlara olan güveninin azalması, kurum ve birey arasındaki ilişkinin bozulmasına neden oluşturmaktadır. Yine son yıllarda Yargıtay adına oluşan toplumsal bakış açısı da mevcut iş yükü nedeniyle güven azalmasına neden oluşturmıştır. Ulusal basın ve uluslararası basın tarafından bu durum sürekli dile getirilen bir gerçektir.

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yargıtay başkanlığı Ceza ve Hukuk dairelerinin son 11 yıllık dönemi incelendiğinde,

Genel olarak hem Ceza hem de Hukuk dairelerinde, son 11 yılda gelen dosya sayısında çok yüksek oranlarda artış gerçekleşmiştir.

Gelen dosya sayısı yükselirken, Yargıtay dairelerindeki çalışma temposu da sürekli olarak yükselmektedir. Çalışma temposunun yüksek olması yetersizliği de beraberinde getirmektedir. Ortalamada her iki dairede de verilen karar yüzdesinde dosya sayısı ile beraber çok ciddi düşüşler gerçekleşmiştir. Dosya sayısı ile verilen karar yüzdesi arasında her iki dairede de yüksek oranda ters ilişkiye rastlanılmıştır.

Hukuk daireleri son 11 yılda da Yargıtay'ın en yoğun çalışan birimleri olma özelliğini devam ettirmiştir. Yıllar bazında toplam gelen dosya sayısı artmakta ve verilen karar yüzdesi azalmaktadır.

Ceza daireleri giderek artan oranda yoğunlaşmaktadır. 2009 yılı itibari ile Ceza dairelerindeki dosya sayısı Hukuk dairelerini aşmaktadır. 2011 yılına gelindiğinde ise tarihinin en yüksek rakamına ulaşmıştır. Ceza dairelerinde de hukuk dairelerine benzer şekilde, yıllar

<sup>40</sup> Öktem N., (1994); "Adalet Kavramı ve Sosyal Realite", Adalet Kavramı Ed. Güriz, A., Türkiye Felsefe Kurumları Yayınları, Ankara. ss.11-12

bazında toplam gelen dosya sayısı artmakta ve verilen karar yüzdesi azalmaktadır.

Yıllar ve Yargıtay daireleri bazında farklılıkla beraber, Ceza ve Hukuk alt dairelerinin aralarında da karar verme sayılarında anlamlı farklılıklar bulunmaktadır.

Her iki dairede de belirli daireler anlamlı bir bütünlük sağlayacak şekilde gruplandırılabilir.

Ceza dairelerinin yıllar bazında verdiği karar sayısında anlamlı bir farklılık bulunurken, Hukuk dairelerinin yıllar bazında verdiği karar sayılarında anlamlı bir farklılık bulunmamaktadır.

## ÖNERİLER

Yaptığımız bu araştırma sonucunda geçmiş yıllardan bir sonraki yıla aktarılan iş yükü ile birlikte mevcut yılın da iş yükünün birleşmesi kurumların etkin çalışmasına zarar vermektedir.

Yığılan iş yükü nedeniyle, başta kurum olmak üzere çalışanların iş verimliliği azalmaktadır.

Yerel mahkemelerde oluşan iş yükü nedeniyle ilgili Yargıtay dairelerinin çalışma ortamındaki fiziki durum başta olmak üzere zaman süreci yetersizliği iş verimliliğini olumsuz etkilemektedir.

## ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Stratejik iş planları oluşturulmalı,

Uzmanlaşmış kadroya önem verilmeli ve mevcut yapı daha güçlü hale getirilmeli,

Yargıtay dairelerinin iş yükünün azaltılarak daha etkin hale getirilmesi fiziki ve stratejik açıdan yaratılmalı,

Yerel mahkemelerdeki dava süreçlerinde mahkemelerin daha etkin çalışması sağlanmalı, uzman iş gücünün yaratılarak hayata geçirilmesi sağlanmalı. Bu durum Yargıtay dairelerinin ilgili dosya üzerindeki çalışma sürecini azaltacağından iş yükü de azalacaktır.

Uzmanlaşmış iş gücü ve yetişmiş hakim savcının etkin kullanılması sağlanmalı. Yine bu durum bir çözüm önerisi şeklinde dikkate alınmalıdır.

## KAYNAKLAR

- Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “Yargı Reformu Strateji Taslağı” hakkındaki Yargıtay Görüşü s.16-17
- Akçin İ., Yargıtay Ceza Dairelerinde İş Yükü Sorunu. ([www.yargitay.gov.tr/abproje/.../AKCIN\\_YargitayCezaDaireleriIsYuku](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/.../AKCIN_YargitayCezaDaireleriIsYuku)).
- Cevzici A., (1996), “Felsefe Sözlüğü” Ekin Yayınları, Ankara. s.19
- Henden B., Henden, R., (2005); “Yerel Yönetimlerde Hizmet Sunumlarındaki Değişim ve e-belediyeçilik”, Sosder, Güz, Cilt:4, Sayı:14, ss.48-66
- Karagöz Y., (2002); “Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlükler”, C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, Aralık Sayısı, Cilt: 26 No:267-295
- Karacelil S., (2013), “Ailede Adalet Eğitimi”, JASSS, V:6, ISSUE:8, pp.253-278
- Öktem N., (1994); “Adalet Kavramı ve Sosyal Realite”, Adalet Kavramı Ed. Güriz, A., Türkiye Felsefe Kurumları Yayınları, Ankara. ss.11-12
- [http://www.megep.meb.gov.tr/mte\\_program\\_modul/moduller\\_pdf/Yarg%C4%B1tay%20Hukuk%20Daireleri%20Kalem%20Hizmetleri.pdf](http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Yarg%C4%B1tay%20Hukuk%20Daireleri%20Kalem%20Hizmetleri.pdf)
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2797.pdf>
- [http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/bugunku\\_yargitay.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/bugunku_yargitay.pdf)
- <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/isbolumu/2014isbolumu.pdf>
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 1, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 10, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 11, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 12, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 2, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 3, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 4, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 5, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 6, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 7, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 8, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Kuruluş, madde 9, (<http://www.mevzuat.gov.tr>)
- Yargıtay Kanunu, Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri madde 15, (<http://www.mevzuat.gov.tr>).
- Yargıtay Kanunu, Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri madde 16, (<http://www.mevzuat.gov.tr>).

Yargıtay Kanunu, Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri madde 17, (<http://www.mevzuat.gov.tr>).

Yargıtay Kanunu, Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri madde 18, (<http://www.mevzuat.gov.tr>).

Yargıtay Kanunu, Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri madde 19, (<http://www.mevzuat.gov.tr>).

Yargıtay Kanunu, Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri madde 20, (<http://www.mevzuat.gov.tr>).

Yargıtay Kanunu, Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri, madde 13, (<http://www.mevzuat.gov.tr>).

Yargıtay Kanunu, Yargıtay Daire ve Kurullarının Görevleri, madde 14, (<http://www.mevzuat.gov.tr>).

Yargıtay'ın İş Yükü Anadolu Ajansı Haberi, (<http://haberciniz.biz/yargitayin-is-yuku-2571096h.htm>)

# İDARE HUKUKUNDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KURUMUNUN EVRENSEL NORMLARA UYUMU

## THE COMPLIANCE OF STAY OF EXECUTION IN TURKISH ADMINISTRATIVE LAW TO UNIVERSAL PRINCIPLES

Mahmut ŞEN\*

**Özet:** Geçici hukuki koruma tedbirleri, nihai kararın yargısal süreçler nedeniyle zaman alacağı durumlarda, kişi hak ve özgürlükleri açısından telafisi güç veya giderilmesi imkansız durumların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla öngörülmüştür. Türk İdari Yargı Sisteminde bir geçici hukuki koruma müessesesi olan yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için gerekli şartlar, Anayasa'nın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara neden olacak nitelikte bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilebilmektedir. Bununla birlikte, anayasa ve yasada aranan şartların yürütmenin durdurulması kararı verilmesini zorlaştırdığı, bu durumun ise temel hak ve hürriyetlerin etkili bir yargısal korumaya tabi tutulmasını engellediği yönünde eleştiriler yapılmaktadır.

**Abstract:** Interim Remedies are introduced to legal systems to prevent irreparable damage for fundamental rights and freedoms of people in court proceedings in which final judgement may take some time. Article 125 of the Constitution and article 27 of the Procedure of Administrative Justice Act determine conditions for the stay of execution as an interim remedy in Turkish Administrative Judicial System. According to these articles, courts may decide to stay the execution of the act, if the implementation of the contested administrative act shall result in damages that are difficult or impossible to compensate for, and if the act is manifestly unlawful. However, there is some criticism that due to these conditions of constitution and law, courts have difficulty to award stay of execution. As a result of this, it may be unlikely to ensure the efficient judicial protection of fundamental rights and freedoms.

**Anahtar Kelimeler:** Yürütmenin Durdurulması, Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, Etkili Hukuksal Koruma, Hak Arama Hürriyeti.

**Keywords:** Stay of Execution, Interim Remedies, Efficient Judicial Protection, Right to Remedy.

\* Ankara 10. İdare Mahkemesi Başkanı

## Giriş

Evrensel demokratik hukuk sistemlerinde kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak yasama ve yürütme organının işlemleri, yargı denetimine tabi tutulmaktadır. Devlet gücünü kullanan organlar arasındaki ilişkilerin “Denetim ve Denge” (check and balance) sistemine oturtulması, bütün çağdaş demokrasilerde vazgeçilmezdir. Montesquieu’ya göre, kuvvetin, kuvveti durdurması yolu ile kişi hak ve hürriyetleri, hukukun üstünlüğü ve demokratik rejim garanti altına alınmaktadır<sup>1</sup>. Hukukun üstünlüğü ilkesi, dava yoluyla hak arama özgürlüğü, adalete erişim ve etkili hukuksal koruma ilkelerini de kapsamaktadır<sup>2</sup>.

Mahkemenin, temel hakların korunması konusunda üstlenmiş olduğu görevi kamuoyu beklentilerine uygun bir şekilde gerçekleştirebilmesi için, denetimin araçları önem taşımaktadır. İdarenin yargısal denetiminin en önemli araçları, iptal davaları ve geçici bir hukuki koruma tedbiri olan yürütmenin durdurulmasıdır. Yürütmenin durdurulması, özellikle iptal davaları açısından büyük önem taşır. İptal davası yolu ile idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı bireyin korunması, yürütmenin durdurulması ile etkinlik kazanabilir<sup>3</sup>.

Geçici koruma tedbirlerinin öngörülmesindeki temel argüman, kişi hak ve hürriyetlerinin asıl, müdahalenin ise istisna olmasıdır. Dolayısıyla, evrensel hukuk sistemlerinde sözleşme ve bildirgeler ile garanti altına alınan kişi hak ve hürriyetlerine yapılan her türlü müdahalenin, yasal dayanağa istinaden, meşru bir amaca yönelik ve demokratik bir toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olduğunun mahkemece belirlenmesi safhasına kadar teminat altındaki hakkın kullanılması gerekir. Bu nedenle, hak arama hürriyeti ve adalete erişim hakkının vazgeçilmez bir ögesi olan yürütmenin durdurulması, bazı durumlarda mahkemece verilecek nihai karardan daha fazla önem ve anlam taşımaktadır<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sami Akural, İdarî Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, 1976, s.116

<sup>2</sup> Carol Harlow , Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, s.191, The European Journal of International Law Vol. 17 no.1

<sup>3</sup> Zehredin Aslan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Alfa Basım, İstanbul, 1994, s.16

<sup>4</sup> Dimitrios Sinaniotis ,The Interim Protection of Individuals Before the European and National Courts, Kluwer Law International, s.1



Zira, idari işlemin vereceği zarar, her zaman para ile ölçülebilen, dava sonuçlandığında tazminat vermekle giderilebilen nitelikte bir zarar değildir<sup>5</sup>. Yargısal süreçlerin uzun sürmesi nedeniyle işlemin tesis ve hatta icra tarihinden çok sonra işlemin iptaline hükmedilmesi, özellikle süreli işlerde verilecek kararı anlamsızlaştırmaktadır.

Bu çalışmada, geçici bir hukuki koruma tedbiri olan yürütmenin durdurulması ve benzer tedbirlere ilişkin karşılaştırmalı hukukta yapılan tartışmalara yer verilmekte; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanı içtihatlarında hak arama hürriyeti ve yargıya erişim hakkı ile etkili hukuki koruma ilkeleri açısından geçici koruma tedbirlerinin önemine yapılan vurgu ele alınmaktadır.

Bu kapsamda, müessesenin Türk İdari Yargı Sistemi'ne girdiği tarihten itibaren geçirdiği evreler ile Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde mevcut olan şekliyle yürütmenin durdurulması kurumunun, evrensel ilke ve standartlara uygun olup olmadığı tartışılmaktadır.

## 1. BÖLÜM

### Evrensel Hukukta Geçici Koruma Tedbirleri

#### 1.1.İdari Yargı Denetiminin Niteliği ve Fonksiyonu

Yürütme organı ve idarenin yargısal denetimini yapan idari yargının temel fonksiyonu, idarenin hukuka uygun davranmasını, kendisine anayasa ve yasalarla çizilen sınırlar içerisinde kalmasını sağlamak, kamu gücünü hukuk kuralları ile sınırlandırmaktır<sup>6</sup>. Üstlendiği kamu hizmetlerini yerine getirirken yürütme organının ve idarenin, kendisine çizilen anayasal ve yasal sınırlar içerisinde kalıp kalmadığını belirleyecek olan yargısal denetim, kişi hak ve hürriyetlerinin garantisidir<sup>7</sup>. Yürütme organı ve idarenin denetiminde yargısal denetim tek yol olmamakla birlikte, evrensel hukukta idari faaliyetlerin, tarafsız ve bağımsız bir mahkemece yapılacak etkili bir yargısal denetime

<sup>5</sup> Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara, 2007, s.471

<sup>6</sup> Martin Shapiro, "Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance," Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 8: Iss. 2, Article 6, s.369

<sup>7</sup> Mahmut Şen, İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2013, s.1624

tabi tutulması, temel hakların korunması açısından en ideal denetim şekli olarak görülmektedir<sup>8</sup>.

İdari yargı yerleri verdikleri yürütmenin durdurulması ve iptal kararları ile yürütme yetki ve görevini sınırlamaktadır. Ancak, bu sınırlama idarenin hukuka ve yasalara uygun olarak verdikleri işlemler için söz konusu değildir. Yargının, idarenin hukuk dışına çıktığı zaman getirdiği sınırlama ise, idari yargı yolunun kabul edildiği sistemlerde katlanması zorunlu bir sonuçtur<sup>9</sup>.

Bireylerle idare arasındaki hukuki ilişkide, idarenin üstün kamu gücü kullanması, tek taraflı tasarrufları ile kişilerin hukuki durumlarını değiştirebilmesi, kişiler lehine haklar ve aleyhine borçlar meydana getirebilmesi nedeniyle, güçlü olan idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri karşısında bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması, verilecek kararlarla idarenin hukuka bağlılığının sürdürülmesi, idari yargı denetiminin, dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir<sup>10</sup>.

Öte yandan, bir yandan temel hakların korunmasını amaç edinmesi gereken yargı mercileri, diğer yandan idarenin yasalarla üstlenmiş olduğu kamu hizmetini gereği gibi yerine getirmesini zorlaştırmamalıdır. Bu nedenle, yargısal faaliyetin çıktılarının, kamu hizmetinde etkinlik ve verimliliğin sağlanması ile birlikte bireysel hakların korunmasına da katkı yapması beklenmektedir.

## 1.2. Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri

Bilindiği gibi idare, her türlü eylem ve işlemlerini re'sen yerine getirebilme ve bunu sağlamak için gerektiğinde kamu gücünü kullanma ayrıcalığına sahiptir. İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar ve aleyhine dava açılması, idari işlemin yürütülmesini durdurmaz. İdarenin hukuka aykırı işlemlerinin dava konusu edilmiş olsalar dahi yürürlüğünü sürdürmeleri ve açılan davaların çok uza-

<sup>8</sup> Takahashi, Y. A., Discretion in German Administrative law: Doctrinal Discourse Revised, European Public Law, volume 6 2000 , s. 55

<sup>9</sup> Nuri Alan, İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1998/2, s.530

<sup>10</sup> David S. Rubenstein, Relative Checks: Towards Optimal Control of Administrative Power, *William and Mary Law Review*, vol.51, s 2169

ması sonucu kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin kolayca tehlikeye girebileceği endişesiyle, iptal davaları için idare hukukuna özgü bir kurum olan yürütmenin durdurulması müessesesi kabul edilmiştir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması, davacının istemi üzerine, yargı yerinin bir idari işlem ya da yargı kararının uygulanmasını, dava sonuna kadar ertelemesi olarak tarif edilebilir.

Nihai kararın yargısal süreçler nedeniyle zaman alacağı durumlarda, kişi hak ve özgürlükleri açısından telafisi güç veya giderilmesi imkansız durumların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla öngörülen geçici bir hukuki koruma tedbiri olan yürütmenin durdurulması, idari işlemin re'sen icra edilebilir ve hukuka uygun olma karinesi ile herkes tarafından uyulma zorunluluğunu dava sonuna kadar askıya almaktadır. Yürütmenin durdurulmasının temel mantığı, dava sonunda verilecek kararın tam anlamıyla uygulanma olanağını artırmanın yanında, hak ve hürriyetlere yapılan hukuksuz müdahalenin mümkün olduğunca erken giderilmesinin sağlanmasıdır<sup>11</sup>.

İdarenin yargısal denetiminin unsurlarında farklılıklar olduğu gibi, geçici hukuki koruma müesseselerinde de hukuk sistemleri açısından yeknesak bir uygulama bulunduğundan bahsetmek zordur. Şüphesiz ki her hukuksal sistem, toplumsal ihtiyaç ve demokrasi kültürünü dikkate alarak, geçici koruma tedbirlerinin şartlarını ve kapsamını belirlemiştir.

Bazı hukuk sistemlerinde, idari işlemin telafisi güç zarara neden olma ihtimalinin bulunduğu mahkeme tespiti halinde, başkaca bir şart aranmaksızın tedbir kararı verilebilmektedir. Bazı durumlarda ise, dava konusu edilen hak ihlalinin ciddi görülmesi, geçici tedbir kararının verilebilmesi açısından yeterli görülmektedir. Bazen de, mahkemece belirlenecek teminat karşılığında her dava türünde ve her şartta yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği kabul edilmektedir<sup>12</sup>. Bununla birlikte, Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi uluslararası mahkemeler, devletlerin iç hukukunda bu şartlar belirlenirken temel haklar açısından etkili hukuksal koruma ilkesine riayet edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

<sup>11</sup> Ramazan Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, seçkin yayınevi, Ankara, 2000, s.225

<sup>12</sup> Richard R.W. Brooks & Warren F. Schwartz, Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine, 58 Stan. L. Rev. 381, (2005), s.32

Özellikle, mutlak olan ve hiçbir şartta kısıtlanması mümkün olmayan temel haklara müdahale iddiasıyla açılan davalarda, yargısal süreç içerisinde mahkemenin geçici koruma tedbirine karar verememesi, bazı durumlarda telafisi imkansız zararlara neden olduğundan, dava sonunda verilecek kararın bir önemi kalmamaktadır. Yargısal süreçlerin zaman alacağı dikkate alındığında, tedbir niteliğindeki kararların bir nedeni de, hukuka aykırı olduğuna dair makul şüphelerin olduğu bir aşamada, iptal kararı verilene kadar işlemin hukuk alanında sonuç doğurmasının önlenmesidir<sup>13</sup>. Bilhassa işlemin hukuk alanında doğması için gerekli olan, kanunda öngörülen şekil ve usul kurallarına uygun olarak yetkili organca tesis edilmiş olması, yasa hükmünün doğru uygulanması ve yetkinin kamu yararı amacıyla başka amaçla kullanılmaması ilkelerine aykırı durumların davanın ilk aşamalarında tespit edilmesi halinde, nihai karara kadar işlemin yürürlükte kalmasının gerekliliğini savunmak zordur.

Bununla birlikte, bu kararların iki taraf açısından meydana gelebilecek muhtemel zararlar dikkate alınarak verilmesinin gerekliliği de vurgulanmaktadır<sup>14</sup>. İdari yargı mahkemelerince genellikle müdahale edilen hakkın niteliği, kişinin hukuki ve fiili durumu, yargılama sonunda verilebilecek karar, muhtemel zararın giderim olanağı gibi kişiye özel durumlar ile askıya alınacak idari işlemin kamu yararı, kamu düzeni ve diğer kişilerin hak ve hürriyetlerine etkisi gibi kriterler dikkate alınarak yürütmenin durdurulması kararı verilmektedir. Dolayısıyla, genel kabul gören ilke, kamusal yarar ile kişisel hak ve menfaatler arasındaki dengenin gözetilmesidir.

### 1.3. Avrupa Birliği Hukuk Sisteminde Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri

Ulusal yargı sistemlerinde olduğu gibi, Avrupa Birliği hukuk düzeni içerisinde de Kurucu Anlaşması'nın 242. ve 243. maddeleriyle Birlik kurumlarının idari nitelikteki işlemlerine karşı açılan davalarda, mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilmesi mümkün

<sup>13</sup> Bernard Schwartz, French Administrative Law and the Common-law World, Lawbooks Exchange Ltd, 2006 s.197

<sup>14</sup> John Leubsdorf, Preliminary Injunctions: In Defense of the Merits, 76 Fordham L. Rev. 33 (2007).s.34

hale getirilmiş ve bu kararın şartları belirlenmiştir. Anılan hükümlere göre, Birlik mahkemeleri önünde dava açılması, idari işlemin yürütmesini durdurmamakta, mahkemece gerekli görülürse yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmektedir. Avrupa Adalet Divanı'na göre, yürütmenin durdurulmasında temel amaç, mahkemece verilecek nihai hükmün tam olarak uygulanmasını sağlamaktır<sup>15</sup>.

Avrupa Birliği hukuk düzeninde yürütmenin durdurulması müessesesinin Fransız İdari Yargı Sisteminden esinlendiği söylenebilir. Fransa'da idari yargı mercilerine dava açılması, genel kural olarak işlemin yürütmesini otomatik olarak durdurmamaktadır. İdari bir karar, iptal davasına konu olduğu zaman, böyle bir talep ile kendisine başvurulmuş yürütmenin durdurulmasından sorumlu olan hakim, işin aciliyetinin haklı göstermesi ve mahkemece yapılacak inceleme esnasında kararın yasallığı ile ilgili ciddi bir şüphenin ortaya çıkması halinde, bu kararın icrasının veya etkilerinin durdurulmasına karar verebilir. Yürütmesinin durdurulması kararı verilen davalar, öncelikle karara bağlanır.

Fransız idari yargı sisteminde uygulanmakta olan tek geçici hukuki koruma tedbiri yürütmenin durdurulması değildir. Davaların makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle ortaya çıkan sakıncaları gidermek üzere zaman içinde başkaca tedbir kararları gündeme gelmiştir. Dava türleri ve uyumsuzluğun niteliğine göre, idari yargılama usul yasası dışında başka kanunlarda da hakime idari işlemin yürütmesini durdurma, uygulanmasını erteleme veya sonuçlarını askıya alma yönünde yetkiler verilmiştir. 2000 tarihli İdari Yargılama Usul Kanunu ile idari yargı hakimine adli yargıda uygulanan ihtiyati tedbir kararları benzeri karar alabilme yetkisi tanınmıştır. Buna gerekçe olarak, acil hukuki koruma gerektiren durumlarda yürütmenin durdurulması kararının kanunda öngörülen şartlar yüzünden her zaman verilememesi nedeniyle, idari yargı sisteminin bazı dava türlerinde yetersiz kalması ve kişilerin adli yargı mahkemelerinde hak arama eğilimine girmeleri gösterilmektedir<sup>16</sup>. İdari yargı hakiminin, kişi hak

<sup>15</sup> Alexander Türk, *Judicial Review in EU Law*, Edward Elgar Pub. Ltd., 2009, s.298

<sup>16</sup> Aydın Gülan, *Fransa'da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü başlıklı sempozyumda sunulan bildiri, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, Ankara, 2003, s. 23-39*

ve hürriyetlerinin etkili bir korumaya tabi tutulması açısından sahip olduğu yetkilerin yetersiz kaldığı yönündeki tespit, usul yasasında geçici tedbir kararlarının verilmesini kolaylaştıran ve bu konuda hakime daha geniş takdir yetkisi tanıyan değişikliklerin yapılmasına yol açmıştır.

Özellikle temel haklar açısından ihlal iddiasının ciddi olduğu yada işin niteliği gereği hızlı karar verilmesi gereken hallerde hakim, 48 saat içinde yürütmenin durdurulmasına hükmedebilmektedir. Burada hakime, uyuşmazlığın her aşamasında gerekli tedbir kararını alabilme yetkisi tanındığından, hakim gerekli olmayan hallerde talebin reddine de karar verebilmektedir. Bunun yanında, hakime tanınan idareye yargısal emir verme (injunction) yetkisi de, idari yargının etkinliğini artırmıştır. Reform Yasası ile idari yargıda temel hakların daha etkili bir şekilde korunması amaçlanmış ve bu amaca ulaşmak için işin niteliği gereği ivedi bir şekilde görülmesi gereken işlerde, mahkemeye işlemi askıya alma ve hakka yapılan müdahale için koruyucu nitelikte karar verme yetkisi tanınmıştır. Bu değişikliğe götüren süreçte, idari yargı mercilerinin yürütmenin durdurulması kararlarının verilmesine ilişkin çekimser tavırları, değişikliğin sebeplerinden birisi olarak gösterilmektedir<sup>17</sup>.

Yasa ile olumsuz işlemlere karşı açılacak davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilememesine ilişkin genel kuralda değiştirilmiş; özellikle ruhsat ve izin taleplerinin reddi gibi işlemlerin ciddi menfaat ihlallerine yol açtığı dikkate alınarak, bu tür işlemlerin sonuçlarının askıya alınması imkanı getirilmiştir. Mahkemeye tanınan diğer bir yetki ise, işlemin sonuçlarından bir veya birkaçını askıya alma yetkisidir. Bu kapsamda, kamu görevlisinin açığa alınmasına ilişkin bir işlemin iptali istemiyle açılan bir davada, mahkemece işlemin sadece mali sonuçları askıya alınabilmektedir. Parasal ve mali haklara ilişkin bir konuda işlem sonucunun bir kısmının askıya alınması, Fransız Danıştay'ının parasal uyuşmazlıklarda zararın her zaman telafisi mümkün olduğundan, bu tür davalarda yürütmenin durdurulmasına gerek olmadığı yönündeki görüşü dikkate alındığında, askıya alma

<sup>17</sup> Erdoğan Bülbül, Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu (Danıştay ve İdari Yargı Günü, Sempozyum, 10-11 Mayıs 2002, Danıştay Yayını, 2003), s.3

müessesesinde mahkemenin takdir yetkisinin yürütmenin durdurulmasına göre daha geniş olduğu görülmektedir<sup>18</sup>.

Fransız uygulamasında işlemin iptalini haklı gösterecek ciddi bir gerekçenin bulunması halinde işin aciliyeti de dikkate alınarak yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceğine ilişkin hüküm, mahkemece esasa ilişkin derinlemesine bir inceleme yapılmasını gerektirmekte ve bu durum davanın sonunda iptal kararı vereceğinden emin olmadan hakimin yürütmenin durdurulmasına karar vermemesi sonucunu doğurmaktadır. Askıya alma müessesesi ise, böyle bir kriter koymadığı için acil ve süreli işlerde mahkemece işlemin sonuçlarının tamamı veya bir kısmının askıya alınması mümkün hale gelmiştir. Burada aranan kriter, telafisi güç veya imkansız zarar değil, nitelik itibarıyla uyumsuzluk konusu işin ivedi ve acil işlerden olmasıdır. Bu tür ivedi işlere bakan mahkeme veya hakim tarafından bir hakka yapılan müdahalenin giderilmesi için idareye emir verilmesi ve ihlalin ne yolla giderileceğinin de gösterilmesi mümkündür. Başka bir deyişle, işin ivedi ve acil olmasına binaen hakim, kendi yetkilerinin kullanımı çerçevesinde bir kamu hukuku tüzel kişisi veya kamu hizmetinin yerine getirilmesinden sorumlu bir özel hukuk organı tarafından ağır veya açıkça yasaya aykırı bir şekilde müdahale edilen bir temel özgürlüğün korunması için, gerekli olan tüm tedbirlerin alınmasını emredebilir<sup>19</sup>.

Avrupa Birliği Yargı Düzeni içerisinde yer alan mahkemelerce yürütmenin durdurulması istemleri karara bağlanırken, işlemin hukuka aykırılığı konusunda ciddi şüphelerin varlığı, işin aciliyeti ve uygulanması halinde telafisi güç zarara neden olma ihtimali ile Avrupa Birliği hukuk düzeni açısından etkileri gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Avrupa Birliğine üye ülkelerin iç hukuk sistemlerinde belirtilen bu şartlardan farklı, daha ağır şart ve kriterler aranması halinde Avrupa Adalet Divanı, yeknesak bir uygulama olmaması riskinin temel haklar açısından sıkıntı doğurabileceğini düşünmektedir. Bu nedenle, Kurucu Anlaşma hükümlerine göre, yürütmenin durdurulması için aranan şartların ve bu müessese ile kişilere sağlanan garantilerin aynı şekilde ulusal hukuk sistemlerinde de uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.

<sup>18</sup> Erdoğan Bülbül , Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu , s.4.

<sup>19</sup> Aydın Gülan, Fransa'da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları, s. 23-39

Avrupa Birliği Mahkemeleri tarafından verilen kararlar, üye ülkelerin hukuk sistemleri için bağlayıcı olduğundan, yürütmenin durdurulması müessesesinin uygulanması konusunda Adalet Divanı'nın yaklaşımı ve aradığı şartlar ulusal mahkemeler açısından önem taşımaktadır. Bu kapsamda, Adalet Divanı, ulusal yargı düzeninde etkili hukuksal koruma sağlayacak düzenlemelerin ve mekanizmaların olmadığı durumlarda, Birlik Kurucu Anlaşması'nın 242. ve 243. maddelerinde yer alan şartlara göre karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>20</sup>. Bu nedenle, Birlik hukuk düzeninde teminat altına alınan bir hakla ilgili ulusal hukuk sisteminde yürütmenin durdurulması müessesesinin bulunmaması ya da var olan geçici koruma tedbirine hükmedebilmek için daha ağır şartların öngörülmesi halinde, mahkemelerce Birlik hukuk sistemindeki kurallara göre koruma tedbiri kararı verilmesi beklenmektedir. Buna göre, iç hukukta geçici koruma tedbiri için öngörülen müessesenin, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması açısından Avrupa Birliği Hukuk Düzeni içinde öngörülen koruma sisteminden daha az koruma sağlayacak nitelikte olmaması gerekir<sup>21</sup>.

Öte yandan, Avrupa Birliği Kurucu Anlaşması'nın 243. maddesinde yer alan hüküm ile, uygulayacağı geçici koruma tedbirleri konusunda da mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda mahkeme, idari işlemi kendi işlemi ile değiştirip idari işlem niteliğinde yargı kararı verebileceği gibi, pozitif bir yükümlülüğünü hatırlatıp idareyi işlem tesis etmeye ya da bir uygulamasını askıya almaya zorlayabilir. Bu açıdan bakıldığında, mahkemenin uygulayacağı hukuki koruma tedbirini belirleme hususunda takdir yetkisi bulunduğu gibi, somut davanın durumu ve uyuşmazlığın niteliğine göre tedbir kararının şartlarının bulunup bulunmadığının tespiti noktasında da takdir yetkisi bulunmaktadır.

Yürütmenin durdurulmasının şartları açısından bakıldığında ise, işin aciliyeti, davacının haklılığına karine teşkil edecek bilgi ve belgelerin mevcudiyeti yada işlemin hukuka aykırılığı hususunda şüphe ve

<sup>20</sup> Yürütmenin durdurulması kararı için aranan aynı şartlar, Lizbon Anlaşması'nın 278. ve 279. maddelerinde de yer almıştır.

<sup>21</sup> Sergio Ariel Apter, *Interim Measures in EC Law: Towards a Complete and Autonomous System of Provisional Judicial Protection before National Courts?*, EJCL, Vol.7.2.2003, s. 16



telafisi güç zarar doğurma ihtimali bulunan her davada mahkemece yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmektedir<sup>22</sup>. Mahkemece yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için, idari işlemin hukuka aykırı olduğunun tespiti veya zararın mutlak surette meydana gelecek olması aranmamakta, hukuka aykırılık veya zarara neden olma ihtimalinin ciddi görülmesi gerekmektedir.

Yürütmenin durdurulması talebini değerlendirirken Avrupa Adalet Divanı, öncelikle idari işlemin hukuka uygun olmadığı yönündeki argümanları değerlendirmektedir. İşlemin hukuka aykırı olduğu yönünde bir kanaat edinilirse, mahkeme gerekçeli kararında muhtemel hukuka aykırılık sebeplerini göstermektedir. Türk idari yargı sisteminde öngörüldüğü şekilde idari işlemin açıkça hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi şartı aranmamaktadır. Temel neden olarak, yargısal süreçlerin tamamlanmadığı aşamalarda hukuka aykırılığın kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmaması ve fakat uygulanmasının kişi hakları açısından zarara neden olması ihtimalidir.

Avrupa Adalet Divanı'nın yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için aradığı diğer kriter ise, işin aciliyeti ve işlemin telafisi güç zarara neden olma ihtimalidir. Bu kriter açısından mahkemece, uyuşmazlık konusu işin niteliği ve muhtemel sonuçları değerlendirilmektedir. Bir idari işlemin uygulanmasının, kamu yararına, davacının mevcut durumuna veya menfaatlerine ağır bir şekilde ve hemen zarar vermesi durumunda aciliyet kriterinin varlığı kabul edilmekte ve bu durum idari işlemin yürütmesinin durdurulmasını haklı kılmaktadır. Örneğin, sınır dışı etme veya ikamet izni vermeme gibi uyuşmazlık türlerinde, idari kararın ilgili şahıs üzerindeki hızlı etkisi dikkate alındığında, aciliyetin bulunduğu söz edilebilir. Bu tür davalarda, sınır dışı etme eylemi gerçekleştiğinde, telafisi güç zarar doğurma iddiasının gerçeğe dönüşmesi kuvvetle muhtemel olduğundan, uyuşmazlığın esası hakkında verilecek karar ne olursa olsun, mahkemece henüz deliller toplanıp değerlendirilmemiş olsa bile, tedbir kararı verilebilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Alexander Türk, *Judicial Review in EU Law*, s.303

<sup>23</sup> Barak Medina, Ofer Grosskopf, *Repairing (the Doctrine of) Irreparable Harm: Economic Analysis of Preliminary Injunctions*, s.2, <http://works.bepress.com>, erişim tarihi: 24.03.2014

Avrupa Birliği hukuk düzeninde konusu para olan ya da para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklarda bile, eğer yapılacak ödeme nedeniyle davacı gerçek ya da tüzel kişi ekonomik ve sosyal açıdan zor durumda kalacaksa, yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmektedir. Genel düzenleyici işlemlere karşı açılan davalarda ise, idari işlemin telafisi güç zarara neden olacağı iddiası sadece davanın tarafları açısından değil, verilecek kararın sonuçlarından etkilenecek üçüncü kişiler açısından da değerlendirilmekte ve kamusal yarar- kişi yararı arasında bulunması gereken dengeye de dikkat edilmektedir<sup>24</sup>.

#### **1.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde, hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahip olduğunu düzenlenmektedir. Sözleşme'nin 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği yönündeki bir şikayetin kapsamını inceleyebilecek ve ihlalin tespiti halinde uygun bir giderim yolu sağlayabilecek bir iç hukuk yolunun varlığını zorunlu kılmaktadır.

Bu kapsamda, Sözleşmeciler devletlerin 13. maddeden doğan yükümlülüklerinin kapsamı, başvuru yolunun niteliğine bağlı olarak değişmektedir. Gerçekten de devletler, bu hükmün zorunlu kıldığı yükümlülüklerle uyma şekli konusunda takdir yetkisine sahiptir. Buna göre, Sözleşme'nin 13. maddesinde öngörülen başvuru makamının, mutlaka yargısal bir makam olması gerekli değildir. Ancak bu makamın yetkileri ve sağladığı güvenceler, başvuru yolunun etkili olup olmadığının tespitinde dikkate alınmaktadır. Yargısal olmayan makamlar söz konusu olduğunda, bu makamların bağımsız ve başvuru yoluna sundukları usuli güvencelerin 13. maddeye uygun olması gerekir. Ayrıca, Sözleşme'nin 13. maddesinin öngördüğü başvuru yolunun etkili olabilmesi için, bu yolun hukuken olduğu kadar pratikte

<sup>24</sup> Sergio Ariel Apter, *Interim Measures in EC Law: Towards a Complete and Autonomous System of Provisional Judicial Protection before National Courts?*, EJCL, Vol.7.2, 2003

de mevcut olması ve hukuk yolunun uygulanmasının devlet yetkililerinin eylem ya da ihmalleriyle engellenmemesi gerekir<sup>25</sup>. Buna ek olarak hukuk yolu, makul sürede yargılama yapabilecek ve ihlal varsa hemen giderebilecek tarzda şekillendirilmelidir. Bu durumda etkililik, hak ihlali iddiasında bulunan kişiye, başvurusu halinde makul bir süre içerisinde ihlale neden olduğu iddia edilen işlemi tamamen durdurabilecek veya sonuçlarını askıya alabilecek bir hukuk yolunun sağlanmasını zorunlu kılmaktadır<sup>26</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmeye taraf olan devletlerin, genel olarak yargılama usulüne ilişkin kuralları belirlemede takdir yetkilerinin bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak, Sözleşmenin 13. maddesi kapsamında, hak ihlali iddiasında bulunan kişiye etkili bir hukuki başvuru yolunun sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi için yargılama sürecinde mahkemeye tanınmış olan yetkiler ve başvurana tanınan usuli haklar konusunda belli kriterler aramaktadır.

Bu kriterlerden birisi, Jabari-Türkiye kararında belirtilen, hak ihlali iddiasının esasını karara bağlama hususunda yetkili olan mahkemenin, yargılamanın her aşamasında ihlalin önlenmesi için gerekli kararları vermeye de yetkili olması gerektiğidir.

Bahsedilen davada, İran vatandaşı olan ve evlilik dışı ilişki yaşadığı iddiasıyla ülkesinde işkence görme riski bulunan davacının, sınır dışı edilmesine ilişkin işleme karşı açtığı davada, idare mahkemesince, iç hukuktaki düzenlemede (işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve telafisi güç veya imkansız zararın birlikte gerçekleşmesi) aranan şartları taşımayan yürütmenin durdurulması istemi reddedilmiştir. AİHM, iç hukukta yürütmenin durdurulması benzeri geçici hukuki koruma tedbiri verilebilmesi için aranan şartların, Sözleşmenin 13. maddesine uygun olması gerektiğini, bu kapsamda uyumsuzluğun esası hakkında karar verme yetkisi bulunan ulusal otoritenin, geçici tedbiri alma konusundaki takdir yetkisinin geniş olması gerektiğini belirtmektedir.

<sup>25</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 08.07.1999 tarihli Çakıcı/Türkiye kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi:01.13.2014

<sup>26</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 13 Aralık 2012 tarihli De Souza Ribeiro/Fransa kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.03.2014

AİHM'ne göre, iç hukukta yürütmenin durdurulması kararı için aranan iki şartın birlikte gerçekleşmesini arayan idare mahkemesi, davacının İran'a sınır dışı edilmesinden kaynaklanan korkularının gerçek nedenini irdelememiştir. Ankara İdare Mahkemesi, davacının başvurusu üzerine, sınır dışı edilme kararını, daha zorlayıcı bir sorun olan başvuranın korkuları bakımından değil, şekli bir yasallık bakımından değerlendirmiştir. AİHM, başvuranın Ankara İdare Mahkemesi önündeki davasında, ilgilinin bütün korkularına rağmen mahkemece yürütmenin durdurulması kararı alınmadığı için, mahkemeye yapılan başvurunun etkili bir iç hukuk yolu olarak değerlendirilemeyeceği kanaatinde-dir.

Türk hükümeti tarafından bu davada yapılan savunmada, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan hükümler hatırlatılarak idari yargı yerlerinin, idari bir işlemin telafisi güç zararlara neden olması ve açıkça hukuka aykırı olması halinde yürütmeyi durdurma kararı almakla yetkilendirildiklerini belirtmiş ve mahkemece talebin reddedilmesine karşı itiraz müessesesi bulunduğu hatırlatılmıştır.

AİHM, Sözleşme'nin 13. maddenin temel hak ve özgürlüklerin iç hukuk düzeninde tam anlamıyla uygulanmasını sağlayacak bir iç hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına aldığını, bu nedenle, söz konusu maddenin sözleşmeciler tarafından bu hüküm uyarınca yükümlendikleri taahhütlere ne şekilde uyacakları hususunda belli bir takdir hakkı tanımış olmasına rağmen, Sözleşme uyarınca yapılan bir şikayeti araştırmak ve bu şikayetin sebebini ortadan kaldırmakla görevli bir ulusal makamın mevcudiyetini sağlayan bir iç hukuk yolunu gerektirdiğini, iç hukuk makamlarının başvuranın İran'a gönderildiği takdirde tehlikede olacağı iddiasını iç hukukta yer alan mevzuat yüzünden değerlendirmediklerini, Ankara İdare Mahkemesi'nin başvuranın sınır dışı edilmesi sonucunu doğuran kararının bütünüyle iç hukukta yer alan hükümler doğrultusunda alındığını, bununla birlikte işkence ve kötü muamele görme ihtimalinin gerçekleşmesi halinde zararın telafisinin mümkün olmaması ve işkence yasağını düzenleyen Sözleşmenin 3. maddesine AİHM'nin verdiği önem göz önüne alındığında, 13. madde uyarınca etkili bir iç hukuk yolu kavramının, 3. maddeye aykırı bir muameleyle karşılaşma korkusuna ilişkin haklı gerekçeler mevcutsa, bağımsız ve kapsamlı bir incelemeyi gerekli kıldığını, Ankara İdare Mahkemesi'nin bu tür koruma önlem-

lerinden herhangi birini almadığı için Hükümet'in dayandığı temyiz yollarının 13. maddenin öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmekten uzak olduğu sonucuna varmış ve 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>27</sup>.

Yukarıda yer verilen değerlendirmelerine göre AİHM, uyuşmazlığın hukuki niteliğine, davacının durumuna ve ihlal edilen hakkın önemine göre iç hukuktaki yürütmenin durdurulması koşullarından her ikisinin birlikte gerçekleşmesi zorunluluğuna bakılmaksızın, mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi gerektiği, aksi takdirde iptal davasının bazı dava türleri açısından etkili bir iç hukuk yolu olamayacağı kanaatindedir.

M.M.S.-Belçika-Yunanistan davasında da AİHM, üye devletlerin hukuk sistemlerinde uygulayacakları ilke ve kurallar ile hukuki müesseseleri belirleyip uygulamakta serbest olduklarını vurgulamakla birlikte, usul hükümlerinin, Sözleşmenin 13. maddesine aykırı olması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, iç hukukta başvuru mercii, Sözleşme'nin yasakladığı muamelelerden birisine muhatap olma korkusu taşıyan başvuranın şikayetinin özünü dikkatli bir şekilde incelemeye yetkili ve uygun bir giderim sağlayabilmesi gerektirdiğini belirtmektedir. Bu kapsamda, somut davada Belçika makamlarınca inceleme, başvuranın muhtemel zararının geri dönüşsüz niteliğinin somut olarak kanıtlanıp kanıtlanamaması ile sınırlandırılmış; böylece, kanıt yükü ağırlaştırılarak, bir dereceye kadar ihlal tehlikesi iddiasının esası hakkında inceleme yapılması engellenmiştir. Ek olarak, Belçika Yüksek İdare Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları dikkate alındığında, muhtemel ihlalin yaratacağı zararın geri dönüşsüz niteliğini somut olarak ortaya koymadan davayı kazanmak imkansızdır. Bu nedenle, yürütmenin durdurulması kararını, zararın mutlaka doğacak olmasına bağlayan bir hukuk sistemi, ihlal edildiği iddia edilen hak konusunda etkili bir giderim yolu sağlayamamakta, bu durum ise 13. maddenin ihlali anlamına gelmektedir<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 11.07.2000 tarihli Jabari-Türkiye kararı, paragraf 48, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 21.03.2014

<sup>28</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21 ocak 2011 tarihli M.S.S. -Belçika-Yunanistan kararı, paragraf 387, 388, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 19.03.2014

Bir başka kararda ise, hak ihlaline sebep olduğu iddia edilen işlemin, ne zaman ortadan kaldırıldığı ya da etkisiz hale getirildiğinin önemli olduğu, mahkemenin ya da idari otoritenin bu konuda mümkün olduğu ölçüde hızlı hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>29</sup>.

Özellikle işkence ve kötü muameleye maruz kalma riskinin bulunduğu durumlarda, AİHM, ortaya çıkabilecek zararın geri döndürülemez sonuçları dikkate alınarak, 13. madde gereğince, ilgilinin otomatik olarak durdurucu etkisi olan bir başvuru yoluna erişiminin olması gerektiğini düşünmektedir. Bu nedenle sınır dışı edilmek üzere, bekleme alanında bulunan fakat otomatik olarak durdurucu etkiye sahip bir başvuru yoluna erişimi bulunmayan başvuranın, 3. maddede düzenlenen işkence yasağına ilişkin şikâyetini öne sürebileceği 'etkili bir başvuru yolunun' olmadığı sonucuna varmıştır<sup>30</sup>.

Belirtilen kararlar dikkate alındığında AİHM'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesine göre etkili bir başvuru merciinden bahsedebilmek için, hukuki koruma tedbirleri konusunda ulusal mahkemelerin takdir yetkisinin geniş olmasına, uyuşmazlığın niteliğine, işin aciliyetine, ihlal edildiği iddia edilen hakkın önemine ve doğması muhtemel zararın büyüklüğüne göre mahkemece iç hukuktaki şartlardan bağımsız olarak tedbir kararının uyuşmazlığın her aşamasında verilebilmesinin önemine vurgu yaptığı görülmektedir. İç hukukta yer alan farklı koşulların Sözleşme'nin 13. maddesine aykırı hükümler içermesi ve mahkemece bu hükümler dikkate alınarak tedbir kararı verilememesi halinde, AİHM tarafından ihlal kararı verilmektedir. Bu nedenle, AİHM içtihatlarında belirtilen ivedi işlere ilişkin davalarda, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi hükmünün mutlak bir şekilde uygulanarak yürütmenin durdurulması isteminin reddedilmesi halinde, mahkeme kararı iç hukuka uygun olsa bile, ülkemiz aleyhine tazminata hükmedilmesine neden olabilecektir.

<sup>29</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6 Haziran 2013 tarihli Muhammed-Avusturya kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 19.03.2014

<sup>30</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26 Nisan 2007 tarihli Gebremedhin - Fransa kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 21.03.2014

## 2. BÖLÜM

### **Türk İdari Yargı Sisteminde Geçici Hukuki Koruma Müessesesi Olarak Yürütmenin Durdurulması**

#### **2.1. Müessesesinin Tarihsel Gelişimi**

Cumhuriyet Döneminin ilk Danıştay Kanunu olan 1925 tarihli 669 sayılı Kanununun 46 nci maddesinde, 'Şurayı Devlete dava ikame olunması ve Şurayı Devletin hükümlerine karşı turuku muayyene-i kanuniyeye müracaat edilmesi icrayı tehir etmez. Ancak Deavi Dairesince yahut heyeti aleniyece tehiri icraya karar verilebilir.' hükmü yer almıştır. Bu kanun hükümlerinde, dava açmanın işlemin yürütmesini durdurmayacağı, ancak mahkemece bu yönde karar verilebileceği belirtilmek suretiyle yürütmenin durdurulması kararı hakkında mahkemeye geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Daha sonra 1935 yılında yürürlüğe giren 3456 sayılı Danıştay Kanunu'nda da benzer kurullar yer almıştır.

1961 Anayasası'ndan sonra çıkarılan 521 sayılı Danıştay Kanununun 94. maddesinde de, önceki yasalarda olduğu gibi, tarafların isteği halinde yürütmenin durdurulmasına mahkemece karar verilebileceği belirtilmiştir. Anılan düzenlemede, yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için herhangi bir koşul öngörülmemiş, Danıştay'da idari dava açılması ve kanun yollarına başvurulmasının itiraz olunan idari işlemlerin yürütülmesini durdurmayacağı, ancak taraflardan birinin isteği üzerine, teminat karşılığında yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği ifade edilmiştir.

Dolayısıyla, yürütmenin durdurulması müessesesine Türk İdari Yargı Sisteminde ilk kez yer verilmesinden itibaren 1973 yılına kadar geçen zaman zarfında kanun koyucu, yürütmenin durdurulması kararına ilişkin bir şart öngörmemiş, verilecek kararın şartlarını belirleme yetkisini, somut olayın durumuna göre mahkemeye bırakmıştır. Başka bir deyişle, Cumhuriyetin ilanından itibaren yürürlüğe giren 669, 3456, 521 sayılı yasalarda yürütmenin durdurulmasıyla ilgili olarak özel koşullar getirilmemiş ve konu Danıştay'ın takdir ve içtihadına bırakılarak yargısal makamlara geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Yürütmenin durdurulması ve mahkemenin yargı yetkisine ilişkin kısıtlamaların 1970'li yıllarda başladığını söylemek mümkündür. Gerçekten, 1961 Anayasası'nın 114. maddesine 1488 sayılı yasayla 1971 yılında getirilen düzenleme ile, "yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunla gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlandıracak tarzda kullanılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez." ilkesi doğrultusunda Danıştay Kanununda da yürütmenin durdurulmasını belli şartların varlığına bağlayan düzenlemeler yapılmıştır.

521 sayılı Danıştay Kanunu'na 1740 sayılı Yasayla eklenen Ek I . maddede, telafisi güç durumların ortaya çıkması veya dilekçede ileri sürülen hususların dosyanın durumuna göre ciddi ve idari işlemin iptalini haklı gösterecek nitelikte olması halinde yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği belirtilmiştir. Buna göre, yürütmeyi durdurma kararlarının, telâfisi güç durumların ortaya çıkması veya dilekçede ileri sürülen hususların dosyanın durumuna göre ciddi ve idari yargı kararının iptalini haklı gösterecek nitelikte olması şartlarından birisinin mahkeme tarafından tespiti halinde verilebileceği hükme bağlanmıştır.

Yürütmenin durdurulması kararının belli şartların varlığına bağlanarak, mahkemenin bu yöndeki yetkisinin kısıtlanmasına neden olarak Danıştay'ın, yürütmeyi durdurma kararlarında yeterince titiz davranmaması, içtihadında bir düzen kuramaması, siyasal iktidarların, Danıştay'ın aldığı yürütmeyi durdurma kararlarından gocunmaları gösterilmektedir<sup>31</sup>. Gerçekten, 1982 Anayasa'sı ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde yargı denetimi yapılırken İdari Yargının üstlenmiş olduğu rol ve aldığı pozisyonun yasama ve yürütme organında bazı rahatsızlıklara neden olduğu görülmektedir. Milli Güvenlik Konseyi tarafından, İdari Yargılama Usulü Kanun tasarısı görüşülürken yapılan tartışmalara da bu rahatsızlık yansımıştır. Özellikle Kanun Tasarısı'nın 27. maddesinin görüşmeleri sırasında serdedilen 'bir davada esas olanın idari istikrar, devamlılık ve idarenin etkinliği olduğu, mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilmesinden sonra esastan verilecek kararın bekletilmesi ihtimalinin devleti zaafa uğratacağı, bu nedenle mahkemelerin

<sup>31</sup> Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2008, s.1079



bağlanması gerektiği, aksi halde yetkinin mahkemece suistimal edilebildiği, terazinin bir tarafında devlet, bir tarafında vatandaş olduğu, vatandaşı kurtaran hakimın devleti cezalandırdığı, devleti otoritesiz, zaaf içinde bıraktığı yönündeki görüşler bu hususu teyit etmektedir. Mahkemelere yönelik eleştirilerin münferit kötü örnekler üzerinden devam etmesi üzerine Devlet Başkanı Hukuk Danışmanı olan Şeref Gözübüyük, kötü örnekler esas alınarak düzenleme yapılamayacağı, mahkemeye sonuçları daha ağır olan idari işlemi iptal etme yetkisini tanıdığı, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda tedbir kararı vermesinin engellenmesinin hukuk devleti ile bağdaşmayacağı hususlarını hatırlatma gereği duymuştur<sup>32</sup>.

Yapılan tartışmalardaki yargıya olan eleştirel bakış açısı kanun metnine de yansımış ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, idari yargının bu alandaki yetkileri biraz daha kısıtlanmıştır<sup>33</sup>. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun yürürlük tarihi, 1982 Anayasası'nın yürürlük tarihinden öncedir. Bu nedenle, Anayasa hazırlanırken usul kanununda yürütmenin durdurulması için yapılan düzenleme aynı cümlelerle anayasaya alınmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde; yürütmenin durdurulması kararının doksan gün için verilebileceği, telefisi güç veya imkansız zarar ve işlemin açıkça hukuka aykırı olma şartlarının birlikte gerçekleşmemesi halinde yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği, gerekçede iki şartın ne suretle gerçekleşmiş olduğunun açıkça gösterilmesi gerektiği, yürütmenin durdurulmasına karar verilen davaların tekemmül etmelerinden itibaren altmış gün içinde esastan karara bağlanacakları, aksi halde yürütmenin durdurulması kararının hükümsüz kalacağı düzenlenmiştir.

Aynı maddede, sıkıyönetim veya olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerdeki kamu personeli hakkında, gene olağanüstü halin bulunduğu bölgelerde grev, lokavt, toplantı ve gösterilerin ertelenmesi, dernek ve kuruluşların kapatılması veya faaliyetten men edilmesi kararlarına karşı açılan davalarla, savaş halinde yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği de belirtilmiştir. Bununla birlikte yürütmenin

<sup>32</sup> *Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, cilt 6, 6 Ocak 1982, s.29-30, www.tbmm.gov.tr

<sup>33</sup> İdari Yargılama Usulü Kanunu, Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, 2008, s.1083

durdurulması hakkında getirilen bu kısıtlamaların büyük bir bölümü, 10.6.1994 tarihli ve 4001 sayılı Yasayla yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürütmenin durdurulması kurumuna ilişkin 1994 yılında yapılan değişikliklerden sonra uzun bir süre kanun metninde önemli bir değişiklik yapılmamıştır. 2012 yılında yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenen yürütmenin durdurulması müessesesinin şartlarında önemli değişiklikler yapılmış ve bu konuda mahkemenin takdir yetkisi biraz daha sınırlandırılmıştır.

Buna göre, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin dışındaki diğer idari işlemler hakkında davalı idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği, yine sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği, dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istemin reddedilebileceği, aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamayacağı düzenlenmiştir.

Son olarak, 21/2/2014 gün ve 6526 sayılı Kanun'un 17 maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesine bir cümle eklenmiş ve kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemlerin, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılamayacağı düzenlenmek suretiyle bu işlemler hakkında davanın açıldığı aşamada açıkça hukuka aykırı oldukları tespiti yapılsa bile idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararının verilmesi mümkün olmaktan çıkarılmıştır<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Son değişikliklerden sonra 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesi şöyle düzenlenmiştir. Madde 27 - (Değişik: 10/6/1994 - 4001/12 md.) 1. Danıştay'da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz. 2. (Değişik: 2/7/2012 - 6352/57 md.) Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. (Ek cümle: 21/2/2014-6526/17 md.) Ancak, kamu görevlileri hakkında te-

## 2.2. Yürütmenin Durdurulması Müessesesinin Evrensel Normlara Uyumu

Türk İdari Yargı Sistemi açısından, Anayasa'nın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan şartları düzenlemektedir.

Buna göre, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara neden olacak nitelikte bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilebilmektedir. Buna ek olarak, yukarıda belirtildiği gibi uygulamakla etkisi tükenecek işlemler dışındaki işlemlere karşı açılacak davalarda, davalı idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması verilmesi yasaklanarak kararın zamanı konusunda bir kısıtlama yapılmış; kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemlerin, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmayacağı belirtilmek suretiyle de, davanın konusu yönünden mahkemenin takdir yetkisi sınırlandırılmıştır. Bu düzenlemelerden sonra, açıkça hukuka aykırı olan bir işlem uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikte olsa bile, yasa da belirtilen dava türleri arasında ise mahkemece savunma alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecektir. Örneğin, bir kamu görevlisinin yurt dışına 15 günlük süre ile geçici olarak görevlendirilmesine ilişkin bir işlem hakkında, idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek, mahkemece bu işlem uygulanmakla etkisi tükenecek bir işlem olarak nitelendirilemeyecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere, Türk idari yargı sisteminin esinlendiği Fransa ve Avrupa Birliği ülkelerinde, belirli şartlara bağlanan yürüt-

---

sis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkansız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.

3. (Ek: 2/7/2012 - 6352/57 md.) Dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir...

menin durdurulması kararlarının temel hakların korunması açısından arzu edilen düzeyde yargısal koruma sağlayamadığı yönündeki eleştiriler üzerine mahkemeye idareye yargısal emir verme, idari işlemi askıya alma gibi yeni yetkiler tanınmıştır. Kişi hak ve hürriyetleri açısından yeterli koruma sağlayamadığı düşünülen yürütmenin durdurulması müessesesinin, Türk idari yargı sisteminde olan şekline göre mahkemeye daha geniş yetkiler tanıdığı da ortadadır. Zira, bahsi geçen uygulamalarda, işlemin hukuka aykırı olduğu yönünde ciddi bir şüphenin varlığı ve işin aciliyeti ile giderilmesi güç bir zarara neden olma ihtimalinin herhangi birinin varlığı, yürütmenin durdurulması kararının verilmesi için yeterlidir. Türk idari yargı sisteminde ise, zaman içinde yürütmenin durdurulması müessesesinin şartları ve kapsamına ilişkin yasal hükümlerde önemli değişiklikler olmuş, bu değişikliklerin hemen hepsinin hak arama hürriyetini sınırlandırdığına ilişkin eleştiriler yapılmıştır.

Eleştirilerden birisi, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranan, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara neden olacak nitelikte bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi şartına ilişkindir. Buna göre, açık hukuka aykırılık veya telafisi güç ve imkânsız zararın birisinin varlığı halinde yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi, etkili yargısal koruma ilkesine daha uygundur<sup>35</sup>. Kaldı ki, açık hukuka aykırılık halinin tespiti halinde, işlemin muhatabı olan kişi açısından hiçbir zarar doğmaması halinde bile, idarenin uygulanmakta olan tüm işlem ve eylemleri hukuka uygunluk karinesinden yararlandığından, hukuk devleti açısından giderilmesi güç zararların doğması kuvvetle muhtemeldir<sup>36</sup>.

Öte yandan idari işlemin iptal edilip hukuk aleminden kaldırılması için hukuka aykırı olduğunun mahkemece tespiti yeterli görülürken, tedbir kararı olan yürütmenin durdurulması için açık hukuka

<sup>35</sup> İl Han ÖZAY , İdari Yargıdan İtiraz Yolu ile Anayasa Mahkemesine Gönderilen Konularda Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Sorunlar , Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu , 2007, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 74, s.12

<sup>36</sup> Danıştay 5.Dairesi'nin 24.12.2013 gün ve E.2013/1038 sayılı,18.12.2013 gün ve E. 2013/9979 sayılı YD kararları,www.danistay.gov.tr

aykırılığın aranması da, müessesenin amacıyla bağdaşmamaktadır<sup>37</sup>. Kanun koyucunun açıkça hukuka aykırılık şartının gerçekleşmesi koşulunu araması, başlı başına yürütmenin durdurulması kararının verilmesini zorlaştırma eğiliminde olduğunun göstergesidir. Kaldı ki, işlemin hukuka aykırı olup olmadığı hususu da, dava dosyasının tekemmül etmesi ve re'sen araştırma ilkesi uyarınca gerekli inceleme ve araştırmanın yapılması sonrasında anlaşılabilir bir durumdur<sup>38</sup>.

Öte yandan, yürütmenin durdurulması müessesesini düzenleyen hükmün Yasada mevcut olan halinin, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünü sınırlayan bir hüküm içerdiği de açıktır. Adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkı tanınması, adil yargılama hakkının ön koşulunu oluşturur<sup>39</sup>.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında, naklen atama, görevlendirme gibi idari kararlar ile uygulanmakla etkisi tükenmeyen diğer idari işlemler açıkça hukuka aykırı olsa ve ilgilisi açısından telafisi güç veya imkânsız zararlar doğursa bile, yargı organınca idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecektir. Böyle bir durumun

<sup>37</sup> Metin Günday, Yürütmenin Durdurulması Kararları ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar, İdari Yargı Sempozyumu, 2000, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No 59, s.16

<sup>38</sup> Şevket Apalak, İdari Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Sayıştay Dergisi, No 31, <http://www.sayistay.gov.tr/erisim> tarihi:21.03.2014, s. 11

<sup>39</sup> Anayasa Mahkemesinin 21.10.1993 günlü, E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı kararı, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), erişim tarihi: 22.03.2014

ise, idari makamlarca tesis edilen ve hukuka açıkça aykırı olduğu ilk aşamada anlaşılan kararların, hukuk alanında bir süre daha varlığını sürdürmesine yol açacağı, hukuka aykırı kararların hukuk alanında yürürlüklerinin sürmesine izin vermenin ise, kamu düzeni ve kamu yararına aykırı olacağı kuşkusuzdur.

Hak arama hürriyeti açısından, kamu personelinin görev şartlarını ve özlük haklarını düzenleyen mevzuat hükümlerine göre kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemlerin, diğer yasalara göre tesis edilen idari işlemlerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Zira genellikle her idari işlemin kamu düzeni ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilgisi vardır. Bu itibarla, idari işlemin türü ve niteliği ne olursa olsun, mahkemece işlemin hukuka açıkça aykırı olduğunun ve uygulaması halinde telafisi güç zarar doğurabileceğinin tespiti halinde uyuşmazlığın hangi aşamasında bu tespitler yapılırsa işlemin yürütülmesi durdurulabilmelidir. Yürütmenin durdurulmasını davanın ilk aşamasında yasaklayan bir yargısal denetim, biçimsel olarak vardır. Zira, yokluk halindeki idari işlemler bile hukuksal sonuçlar doğurmaya devam edecektir. Sınıfının dışında, başka bir ülkede, derecesinin çok çok altında bir göreve atanma/görevlendirme halinde dahi, kişi mahkemece hukuka aykırılığı saptanmasına rağmen yürütmesi durdurulamayan işlemin sonucu olarak gidip görevine başlayacaktır. Bu halde, özellikle mobbing uygulamalarında görülen, memuru işçi sınıfından birisinin yerine getirmesi gereken bir vazife ile görevlendirme, zabıt katibini gece bekçisi yapma, kanunla verilmemiş yetkiyi kullanarak işlem tesis etme gibi hukuken kabulü mümkün olmayan ve herkese absürd gelecek uygulamalara karşı bile kamu görevlisini koruyacak bir hukuk normu olmayacaktır. Yasal düzenlemeye göre mahkemece savunma süresinin kısaltılması mümkün olmakla birlikte, idare mahkemelerince genellikle kamu personeline ilişkin atama/görevlendirme davalarında, 15 günden daha kısa savunma süreleri takdir edilmemektedir. Bu halde ise, ilk inceleme ve tebligat gibi usul işlemleri nedeniyle geçecek süre içerisinde açıkça hukuka aykırı olan işlem, hukuk alanında sonuçlar doğurmaya devam edecektir.

Öte yandan, idari işlemlerin neden olacağı zararın her zaman maddi nitelikte olmadığı, dava sonunda tazminat vermekle bazı zarar-

ların karşılanması mümkün bulunmadığı da bilinmektedir. Bazen işlem nedeniyle ortaya çıkan manevi zararlar ile kişinin onuruna ve şerefine yönelmiş müdahalenin kişinin iç dünyasında meydana getirdiği etkiler, parasal değerler ile ölçülememektedir. Bu tür durumlarda yargısal denetim, zararı tazmin etmeyi değil, hukuksuzluğu bir an önce gidermeyi amaçlamalıdır.

### 2.3. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi Hükümlerinin Anayasa'ya Uyumu

Anayasası'nın 'Yargı Yolu' başlığını taşıyan 125. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında; "İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir. Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir." hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa hükmüne göre, olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali dışında, yürütmenin durdurulmasının ancak milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenleri ile sınırlanması mümkündür. Yürütmenin durdurulması hakkında kanunla yapılan sınırlamalar dikkate alındığında, kanun koyucu tarafından daha çok kamu düzeni kavramının sınırlama nedeni olarak kullanıldığı görülmektedir. Ancak, kamu düzeni çok geniş bir kavramdır ve sınırlarını çizmek zordur. Kanun koyucu tarafından hiçbir somut gerekçeye dayanılmadan, sadece kamu düzeninin korunması amacıyla yapılan bir kanuni düzenlemenin, gerçekte kamu düzenini koruduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü böyle bir kanuni düzenleme, idarenin keyfi davranmasına yol açabilir ve bu da demokratik toplum düzeninin gerekleriyle ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmaz<sup>40</sup>.

Öte yandan, yürütmenin durdurulmasının sınırlandırılması, aynı zamanda hak arama hürriyetinin, adalete erişimin ve etkili hukuk-

<sup>40</sup> Mine Kasapoğlu Turhan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 14, Sayı: 2, 2012, s.24

sal koruma ilkesinin de sınırlandırılması anlamına geleceğinden, yürütmenin durdurulmasına getirilecek sınırlamaların, Anayasa'nın 13.maddesindeki ilkelere de uygun olarak yapılması gerekir.

Anayasa'nın 13.maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 22.2.2006 gün ve E:2006/20 K:2006/25 sayılı kararında; temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvencelerin demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin, istisnai olarak ve özüne dokunulmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirliği ifade edilmiştir<sup>41</sup>.

1960 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, yürütmenin durdurulmasının yasaklanması veya kısıtlanmasına ilişkin kanun hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne çeşitli başvurular yapılmıştır. Bu başvurular üzerine Yüksek Mahkemece değerlendirme, genellikle hak arama hürriyeti, etkili hukuksal koruma, adalete erişim hakkı gibi ilkelerle, yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın 125. maddesinde yürütmenin durdurulması için öngörülen sınırlama nedenlerine ve 13. maddesinde temel hakların sınırlanması için öngörülen ilke ve kurallara uygun olup olmadığı yönünden yapılmıştır. Bununla birlikte yüksek mahkemenin verdiği kararlarda istikrarlı olduğunu söylemek zordur. Bazı başvurularda, sınırlama ya da yasaklama getiren hüküm iptal edilirken, bazılarında ise, mahkemelerin yargılama usullerini belirlemenin kanun koyucunun takdirinde olduğu belirtilmiştir.

Bu kararlardan birisi, taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüzlere önlenmesi hakkındaki 3091 sayılı kanunun 13. maddesi ile yapılan düzenlemedir. Bu hükme göre, bahsi geçen kanundan kaynaklanan

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 22.2.2006 gün ve E:2006/20 K:2006/25 sayılı kararı, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), erişim tarihi: 11.03.2014



uyuşmazlıklarda yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi, 3091 sayılı Kanun'un 13. maddesinde; "bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idari yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez." hükmü ile taşınmaz mal zilyedliğine yapılan tecavüzlerin önlenmesi hakkında idari makamlarca verilmiş kararlara karşı açılan iptal davalarında, idari yargı mercilerince yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin "kamu düzeni" gerekçesiyle sınırlandırılmasına ilişkin hükmü iptal etmiştir<sup>42</sup>.

Anayasa Mahkemesince, belirtilen dava karara bağlanırken, Anayasa'nın 125. maddesinde yer verilen kısıtlama sebepleri arasında gösterilen kamu düzeninin bozulması kriteri ile hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesi, temel hakların kısıtlanmasına ilişkin 13. maddesi ve hukuk devleti ilkesi açısından değerlendirme yapılmıştır. Kararda, hak arama hürriyeti bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizmasının iptal davası olduğu, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak, hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla yürütmenin durdurulması kurumunun öngörüldüğü, yürütmenin durdurulması kararının idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda verilebildiği hususu göz önüne alındığında, hukuka aykırı işlemin uygulanması suretiyle hukukun dışlandığı, yargının etkisiz kaldığı yerde kamu düzeninin daha çok bozulacağı, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın, kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu, hukuka aykırı olan işlemin telafisi güç zararlara yol açması halinde bile yürütmenin durdurulması kararı verilememesinin bu müesseseyi etkisizleştirdiği, bu nedenle hak arama hürriyetini de sınırlandırdığı belirtilmiştir.

<sup>42</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 03.10.2010 gün ve E.2008/77, K. 2010/77 sayılı Kararı, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), erişim tarihi:21.03.2014

Anayasa Mahkemesi, 21.10.1993 gün ve E: 1993/33, K: 1993/40 sayılı kararında ise yürütmenin durdurulması kurumunun niteliği ve önemine ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Buna göre yürütmenin durdurulması, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak, dava hakkının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu yetkinin mahkeme açısından sınırlandırılması, davanın kesin karar verilinceye kadar yapısının tümlüğüne, yargılamanın her evresini kapsayan işlem ve kararlar üzerinde mahkemenin tek belirleyici olması ilkesine de aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, dava kavramı içinde yürütmenin durdurulması da vardır. Mahkemenin yürütmeyi durdurma yetkisi, davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır. Son kararı vermeye yetkili organın, davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü, yargı yetkisinin eksiksiz kullanılmasıyla bağdaşamaz<sup>43</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 21/6/1979 gün ve E.1979/1, K. 1979/30 sayılı kararında da yargısal sürecin bütünlüğüne vurgu yapmaktadır. Buna göre, dava kurumu içinde yürütmenin durdurulması kurumu vardır. İkisini birbirinden ayırmak davayı parçalamak, dava olmaktan çıkarmaktır. İdari yargının yürütmeyi durdurma yetkisi, davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır. Gerekli görürse hakim, bu yetkisini kullanır. Hukukta yürütmenin durdurulması kurumu bulundukça, bunu kimi uyuşmazlıklar için var sayıp geçerli görmek, kimi konular için yok sayıp geçersiz görmek yasal çelişkidir. Yine, son kararı vermeye yetkili olan organdan, ilk kararı aynı dava için geri almak, hukuk içinde yeri güç bulunur bir tutumdur<sup>44</sup>.

Yukarıda yer verilen kararlarda yapılan değerlendirmelerin aksine Anayasa Mahkemesi, uyuşmazlığın belli aşamasında yürütmenin durdurulması kararı vermesini yasaklayan Kanun hükmünü anayasa-ya aykırı görmemiştir<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 günlü, E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı kararı, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), erişim tarihi:14.03.2014

<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 21/6/1979 gün ve E.1979/1,K. 1979/30 sayılı kararı, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), erişim tarihi:18.03.2014

<sup>45</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 4.7.2013 gün ve E. 2012/100, K. 2013/84 sayılı kararı, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), erişim tarihi:21.03.2014

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde yapılan yürütmenin durdurulması kararlarının kural olarak idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra verilebileceği ve uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesinin savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabileceği; dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığına anlaşılması halinde davalı idarenin savunması alınmaksızın da istemin reddedilebileceği yönündeki düzenlemelerin iptali istemiyle yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğunu hatırlattıktan sonra, yürütmenin durdurulması ile ilgili kuralların da diğer yargılama usulü kuralları gibi kanun koyucu tarafından anayasadaki hükümlere aykırı olmamak şartıyla serbestçe düzenlenebileceği, uygulanmakla etkisi tükenmeyecek idari işlemler için yürütmenin durdurulması kararının savunma alınmadan verilemeyeceği kuralının Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen koşulları değiştiren veya bu koşullara aykırılık teşkil eden bir düzenleme niteliğinde olmadığı, bu tür idari işlemlerin niteliği gereği, idarenin savunmasının alınması nedeniyle meydana gelecek gecikmenin, kişilerin telafisi güç veya imkansız zararlarla karşılaşması sonucunu doğurmayacağı, dolayısıyla kuralların hak arama özgürlüğünü sınırlayan bir yönünün bulunmadığı, uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemler yönünden, idarenin savunması alınmaksızın yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesine imkan tanınmak suretiyle bu tür idari işlemler yönünden telafisi güç veya imkansız zararların doğması ihtimalinin bertaraf edildiğini belirtmek suretiyle düzenlemenin iptaline ilişkin başvurunun reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının AIHM ile Avrupa Adalet Divanı'nın geçici hukuki koruma tedbirleri konusundaki yaklaşımından farklı olduğu görülmektedir. Geçici koruma tedbirlerinin öngörülmesinin sebebi, yargısal süreçlerde meydana gelecek gecikmeler nedeniyle temel haklara olan haksız müdahalenin tespit edildiği anda durdurulmasıdır. Bazı işlemlerin (özellikle yokluk ile malul, yetki un-

suru açısından hukuka aykırı işlemler) hukuka aykırı olduğu dava dilekçesi üzerine yapılacak yüzeysel bir inceleme üzerine tespit edilebilmektedir. Hukuka aykırı olduğu tespit edilen bir idari işlemin, idarenin savunması alınıncaya kadar hukuk aleminde varlığını sürdürmesine ve kişi hakkında hukuki sonuçlar doğurmasına izin vermenin hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşır bir yanının olduğunu söylemek zordur. Buna ek olarak, kanun koyucu ve anayasa mahkemesinin 'telafisi güç veya imkansız zarar' nitelendirmesinin bahsi geçen gerekçe dikkate alındığında, sadece parasal ve maddi zararlar için düşünüldüğü ortadadır. Bahsi geçen değerlendirme dikkate alındığında, manevi zararların, kişinin ismine, haysiyet ve onuruna yönelen müdahalelerin idarenin savunma alınmadan durdurulması imkanı bulunmamaktadır.

## SONUÇ

Yürütmenin durdurulmasına benzer geçici hukuki koruma tedbirlerinin şartları ve kapsamını belirlemek yasama organının takdirindedir. Bununla birlikte, yürütmenin durdurulmasının şartları belirlenirken kanun koyucu tarafından evrensel ilke ve kuralların da dikkate alınması, Anayasa'nın 90. maddesi hükmünün bir gereğidir.<sup>46</sup>

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde yer verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin düzenlemelerin, evrensel ilke ve normlarla uyumlu olduğundan bahsetmek zordur. Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranan, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara neden olacak nitelikte bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi koşulu pek çok davada yürütmenin durdurulması kararı verilmesini zorlaştırmakta ve bu durum etkili yargısal koruma ilkesine aykırı olduğundan bahisle eleştirilmektedir. Zira, uyuşmazlığın çıkarıldığı anda mahkemece re'sen araştırma ilkesinin gereği olan

<sup>46</sup> Anayasa'nın 90. maddesinde; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Hükmü bulunmaktadır.

incelemeler yapılmadan işlemin açıkça hukuka aykırı olduğunu tespit etmek her zaman mümkün olmamaktadır. Ancak, bazı dava türleri açısından, bu belirleme yapılmadan idari işlemin askıya alınması işin niteliği gereğidir.

Çağdaş, demokratik hukuk sistemlerinde idari işlemin yürütmesini durdurma konusunda genel eğilim mahkemelerin elini güçlendirme yönünde olmasına karşın, zaman içinde Türk idari yargı sisteminde yürütmenin durdurulması ile ilgili yapılan değişiklikler, şartların kolaylaştırılması yönünde değil, yeni şartların öngörülmesi yönünde olmuştur.Yapılan değişiklikler, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimini yapan idari yargı mercilerinin karar alma yetkilerini sınırlandırmıştır.Yürütmenin durdurulması yetkisinin sınırlandırılması, hem yargıya olan güvensizliği göstermekte; hem de dava sonuçlanana kadar hukuka aykırı da olsa bir idari işlemin yürütülmesi ve zararlar meydana getirmeye devam etmesine yol açmaktadır<sup>47</sup>.

Bu zamana kadar, idari yargı yeri tarafından iç hukuktaki düzenlemelere uygun karar verilmesi nedeniyle Jabari-Türkiye kararında olduğu gibi yürütmenin durdurulmasına hükmedilememesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Sözleşmesi'nin 13. maddesinin ihlali olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, AİHM'nin bundan sonrada, yürütmenin durdurulmasının kanunla sınırlandırılması nedeniyle yapılacak başvurularda, başvuru açısından telafisi güç veya imkansız bir durum varsa benzer kararlar alınacağı aşıkardır. Diğer bir deyişle, yürütmenin durdurulmasının kanunla sınırlandırılmış olması, AİHM tarafından ihlal kararı verilmesine engel değildir<sup>48</sup>.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, Devletin hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlaması, hukuk devleti ilkesine yer veren Anayasa'nın 2. maddesi gereğidir<sup>49</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun hak arama özgürlüğünü daraltan

<sup>47</sup> Kazım Yenice, Hak Arama Özgürlüğü ve Danıştay, İnsan Hakları Yıllığı,C.2, TODAİE Yayınları, 1980, s.127.

<sup>48</sup> Mine Kasapoğlu Turhan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırları,s.24.

<sup>49</sup> Anayasa Mahkemesinin 21.10.1993 günlü, E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı kararı, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr). ErişimTarihi:21.03.2014

bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlamasının, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğuna ilişkin görüşü ile AİHM'nin ihlale neden olduğu iddia edilen işleme karşı başvuru yapılan iç hukuktaki merciin, uyumsuzluğun her aşamasında ihlali önleyecek karar verebilme yetkisinin olması gerektiğine ilişkin tespiti, nihai amaç açısından örtüşmektedir.

Bu bakımdan, kimi idari işlemlerin özelliğinden söz ederek, bu işlemlerde hakimın yürütmenin durdurulması kararı verebilme yetkisinin sınırlandırılmasının, yürütmenin durdurulması kararının yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası ve yargısal denetimin vazgeçilmez bir aracı olması nedenleriyle, Anayasaya ve evrensel hukuk normlarına uygun olduğunu söylemek zordur.

## KAYNAKLAR

### Kitap ve Makaleler

- Alexander Türk, *Judicial Review in EU Law*, Edward Elgar Pub. Ltd., 2009.
- Barak Medina, Ofer Grosskopf ,*Repairing (the Doctrine of) Irreparable Harm: Economic Analysis of Preliminary Injunctions*, <http://works.bepress.com>, erişim tarihi: 24.03.2014
- Bernard Schwartz, *French Administrative Law and the Common-law World*, Lawbooks Exchange Ltd,2006.
- Carol Harlow, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, *The European Journal of International Law* Vol. 17 no.1.
- David S.Rubenstein, *Relative Checks: Towards Optimal Control of Administrative Power*, *William and Mary Law Review*, vol.51.
- Dimitrios Sinaniotis ,*The Interim Protection of Individuals Before the European and National Courts*, Kluwer Law International.2005.
- Erdoğan Bülbül, *Fransız İdari Yargılama Hukukunda İvedi Yargılama Usulleri Reformu (Danıştay ve İdari Yargı Günü, Sempozyum,10-11 Mayıs 2002, Danıştay Yayını, 2003)*
- İl Han Özay, *İdari Yargıdan İtiraz Yolu ile Anayasa Mahkemesine Gönderilen Konularda Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Sorunlar* , *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu* , 2007, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 74

- Kazım Yenice, Hak Arama Özgürlüğü ve Danıştay, İnsan Hakları Yıllığı, C.2, TODAİE Yayınları, 1980
- John Leubsdorf, Preliminary Injunctions: In Defense of the Merits, 76 Fordham L. Rev. 33 (2007).
- Mahmut Şen, İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 17. sayı 1-2, 2013.
- Martin Shapiro, Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance, *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 8: Iss. 2, Article 6.
- Metin Günday, Yürütmenin Durdurulması Kararları ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar, İdari Yargı Sempozyumu, 2000, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No 59.
- Mine Kasapoğlu Turhan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 14, Sayı: 2, 2012.
- Nuri Alan, İdari Yargının Dünü, Bugünü, Sorunlar ve Çözümü, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1998/2.
- Ramazan Çağlayan, idari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Seçkin yayınevi, Ankara, 2000.
- Richard R.W. Brooks & Warren F. Schwartz, Legal Uncertainty, Economic Efficiency, and the Preliminary Injunction Doctrine, 58 Stan. L. Rev. 381, (2005)
- Sami Akural, İdarî Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, 1976.
- Selçuk Gülan, Fransa'da İdari Yargının Etkinliğini Sağlama Arayışları, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü başlıklı sempozyumda sunulan bildiri, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, Ankara, 2003.
- Sergio Ariel Apter, Interim Measures in EC Law: Towards a Complete and Autonomous System of Provisional Judicial Protection before National Courts?, *EJCL*, Vol.7.2.2003.
- Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara, 2007.
- Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara. 2008.
- Şevket Apalak, İdari Davalarda Yürütmenin Durdurulması, *Sayıştay Dergisi*, No 31, <http://www.sayistay.gov.tr/erisim> tarihi: 21.03.2014
- Takahashi, Y. A., Discretion in German Administrative law: Doctrinal Discourse Revised, *European Public Law*, volume 6, 2000.
- Zehredin Aslan, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Alfa Basım, İstanbul, 1994.

### **Mahkeme Kararları ve Belgeler**

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 08.07 .1999 tarihli Çakıcı/Türkiye kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 13 Aralık 2012 tarihli De Souza Ribeiro/França kararı.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 11.07.2000 tarihli Jabari-Türkiye kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21 Ocak 2011 tarihli M.S.S.-Belçika-Yunanistan kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6 Haziran 2013 tarihli Muhammed- Avusturya kararı.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 26 Nisan 2007 tarihli Gebremedhın - Fransa kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 21/6/1979 gün ve E.1979/1,K. 1979/30 sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 günlü, E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 22.2.2006 gün ve E:2006/20 K:2006/25 sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 03.10.2010 gün ve E.2008/77, K. 2010/77 sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 gün ve E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 4.7.2013 gün ve E.2012/100, K. 2013/84 sayılı kararı.
- Danıştay 5. Dairesi'nin 24.12.2013 gün ve E.2013/1038 sayılı, 18.12.2013 gün ve E. 2013/9979 sayılı YD kararları.
- Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, cilt 6, 6 Ocak 1982,30, [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr).



# İŞKENCE NEDENİYLE AÇILAN TAM YARGI DAVALARINDA DANIŞTAY ÖLÇÜTLERİ

## CRITERIA OF COUNCIL OF STATE IN FULL REMEDY ACTIONS DERIVED FROM TORTURE

Aydın AKGÜL\*

**Özet:** İnsan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerin tümünde yasaklanan işkence, yalnızca bireylere karşı değil, insanlığa karşı da işlenmiş bir suç olarak kabul edilmektedir. İnsan onuruna karşı acımasızca yapılan bir saldırı olan ve birey üzerinde onarılmaz etkiler bırakan işkence, insan hakları ihlalleri arasında en nefret uyandırıcı olarak görülmektedir.

Bireyin, kolluk hizmetinin yürütülmesi sırasında işkence nedeniyle maddi veya manevi zarara uğraması durumunda meydana gelen zararın idarece tazmin edilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. İşkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında Danıştay, önüne gelen her somut olayın özelliğine göre ve birtakım ölçütler çerçevesinde uyumsuzlukta idarenin hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığını değerlendirerek karar vermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İşkence, İnsan Hakları, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Tam Yargı Davası, Dava Açma Süresi, Yetkili Yargı Yeri, Manevi Tazminat Miktarı, Rücu, Faiz.

**Abstract:** Torture prohibited in all international conventions related to human rights, is recognized as a crime not only against individuals but also whole humanity. As a relentless attack against human dignity and having irreparable effects on individuals, torture is considered as an abhorrent violation of human rights. It is one of the principles of a state governed by the rule of law to compensate for the pecuniary and non-pecuniary damages derived from torture which is committed by security forces. The Council of State delivers its judgements on full remedy actions according to the circumstances of the cases and within the framework of certain criteria whether the administration is liable to compensate or not.

**Keywords:** Torture, human rights, full remedy action, legal liability of administration, governing jurisdiction, damages for mental anguish, recourse, interest.

---

\* Dr., Danıştay Savcısı

## GİRİŞ

İşkence, 1215 tarihli Magna Carta'dan bu yana yasaklanmış bir insan hakkı ihlalidir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere insan haklarıyla ilgili birçok uluslararası sözleşmede işkencenin önlenmesine ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Bu durum, devletlerin, yalnızca ulusal düzenlemeleriyle değil uluslararası alanda imzaladığı sözleşmeler aracılığıyla işkenceyle birlikte mücadele ettiğini göstermektedir. Zira işkence, uluslararası hukuk çerçevesinde insanlığa karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmekte, devletlerin işkenceyi önleme konusunda etkili tedbir alma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Anayasanın 17. maddesinde işkence, bir insan hakkı ihlali kabul edilerek yasaklanmış, Türk Ceza Kanunu'nun 94. ve 95. maddelerinde bu suçun işlenmesi halinde ağır cezalar öngörülmüştür.

Bireyler üzerinde, maddi ve manevi anlamda onarılmaz etkiler bırakan ve bireyin Devlete karşı olan güvenini temelden sarsan işkencenin önlenmesi konusunda kuşkusuz Devlete büyük görev düşmektedir. Bu görev, Anayasanın gereği olduğu gibi, ülkemizin taraf olduğu ve işkenceyle ilgili hükümler içeren uluslararası sözleşmelerin de gereğidir.

Bu bağlamda idare, yürüttüğü kolluk hizmeti aracılığıyla, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini, genel ahlakı korumakla görevli olmasının yanında, bireylerin Anayasa'da yazılı temel hak ve özgürlüklerini korumakla da görevlidir. İdare, bu görevini yerine getirirken bir insan hakkı ihlali olan işkenceye başvurmamakla ve hukuka uygun biçimde hareket etmekle zorunludur. Bu zorunluluk, anayasayla güvence altına alınan hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

İşkence ve insan haklarının ele alındığı çalışmanın birinci bölümünde; işkence kavramıyla birlikte, işkencenin insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerdeki yeri anlatılacaktır. Danıştay kararları açısından işkencenin ele alındığı ikinci bölümde, işkence nedeniyle açılmış tam yargı davalarına geçmeden önce konunun daha iyi anlaşılması için, idarenin hukuki sorumluluğu kavramı ve tazmin borcu ile tam yargı davaları hakkında kısaca bilgi verilecektir. Bundan sonra ise, idare tarafından kolluk hizmetinin sunulması sırasında işkence nedeniyle bireyin zarara uğraması durumunda açılan tam yargı dava-

larında Danıştay'ın hangi ilke ve esasları dikkate alarak uyuşmazlıkları çözümlendiği dokuz başlık altında anlatılacaktır.

## I. İŞKENCE ve İNSAN HAKLARI

### A. İşkence Kavramı

İşkenceden söz edildiğinde, pek çok insanın aklına en zalimane fiziksel ve ruhsal acı verme biçimleri gelmektedir. Bir dizi olayın işkence seviyesine ulaşip ulaşmadığına karar vermek her zaman kolay olmadığı gibi, belirgin olmayan ya da kültürel faktörlere bağlı olarak anlam değiştirebilecek bir kısım davranış biçimleri de bulunmaktadır. Bu nedenle, işkencenin tanımlanması her zaman kolay olamayabilmektedir<sup>1</sup>.

İşkence ve benzeri muameleleri suç haline getiren düzenlemelerdeki temel sorun; bu muamelelerin tanımlanmamış olması ve bu muameleleri birbirinden ayırmaya yarayacak somut ölçütlerin belirtilmemiş olmasıdır<sup>2</sup>. Bununla birlikte, işkence ve benzeri eylemlerin tümünün insana acı veren, insanın saygınlığını ve kişiliğini zedeleyen bir niteliğe sahip olduğunu belirtmek gerekir<sup>3</sup>.

İşkence, bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet şeklinde kısaca tanımlanabilir<sup>4</sup>. Hukuki olmaktan çok duygusal ve ahlaki bir nitelik taşıyan işkencenin genel anlamdaki bu tanımı, kime hangi sebepte olursa olsun kuvvetli acı ve ıstırap vermeyi belirtmektedir<sup>5</sup>.

Daha geniş bir tanımla işkence; şüphelinin ya da sanığın ifadesini veya sorgusunu almaya yetkili olan görevlilerin, şüpheliye ya da sanığa suçunu itiraf ettirmek, suç delillerini ele geçirmek, sorgu sırasında düş-tüğü çelişkileri düzelttirmek, ortaklarını ele verdirmek ya da işlemesi

<sup>1</sup> Doğan Bülent, Seven Huriye, "İnsan Hakları Sorunu Olarak İşkence Tanım, Tarihçe, Ulusal-Uluslararası Sistematik", *Türk İdare Dergisi*, Sayı(S):438, Yıl(Y):75, Mart 2003, s.92.

<sup>2</sup> Üzülmüş İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu", *Adalet Dergisi*, Y:2, S:2, 2005, s.2.

<sup>3</sup> Akıllıoğlu Tekin, "İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt(C):10-11, Y:1988-1989, s.23.

<sup>4</sup> www.tdk.gov.tr(E.T. 20.11.2013).

<sup>5</sup> Başbüyük İsa, "Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:12/2, 2010, s.1444.

mümkün başka suçları varsa onları da öğrenmek için onda bedensel veya ruhsal zarar ya da tehlike meydana getiren ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan her türlü maddi ve manevi kötü fiil ve davranıştır<sup>6</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun "İşkence" başlıklı 94. maddesinde, işkence; *"Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması-na yol açacak davranışlar"* şeklinde tanımlanmıştır. Anılan Kanunda "işkence", bir üst kavram olarak düşünülmüş olup; işkencenin maddi veya manevi ağır acı ve ıstırap veren hareketlerden, diğer muamelelerin ise bu seviyeye varmayan kötü muamelelerden oluştuğuna ilişkin anlayıştan bağımsız olarak, doğrudan insan onuruyla bağdaşmayan bedensel ve ruhsal dokunulmazlığı, bireyin algılama ve irade yeteneğini etkileyen her türlü davranış işkence sayılmıştır<sup>7</sup>.

Danıştay'ın temyizden inceleyip onadığı bir kararda ise işkence; *"mağdurlara, bilgi elde edebilmek için, süreklilik gösteren, ızdırıp verici, bezdirici, fiziki ve manevi acı veren, insan kişiliğini incitici, haysiyet kırıcı davranışlarda bulunma"*<sup>8</sup> şeklinde belirtilmiştir.

İşkenceyi fena muamelenin diğer biçimlerinden ayırt eden özelliği, duyulan ızdırabın ağırlık derecesidir. Zalimane davranış ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza, farklı düzeylerde ama işkenceden daha az ızdıraba neden olan fena muameleye işaret eden hukuki terimlerdir<sup>9</sup>.

Bireyler devlet adına işkence suçunu işleyebileceği gibi, devletler aynı zamanda işkenceyi bir devlet politikası olarak veya yönetim aracı olarak benimsemiş de olabilir<sup>10</sup>. Bu açıdan işkence, özgürlüğünden yoksun bırakılmış olan kişilere devlet gücünü kullanan yetkililer tarafından yapılan bir baskı aracı olup, işkencenin ana hedefinde işkenceye uğratılardan bilgi alınması bulunmaktadır<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Demirbaş Timur, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:23, Ankara 1992, s.6.

<sup>7</sup> Üzülmöz, s.2.

<sup>8</sup> Danıştay 10.D., 06.07.2011, E:2009/11357, K: 2011/2909, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>9</sup> Doğan ve Seven, s.93.

<sup>10</sup> Bagchi Aditi, "Intention, Torture, and the Concept of State Crime", *Penn State Law Review*, Vol.114:1, 2009, s.3.

<sup>11</sup> Doğan ve Seven, s.93.

## B. İnsan Hakları Yönünden İşkence

İnsan hakları, teorik olarak bütün insanlara tanınması gerekli olan ideal bir haklar listesini ifade etmekle birlikte, daha çok "olması gereken" alanında kalmakta veya "ulaşılacak hedefler programı"nu çağrıştırmaktadır<sup>12</sup>. Ancak, insan haklarının evrensel olması yönü, insan haklarının yalnızca pozitif hukukta değil, tüm zamanlarda kabul edilmesini, ayrıca birey ve topluluklar açısından başlıca arzulanan hedefler içerisinde yer almasını sağlamıştır<sup>13</sup>.

Kişi özgürlüğünü ve onurunu güvence altına alan insan hakları; insanın doğasından kaynaklanan ve devlete kural olarak yalnızca saygı gösterme, karışmama görevini yükleyen, ancak bazen gerçekleşmesi için aktif davranışlarda bulunma yükümlülüğü de getiren hak ve özgürlüklerdir<sup>14</sup>.

İnsan hakları bağlamında işkence, uluslararası hukuk çerçevesinde en yasaklanmış uygulamalardan biri olarak görülmekte ve savunmasız kişilere karşı yapılan nefret uyandırıcı ve acımasızca bir saldırı olarak nitelendirilmektedir<sup>15</sup>. İnsan haklarına saygı duyulması, yurttaşların, siyasal iktidara ilişkin "meşruiyet" inancının temel koşuludur. Bu nedenle işkence, devlet ve birey ilişkilerini bozan en önemli insan hakları ihlallerinden birisini oluşturmaktadır. İşkence ve kötü muamele, insanın maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik bir saldırı olması nedeniyle insanlık tarihi boyunca "insan hakları" kavramı ile birlikte gelişme göstermiştir<sup>16</sup>.

Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu işkenceyle ilgili meşhur E:2002/8-191, K:2002/362 sayılı kararında; "insan haklarının en üst düzeyde korunması, insan onuruna gereken değerin verilmesi büyük önem göstermekte olup, bu husus ancak adaletin herkesin güven duyabileceği bir şekilde gerçekleştirilmesi ile mümkün olabilir. İnsan hakları, ayırım gözetil-

<sup>12</sup> Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 1993, s.14.

<sup>13</sup> Engle Eric, "Universal Human Rights: A Generational History", Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 12: Iss. 1, Article 10, 2006, s.1.

<sup>14</sup> Centel Nur, "Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:1-2, Y:2000, s.5.

<sup>15</sup> Harper Julianne, "Defining Torture: Bridging the Gap Between Rhetoric and Reality", *Santa Clara Law Review*, Vol. 49, Number:3, 2009, s.894.

<sup>16</sup> Doğan ve Seven, s.91.

*meksizin sahip olunan hakların tümünü kapsar, bu nedenle ve tek cümle ile işkence suçu insanlığa karşı işlenen bir 'insanlık suçu'dur'* saptamalarına yer vermiştir<sup>17</sup>.

Herkesin güven duyabileceği bir adalet sistemi oluşturmak için insan onuruna değer verilmesi ve işkenceye hiçbir şekilde başvurulmaması gerekir. Çünkü ceza adaletinin temellerinden birisini de, masumların işkence sonucu cezalandırılmasından ise, suçluların cezasız kalması oluşturmaktadır<sup>18</sup>.

Bununla birlikte, bazı aşırı durumlarda ve özellikle terörizmin küresel tehdidine karşı etkin mücadelede, işkencenin gerekli ve uygun bir yol olduğu düşüncesine yönelik tartışmalar süregelmektedir<sup>19</sup>. Amerika'da meydana gelen 11 Eylül saldırılarından sonra terörist kişilere karşı işkence yapılması, uluslararası hukuk ve insan hakları boyutuyla oldukça tartışılmış<sup>20</sup>; işkenceye başvurulması halinde *"teröristlerden nasıl farkımız olabilir?"* sorusu, özeleştiri yapılarak sorulmuştur<sup>21</sup>.

Terörizm tehdidinin, olağanüstü koşullar altında işkence yapılabilirliği yönünde kişilerdeki mevcut algıyı değiştirdiği ifade edilmekte<sup>22</sup> ise de; terörizm tehdidi altında bile olsa işkenceye hiçbir koşulda başvurulamaz. Zira, uluslararası insan hakları anlaşmaları ile her türlü koşulda işkenceye başvurulması yasaklanmış, devletler de işkencenin önlenmesi konusunda taahhütte bulunmuştur.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, demokratik bir hukuk devletinde, delil elde etmek için insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamayacağını belirtmekte<sup>23</sup>; İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Komitesi de, kamu güvenliğini ko-

<sup>17</sup> İlkiz Fikret, "Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı: 'İşkence' İnsanlık Suçudur ve İşkenceye Karşı 'Seçmeli Protokol' Nedir", *İstanbul Barosu Dergisi*, C:76, S:4, Y:2002, s.900.

<sup>18</sup> Demirbaş, s.19.

<sup>19</sup> Soul Ben, "The Equivalent Logic of Torture and Terrorism: The Legal Regulation of Moral Monstrosity", *Legal Studies Research*, Paper No. 08/113, October 2008, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1277548](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1277548)(E.T.20.11.2013).

<sup>20</sup> Gathii James T., "Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law", *Albany Law Review*, Vol.67, 2003, s.101.

<sup>21</sup> Butler Joel, "Torture", *The National Legal Eagle* 2011, Vol. 17: Iss. 2, Article 5, s.12.

<sup>22</sup> Bennoune Karima: "Terror/Torture", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 26, No.1, 2008, s.3.

<sup>23</sup> İlkiz, s.913.

rumak, acil durumları önlemek amacıyla veya herhangi bir dini, geleneksel bir mazeretle de olsa işkencenin ve kötü muamelenin haklı gösterilmesini kabul etmemektedir<sup>24</sup>.

## C. İşkencenin Tarihçesi ve Anayasal Belgelerimizdeki Yeri

### 1. Tarihsel Süreçte İşkence

İşkence yasağının, bir insan hakkı olarak uluslararası hukuk ölçeğinde düzenlenmesi yeni bir olgu olmakla birlikte, bu yasağın tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkışı oldukça eskiye dayanmaktadır. İşkence yasağının tarihi 1215 tarihli Manga Carta'ya kadar gitmektedir<sup>25</sup>.

1215 tarihli Magna Carta Libertatum'un 39. maddesinde, kişilerin *"herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılmayacağı"* hüküm altına alınmıştır. 1688 tarihli İngiliz Haklar Belgesi'nde, zalimane ve mutad olmayan cezaların uygulanması yasaklanmıştır; 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi'nin özellikle 8., 9. ve 10. maddelerinde, kimsenin kendi aleyhine kanıt göstermeye zorlanamayacağı, kimseye zalimane ve mutad olmayan ceza verilemeyeceği belirtilmiştir. 1789 Fransız İnsan Hakları ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 5., 7. ve 9. maddelerinde, yasadışı emir verip uygulayanların cezalandırılması, zanlının yakalanması sürecinde gereksiz her türlü şiddet uygulanmasının önlenmesi düzenlenmiştir<sup>26</sup>.

### 2. Anayasal Belgelerimizde İşkence

Anayasal belgelerimizde işkencenin önlenmesine yönelik kuralların iki yüz yıla yakın bir geçmişi bulunmaktadır. Devlet, 1808'den bu yana işkencenin, zulmün önlenmesini temel kurallar arasında kabul etmektedir. İşkence ve benzeri uygulamaların önlenmesine ilişkin çabaların ilk örneklerinin, Osmanlı Devletinde 1808 tarihli Senedi İttifak'ta yer aldığı belirtilebilir. Zira, uygulama görmemiş olsa da bu

<sup>24</sup> The United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment General Comment No:2, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/47ac78ce2.pdf>(E.T.25.11.2013).

<sup>25</sup> Doğan ve Seven, s.96.

<sup>26</sup> Gemalmaz M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yayınları, İstanbul 1993, s.157-158.

metinde ilk defa “vergi toplamak için zulme başvurulmaması” hakkında yerel güçlerle merkezi otorite arasında bir anlaşmaya varılmıştır<sup>27</sup>.

1839 tarihli Tanzimat Fermanı’nda “zulüm yasağı”, 1856 tarihli Islahat Fermanında “işkence ve eziyet yasağı” düzenlenmiş<sup>28</sup>; 1875 tarihli Ferman-ı Adalet Metninde, yasal dayanağı bulunmayan ve mahkemeden alınmış bir karara dayanmayan “hapis” uygulamasının ve işkencenin yasak olduğu belirtilerek aksine davranışların şiddetle cezalandırılacağı<sup>29</sup>, 1876 tarihli Kanuni Esası’de ise işkence ve diğer her türlü eziyetin kesinlikle ve tamamen yasak olduğu hüküm altına alınmıştır<sup>30</sup>.

1924 Anayasasında işkencenin benzer uygulamalarla birlikte yasaklandığı görülmektedir. Anayasanın 73. maddesine göre; “İşkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur.” 1961 ve 1982 Anayasalarında da bu anlayış devam ettirilmiştir. Özetle, işkence, anayasal belgelerde ve anayasa metinlerinde, benzeri uygulamalarla birlikte yasaklanmıştır. İşkence yasağı, 1876’dan bu yana anayasaların değişmez kuralı haline gelmiştir<sup>31</sup>.

### E. İşkencenin Uluslararası Belgelerdeki Yeri

Günümüzde insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması, ülkelerin bir iç sorunu olmaktan çıkarak uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Güvencenin tek başına, ulusal düzeyde gerçekleştirilmesinin zorluğu, devletleri uluslararası düzeyde birlikte hareket etmeye yöneltmiş, sonuçta çeşitli uluslararası sözleşmeler ve yargı kurumları oluşturulmuştur<sup>32</sup>.

İşkencenin yasaklanmasına ilişkin hükümler, uluslararası insan haklarıyla ilgili sözleşmelerin ve insancıl hukuk antlaşmalarının her

<sup>27</sup> Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi, İnsan Hakları Yıllığı”, s.19.

<sup>28</sup> Gemalmaz, s.159.

<sup>29</sup> Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi, İnsan Hakları Yıllığı”, s.20.

<sup>30</sup> Gemalmaz, s.159.

<sup>31</sup> Akıllıoğlu, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi, İnsan Hakları Yıllığı”, s.20-21.

<sup>32</sup> Centel, s.5.



birinde görülebilir. Esasen, işkencenin yasaklanması günümüzde uluslararası insan hakları hukukunda “üstün hukuk normu” olarak kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Avrupa, Afrika ve Amerika kıtasına ilişkin insan hakları antlaşmaları işkence kullanımını yasaklayan bazı hükümler içermekte olup, işkence yasağı uluslararası hukukun en güçlü yükümlülüklerinden biridir<sup>34</sup>. Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsü’nün 7. maddesinde de işkence, insanlığa karşı işlenen suçlar arasında sayılmıştır<sup>35</sup>.

İşkence ve kötü muamelelerin İnsan Hakları Hukuku çerçevesinde somut ve belirgin biçimde yasaklanması, özellikle 1950’ler sonrası döneme rastlamaktadır. Özellikle 1960’ların ikinci yarısından sonra, bölgesel ve evrensel düzeyde yapılaştırılan insan haklarına ilişkin belgeler etkinlik kazanma aşamasına gelebilmiştir<sup>36</sup>.

İşkence ve benzeri eylemlerin önlenmesi amacıyla uluslararası sözleşmeler hazırlanmıştır. Bu sözleşmeleri kabul eden devletlerin belgelerdeki hükümlere kesinlikle uymalarının sağlanabilmesi amacıyla da bazı denetim mekanizmaları oluşturulmuştur<sup>37</sup>.

### 1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan Hakları Hukukunun temel kaynaklarından birisi olarak işlev gören<sup>38</sup> ve çağımızın Magna Charta’sı olarak da nitelendirilen 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin önsözünde, insan haklarına, insan şeref ve haysiyetine karşı olan saygı vurgulanarak, bütün ülkelerdeki kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu belirtilmiştir<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Schaack Beth Van and Slye Ron: Teaching Torture, 2009, <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/> 632, s.2.

<sup>34</sup> Gaeta Paola: “May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?”, *Journal of International Criminal Justice*, 2004, s.788.

<sup>35</sup> Article 7/f of the Rome Statute, [http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/585?OpenDocument\(E.T.20.11.2013\)](http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/585?OpenDocument(E.T.20.11.2013)).

<sup>36</sup> Gemalmaz, s.156.

<sup>37</sup> Doğan ve Seven, s.91.

<sup>38</sup> Gemalmaz, s.169.

<sup>39</sup> Ünal Şeref, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1994, s.58.

Bildirge, insan haklarının artık yalnızca her ülkenin bir iç sorunu olmaktan çıkıp, ulusal sınırları da aşarak uluslararası boyutlara ulaştığını dünyaya ilan etmiş, böylece insanlık tarihinde yeni bir dönemi başlatmıştır<sup>40</sup>. Bildirgenin 5 inci maddesinde; *“Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.”* hükmüne yer verilmiştir<sup>41</sup>.

## 2. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Gerek BM'nin kuruluşu öncesinde gerekse de BM'nin kuruluşu sonrasında bu organ tarafından yapılaştırılan pek çok insan hakları belgesinin, doğrudan düzenlemekle birlikte dolaylı olarak işkence ve kötü muamelenin önlenmesiyle ilişkisi bulunmaktadır. Bunlardan birisi de BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'dir<sup>42</sup>.

16 Aralık 1966 tarihli BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde, işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin hükme yer verilmiştir. Sözleşmenin *“İşkence yasağı”* başlıklı 7. maddesine göre; *“Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.”*<sup>43</sup>

## 3. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi üç kısımdan oluşmaktadır. Kısım I'de, işkence terimine yer verilerek konuya ilişkin hükümler düzenlenmiştir. 17. maddeden itibaren başlayan Kısım II'de, İşkenceye karşı Komite'yi kuran hükümlere; 25. maddeden itibaren başlayan Kısım III'de, Sözleşmenin onaylanmasına ve yürürlüğüne ilişkin maddelere yer verilmiştir<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Kapani, s.73.

<sup>41</sup> <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/688B1--Insan-Haklari-Evrensel-Beyannamesi.pdf> (E.T.25.11.2013).

<sup>42</sup> Gemalmaz, s.162.

<sup>43</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>(E.T.25.11.2013).

<sup>44</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf>(E.T.

Sözleşmenin 1. maddesinde, işkence; *“bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir.”* şeklinde tanımlanmıştır<sup>45</sup>. Bu tanımın dört unsuru içerdiği belirtilmektedir. Bunlardan birincisi, kasıtlı eziyet; ikincisi, şiddetli ağrı veya acı; üçüncüsü, anılan maddede sayılan amaçlar için yapılması; dördüncüsü ise bir kişi tarafından devlet adına yapılmasıdır<sup>46</sup>.

İşkenceye ilişkin bir tanımın yapılmasıyla, işkence kavramının niteliği, kapsamı, unsurları ve aktörleri hakkında uluslararası bir ortak anlayışa varılmıştır. Sözleşmenin 2. maddesinin ilk fıkrasında; *“Sözleşme’ye Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari ve adli veya başka tedbirleri alacaktır”* hükmüne yer verilmesi suretiyle sınırlı bir sayma yoluna gidilmemiş, *“veya başka tedbirleri”* ifadesiyle, taraf devletlere tüm olanaklarını seferber ederek, işkenceyi önlemeleri borcu yüklenmiştir<sup>47</sup>. İşkence suçu sonuçta bireyler tarafından işlenmekle birlikte; işkenceyle ilgili BM Sözleşmesi, devletleri işkencenin yasa dışı olduğunu belirtme ve işkence nedeniyle suçlanan kişiye ilişkin etkili soruşturma yürütmekle yükümlü kılmıştır<sup>48</sup>.

#### 4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)’nin en önemli özelliği, koruma altına aldığı temel hak ve özgürlükleri kapsamlı biçimde düzenlemesi, hangi koşullarla ve nasıl sınırlanabileceklerinin ölçütlerini koyması ve işlevselliğini sağlayacak denetim mekanizmasını oluşturmasıdır<sup>49</sup>.

25.11.2013).

<sup>45</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf>(E.T. 25.11.2013).

<sup>46</sup> Harper, s.898.

<sup>47</sup> Er Cüneyd, “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:18, S:60, 2005, s.170-173.

<sup>48</sup> Bağcı, s.7.

<sup>49</sup> Doğan ve Seven , s.101.

İşkence suçu AİHS'nin 3 üncü maddesinde düzenlenmiştir. "İşkence yasağı" başlıklı söz konusu maddede; "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz." hükmüne yer verilmiştir<sup>50</sup>. Bu madde, AİHS'nin en kısa maddesi olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM)'nin içtihatlarında birçok defalar belirtildiği gibi, "demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermekte olup, bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumayı amaçlamaktadır."<sup>51</sup>

AİHS, terör ve örgütlü suçlarla savaşım gibi en zor koşulların bulunması halinde bile işkenceye, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaya hiçbir koşulda izin vermemektedir. Diğer bir ifadeyle, AİHS'nin 3 üncü maddesi, 1 ve 4 nolu Ek Protokollerin maddi haklarla ilgili birçok hükmünden bu noktada ayrılarak, hiçbir istisnaya izin vermemektedir<sup>52</sup>. Nitekim AİHM, Gömi ve diğerleri/Türkiye davasında, bir bireyin özgürlüğünden mahrum kaldığı durumlarda, sergilediği davranış bakımından kendisine karşı bir fiziksel güç kullanımının gereksiz olması halinde, ilke olarak, 3. madde ile garanti altına alınan hakkın ihlal edilmiş olacağını ve bu madde hükmü ile getirilen yasağın mutlak olduğunu ve bu yasağın, terörizm ve örgütlü suçlar ile mücadelede, hatta ulus güvenliğini tehdit eden kamusal tehlike durumu gibi en zor koşullarda bile geçerli olduğunu belirtmiştir<sup>53</sup>.

AİHS'de işkence yasağı başlığı altında işkence ve diğer muameleler beraber sayılmış, fakat herhangi bir tanım ya da ölçüte yer verilmiştir. Bireyin anılan maddede sayılanlardan herhangi birisi içerisinde değerlendirilebilecek olan bir işleme tabi tutulması, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali açısından yeterlidir. Bununla birlikte, Mahkeme, ihlal tespitinde bulunması halinde adil tatmin açısından işkenceye diğer eylemlerle kıyaslandığında daha fazla tazminata hükmedebilir<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> [http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel\\_basvuru/AIHS\\_tr.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf)(E.T.12.11.2013).

<sup>51</sup> Çor Yaşar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:21, S:75, Mart-Nisan 2008, s.69.

<sup>52</sup> Nal Sabahattin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:2, C:15, Y:2007, s.153.

<sup>53</sup> [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["işkence"\],"documentcollectionid2":"Grandchamber","Chamber"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{), (E.T. 25.11.2013.)

<sup>54</sup> Anayurt Ömer, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavra-

Mahkeme, İrlanda/Birleşik Krallık kararında onur kırıcı ve insanlık dışı muamele ile işkenceye ilişkin unsurları yorumlamıştır. Buna göre, eğer bir ceza veya muamele, korku ve şiddetli üzüntü meydana getiriyor, utanma ve aşağılanma duygusuna neden oluyor, fiziksel ve moral direncini kırıyorsa onur kırıcı; kasıtlı, fiziksel ve zihni acı veriyorsa ve psikolojik bir tahribata yol açıyorsa, insanlık dışı sayılmaktadır<sup>55</sup>

AİHM, işkencenin unsurları için ise, eylemin fiziksel yahut ruhsal açıdan ağır acı veya ızdırap niteliğine sahip olmasını; eylemin kasten işlenmiş olmasını; eylemin cezalandırmak, bilgi ya da itiraf elde etmek, gözdağı vermek ya da ayrımcılık amaçlarına ulaşmak için yapılmış olmasını; resmi sığata sahip ya da böyle bir sığata sahip olmasalar da onların bilgisi veya onayıyla yapılmasını aramaktadır<sup>56</sup>. Mahkemeye göre Sözleşmenin 3. maddesindeki üç kavram ağırlıklarına göre sıralandığında en ağırı işkencedir. Her üç davranışın mutlaka maddi zor ya da şiddet gösterilerek yapılmasına gerek olmayıp tehditle, sözle veya rahatsız edici nitelikte başka davranışlar, kişiye verilen manevi üzüntüler de söz konusu olabilir<sup>57</sup>.

AİHS'nin diğere uluslararası sözleşmelerden temel farkı, uygulanma açısından vatandaşlığın önemli olmamasıdır. Sözleşmeye taraf ülkede bulunan bütün kişiler hakkında AİHS uygulanmaktadır<sup>58</sup>. Bu bağlamda, AİHS'nin işkenceye ilişkin hükümleri nedeniyle, bir devletin vatandaşı olmayan kişilerin de işkenceye karşı korunması bulunduğu yerdeki devletin sorumluluğundadır.

Sözleşmenin 3. maddesinde devletlere getirilen yükümlülüklerden birincisi, devlet hiç kimseyi işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutmamalıdır. İkincisi, devletler bireylerin işkence başta olmak üzere 3. maddeyle yasaklanan eylemlerin mağduru olmasını önleme amacıyla tedbirler almalıdır. Bunlar, gerek-

---

mi", Prof. Dr. Attila Özer'e Armağan, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:1-2, C:XII, Haziran Aralık 2008, s. 7.

<sup>55</sup> Çor, s.69.

<sup>56</sup> Anayurt, s.11.

<sup>57</sup> Malkoç İsmail, "İşkence ve İnsan Hakları", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S:118, 2003, s.22.

<sup>58</sup> Ünal Şeref, *Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.147.

li hukuksal düzenlemeleri yapmak şeklinde olabileceği gibi, gerekli somut önlemleri alma şeklinde de olabilir. Üçüncü yükümlülük ise, devletin işkenceyi ve diğer kötü muameleleri etkili bir biçimde soruşturma ve kovuşturmasıdır<sup>59</sup>.

## II. DANIŞTAY KARARLARI AÇISINDAN İŞKENCE

Kamu görevlilerince işkence yapılması nedeniyle maddi veya manevi zarara uğranılması durumunda, uğranılan zararın öncelikle kamu hizmetini sunan idare tarafından tazmini, idarenin hukuki sorumluluğunun bir gereğidir. Bu noktada, konuyla ilgili Danıştay kararlarına yer vermeden önce idarenin hukuki sorumluluğu ile tam yargı davaları hakkında kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır.

### A. İDARENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

#### 1. İdarenin Hukuki Sorumluluğu

İdarenin faaliyet alanının ve yaptığı kamusal hizmetlerin gerek nitelik, gerekse sayıca artması, bireylerin bu faaliyetlerden dolayı zarara uğrama ihtimalini de artmıştır. Bu nedenle, *“herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır”* şeklindeki sorumluluk ilkesi, idare hukuku alanında medeni hukuka kıyasla daha büyük bir öneme sahiptir ve daha geniş bir alanı kapsamaktadır<sup>60</sup>.

İdarenin hukuki sorumluluğu, idarenin yürüttüğü etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan<sup>61</sup> bir kurumdur. Bu kurum, yürütülen kamu hizmetleri nedeniyle bireylerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır<sup>62</sup>.

İdarenin hukuki sorumluluğunda farklı sorumluluk türleri bulunmaktadır. Bunlardan idarenin hizmet kusuru nedeniyle olan sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve

<sup>59</sup> Nal, s.154.

<sup>60</sup> Özgüldür Serdar, Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s.25.

<sup>61</sup> Atay E. Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.678.

<sup>62</sup> Esin Yüksel, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap:Esas, Ankara 1973, s.14.

işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık veya eksiklik tir<sup>63</sup>. Danıştay, eşine yapılan işkence nedeniyle uğranıldığı öne sürülen manevi zararın tazmini istemiyle açılan bir davada, idarenin hizmet kusurunu şu şekilde açıklamıştır: *“İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk ile personeli üzerindeki gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi şeklinde tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin sorumluluğunun doğmasına yol açmaktadır.”*<sup>64</sup>

İdarenin hukuki sorumluluğu konusunda önemli ilkelerden birisi, bu sorumluluğun asli bir sorumluluk olmasıdır. Danıştay, idarenin hukuki sorumluluğunun asli bir sorumluluk olduğuna vurgu yaparak, idarenin gerçek veya tüzel kişilerle birlikte sorumlu olduğu durumlarda bile, öncelikle idarenin sorumluluğuna başvurulması gerektiğini belirtmiştir<sup>65</sup>. Bu ilke, işkence nedeniyle açılacak tam yargı davalarında, uğranıldığı öne sürülen zararın sorumlu kamu görevlisinden mi yoksa kamu görevlisinin çalıştığı ilgili idareden mi talep edilmesi gerektiği yönüyle önemlidir. Kuşkusuz, belirtilen ilke gereği uğranıldığı öne sürülen zararın tazmini ilgili idareden istenilecektir.

## 2. Tam Yargı Davaları

Hukuki sorumluluğun doğal sonucu, diğer bir ifadeyle yaptırım gücü, tazmin borcudur. Tazmin yoluyla, hukuki sorumluluğu belirlenen hukuk süjesine yargı yerince bir ödev yüklenmektedir<sup>66</sup>.

Danıştay'ın bir kararında da belirtildiği üzere, kolluk hizmetini yürütmesi yönüyle idare; yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini, genel ahlakı ve Anayasa'da yazılı temel hak ve özgürlükleri korumakla görevli olup, bu yetkiyi kullanırken kanunla tanımlanan görev alanı dışına çıkmaması gerekmektedir<sup>67</sup>. İdarenin, kolluk hiz-

<sup>63</sup> Duran Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 138, Ankara 1974, s.26.

<sup>64</sup> Danıştay 10.D., 28.03.2007, E: 2004/11310, K: 2007/1549, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>65</sup> Akgül Aydın, “Tam Yargı Davalarında Zararın, Zarar Görenin Kendi Kusurundan Kaynaklanması”, *Terazi Dergisi*, Y:4, S:32, 2009, s.113.

<sup>66</sup> Esin, s.14.

<sup>67</sup> Danıştay 10.D., 06.02.2009, E:2006/1212, K: 2009/652, Danıştay UYAP Bilişim Sis-

metini hukuka uygun olarak yürütmesi ve hizmetin sunumu sırasında bireyin zarara uğraması durumunda meydana gelen zararı tazmin etmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Bireyin, kolluk hizmetinin yürütülmesi sırasında uğradığını öne sürdüğü maddi veya manevi zararını karşılamak amacıyla getirilen hukuki koruma yolu idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davasıdır. İdarenin tazmin borcunun, diğer bir ifadeyle hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığı tam yargı davası ile ortaya çıkmaktadır.

Tam yargı davası ile davacı, yasal gerçeğe dayanarak subjektif hakkının varlığını veya kendisi lehine bazı haklar doğuracak bir durumun tespitini istemekte<sup>68</sup>; idari yargı yeri de idari faaliyet sonunda ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğu sonucuna vardığı idareyi, bu zararın karşılığına denk gelebilecek şekilde para ödemekle yükümlü tutmaktadır<sup>69</sup>.

Bununla birlikte, idari yargı yerinin, idarenin hukuki sorumluluğunu belirlemede ve sonuçta idareyi tazmin borcuyla yükümlü tutmasında birtakım koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini göz önünde bulundurması gerekmektedir. Bu koşullardan birinin yokluğu idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır<sup>70</sup>. Bu koşullar; bir zararın varlığı, zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir olması, zararlar işlem veya eylem arasında illiyet bağının bulunmasıdır<sup>71</sup>.

## B. İŞKENCE NEDENİYLE AÇILAN TAM YARGI DAVALARINA DANIŞTAY'IN BAKIŞI

İşkence yapıldığı iddiasıyla açılan tam yargı davalarında idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı, her somut olaya göre idare mahkemesince ve son tahlilde Danıştay tarafından belirlenmektedir.

temi.

<sup>68</sup> Özgüldür, s.39.

<sup>69</sup> Yenice Kazım ve Esin Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983, s.107.

<sup>70</sup> Akgül, s.113.

<sup>71</sup> Danıştay 10.D., 31.10.2006, E:2003/4333, K:2006/6212, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.



Bu bölümde, işkence yapıldığı iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, Danıştay'ın hangi ölçütleri gözeterek bu tür davaları sonuçlandırdığını ortaya koyacağız. Konunun daha iyi açıklanması için kararlar belli başlıklar altında ele alınacaktır.

### 1. Dava Açma Süresi

İdarenin işlem ve eylemlerinin sürekli olarak dava tehdidi altında bulunması, idare ile bireyler arasındaki uyuşmazlıkların sonunun alınamamasına yol açar. Bu durum ise, toplum huzurunu bozmakla kalmaz, idari faaliyetlerin kararlılık ve verimlilik içinde yürütülmesini de engeller. Ayrıca, idari işlem ve eylemlerden doğacak sonuçların açıklık ve kesinlik kazanmasını olanaksız kılar<sup>72</sup>. Bu nedenle, idari rejimi benimsemiş tüm ülkelerde idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi, belli bir süre içinde dava açılmış olması koşuluna bağlanmıştır. "İdari dava açma süresi" olarak adlandırılan bu sürenin dava açılmadan geçirilmesi, idari işlem ve eyleme kesin hüküm halini alan yargı kararlarinkine benzer bir çeşit dokunulmazlık kazandırır<sup>73</sup>.

Yeniden dava açılması olanağını ortadan kaldırması yönüyle hak düşürücü niteliği bulunan ve özel hukuktaki zamanaşımından farklı olan idari davalarda dava açma süresi<sup>74</sup>, davanın ön koşullarındandır<sup>75</sup>. Dava açma süresinin kamu düzenini ilgilendiren bir nitelik taşıması nedeniyle idari yargı yeri, önüne gelen bir davanın süresi içinde açılıp açılmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadır. İdari yargı yeri, davanın açıldığı andan yargılanmanın sonuçlandığı ana kadar, dava açma süresinin geçirilip geçirilmediğini kendiliğinden araştırmak ve süre geçirilmiş ise davayı bu nedenle reddetmek yetkisine sahiptir<sup>76</sup>.

Tam yargı davalarında dava açma süresine ilişkin kurallar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlen-

<sup>72</sup> Yenice ve Esin, age, s.163.

<sup>73</sup> Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2009, s.322.

<sup>74</sup> Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları III, Cilt 3, Hak Kitabevi, İstanbul 1967, s.1661.

<sup>75</sup> Gözübüyük A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 27. Bası, Ankara 2008, s.199.

<sup>76</sup> Yenice ve Esin, s.167.

miştir. Anılan Kanun maddesinde; *“İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir.”* hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen kurallar çerçevesinde; 27.11.1995 tarihinde işkence yapıldığından bahisle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davanın, 1 yıllık süre içinde açılmaması nedeniyle süre aşımı yönünden reddine karar verilmiş,<sup>77</sup> değişik cezaevlerinde farklı tarihlerde işkence yapıldığı iddiasıyla açılan davanın da en geç, en son işkence yapıldığı iddia edilen tarihten itibaren bir yıl içinde açılması gerektiği kabul edilmiştir<sup>78</sup>.

2577 sayılı Kanun’un 13. maddesinde belirtilen beş yıllık dava açma süresine ilişkin olarak; işkence eyleminin öğrenildiği tarihten itibaren en geç 5 yıl içinde ilgili idareye başvurulmayıp bu süre geçirildikten sonra yapılan başvuru üzerine açılan davanın süresinde olmadığına karar verilmiştir<sup>79</sup>. Ancak, aşağıda belirteceğimiz kararlar dikkate alındığında ve davacıya işkence yapıldığının yargı kararıyla ortaya çıkmış olması hususu göz önünde bulundurulduğunda bu davanın süresinde açıldığının kabulü gerekirdi.

İşkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, tazminat istemine dayanak olan eylemin idariliğinin sonradan öğrenildiği durumlarda açılan davaların süresinde olduğu kabul edilmektedir. Yüksek Mahkemeye göre; zararın henüz ortaya çıkmadığı, çıksa bile zararın çıkış sebebinin öğrenilemediği tarihi süreye başlangıç almak, dava açma süresinin çok kısılmasına yol açmakta ya da dava açma hakkının kullanılabilmesinin sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygundur.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Danıştay 10.D., 12.12.2001, E: 2000/4776, K: 2001/4794, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>78</sup> Danıştay 10.D., 24.02.2010, E:2007/8485, K:2010/1578, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>79</sup> Danıştay 10.D., 24.12.1996, E:1995/8097, K:1996/8634, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>80</sup> Danıştay 10.D., 13.03.2007, E:2006/6962, K:2007/1051, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Bununla birlikte; eylemin idariliğinin ortaya çıkmasından sonra bir yıl içerisinde uğranıldığı öne sürülen zararın tazmini istemiyle başvuru yapılmaması halinde, açılan davanın süresinde olmadığına karar verilmiştir<sup>81</sup>.

Özellikle kamu görevlilerinin görev kusurundan kaynaklanan davalarda dava açma süresinin geniş yorumlandığı; eylemin idariliğinin ortaya çıkmasında esas alınan ceza mahkemesi kararının Yargıtay aşamasından geçerek kesinleştiği tarihin de dava açma süresine başlangıç alındığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme'nin, hak arama özgürlüğü çerçevesinde dava açma süresini geniş yorumlaması ve sonuçta bireylerin işkence nedeniyle uğradığını öne sürdüğü zararlarının tazmin edilerek idarenin hukuki sorumluluğunun ortaya çıkarılmasına geniş olanak tanınması, hukuk devleti ilkesi yönüyle de yerinde olmuştur.

Söz konusu kararda; "2577 sayılı Yasanın 13 üncü maddesinde öngörülen sürenin görev kusurunun ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması zorunludur. Aksi yorumun dava konusu olayda idarenin kusurunun ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldıracığı, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır."<sup>82</sup> gerekçesine yer verilmiştir.

## 2. Yetkili Yargı Yeri

İşkence ile ilgili tam yargı davalarına bakıldığında, çoğunlukla işkencenin, emniyet veya jandarma görevlileri tarafından yapıldığı iddiası ileri sürülmektedir. Söz konusu kamu görevlilerinin İçişleri Bakanlığı bünyesinde çalışıyor olmaları nedeniyle, tam yargı davasının İçişleri Bakanlığı'na karşı açılması gerekir. Bununla birlikte, davanın, İçişleri Bakanlığı hasım gösterilmek suretiyle açılmış olması, uyuşmazlığın İçişleri Bakanlığı'nın bulunduğu yerdeki yetkili idare mahkemesi olan Ankara İdare Mahkemesinde görülmesi sonucunu doğurmamaktadır.

2577 sayılı Kanun'un "Tam yargı davalarında yetki" başlıklı 36. maddesinin (b) bendinde; zararın bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hiz-

<sup>81</sup> Danıştay 10.D., 30.01.2008, E:2006/5414, K:2008/318, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>82</sup> Danıştay 10.D., 05.05.2008, E:2006/4068, K:2008/3140, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

metten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş olması halinde yetkili mahkemenin hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer idare mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır.

Danıştay, Adana Emniyet Müdürlüğünde gözaltında bulunduğu sürede maddi ve manevi işkenceye maruz kaldığını ileri süren davacı tarafından, manevi tazminat ödenmesi istemiyle açılan davada; *“uyuşmazlığın; davacının Adana Emniyet Müdürlüğünde gözaltında bulunduğu süre içinde işkenceye maruz kaldığını ileri sürerek uğradığı manevi zararın tazminine ilişkin olduğu, dolayısıyla davanın görüm ve çözümünde, 2577 sayılı Yasanın 36/b maddesi uyarınca Adana İdare Mahkemesinin yetkili bulunduğu”* gerekçesiyle, uyuşmazlığı esastan inceleyerek karar veren Ankara İdare Mahkemesi'nin kararını yetki yönünden usule aykırı bularak bozmuştur<sup>83</sup>.

Farklı tarih ve yerlerde işkenceye maruz kalındığı iddiasıyla açılan davada Danıştay; davacı birden çok cezaevinde bulunmuş ise de sağlık durumunun yaşamını etkileyecek şekilde Bartın Cezaevinde bozulduğu anlaşılmakta olup, asıl zararının bu cezaevinde ortaya çıkması nedeniyle uyuşmazlığın görümü ve çözümünde yetkili ve görevli mahkemenin 2577 sayılı Yasanın 36/b maddesi uyarınca Zonguldak İdare Mahkemesi olduğuna karar vermiştir<sup>84</sup>.

### 3. Ceza Davasının Araştırılması

Yüksek Mahkeme, işkence yaptığı iddia edilen polis memurları hakkında açılan ceza davasının beraatle sonuçlanması hallerinde davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığını kabul etmektedir.

Polis karakolunda davacıların çocuğuna kötü muamele ve işkence yapıldığından bahisle uğranıldığı ileri sürülen manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; *“olayın failleri olan polis memurları hakkında Ceza Mahkemesinde dava açıldığı, ancak sanıkların beraatlerine karar verildiği, bu nedenle suçu sübuta ermeyen polis memurlarının davacıların çocuğuna kötü muamelede bulunduğundan söz edilemeyeceği, buna göre olayda davalı*

<sup>83</sup> Danıştay 10.D., 30.01.2008, E:2006/5414, K:2008/318, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>84</sup> Danıştay 10.D., 24.04.2007, E:2007/2547, K:2007/2170, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

*idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı*” gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen karar onanmıştır<sup>85</sup>.

İdare Mahkemesince hükme esas alınan ceza mahkemesi kararının Yargıtay tarafından bozulması üzerine yeniden bir karar verilmesi gerektiğine karar veren<sup>86</sup> Danıştay; işkence yaptığı iddia edilen emniyet görevlileri hakkında ceza mahkemesinde açılan davanın sonucunun araştırılmamasını ise eksik inceleme olarak kabul etmiştir<sup>87</sup>.

Temyizen incelenen kimi davalarda, işkence yaptığı iddia edilen kamu görevlileri hakkında ceza mahkemesinde dava açılıp açılmadığının Danıştay tarafından ara kararıyla sorulduğu, bu hususlara ilişkin bilgi ve belgelerin istenildiği görülmektedir<sup>88</sup>. Ayrıca, kamu görevlileri hakkında ceza davasıyla birlikte disiplin soruşturması açılıp açılmadığının sorulması yönünde kararlar da verilmektedir<sup>89</sup>.

Buna karşın, işkence yaptığı iddia olunan polis memuru hakkında Ağır Ceza Mahkemesinde açılan davanın sonuçlanmamış olmasının, kamu hizmetinin yürütülmesinde hizmetin kusurlu işletilip işletilmediğinin tespitine engel teşkil etmediği belirtilerek, olayın oluş biçimi ve ölüm sebebi göz önünde bulundurulurken davacıların yakınına işkence yapılmak suretiyle kamu hizmetinin kusurlu yürütüldüğü sonucuna varılan karar da bulunmaktadır<sup>90</sup>.

Söz konusu davada; dosya içindeki otopsi tutanağında belirtilen *“Künt Batın Travmasına Bağlı Dalak Rüptüründen Gelişen İç Kanama”* şeklindeki ölüm sebebinin ve olayın oluş biçiminin dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre; olayda, halkın can ve mal emniyetinin korunması şeklinde ortaya çıkan kamu hizmetinin düzenlenmesindeki yetersizlik, diğer yandan hizmet personeli üzerin-

<sup>85</sup> Danıştay 10.D., 27.11.2007, E:2005/1102, K:2007/5693, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>86</sup> Danıştay 10.D., 28.12.2007, E:2005/953, K:2007/6527, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>87</sup> Danıştay 10.D., 21.04.2009, E:2006/1969, K:2009/3068, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>88</sup> Danıştay 10.D., 11.04.2006, E:2006/1212; 27.11.2008, E:2008/10556, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>89</sup> Danıştay 10.D., 27.11.2008, E:2008/10556, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>90</sup> Danıştay 10.D., 12.10.1999, E:1997/3568, K:1999/4782, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

deki denetimin gereğince yapılmamış olması, hizmetin kötü işlemesi biçiminde hizmet kusurunu oluşturmaktadır.

#### 4. Sağlık Raporunun Bulunması

İşkence yapıldığı iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, bireylerin işkence yapıldığı iddiasını ispatlamaları oldukça zordur. Çünkü birey, idarenin yürüttüğü bir kamu hizmetini yerine getiren ve kamu gücünü kullanan görevliler tarafından işkence yapıldığını ileri sürmekte; bu iddiasını ispatlamak üzere yine idareye ait bir sağlık kurumuna başvurarak sağlık raporu almaya çalışmaktadır.

Bu durumu göz önünde bulunduran AİHM, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddialarının *"sağlam bir delille desteklenmesi gerektiğini"* Saltık ve Diğerleri/Türkiye kararında belirtmekte, fakat bu iddianın taraflardan herhangi biri tarafından ispatlanmasını şart koşmamaktadır. Özellikle, Algür/Türkiye ile Çolak ve Filizer/Türkiye kararlarında belirtildiği üzere, sağlık durumunu raporla belgeleyen kişilerin başvurularında, ispat yükümlülüğünün devlete geçtiği kabul edilmektedir<sup>91</sup>.

Mimtaş/Türkiye davasında; resmi makamların veya Devlet görevlilerinin kontrolü altında iken (örneğin, polis operasyonları veya askeri operasyonlar sırasında) yaralanmış kişiler bakımından ispat yükünün Devlete düştüğünü belirten AİHM; böylece, suçlanan tarafın, uygun ve ikna edici kanıtlarla kendisine karşı yapılan suçlamaları çürütme yükü altında olduğunu vurgulamıştır<sup>92</sup>.

Danıştay, işkence yapıldığını açıkça ve hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde kanıtlayan sağlık raporunun veya adli tıp kurumu raporunun bulunması durumunda, idare mahkemelerince tazminat isteminin kabulü yönünde verilen kararları onamaktadır<sup>93</sup>. Davacıların yakınının, idarece gözaltına alındığı dönemde işkence yapılmak suretiyle öldürüldüğünün Adli Tıp Kurumu raporu ile tespit edildiği,

<sup>91</sup> Çor, s.71.

<sup>92</sup> [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["işkence"\],"documentcollectionid2":\["Grandchamber","Chamber"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{), (E.T.12.12.2013)

<sup>93</sup> Danıştay 10.D., 26.01.2010, E:2008/5198, K:2010/88, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

olayda idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat isteminin kabulü yolunda verilen karar onanmıştır<sup>94</sup>.

Çağımızda en yüksek değer, insan haklarına saygı olmakla birlikte birçok insan hakkı ihlali yaşanmaktadır. Bu ihlaller açısından adli tıbbın önemli bir işlevi bulunmakta olup, bir kimsenin işkence görüp görmediğinin, dolayısıyla insan hakkı ihlali olup olmadığına ortaya çıkarılmasında, adli tıbbın vereceği rapor oldukça önemlidir<sup>95</sup>. 2569 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 2. maddesinde, Kurumun, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

İşkence yapıldığı iddiasıyla açılan tam yargı davasında, idare mahkemesince hükme esas alınan sağlık raporunun yeterli görülmemesi halinde, 2569 sayılı Kanun uyarınca adli tıp kurumundan rapor alınması gerektiği yönünde karar verilmiştir. Danıştay, idare mahkemesince hükme esas alınan rapor ile davacı hakkında düzenlenen diğer raporlar arasında çelişki bulunduğundan hareketle, Mahkemece hükme esas alınan raporun, davacıya işkence yapıp yapılmadığını açıkça ve hiç bir kuşkuya yer vermeyecek şekilde kanıtlayabilecek nitelikte olmadığı sonucuna varmış; ayrıca, davacının gözaltından çıktığı gün düzenlenen raporda imzası bulunan doktor tarafından, işkence belirtilerinin olduğu yönünde Ağır Ceza Mahkemesinde ifade verildiğini belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme, gerçek durumun açıkça ortaya konulabilmesi için gerek dosya içinde yer alan bilgi ve belgeler ile temyiz dilekçesinde belirtilen ve dosya içeriğinde yer almayan bilgi ve belgelerin getirilmesi, gerekse davacının bizzat gönderilerek muayene ettirilmesi suretiyle Adli Tıp Kurumu ihtisas dairesinde alınacak rapor doğrultusunda uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> Danıştay 10.D., 11.01.2007, E:2004/2216, K:2007/4, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>95</sup> Türk Hikmet Sami, "Adli Tıp, İnsan Hakları İhlalleri ve Terörle Mücadele", *Adalet Dergisi*, Y:2002, S:10, s.3.

<sup>96</sup> Danıştay 10.D., 22.12.2006, E:2004/2015, K:2006/7347, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Yukarıda belirtilen karar, işkence yapıldığı iddiasının temyiz makamı tarafından her yönüyle değerlendirildiğine örnek olarak gösterilebilecek ve idare mahkemelerine ışık tutabilecek nitelikte olup, işkencenin yapıp yapılmadığının ortaya çıkarılmasındaki Danıştay yaklaşımı insan hakları açısından ayrıca önem arz etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, işkenceye uğranıldığı iddiasının Adli Tıp Kurumu dışındaki bir sağlık kurumu raporu ile delillendirilmesi halinde, idari yargı yerince bu hususun da dikkate alınacağı kuşkusuzdur.

### 5. İşkencenin Bulunmadığına İlişkin Kararlar

İşkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, işkencenin sabit olduğu yolunda her türlü şüpheden uzak kanıtların bulunması ve zararlar idari eylem arasında illiyet bağının kurulması gerektiği kabul edilmektedir.

İşkence yapıldığı iddiasıyla açılan davalarda; *“dosyada, işkencenin sabit olduğu yolunda her türlü şüpheden uzak kanıtların bulunmadığı; bu durumda, davalı idareye atfedilebilecek bir kusurdan söz edilemeyeceği, zararlar idari eylem arasında illiyet bağının kurulamadığı”*<sup>97</sup>; *“davacının iddialarını kanıtlayamadığı, böyle bir olaya karışan kişinin emniyete götürülüp ifadesinin alınmasının doğal olduğu”* gerekçeleriyle davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararları onanmıştır<sup>98</sup>.

AİHM de Danıştay’ın yaklaşımına benzer şekilde, başvurucunun çelişkili ifadelerinin bulunması, alınan sağlık raporlarının gerçeği yansıtmaması halinde AİHS’nin ihlal edilmediğini kabul etmektedir. Erdagöz/Türkiye kararında, başvuranın çelişkili ifadeleri ve alınan raporların gerçeği yansıtmadığı ve kötü muamelenin bir delil sayılamayacağı belirtilmiştir. Mahkemeye göre; başvuranın, kötü muamele yaptığı iddia edilen polis memurları hakkında emniyette şikayette bulunduğu dair dosyada hiçbir belge bulunmamakta; olaydan iki gün sonra düzenlenen doktor raporunda yaraların ne zaman ve nasıl meydana geldiğine dair bir kayıt da bulunmamaktadır<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Danıştay 10.D., 20.11.2007, E:2005/8721, K:2007/5293, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>98</sup> Danıştay 10.D., 21.06.1994, E:1993/2690, K:1994/3030, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>99</sup> Çor, s.71.



İşkence sonucu uğranıldığı öne sürülen zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulmadığı durumlarda tazminat istemleri kabul edilmemektedir. Yakınlarının kimliği bilinmeyen kişi ya da kişilerce kaçırılıp, işkence yapılarak öldürülmesi nedeniyle açılan davada; *“davacılar murisini öldürenlerin veya öldürme sebebinin bilinmemesi nedeniyle zarar ile nedensellik bağı kurulabilen bir idari eylem saptanamadığı”* belirtilmiştir<sup>100</sup>.

Davacının, gözaltında tutulduğu sırada işkence gördüğünden bahisle açtığı davada; *“davacının yaralanma olayının davacının yakalanarak etkisiz hale getirilmesinden sonra polis memurlarının kötü muamelesi sonucu oluştuğu yolunda gerek dava dosyasında, gerekse ceza davasına ait dosyada herhangi bir bilgi, belge ve tanık ifadesinin bulunmadığı”* gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen karar onanmıştır<sup>101</sup>.

Yukarıda belirtilen İdare Mahkemesi kararındaki diğer bir gerekçe ise; *“kolluk kuvvetlerince davacının yakalanabilmesi için 2559 sayılı Yasanın 16. maddesinden kaynaklanan zor kullanma yetkisinin kullanımı sırasında davacının zarar görmesinin hizmet kusuru olarak nitelendirilemeyeceği”* şeklinde olup, kanaatimizce bu gerekçe yerinde değildir. Zira, idare tarafından, güvenlik hizmetinin yürütülmesi sırasında kullanılan kolluk gücünün, söz konusu hizmetin yerine getirilmesini sağlayacak ölçüde ve yeterlilikte kullanması gerekmekte olup, kolluk gücünün makul sınırları aşarak veya orantısız biçimde kullanılması durumlarında hizmet kusurunun meydana geleceği açıktır. Nitekim Danıştay’ın, benzer yönde kararı bulunmaktadır<sup>102</sup>.

## 6. İşkencenin Bulunduğuna İlişkin Kararlar

Danıştay kararında da belirtildiği üzere, işkence; bir insanlık suçu olup, işkenceye maruz kalan kişiler üzerinde ömür boyu süren etkiler bırakmakta ve kişilerin Devlete olan güvenini sarsmaktadır<sup>103</sup>. Devlet-

<sup>100</sup> Danıştay 10.D., 17.04.2003, E:2001/2685, K:2003/1446, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>101</sup> Danıştay 10.D., 04.02.2009, E:2006/165, K:2009/5646, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>102</sup> Danıştay 10.D., 28.02.2011, E:2007/2246, K:2011/795, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>103</sup> Danıştay 10.D., 06.07.2011, E:2009/11357, K:2011/2909, Danıştay UYAP Bilişim

lerin suç ile mücadele etmesi gerektiğinde kuşku olmamakla birlikte, bu mücadeleyi yürüten kolluk güçlerinin belli hak ve yetkileri kullanmaları sırasında hukukun dışına çıkmamaları zorunludur. Çünkü, hukukun dışına çıkılması ve güç kullanma yetkisinin kötüye kullanılması bir hak ihlalidir<sup>104</sup>.

Kolluk güçlerinin kanunla kendilerine verilen hak ve yetkilerini kötüye kullanmamaları, kanunla tanımlanan görev alanı dışına çıkmamaları gerektiği vurgusunun yer aldığı bir kararda; olayda davacının gözaltı süresince kolluk kuvvetince yapılan sorgulamasında kötü muamele ve işkenceye maruz kaldığı hususunun adli tıp raporu ve dosyadaki diğer bilgi ve belgeler uyarınca sabit olması nedeniyle manevi tazminata hükmedilmiştir<sup>105</sup>.

Danıştay, kamu düzeninin korunması amacıyla alınan önlemler sırasında, kolluk güçlerinin amacını aşar ve orantısız biçimde kullandıkları yetki nedeniyle bireylerin zarar görmesi durumunda uğranılan zararın tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

Davacının, polis memurlarınca bir bankanın deposuna sokularak kendisine işkence ve kötü muamelede bulunduğu iddiasıyla açılan davada; ellerindeki pankart sopalarını kullanarak güvenlik güçleri ile arbedeye girmesi üzerine etkisiz hale getirilen eylemcilerden davacının, iki polis memuru tarafından bankaya ait bir depoya götürülerek darp edildiği, gözlüğünün kırıldığı, dolayısıyla davalı idarenin personelinin kusurundan meydana gelen zararı ödemekle yükümlü olduğu gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilmiştir<sup>106</sup>.

Devletin, işkence ve kötü muamele yasağı karşısındaki aktif tutumu, işkenceyi önleme ve etkin soruşturma yapmasını gerektirir. Bu bağlamda Devlet, kolluk gücünü kullanan kamu görevlileri aracılığıyla yalnızca işkence ve kötü muamele yapmamakla kalmayıp bireylerin işkenceye ve kötü muameleyle maruz kalmamaları amacıyla gerek-

---

Sistemi.

<sup>104</sup> Aycı Emrullah, "Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi ve İşkence Yasağı", *Yargıtay Dergisi*, C:33, S:1-2, Ocak-Nisan 2007, s.186.

<sup>105</sup> Danıştay 10.D., 06.02.2009, E:2006/1212, K:2009/652, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>106</sup> Danıştay 10.D., 28.02.2011, E:2007/2246, K:2011/795, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

li her türlü tedbiri etkin bir biçimde almalıdır<sup>107</sup>. Devletin bu görevi, aynı zamanda işkenceyle ilgili BM Sözleşmesi'nin 2 nci maddesinin ilk fıkrasındaki, "Sözleşme'ye Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili kanuni, idari ve adli veya başka tedbirleri alacaktır" hükmünün gereğidir.

Anayasa Mahkemesi; Devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usuli yönü bulunduğunu; bu usul yükümlülüğü çerçevesinde Devletin, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütmek durumunda olduğunu; bu tarz bir soruşturmanın temel amacının, yaşam hakkını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap vermelelerini sağlamak olduğunu belirtmiştir<sup>108</sup>.

Danıştay da; işkenceyi önleme konusunda Devletin üzerine düşen görevleri gereği gibi yerine getirmemesini idarenin ağır hizmet kusuru olarak kabul etmektedir<sup>109</sup>. Yargıtay'ın, davacılar yakınının gözaltında iken işkence yapılarak ölümüne neden olduğundan bahisle görevli polis memurlarının hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin ceza mahkemesi kararını, işkence yapıldığına ilişkin yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle bozmasına karşın; Danıştay, olayda davacılara manevi tazminat ödenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Dava konusu olayı, Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkına yönelik yukarıda yer verilen yaklaşımına benzer şekilde değerlendiren Danıştay, işkence yapıldığı yönünde bir tespitle bulunmaksızın; davacılar yakınının faili meçhul bir suçun soruşturması kapsamında ailesine ve Cumhuriyet Savcısına haber verilmeksizin mevzuata aykırı bir şekilde gözaltına alınmasını ve bir gün süreyle gözaltında tutulduktan sonra salıverme işlemleri yapıldığı sırada büroda iki kez düşerek şiddetli şekilde kafasını yere çarpmasına karşın, görevli polis memurlarınca

<sup>107</sup> Aydı, s.196.

<sup>108</sup> Anayasa Mahkemesi, 04.12.2013, B.No: 2013/1942, 27.12.2013 tarihli ve 28864 sayılı Resmi Gazete.

<sup>109</sup> Danıştay 10.D., 06.07.2011, E:2009/11357, K:2011/2909, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

yeterli özen gösterilmeksizin 2-3 saat beklendikten sonra hastaneye götürülmesi nedeniyle davacılar yakınının kafa travmasına bağlı komplikasyon sonucunda ölmesini, kamu görevlilerinin ağır ihmali ile görevlerini yerine getirmemeleri yönünden ağır hizmet kusuru kabul etmiştir<sup>110</sup>.

Gözaltına alınan davacıya işkence yapıldığının adli tıp kurumu raporuyla ortaya konulduğu bir diğer davada; davalı İçişleri Bakanlığının, kamu düzenini ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerini korumakla görevli olduğu, kamu hizmetini yürüten personelini yeteri kadar denetlememesi nedeniyle olayda hizmetin kötü işlemesi biçiminde hizmet kusuru bulunduğu kabul edilmiştir<sup>111</sup>. Benzer yöndeki bir gerekçeye ileriki tarihli bir kararda da yer verilmiştir<sup>112</sup>.

AIHM'in, AIHS'nin 3. maddesiyle ilgili yerleşmiş içtihadına göre, bir kişinin polis tarafından gözaltına alındığı zaman sağlıklı, fakat salıverildiği zaman yaralı olduğu tespit edilmiş ise, o kişinin nasıl yaralandığı hususunda mantıklı ve kabul edilebilir bir açıklama getirme yükümlülüğü ilgili devlete verilmiştir. Bu tür davalarda başvurucudan beklenen, işkence nedeniyle meydana geldiğini iddia ettiği yaralanmanın gözaltına alınmadan önce meydana gelmediğini ispatlamasıdır<sup>113</sup>.

Danıştay da, AIHM'in içtihadına benzer şekilde, davacının gözaltına alınmasından önce vücudunda yaralanma olduğu yönünde davalı idarece ortaya bir bilgi ve belge konulmaması halinde işkencenin var olduğuna kanaat getirmektedir.

Davacının, gözaltına alındıktan sonra hakkında düzenlenen adli raporda, her iki bacak ön yüzünde birer adet künt cisim travmasına bağlı yüzeysel lezyonlar olduğu, başkaca bir lezyon bulunmadığının belirtildiği; söz konusu hususların, davacının ifadesinin alınmasın-

<sup>110</sup> Danıştay 10.D., 20.01.2009, E:2008/10556, K:2009/27, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>111</sup> Danıştay 10.D., 12.10.1999, E:1997/3568, K:1999/4782, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>112</sup> Danıştay 10.D., 28.03.2007, E:2004/10346, K: 2007/1548, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>113</sup> Çor, s.70.

dan önce de var olduğunun idarece bir raporla tespit edilmemesi nedeniyle ifadenin alındığı sırada oluştuğu kanaatine varılarak manevi tazminat istemi kabul edilmiştir<sup>114</sup>. Benzer bir kararda da, *“davacının gözaltına alınmasından kısa bir süre sonra saptanan arızaların davacının gözaltına alınmasından önce de bulunduğu hususunun idarece bir raporla tespit edilmediği gibi, böyle bir savunmada da bulunulmadığı”* gerekçesine yer verilmiştir<sup>115</sup>.

### 7. Manevi Tazminat Miktarı

İdari yargıda manevi tazminata değinmeden önce, manevi tazminatın hukuki niteliği konusundaki yaklaşımları belirtmekte fayda bulunmaktadır. Manevi tazminatın hukuki niteliği konusunda öğretilerde farklı görüşler öne sürülmekle birlikte, *“ceza görüşü”*, *“telafi görüşü”* ve *“tatmin görüşü”* olmak üzere üç temel görüş öne çıkmaktadır<sup>116</sup>.

Manevi tazminatın hukuki niteliğinin ceza olduğu görüşünde olanlara göre, manevi tazminatın esas görevi failin cezalandırılması olup, failden bir miktar para alınması yoluyla onun cezalandırılması amaçlanmaktadır. Bu görüşte olanlar gerekçelerini kusura dayandırmakta ve önemli olanın, failin kusuru olduğunu belirtmektedir<sup>117</sup>. Manevi tazminatın özel hukuk niteliği taşıdığı görüşünde olanlara göre, manevi tazminatın amacı; kişilik haklarının saldırıya uğraması nedeniyle duyulan elem ve acının ortadan kaldırılması ve mağdurun bozulan ruhsal dengesinin yeniden kurulmasıdır<sup>118</sup>.

Doktrinde daha ziyade kabul gören *“tatmin görüşü”*nü savunanlara göre; kişinin malvarlığında bir eksilmenin doğmadığı, manevi tazminata yol açan olaylarda, kişiye miktar olarak ölçülemeyen maddi veya manevi bir acı verildiği ya da kişinin toplum içinde küçük düşü-

<sup>114</sup> Danıştay 10.D., 28.02.2011, E:2007/2246, K:2011/795, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>115</sup> Danıştay 10.D., 29.04.1998, E:1996/8578, K:1998/1734, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>116</sup> Kılıçoğlu Mustafa, Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, Bilge Yayınevi, 3. Bası, İstanbul 2012, s.107.

<sup>117</sup> Kılıçoğlu Ahmet M., *“Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”*, Ankara Barosu Dergisi, S:1984/1, s.15-17.

<sup>118</sup> Kılıçoğlu Ahmet M., s.17.

rülmesinin söz konusu olduğu; manevi tazminatın amacının bu acıyı unutturmak, küçük düşürülen kişinin toplum içinde sarsılan itibarını yeniden düzeltmeye çalışmak olduğu ve dolayısıyla, manevi tazminatın bir tatmin niteliği taşıdığı şeklindedir<sup>119</sup>. Diğer bir ifadeyle, manevi tazminatın ayırıcı veya baskın niteliği, zarar görenin ya da yakınlarının iç huzurunun kısmen tatmin edilmesidir<sup>120</sup>.

İdari yargıda manevi tazminata hükmolunması, özel hukuktakine göre geç ve yavaş kabul edilmiştir. Manevi tazminatın idari yargıda ağır ve geç kabulünün nedeni; manevi zararın, “gerçekleşmiş olma” dışındaki unsurlarının “takdiri” ve “varsayıma dayalı” olmasına bağlanmaktadır<sup>121</sup>.

ESİN, idari yargıda manevi tazminatın gerçekte bir tazmin aracı olmayıp tatmin aracı olduğunu; manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı, elem, ıstırap, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adı altında bir miktar para verilerek, kişinin bu yoldan tatmin edilmesinin sağlandığını belirtmektedir<sup>122</sup>.

Danıştay da, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, manevi tazminatın bir tazmin aracı değil tatmin aracı olduğu görüşündedir. Danıştay’a göre manevi tazminat; patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracı olup, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar<sup>123</sup>.

İdari yargıda, “ölüm”, “bedensel zarar” ve “kişilik haklarına saldırı” durumlarında manevi tazminata karar verilmektedir. Danıştay’ın bu konuda özel hukuk kurallarından yararlandığı, en azından bunlara koşut bir çizgi izlediği gözlemlenmektedir.<sup>124</sup>. Yüksek Mahkeme,

<sup>119</sup> Gönen K. Eren, “İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi”, *Danıştay Dergisi*, Y:34, S:108, 2004, s.24.

<sup>120</sup> Kılıçoğlu Mustafa, s.115.

<sup>121</sup> Akıllıoğlu Tekin, “Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C:22, S:2, s.107, Ankara 1989.

<sup>122</sup> Esin, s.450.

<sup>123</sup> Danıştay 10.D., 06.07.2011, E:2009/11537, K: 2011/2909, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>124</sup> Akıllıoğlu, “Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi”, s.107.

koşulların bulunması halinde, beden bütünlüğü bozulan veya yakınlarından biri ölen ya da kişilik hakları yönünden saldırıya uğrayan kişilere manevi tazminat vermekte duraksama göstermemektedir<sup>125</sup>.

Manevi tazminata hükmedilmesi durumunda, tazminat miktarının belirlenmesinde *“somut veriler”*e dayanılmasının mümkün olmayacağı açıktır. Bu noktada, tazminat miktarını belirleme yetkisi en geniş şekilde hâkimin takdirine bırakılmıştır<sup>126</sup>. Bununla birlikte; özellikle manevi zarar ve tazminat hesaplamalarında Danıştay, emsal olaylardan yararlanmakta ve karşılaştırma yoluna gitmektedir. Çoğunluk ve azlık oylarında, *“takdire”* yapılan hesaplamalarda, olaylar, zararlar ve tazminat miktarı arasındaki rakamsal oranların izlenmesi gerektiği ısrarla dile getirilmekte, aksine davranış azlıkta kalan yargıçlar tarafından eleştirilmektedir<sup>127</sup>.

İşkenceye uğranıldığı iddiasıyla 50.000 TL manevi tazminat istemiyle açılan davada; İdare Mahkemesi, davacının uğramış olduğu insanlık dışı muameleden dolayı tedavi gördüğü, psikolojik ve ruhsal yönden dengesinin bozulduğunu belirterek takdiren 5.000 TL manevi tazminatın kabulüne karar vermiş, bu karar oyçokluğuyla onanmıştır. Azlıkta kalan üyeler ise *“Dava konusu olayda, idarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarının, duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı görülmektedir.”* gerekçesiyle onama kararında azlıkta kalmıştır<sup>128</sup>.

Anılan karardaki, *“davacının uğramış olduğu insanlık dışı muameleden dolayı tedavi gördüğü, psikolojik ve ruhsal yönden dengesinin bozulduğu”* yönündeki gerekçe bile, davacılar lehine hükmedilen manevi tazminat miktarının yetersizliğini göstermekte olup; davanın işkence nedeniyle açılmış olması da dikkate alındığında, azlıkta kalan üyelerin gerekçesinin yerinde olduğu kanaatindeyim.

<sup>125</sup> Esin, s.450.

<sup>126</sup> Gönen, s.33.

<sup>127</sup> Güran Sait, *“Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması”*, *İdare Hukuku Alanında Sorumluluk*, Fakülteler Matbaası İstanbul 1980, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2758, Hukuk Fakültesi No:622, s.162.

<sup>128</sup> Danıştay 10.D., 21.02.2006, E:2005/5358, K:2007/5450, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Manevi tazminatın miktarı, hem saldırıya maruz kalanın duyduğu acı ve üzüntünün bir nebze de olsa giderilmesini sağlayacak hem de zenginleşmeye yol aşmayacak şekilde belirlenmelidir<sup>129</sup>. İşkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında manevi tazminata yönelik aynı yaklaşımın gösterildiği anlaşılmaktadır. Danıştay'a göre; manevi tazminatın, niteliği gereği zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir<sup>130</sup>.

Öte yandan, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde somut verilere dayanılmasına olanak bulunmasa da, bazı objektif ölçütlerden yararlanılması gerektiği de savunulmaktadır<sup>131</sup>. Bu bağlamda, manevi tazminat miktarının saptanmasında belirli kriterler geliştiren Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), davacılar ve yakınları yönünden her yıl "tarife" şeklinde belirli manevi tazminat miktarları tespit etmekte, bu miktarlar ölüm ve çeşitli bedensel sakatlanmaların özelliği ve niteliğine göre farklılık göstermektedir. Manevi tazminat konusunda AYİM'in, idare hukukunun geniş, esnek ve giderimci yaklaşımı ile konuya eğildiği belirtilmektedir<sup>132</sup>. Buna karşın, AYİM'in yukarıda belirtilen uygulaması, manevi tazminat tutarlarının saptanması için "tarife" yapılamayacağı, tazminat miktarının olaydan olaya değişen bütün durum ve koşulların değerlendirilmesi suretiyle belirlenmesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>133</sup>.

Tam yargı davalarının tümüne yönelik olarak, uyuşmazlık konusu her olayın oluş biçiminin ve özelliklerinin birbirinden farklı olması nedeniyle, AYİM tarafından uygulanan şekilde bir tarifenin belirlenmesi uygun gözükmede de, en azından işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında aynı miktarlarda manevi tazminata hükmedilmesi, hem hakkaniyet yönünden hem de rücu nedeniyle kamu görevlilerinin işkenceye başvurmasını caydırması yönünden daha isabetli olacaktır.

<sup>129</sup> Gönen, s.35.

<sup>130</sup> Danıştay 10.D., 13.02.2006, E:2003/4818, K:2006/1231, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>131</sup> Gönen, s.35.

<sup>132</sup> Özgüldür Serdar, "İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması", *AYİM Dergisi*, S:11, Ankara 1997, s.26-27.

<sup>133</sup> Gönen, s.35.



Tam yargı davasının hukuki niteliği yönüyle idari yargıda manevi tazminata bakılacak olursa; tam yargı davası, yalnızca idarenin uygulamasıyla zarara uğradığını öne süren bireyin zararının aritmetiğini konu edinen bir *“hesaplama işlemi”* değil, aynı zamanda idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım mekanizmasıdır<sup>134</sup>.

Bu yaklaşıma benzer şekilde Danıştay, polis karakolunda işkence yapılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; *“tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir.”* gerekçesine yer vererek idare mahkemesince hükmolunan manevi tazminat miktarını yetersiz bulmuştur<sup>135</sup>.

Tazminat miktarının hesaplanmasından önce üzerinde durulması gereken asıl konu, hesaplanacak tazminatın neyi kapsayacağı hususudur. Çünkü, hesaplamanın doğru yapılabilmesi, tazminatın kapsamının sağlıklı belirlenmesine sıkıca bağlıdır<sup>136</sup>. Hâkim, olayın özelliğine göre, yapılan saldırının niteliği, mağdurun kişisel durumu ve özellikleri, duyulan fiziksel ve/veya manevi acı, elem ve üzüntüyü göz önünde bulundurarak manevi tazminatın miktarını belirleyecektir<sup>137</sup>.

Kişinin birel, öznel durumunda ve ruhsal yaşamında gerçek zararını saptamak ve bunu tazminatla gidermek aynı derecede olanaksızdır. Bu noktada Danıştay iki açıdan konuyu ele almaktadır. Birincisi, davacı veya davacıların zaman itibarıyla hem *“çektiği, katlandığı, duyduğu”*, hem de ileride *“çekeceği, katlanacağı ve duyacağı”* manevi zararlar tazmin edilmektedir. İkincisi, hükmolunan manevi tazminat, meydana gelen zararı bütünüyle karşılayıcı olmayıp, çekilen elem ve üzüntünün *“silinmesi imkânsız”* olmakla birlikte, uğranılan ıstırapı *“kısmen olsun telafi etmek”* üzere mağdur olan davacı veya davacılara yapılan

<sup>134</sup> Güran, s.152.

<sup>135</sup> Danıştay 10.D., 21.11.2007, E:2005/5392, K:2007/5451, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>136</sup> Güran, s.153.

<sup>137</sup> Gönen, s.35.

ödemedir<sup>138</sup>. Yüksek Mahkeme de, işkence iddiasıyla açılan bir tam yargı davasında manevi tazminatın, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçladığını belirtmiştir<sup>139</sup>.

Manevi tazminat miktarının hesaplanmasında Danıştay'ın başvurduğu yöntemlerden biri de, objektif ve ortak esaslarla, ölçütler dikkate alınarak belirlenen zarar ve tazminat miktarlarının, "zarar görenin durumu" ve olayın "özel" koşullarına göre arttırılıp indirilmesidir. Hesaplamayı etkileyen bu "özel ve birel" etmenlerden bazıları şunlardır: Zarar görenin mesleki ve sosyal durumu, olayın oluş biçimi ve sonuçları<sup>140</sup>.

Danıştay, faili belli olmayan adam öldürme suçundan dolayı gözaltına alınan ve işkence sonucu ölen kişinin çocuğu hakkında hükmedilecek manevi tazminat miktarında "zarar görenin durumu" ölçütünün dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir. Davalı idarenin ağır kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alınarak, ölenin çocuğu olan davacı yönünden mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarı, duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığından yetersiz bulunmuştur<sup>141</sup>.

Tazminat miktarının hesaplanmasında asıl hedef, "gerçek" zararın "gerçekçi" biçimde "tam" tazmin ve telafi edilmesi olmalıdır. İdari yargı tarafından, tüm hesaplama esasları ile yöntemleri, her davada o davanın özellikleri de göz önünde tutularak, belirtilen hedefe ulaşılmasını sağlayacak doğrultuda uygulanmalıdır<sup>142</sup>.

Danıştay, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarına yönelik yaptığı temyiz incelemesinde manevi tazminat miktarlarını, gerçek zararın tazmin edilmesi yönünden irdelemekte ve mahkemelerce hükmolunan tazminat miktarlarını kimi zaman az bulmaktadır.

<sup>138</sup> Güran, s.157.

<sup>139</sup> Danıştay 10.D., 28.09.2010, E:2007/5028, K:2010/6974, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>140</sup> Güran, s.162.

<sup>141</sup> Danıştay 10.D., 28.09.2010, E:2007/5028, K:2010/6974, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>142</sup> Güran, s.167.

Manisa Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü'nde işkence yapıldığı iddiasıyla 25.000 TL manevi tazminatın ödenmesi istemiyle açılan davada hükmolunan 10.000 TL manevi tazminat miktarı yetersiz bulunmuştur. Danıştay'a göre; idarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarı, duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde görülmemektedir<sup>143</sup>.

Buna karşın, aynı tarihlerde temyizden incelenen diğer bir davada verilen manevi tazminat miktarı yerinde görülmüştür. Davacının, ifadesi alınmak üzere çağrıldığı polis karakolundan ifadesi alınmaksızın polis minibüsüne bindirilerek Kaçakçılık ve Organize Suç Masası Müdürü'nün çalıştığı prefabrikte götürülerek çok ağır küfür, tehdit ve yarım saat kadar başına yönelik darbelerle vurularak ağır işkence ve kötü muameleye tabi tutulduğundan bahisle uğranıldığı ileri sürülen 50.000 TL manevi tazminat istemiyle açılan davada; idare mahkemesince manevi tazminat isteminin 5.000 TL'lik kısmının kabulü yönünde verilen karar onanmıştır<sup>144</sup>.

Her ne kadar iki olayın oluş şekli farklı olmakla birlikte, işkencenin insanlığa karşı işlenmiş bir suç olması özelliği de dikkate alındığında; aynı tarihlerde hükmolunan manevi tazminat miktarları arasında belirgin farkın olmaması gerekirdi. İkinci olayda hükmolunan manevi tazminat miktarı, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde değildir.

Nitekim, gözaltına alındığı sırada işkence gördüğü iddiasıyla 15.000 TL manevi tazminat istemiyle açılan davada; davacının işkence ve kötü muameleye maruz kaldığı hususu, Adli Tıp Kurumu raporu ile işkence yapan polis memurları hakkında verilen ceza mahkemesi kararından anlaşıldığı belirtilerek; *"olayın oluş şekli ve niteliği göz önünde bulundurulduğunda istenilen miktarının da makul olduğu"* gerek-

<sup>143</sup> Danıştay 10.D., 13.02.2006, E:2003/4818, K:2006/1231, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>144</sup> Danıştay 10.D., 21.02.2006, E:2005/5358, K:2006/5450, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

çesiyle tazminat isteminin tamamının kabulü yolunda verilen karar onanmıştır<sup>145</sup>.

Davacı tarafından, polis karakolunda işkence yapılması nedeniyle uğranılan 10.000 TL manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, 2.000 TL manevi tazminatın kabulü yönünde verilen karar, tazminat miktarı yetersiz bulunarak bozulurken<sup>146</sup>; davacının, kan gütmek saikiyle adam öldürmeye azmettirmek suçundan gözaltına alındığı sırada işkence gördüğünden bahisle uğranılan 20.000 TL manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, manevi tazminat isteminin 5.000 TL'lik kısmının kabulü yönünde verilen karar onanmıştır<sup>147</sup>.

## 8. Rücu

Çoğu insan hakları antlaşmalarında, işkence tanımlanırken bunun açıkça bir devlet eylemini gerektirdiği belirtilmektedir<sup>148</sup>. Devlet eylemini gerçekleştiren fail, bizzat devlet görevlisi olabileceği gibi, onların kullandıkları başka kişiler de olabilir<sup>149</sup>. Diğer bir ifadeyle, işkence, yetkili otoritenin bir temsilcisi tarafından ya da onun onayıyla yapılmış olmalıdır. Bununla birlikte, işkence ile ulaşılmak istenen amaç dikkate alındığında işkencenin başlıca aktörlerinin ceza soruşturması sürecinde yer alan görevliler ve devletin güvenliğinden sorumlu memurlar olduğunu saptamak olanaklıdır<sup>150</sup>.

Rücu, bir ödemede bulunan kişinin, yaptığı ödemeyi kısmen veya tamamen ödemeyi yapması gereken kişilerden talep etmesi şeklinde tanımlanabilir. Kamu görevlisine rücu konusu ise, idarenin, zarar gören üçüncü kişiye tazminat ödemesi durumunda, zarara sebep olan eylem veya işlemde kişisel kusuru bulunan kamu görevlisinden kusuru oranında ödediği bu tazminatın istenmesidir. Rücu için uygulanan durumun, yarışan iki sorumluluktan birinin diğerine tercih edilmesi ya da birlikte sorumluluk hali olduğu ifade edilmektedir<sup>151</sup>.

<sup>145</sup> Danıştay 10.D., 28.03.2007, E:2004/10346, K:2007/1548, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>146</sup> Danıştay 10.D., 21.11.2007, E:2005/5392, K:2007/5451; benzer yönde 10.D., 21.11.2007, E:2005/5390, K:2007/5449, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>147</sup> Danıştay 10.D., 20.01.2009, E:2008/10556, K:2009/27, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>148</sup> Harper, s.906.

<sup>149</sup> Malkoç, s.22.

<sup>150</sup> Doğan ve Seven, s.94.

<sup>151</sup> Turgut Tuğba, "İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu", *Adalet Dergisi*, S:39, Y:2011, s.188.

Kamu görevlileri tarafından işkence yapılması nedeniyle bireyin zarara uğraması durumunda, bu zararın karşılanmasına yönelik Anayasada ve Devlet Memurları Kanunu'nda bir kısım düzenlemeler yapılmıştır. Anayasanın "Yargı Yolu" başlıklı 125/1. maddesinde; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilerek, idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerine karşı bireyler hukuki koruma altına alınmıştır.

Kamu görevlilerine rücuya ilişkin olarak ise, Anayasanın 40/3. maddesinde; *"Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."*; 129/5. maddesinde; *"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."* hükümleri yer almaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da kamu görevlisi tarafından neden olunan zarar dolayısıyla rücuya ilişkin hükümler düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanun'un "Kişilerin uğradıkları zararlar" başlıklı 13. maddesinde, 26.3.2002 tarihli ve 4678 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle; işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçlarını işleyerek ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde tazminata hükmedilmesine neden olan personele söz konusu tazminat için rücu edileceğine ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; *"İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır."*

Devlet Memurları Kanunu'nda yapılan değişiklikle yapılan bu yeni düzenleme karşısında, AIHS'nin 3. maddesinin ihlali nedeniyle Türkiye'nin başvurucuya tazminat ödemesi durumunda, ödenen bu tazminat için ihlale neden olan kamu görevlisine rücu yoluna gidilmektedir. Ancak, bu düzenleme yalnızca Sözleşmenin 3. maddesiyle sınırlı tutulmuş olup, bu madde dışındaki maddelerden kaynaklanan ihlalle ilgili hükmedilen tazminatın ödenmesi durumunda 657 sayılı Kanun'un 13/2 maddesi uygulanmayacaktır<sup>152</sup>.

<sup>152</sup> Özbey Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Yargılamanın Yeni-

Bununla birlikte, yukarıda belirtilen düzenlemenin, işkenceyi önlemede yetersiz olduğu ve etkili bir tedbir olarak değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır. SANCAR, AİHM'in, esas olarak failin değil ihlal vak'asının saptanması üzerine kurulmuş bir yargılama süreci içinde karar verdiğini, yalnızca devletin davalı olarak gösterilebilmesinin de, Sözleşme sisteminin failden çok ihlale neden olan fiilin saptanması fikrine dayandığının hem göstergesi hem de olağan sonucu olduğunu; bu haliyle de failin, daha doğrusu rücu edilecek personelin AİHM kararına bakılarak belirlenmesinin, çoğu zaman mümkün olmayacağını ifade etmektedir<sup>153</sup>. SANCAR'ın bu düşüncesine karşın, söz konusu düzenleme, kamu görevlilerinin işkenceye başvurmalarını caydıracağından kuşkusuz isabetli olmuştur.

Öte yandan, anılan Kanun maddesiyle ilgili bir diğer husus da rücu hakkının "saklı" olduğunun ifade edilmesi nedeniyle, idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. AKYILMAZ; bu maddenin, yalnızca üçüncü kişi açısından davalıyı göstermediği, aynı zamanda personelin sorumluluğunu da düzenlediği; ayrıca maddenin gerekçesinde personelin verdiği zarardan dolayı sorumluluğunun devam ettiği ifade edildiğinden, buradan çıkan anlamın idarenin rücu konusunda takdir yetkisinin olmaması gerektiği görüşündedir<sup>154</sup>.

Danıştay, işkence ile ilgili olarak açılan tam yargı davalarında Anayasa'nın 129/5. maddesini "kişisel kusur" ve "görev kusuru" kavramlarıyla birlikte değerlendirdiğinden<sup>155</sup>, bu noktada "kişisel kusur" ve "görev kusuru" kavramlarını açıklamak yerinde olacaktır.

Rücunun dayanağı olan Anayasanın 40/2 ve 129/5 hükmü ile 657 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca rücu, ancak kişisel kusurun varlığı halinde mümkündür<sup>156</sup>. Kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olma-

---

lenmesi ve Kamu Görevlisine Rücu Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, S:1-2, C:36, Y:2010, s.98.

<sup>153</sup> Yalçın Sancar Türkan, "İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ekim Aralık 2002, s.160.

<sup>154</sup> Akyılmaz Bahtiyar, "İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.1046.

<sup>155</sup> Danıştay 10.D., 06.02.2009, E:2006/1212, K:2009/652, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>156</sup> Akyılmaz Bahtiyar, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:LXIX, S:1, 2011, s.73.

yan kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurunu oluşturur ve idarenin sorumluluğuna yol açmaz. Diğer bir ifadeyle, kamu görevlilerinin görevleri dışında ve resmi sıfatlarından kesin bir biçimde ayrılan kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurlarını oluşturmakta olup, bu durumda idarenin değil fakat kamu görevlilerinin haksız fiil esaslarına göre sorumlu olmalarını gerektirmektedir<sup>157</sup>.

Bundan öte, kamu personelinin, resmi yetki ve görevin sağladığı olanaklardan yararlanmak suretiyle gerçekleştirdiği, suç oluşturan, idare işlevi dışına çıkar görünümündeki eylemleri ise görev kusuru kabul edilmekte; hizmet ve kişisel kusurun iç içe geçmesinden dolayı, kamu personelinin bu eylemlerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle idare birinci derecede sorumlu sayılmaktadır. Tabi ki, belirtilen hukuki sorumluluğun gereğini yerine getiren idare, kamu personeline rücu edebilmektedir<sup>158</sup>.

Bu açıklamalardan sonra, Danıştay'ın, işkence iddiasıyla açılan bir tam yargı davasında, hükmolunan tazminatın sorumlu personele rücu edilmesi gerektiğine ilişkin yaptığı değerlendirmeyi belirtmek gerekir.

Cinayet soruşturması nedeniyle 3 gün süreyle gözaltında tutulan davacı tarafından açılan davada; Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasındaki hükmün emredici bir kural olduğu ve Anayasanın sözü edilen maddesindeki "*kendilerine rücu edilmek kaydıyla*" ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatın yasal yollara başvurulması ilgili kamu görevlisinden tahsil edilmesini amaçladığı vurgulanmıştır. Söz konusu kararda; gözaltında bulunduğu sürece davacıya kötü muamelede bulunan ve işkence yapan ilgililerin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesinin Anayasa hükmü gereği olduğu belirtilmiştir<sup>159</sup>.

<sup>157</sup> Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s.374.

<sup>158</sup> Ünlüçay Mehmet, "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", *Danıştay Dergisi*, Y:28, S:94, 1998, s.5.

<sup>159</sup> Danıştay 5.D., 03.06.2008, E:2007/7369, K:2008/3234, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Danıştay'ın, sorumlu personele rücu edilmesine ilişkin yaklaşımını ortaya koyan bir diğer kararında, "Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir." ve "rücu kurumunun işletilmesi, kamu görevlisinin kişisel kusurunun doğurduğu zararların yine kendisi tarafından karşılanması ve yargı kararının uygulanmaması ya da etkisiz bırakılması gibi hukuka aykırı eylem ve işlemlerden titizlikle kaçınılmasını amaçlar." saptamalarına yer verilmiştir.

Olayda; AİHM tarafından davacılara ödenmesine hükmedilen manevi tazminat, hak sahiplerine Hazine adına ödenmiş, ancak sorumlu personele rücu edilmemiştir. Yüksek Mahkemeye göre; kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminatın devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceğinden, her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler<sup>160</sup>.

## 9. Faiz

Danıştay, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında ilk başta manevi tazminata faiz yürütülmemesi yönünde karar vermekte, davacıların manevi tazminata faiz yürütülmesi gerektiği yönündeki temyiz istemlerini reddetmekteydi<sup>161</sup>. Yüksek Mahkeme, manevi tazminata faiz yürütülmemesini şu gerekçeye dayandırmaktaydı: "Kişinin manevi varlığının ihlalini ölçüye vurmak ve manevi kayıplarını tümüyle gidermek olanaksızdır. Manevi tazminatın bu niteliği göz önünde tutulunca maddi tazminat gibi bunu da aynı ölçüler içinde değerlendirmeye tabi tutmakta, davacının malvarlığında bir eksilme varmışçasına manevi tazminata faiz yürütülmemesinde isabet olacağı açıktır."<sup>162</sup>

<sup>160</sup> Danıştay 10.D., 22.12.2006, E:2004/1690, K:2006/7348, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>161</sup> Danıştay 10.D., 12.10.1999, E:1997/3568, K:1999/4782, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>162</sup> Danıştay 10.D., 23.06.1982, E:1982/235, K:1982/1765, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.



Danıştay'ın diğer bir gerekçesi şu yöndedir: *“Başka türlü giderim yollarının bulunmaması veya yetersiz kalışı nedeniyle manevi tazminatın değerinin parasal olarak belirlenmesi manevi tazminata faiz yürütülmesini haklı kılacak bir neden değildir. Buna göre, belli bir zarar karşılığı olmayıp, olay nedeniyle duyulan üzüntünün kısmen giderilmesi amacını taşıyan manevi tazminata, özelliği nedeniyle faiz yürütülmesine olanak yoktur.”*<sup>163</sup>

Danıştay'ın bu yaklaşımı, idari yargıda uygulanan yasal ve içtihadı ilişkili birtakım yargılama hukuku prensiplerinden dolayı kaçınılmaz olarak bazı hak kayıplarına yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bunlardan KAPLAN, manevi tazminat isteminde bulunan davacının, haklı olarak, tazminat miktarını hükmün verileceği tarihe göre değil, davayı açacağı tarihe göre belirleyeceğini ifade etmektedir<sup>164</sup>.

Gerçekten, idari yargıda taleple bağlılık kuralı<sup>165</sup>, davacının gerçek zararının tazmin edilmesini engellemekte, manevi tazminata faiz yürütülememesi halinde davanın açıldığı tarih ile kararın verildiği tarih arasında parasal anlamda meydana gelebilecek hak kaybı telafi edilememektedir. Yüksek Mahkemenin, manevi tazminata faiz yürütülmemesi yönündeki içtihadını değiştirmesi kanaatimizde de isabetli olmuştur.

Öte yandan, Danıştay, manevi tazminatın niteliği gereği ayrıca faize hükmedilemeyeceğine karar verirken, AYİM, manevi tazminata faiz yürütülmesi esasını benimsemekteydi<sup>166</sup>.

Yüksek Mahkeme, idareye başvuru tarihinden itibaren manevi tazminata faiz yürütülmesi gerektiği yönündeki yeni içtihadını, ilgililerin uğradıkları manevi zararın gerçek anlamda karşılanabilmesi gerekçesine dayandırmıştır<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> Danıştay 10.D., 14.12.1999, E:1997/3564, K:1999/4850; 24.12.2001, E:2000/45, K:2001/4859 Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>164</sup> Kaplan Gürsel, “Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:2006, S:2, C:55, s.130.

<sup>165</sup> İdari yargıda taleple bağlılık kuralına yönelik eleştiriler hakkında bkz. Özcan Elvin E., “İdari Yargılama Hukukunda İslah”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S:92, s.223 vd.

<sup>166</sup> Gönen, s.35.

<sup>167</sup> Danıştay 10.D., 11.01.2007, E:2004/2216, K:2007/4, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Danıştay, belirtilen içtihadını sonraki kararlarında da sürdürmüş<sup>168</sup>; ileriki tarihli bir kararında ise bu kez, “*Maddi ve manevi zararın giderilmesi için takdiren hükmedilecek miktara, idareye başvuru tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca faiz yürütülmesi gerektiği*” şeklinde farklı bir gerekçeyle idare mahkemesi kararının manevi tazminata faiz yürütülmemesi kısmını bozmuştur<sup>169</sup>. Ancak söz konusu kararda, manevi tazminata neden faiz yürütülmesi gerektiği belirtilmeyip, yalnızca 3095 sayılı Kanun’a atıf yapılmıştır. Oysa, 3095 sayılı Kanun’da tam yargı davalarında hükümlenilecek manevi tazminata faiz yürütülmesini öngören bir hüküm bulunmamaktadır.

## SONUÇ

Özellikle Amerika’da meydana gelen 11 Eylül saldırılarından sonra terörizmin küresel tehdidine karşı etkin mücadelede, işkencenin gerekli ve uygun bir yol olduğu düşüncesine yönelik tartışmalar yapılsa da; terörizm tehdidi altında bile olsa işkenceye başvurulması ve işkencenin meşru görülmesi hiçbir koşulda kabul edilemez. Zira, uluslararası insan hakları anlaşmalarında her türlü koşulda işkenceye başvurulması yasaklanmış olup; savunmasız kişilere karşı yapılan, nefret uyandırıcı ve acımasızca bir saldırı niteliği bulunan işkence, aynı zamanda tüm insanlığa karşı işlenmiş bir suçtur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, demokratik bir hukuk devletinde, delil elde etmek için insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamayacağını belirtmiştir.

Günümüzde insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasında olduğu gibi, insanlığa karşı yapılmış bir suç olan işkenceyle mücadele de uluslararası bir nitelik kazanmıştır. İşkencenin yasaklanmasına ilişkin hükümler, Avrupa, Afrika ve Amerika kıtasına ilişkin insan hakları anlaşmalarında ve uluslararası insan haklarıyla ilgili sözleşmelerin her birinde görülmektedir.

<sup>168</sup> Danıştay 10.D., 28.09.2010, E:2007/5028, K:2010/6974, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

<sup>169</sup> Danıştay 10.D., 06.07.2011, E:2009/11485, K:2011/2911, Danıştay UYAP Bilişim Sistemi.

Kamu görevlilerince işkence yapılması nedeniyle uğranılan maddi veya manevi zararın idare tarafından tazmini, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bireyin, kolluk hizmetinin yürütülmesi sırasında işkence nedeniyle uğradığını öne sürdüğü zararını karşılama amacıyla getirilen hukuki koruma yolu idari yargıya özgü bir dava türü olan tam yargı davasıdır. Bu dava yoluyla, idarenin hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmadığı ortaya çıkmakta olup; idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı, her somut olaya göre idare mahkemesince ve son tahlilde Danıştay tarafından belirlenmektedir.

İşkence nedeniyle açılacak tam yargı davalarının görüm ve çözümünde, işkencenin gerçekleştiği ilde bulunan idare mahkemesi yetkili olup; davanın, işkence eyleminden itibaren 1 yıl ve işkence eyleminin öğrenildiği tarihten itibaren en geç 5 yıl içinde davalı idareye başvuru olarak açılması gerekmektedir.

Danıştay, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, tazminat istemine dayanak olan eylemin idariliğinin sonradan öğrenildiği durumlarda açılan davaları süresinde kabul etmekte; özellikle kamu görevlilerinin görev kusurundan kaynaklanan davalarda dava açma süresini geniş yorumlamaktadır. Yüksek Mahkeme'nin, hak arama özgürlüğü çerçevesinde dava açma süresini geniş yorumlaması ve sonuçta bireylerin işkence nedeniyle uğradığını öne sürdüğü zararlarının tazmin edilerek idarenin hukuki sorumluluğunun ortaya çıkarılmasına geniş olanak tanınması yerinde olmuştur.

Yüksek Mahkemeye göre, işkence yaptığı iddia edilen polis memurları hakkında açılan ceza davasının beraatle sonuçlanması hallerinde davalı idarenin hizmet kusuru bulunmamaktadır. İdare mahkemesince hükme esas alınan ceza mahkemesi kararının Yargıtay tarafından bozulması üzerine yeniden bir karar verilmesi gerektiğini belirten Danıştay; işkence yaptığı iddia edilen emniyet görevlileri hakkında ceza mahkemesinde açılan davanın sonucunun araştırılmamasını ise eksik inceleme olarak görmektedir.

Kamu gücünü kullanan idareye karşı bireylerin işkence yapıldığı iddiasını ispatlamaları oldukça zordur. İdari yargı yerince, bu hususun dikkate alınarak maddi olayın değerlendirilmesi, ileri sürülen

iddiaların etraflıca araştırılması, böylece uyuşmazlığın her yönüyle çözümlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, işkencenin yapıldığına ilişkin ortaya konulan kanıtların her türlü şüpheden uzak olması ve zararlı idari eylem arasında illiyet bağının kurulması gerekmektedir.

İşkence yapıldığının sağlık raporu veya adli tıp kurumu raporu ile açıkça ortaya konulması durumunda, idare mahkemelerince tazminat isteminin kabulü yönünde verilen kararlar onanmaktadır. Ancak, söz konusu sağlık raporlarının, işkence yapıp yapılmadığını açıkça ve hiç bir kuşkuya yer vermeyecek şekilde kanıtlayıcı nitelikte olması gerekir.

İşkenceyi önleme konusunda Devletin üzerine düşen görevleri gereği gibi yerine getirmemesi idarenin ağır hizmet kusurunu oluşturur. Kamu düzeninin korunması amacıyla alınan önlemler sırasında, kolluk güçlerinin amacını aşar ve orantısız biçimde kullandıkları yetki nedeniyle bireylere zarar verilmesi durumunda uğranılan zararın idarece tazmini gerekir.

Danıştay, AİHM'in içtihadına benzer şekilde, davacının gözaltına alınmasından önce vücudunda yaralanma olduğu yönünde davalı idarece ortaya bir bilgi ve belge konulmaması halinde işkencenin var olduğuna kanaat getirmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçlarını işleyerek ülkemiz aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde tazminata hükmedilmesine neden olan kamu personeline söz konusu tazminat için rücu edileceğine ilişkin özel bir hüküm getirilmesi yerinde olmuştur. Bu düzenlemenin, işkenceyi önleme konusunda etkili bir tedbir olarak değerlendirilemeyeceği yönünde düşünceler bulunmakta ise de; söz konusu hüküm, kamu görevlilerinin işkenceye başvurmalarını caydıracağından kuşkusuz isabetli olmuştur.

Danıştay'a göre, işkence yapan kamu personelinin kişisel kusuru bulunmakta olup, işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa-

nın 129/5. maddesinin emredici hükmü gereğidir. Yüksek Mahkeme, aynı zamanda kamu görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplumun ödemek zorunda olmadığı görüşündedir.

Danıştay, manevi tazminatın bir tazmin aracı değil tatmin aracı olduğu ve bu nedenle manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği görüşünde ise de; tam yargı davasının, idarenin hukuk kuralları içinde kalmasını sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım mekanizması olma niteliğini de göz önünde bulundurarak, işkence iddiasıyla açılan davalarda kabul edilen manevi tazminat miktarlarını kimi zaman yetersiz bulmuştur.

Yüksek Mahkeme tarafından, her olayın özelliğine göre manevi tazminat miktarları belirlenmektedir. Ancak, benzer olaylarda yakın tarihlerde farklı tazminat miktarlarının kabulü kanaatimizce isabetli olmamıştır. Ayrıca, idari yargı yerince, işkencenin varlığı halinde belirlenecek manevi tazminatın, 657 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca işkenceyi yapan kamu personeline rücu edileceği hususu göz önünde bulundurularak, kamu görevlilerinin işkenceye başvurmalarını caydırıcı, dolayısıyla kolluk hizmetinin hukuka uygun yürütülmesini sağlayıcı nitelikte olması yerinde olacaktır.

Tam yargı davalarının tümüne uygulanabilecek, AYİM'in uyguladığı şekilde bir tarifenin belirlenmesi, uyuşmazlık konusu her olayın oluş biçiminin ve özelliklerinin birbirinden farklı olması nedeniyle uygun görülmesi de; en azından işkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında işkencenin varlığı halinde davacılara aynı miktarlarda manevi tazminata hükmedilmesi, hem hakkaniyet yönünden hem de tazminatın işkence yapan personele rücu edilecek olması nedeniyle caydırıcı olması yönünden daha isabetli olacaktır.

İşkence iddiasıyla açılan tam yargı davalarında ilk başta manevi tazminata faiz yürütülmemesi yönünde karar verilmekteydi. Ancak, bu husus, davacının gerçek zararının tazmin edilmesini engellemekteydi. Danıştay'ın, manevi tazminata faiz yürütülmemesi yönündeki içtihadını, *"ilgililerin uğradıkları manevi zararın gerçek anlamda karşılanabilmesi"* gerekçesiyle değiştirmesi kanaatimizde de yerinde olmuştur.

## KAYNAKLAR

- Akgül Aydın, "Tam Yargı Davalarında Zararın, Zarar Görenin Kendi Kusurundan Kaynaklanması", *Terazi Dergisi*, Y:4, S:32, 2009, s.111-125.
- Akıllıoğlu Tekin, "Gözlemler: Yönetmelik Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi", *Amme İdaresi Dergisi*, C:22, S:2, 1989, s.107-110.
- Akıllıoğlu Tekin, "İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, C:10-11, 1988-1989, s.17-64.
- Akyılmaz Bahtiyar, "İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu Sorunu", *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları*, Ankara 2006, s.1043-1060.
- Akyılmaz Bahtiyar, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:LXIX, S:1, 2011, s.61-78.
- Anayurt Ömer, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı", *Prof. Dr. Attila Özer'e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:1-2, C:XII, Haziran Aralık 2008, s.421-459.
- Atay E. Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Aycı Emrullah, "Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi ve İşkence Yasağı", *Yargıtay Dergisi*, C:33, S:1-2, Ocak- Nisan 2007, s.185-206.
- Bagchi Aditi, "Intention, Torture, and the Concept of State Crime", *Penn State Law Review*, Vol.114:1, 2009, s.1-48.
- Başbüyük İsa, "Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:12/2, 2010, s.1443-1485.
- Bennoune Karima, "Terror/Torture", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 26, No. 1, 2008, s.1-61.
- Butler Joel, "Torture", *The National Legal Eagle* 2011, Vol.17:Iss. 2, Article 5, s.10-12.
- Candan Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınları, 3. Bası, Ankara 2009.
- Centel Nur, "Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:4, S:1-2, Y:2000, s.3-19.
- Çor Yaşar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:21, S:75, Mart-Nisan 2008, s.63-93.
- Demirbaş Timur, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:23, Ankara 1992.
- Doğan Bülent, Seven Huriye, "İnsan Hakları Sorunu Olarak İşkence Tanım, Tarihçe, Ulusal-Uluslar arası Sistematik", *Türk İdare Dergisi*, S:438, Y:75, Mart 2003, s.91-116.
- Duran Lütfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Yayın No: 138, Ankara 1974.
- Engle Eric, "Universal Human Rights: A Generational History" *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 12: Iss. 1, Article 10, 2006, s.219-268.
- Er Cüneyd, "İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:18, S:60, 2005, s.169-188.

- Esin Yüksel, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, II. Kitap: Esas, Ankara 1973.
- Gaeta Paola, "May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?", *Journal of International Criminal Justice*, 2004, s.785-794.
- Gathii James T., "Torture, Extraterritoriality, Terrorism, and International Law", *Albany Law Review*, Vol.67, 2004, s.101-138.
- Gemalmaz M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yayınları, İstanbul 1993.
- Gözübüyük A. Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 27. Bası, Ankara 2008.
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011.
- Güran Sait, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", *İdare Hukuku Alanında Sorumluluk*, Fakülteler Matbaası İstanbul 1980, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:2758, Hukuk Fakültesi No:622, s.151-170.
- Harper Julianne, "Defining Torture: Bridging the Gap Between Rhetoric and Reality", *Santa Clara Law Review*, Vol.49, Number:3, 2009, s.893-928.
- İlkiz Fikret, Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı: "İşkence" İnsanlık Suçudur ve İşkençeye Karşı "Seçmeli Protokol" Nedir, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:76, S:4, Y:2002, s.900-931.
- Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 1993.
- Kaplan Gürsel, "Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:2006, S:2, C:55, s.117-141.
- Kılıçoğlu Ahmet M., "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", *Ankara Barosu Dergisi*, S:1984/1, s.15-21.
- Kılıçoğlu Mustafa, Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, Bilge Yayınevi, 3. Bası, İstanbul 2012.
- Malkoç İsmail, "İşkence ve İnsan Hakları", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S:118, 15 Mayıs 2003, s.20-26.
- Nal Sabahattin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S:2, C:15, Y:2007, s.145-183.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları III, Cilt 3, Hak Kitabevi, İstanbul 1967.
- Özbey Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Yargılamanın Yenilenmesi ve Kamu Görevlisine Rücu Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, S:1-2, C:36, Y:2010, s.87-119.
- Özcan Elvin E., "İdari Yargılama Hukukunda Islah", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S:92, s.223-286.
- Özgüldür Serdar, "İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması", *AYİM Dergisi*, S:11, Ankara 1997 s.3-73.
- Özgüldür Serdar, Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

- Schaack Beth Van and Slye Ron, "Teaching Torture", 2009, <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/> 632.
- Soul Ben, "The Equivalent Logic of Torture and Terrorism: The Legal Regulation of Moral Monstrosity, Legal Studies Research", Paper No. 08/113, October 2008, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1277548](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1277548)
- Turgut Tuğba, "İdare Hukukunda Kamu Görevlisine Rücu", *Adalet Dergisi*, S:39, Y:2011, s.185-203.
- Türk Hikmet Sami, "Adli Tıp, İnsan Hakları İhlalleri ve Terörle Mücadele", *Adalet Dergisi*, Y:2002, S:10, s.1-6.
- Ünal Şeref, "İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri". *Ankara Barosu Dergisi*, 1994, s.41-74.
- Ünal Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- Ünlüçay Mehmet, "İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu", *Danıştay Dergisi*, Y:28, S: 94, 1998, s. 3-10.
- Üzülmez İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu", *Adalet Dergisi*, Y:2, S:2, 2005, s.1-9.
- Yalçın Sancar Türkan, "İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ekim-Aralık 2002, s.153-169.
- Yenice Kazım ve Esin Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983



# YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI YÖNETİCİ, ÖĞRETİM ELEMANI VE MEMURLARI DİSİPLİN YÖNETMELİĞİ'NİN UYGULAMA SORUNU

## THE STATUS OF HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS ADMINISTRATOR, ACADEMIC STAFF AND OFFICERS DISCIPLINARY REGULATION IN THE CONTEXT OF STATE COUNCIL DECISIONS

Berkant GÖÇER\*

**Özet:** Yükseköğretim Kurulu Başkanlığınca yürürlüğe konan Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin yasal dayanağı olmayan suçlar ve cezalar, hukukun genel ilkelerine aykırı soruşturma usulleri ve çelişen hükümler içermesi nedeniyle, bu yönetmeliğe dayanılarak yapılan idari işlemler yargı kararlarıyla iptal edilmiş bu nedenle ilgili yönetmelik, ancak kısmen uygulanabilen bir mevzuat haline gelmiştir. Yükseköğretim Kurumu sorunu gidermek için mevzuat değişikliğine gitmiş ise de sorun çözülmemiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Yükseköğretim Kurumları, Disiplin, Suçun Yasallığı, Cezanın Yasallığı. Kanunsuz suç olmaz.

**Abstract:** As Higher Education Institutions Administrator, Academic Staff and Officers Disciplinary Regulation enacted by the Presidency of the Council of Higher Education Institution contains crimes and punishments which have no legal basis, investigation methods against general principles of law and contradictory provisions, administrative procedures performed based on this regulation have been abolished by judgments and related regulation. Although Higher Education not been solved. Institution have made legislative amendments to solve the problem, this problem has

**Keywords:** Higher Education Institutions, disciplinary, legality of crime, . legality of punishment, no crime without law.

---

\* Avukat, Aksaray Üniversitesi Hukuk Müşaviri, Aksaray Üniversitesi İİBF Öğretim Elamanı. (aksarayhukuk@hotmail.com)

## I. GİRİŞ

Disiplin Hukuku, belli statüde bulunanların, bu statünün gerektirdiği tutum ve davranışlara aykırı hareket etmeleri halinde kendilerine bir takım yaptırımların uygulanmasını öngören kuralları düzenlemektedir.<sup>1</sup> Ancak, Disiplin Hukukun inceleme alanı daha çok kamusal makamlara bağlı olanlar ile kamu görevlilerine ilişkin disiplin uygulamalarıdır.<sup>2</sup> Bu tanımların yanı sıra, "Disiplin soruşturması; kamu görevlerinin ceza kanunu ve diğer kanunların ceza hükümlerinin dışında olan ve adli işlem gerektirmeyen ya da adli işlem gerektirmesinin yanında kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesine mani olan, uyulması mecburi hususlara aykırı olarak yasaklanmış bulunan fiil ve davranışların takibatının yapılıp soruşturulması işlemi şeklinde tarif edilebilir."<sup>3</sup> Şeklinde tanımda bulunarak disiplin hukukunu sadece kamu görevlilerinin eylemleriyle sınırlayan hukukçularda vardır.

Disiplin hukukunun ceza hukuku içinde yer almadığı hukuk dünyasında kabul görmüştür. Hatta kanunsuz suçun olmayacağı ilkesinin, mutlak bir ilke olmadığı, disiplin hukuku ile de bağdaşmayacağı, değişen koşullar çerçevesinde cezaların kanunlarda düzenlenmediği fiillerin de disiplin hukuku açısından soruşturulması gerektiği öğretisi de ileri sürülmüştür.<sup>4</sup> Ancak, Anayasa'nın "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı 38. Maddesinin değerlendirildiği, Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 günlü, E:2012/28 K:2011/139 sayılı kararında, Anayasa'nın 38. Maddesinde idari ve adli cezalar bakımından ayırım yapılmadığından bahisle, disiplin cezalarının da bu maddede öngörülen ilkelere tabi olduğu kabul edilerek, Yönetmelikle düzenlenen disiplin cezalarına ilişkin hükümlerin meşrutiyeti tartışılır hale gelmiştir.<sup>5</sup>

Kamu görevlilerine ilişkin disiplin suçlarına, bu suçların faillerine uygulanacak cezalara ilişkin temel prensiplerinin belirlendiği, 657 sayı-

<sup>1</sup> Ömer Anayurt, Hukuka Giriş ve Hukukunun Temel Kavramları, Seçkin Yayınları, 2013, s155

<sup>2</sup> Kamu Görevlisi olmadığı halde kamusal makamlara bağlı olanlara örnek öğrenciler verilebilir.

<sup>3</sup> Duman Bahattin, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, 2.b, Seçkin, Ankara, 2010, s135

<sup>4</sup> Atay E.Ethem, İdare Hukuku, Turhan, Ankara, 2006, s.757.

<sup>5</sup> Madde 38- (3) Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

lı Devlet Memurları Yasası'nın 125. maddesine eklenen "Özel kanunların disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümleri saklıdır." fıkrasıyla, yasalar ve bu yasalar dayanak gösterilerek idarelerce yürürlüğe konan yönetmeliklerle disiplin hukukuna ilişkin özel hükümlerin oluşmasının yolu açılmıştır. Bu bağlamda, Yasa Koyucu tarafından 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/b maddesi ile, Yükseköğretim Kurumlarında görev yapan, öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenleneceği kabul edilmiştir. Yapılan bu düzenlemede, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre düzenleme yapılacağı hükmü ile üst hukuk normlarına aykırı düzenlemelerin önüne geçilmek istenmiştir. Ancak, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığınca hazırlanan, bu maddeye ve bizzat Anayasa'dan alınan yetkiye dayanılarak,<sup>6</sup> 21.08.1982 tarihli ve 17789 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren yönetmelik ile, devlet memurlarına uygulanan usul ve esasların sınırları aşarak, yükseköğretim öğretim elemanları ile birlikte yükseköğretim kurumlarında, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası kapsamında görev yapan ve hizmetleri bakımından da genel hükümlere tabi memurlardan farkı olmayan kamu görevlilerine ilişkin yönetmelik hükümleri ile özel bir disiplin mevzuatı meydana getirilmiştir.( Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği, bundan sonra başlık dışında Yönetmelik olarak anılacaktır.)

Yönetmelik, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 125. maddesinde öngörülemeyen, münhasıran öğretim elamanlarınca işlenebilen disiplin suçları ve bunlara verilecek cezaları da düzenleme çabası içinde olduğundan, Yönetmelik Anayasanın 38. maddesi ile kabul edilen suçun ve cezaların yasallığı ilkesinin uygulanmasının zorunlu olduğunu, yukarıda söz ettiğimiz Anayasa Mahkemesi kararıyla da kabul edilen disiplin hukukunda, suçun ve cezaların yasallığı ilkesine aykırı, yasal dayanağı olmayan disiplin suçları ve cezaları düzenlemiştir. Ayrıca yasal dayanağı olmayan suç ve cezalar ile birlikte, aynı yönetmelikte hukukun genel ilkelerine aykırı soruşturma usullerini öngörülmüştür. Yine bu yönetmeliğin birbiriyle çelişen bazı hüküm-

<sup>6</sup> Madde 124- (1) Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler

leri, uygulamacıların hatalı işlemler tesis etmelerine de neden olmuştur. Sonuç olarak da, Yönetmeliğe dayanılarak tesis edilen işlemlerin idari yargıya taşınması sonucunda, idari yargı tarafından, tesis edilen bu işlemler iptal edilmiş ve bu yolla oluşan içtihatlarla da, Yönetmelik ancak kısmen uygulanabilen bir mevzuat haline gelmiştir. Yükseköğretim Kurumu bu sorunu çözmek için bir takım mevzuat değişikliklerine gitmiş ise de; bu değişikliklerde hukukun temel ilkeleri ve Anayasa Mahkemesinin kararı yeterince algılanamadığı için, sorunu çözememiştir.

Yönetmelik, Danıştay İçtihatlarında, Devlet Memurları Yasasında hüküm bulunmadığı halde ve başkaca yasal dayanak olmadan, temel hak ve hürriyetler üzerinde etki yapan düzenlemeler yaptığı için ağır eleştirilere uğramıştır. Bu nedenle çalışmamıza Yönetmelik hükümleri ile Devlet Memurları Yasası'nun disiplin hukukuna ilişkin hükümlerini karşılaştırarak başlayacağız. Devamında Yönetmeliğin Danıştay içtihatları ile uygulamaz hale gelen hükümlerini, Yükseköğretim Kurumu'nun yetersiz çözüm arayışlarını ve Yönetmelikle ilgili diğer hukuka aykırılıkları inceleyerek çalışmamızı sonlandıracağız.

## II. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI YASASI'NIN 125 MADDE'SİNDE DÜZENLENEN DİPLİN CEZALARI İLE YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI YÖNETİCİ, ÖĞRETİM ELEMANI VE MEMURLARI DİSİPLİN YÖNETMELİĞİN PARALEL HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI :

### A- 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nda Düzenlenen Disiplin Cezaları :

**A1) Uyarma Cezası:** 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 125/A maddesi, cezayı memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesi olarak tanımladıktan sonra, bu cezayı gerektiren eylemleri maddenin devamında, a) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak, b) Özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terk etmek, c) Kurumca belirlenen tasarruf tedbirlerine riayet etme-

mek, **d**) Usulsüz müracaat veya şikayette bulunmak, ee- Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak, **f**) Görevine veya iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak, **g**) Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak, **h**) Görevin işbirliği içinde yapılması ilkesine aykırı davranışlarda bulunmak, olarak sıralanmıştır.

**A2) Kınama Cezası:** Madde cezayı memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesi olarak tanımlandıktan sonra, bu cezayı gerektiren eylemleri maddenin devamında, **a**) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kusurlu davranmak, **b**) Eşlerinin, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen sürede kurumuna bildirmemek, **c**) Görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak, **d**) Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak, **e**) Devlete ait resmi araç, gereç ve benzeri eşyayı özel işlerinde kullanmak, **f**) Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzeri eşyayı kaybetmek, **g**) İş arkadaşlarına, maiyetindeki personele ve iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak, **hh**) İş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle sataşmak, **ıı**) Görev mahallinde genel ahlak ve edep dışı davranışlarda bulunmak ve bu tür yazı yazmak, işaret, resim ve benzeri şekiller çizmek ve yapmak, **j**) Verilen emirlere itiraz etmek, **k**) Borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak, **l**) Kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak. **m**) (Ek:17/9/2004-5234/1 md.)Yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç vermek, olarak sıralanmıştır.

**A3) Aylıktan Kesme Cezası:** Madde cezayı, Memurun, brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılmasıdır. tanımlandıktan sonra, bu cezayı gerektiren eylemleri maddenin devamında, **a**) Kasıtlı olarak; verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak, **b**) Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek, **c**) Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzerlerini özel

menfaat sağlamak için kullanmak, **d)** Görevle ilgili konularda yükümlü olduğu kişilere yalan ve yanlış beyanda bulunmak, **e)** Görev sırasında amirine sözlü saygısızlık etmek, **f)** Görev yeri sınırları içerisinde her hangi bir yerin toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz olarak kullanılmasına yardımcı olmak, **g)** (Mülga: 13/2/2011-6111/111 md.) **h)-** (Mülga: 13/2/2011-6111/111 md.) **ı)** Hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak, **j)** (Mülga: 13/2/2011-6111/111 md.), olarak sıralamıştır.

**A4) Kademe İlerlemesinin Durdurulması Cezası :** Madde cezayı Fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 1 - 3 yıl durdurulmasıdır. Şeklinde tanımlandıktan sonra , bu cezayı gerektiren eylemleri maddenin devamında, **a)** Göreve sarhoş gelmek, görev yerinde alkollü içki içmek, **b)** Özürsüz ve kesintisiz 3 - 9 gün göreve gelmemek, **c)** Görevi ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak, **d)** Amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak, **e)** Görev yeri sınırları içinde herhangi bir yeri toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz kullanmak veya kullandırmak, **f)** Gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek, **gg)** (Mülga:17/9/2004-5234/33 md.) **h)** Ticaret yapmak veya Devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak, **ı)** Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak, **j)** Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak, **k)** Açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak, **l)** Amirine, maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarete bulunmak veya bunları tehdit etmek, üstünde borçlanmak ve borçlarını ödemedeki tutum ve davranışlarıyla Devlet itibarını zedelemek veya zorunlu bir sebebe dayanmaksızın borcunu ödemediği yurda dönmek, **n)** Verilen görev ve emirleri kasten yapmamak, **oo)** Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak, olarak sıralamıştır.

**A5) Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezası :** Madde cezayı. Devlet memurluğundan çıkarma Şeklinde tanımlandıktan sonra, bu cezayı gerektiren eylemleri maddenin devamında, **a)** İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu ola-

rak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak, **b)** Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek, **c)** Siyasi partiye girmek, **d)** Özürsüz olarak (...) (2) bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek, **ee)** Savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak, **f)** (Değişik: 13/2/2011-6111/111 md.) Amirlerine, maiyetindekilere ve iş sahiplerine fiili tecavüzde bulunmak, **g)** Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak, **h)** Yetki almadan gizli bilgileri açıklamak, **ı)-** Siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek, **j)** Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak, **k)** 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanuna aykırı fiilleri işlemek. Olarak sıralamıştır.

### **B-Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'ndeki Düzenlenen Paralel Disiplin Cezaları :**

**B1) Uyarma Cezası :**Yönetmelik aynı isimli bu cezayı, 4/a. Maddesinde, görevde ve davranışta daha dikkatli olunması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir,<sup>7</sup> şeklinde tanımlamış, bu cezayı gerektirecek eylemleri ve 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 125/A maddesinde Uyarma cezasını gerektiren eylemlerin tamamını olduğu aktarmış. Maddenin devamında yasal ise bir dayanak olmaksızın, yeni eylemleri de bu cezayı gerektiren eylemlere dahil etmiştir. Bunlar ,... 1 - Öğrencilerle olan ilişkilerinde, Devlet memurluğu ve öğretim elemanı saygınlığına aykırı davranışlarda bulunmak, **j** - Üniversite organlarında yapılan konuşmaları, alınan kararları, özel bir maksada dayalı olmaksızın, yetkili olmadığı halde organ dışına sızdırmak veya yaymak ( Kanuni nedenlerle resmi mercilere yapılacak başvurular bu hükmün dışındadır.) **k** - Kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre yetkili olan or-

<sup>7</sup> Yönetmelik öğretim elemanları ile birlikte, Yükseköğretim Kurumlarında 657 sayılı Devlet Memurları Yasası kapsamında görev yapan ve hizmetleri bakımından genel hükümlere tabi memurlara ilişkin özel bir disiplin mevzuatı meydana getirildiğinden, disiplin suçunu muhtemel faili bakımından bir sıfat kullanmamıştır.

ganlarca sorulacak hususları haklı bir sebep olmaksızın zamanında cevaplandırmamak. **1** - Çalışma saatleri içinde görevi dışında başka işlerle meşgul olmak, **m** - Maiyetindeki elemanların yetiştirilmelerine özen göstermemek, seklindedir.

**B2) Kınama Cezası:** Yönetmelik aynı isimli bu cezayı, 4/b maddesinde, görevde ve davranışta kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir şeklinde tanımlamış ve bu cezayı gerektirecek eylemleri, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 125/B maddesinde Kınama cezasını gerektiren eylemlerin tamamını olduğu aktarmış.(5234/1 sayılı Kanunun 1.maddesiyle eklenen fıkra hariç) ve maddenin devamında yasal bir dayanak olmaksızın, yeni eylemleri de bu cezayı gerektiren eylemlere dahil etmiştir. Bunlar ,... **m** - Üniversiteye veya bağlı birimlerine bildirilmesi gereken hal ve durumları eksik veya yanlış bildirmek veya hiç bildirmemek, **n** - Bağlı veya görevli olduğu fakülte, enstitü veya yüksekokul öğrencilerine ücret karşılığı özel ders vermek, **o** - Yetkili bulunmadığı halde, üniversite organlarında yapılan konuşmaları, alınan kararları, özel bir maksada dayalı olmaksızın, resmi merciler hariç, organ dışına yayarak veya sızdırarak organ veya üyelerin leh veya aleyhinde davranışlara yol açmak, **ö-** (Ek:RG-29/1/2014-28897) Bilimsel tartışma ve açıklamalar dışında, yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına resmi konularda bilgi veya demeç vermek, **p-** (Ek:RG-29/1/2014-28897)Yazılı uyarıya rağmen kurulları toplamamak. seklindedir.

**B3) Aylıktan Kesme Cezası :** Yönetmelik aynı isimli bu cezayı 4/d maddesinde, Aylıktan Kesme: Brüt aylıkları 1/30-1/8 arasında kesinti yapılmasıdır.<sup>8</sup> Şeklinde bir tanımladıktan sonra bu cezayı gerektirecek eylemleri 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 125/C maddesinden Aylıktan Kesme cezasını gerektiren eylemlerin tamamını olduğu aktarmış ve maddenin devamında yasal bir dayanak olmaksızın, yeni eylemleri de bu cezayı gerektiren eylemlere dahil etmiştir. Bunlar, ... **k** - Yetkili bulunmadığı halde, üniversite organlarında yapılan konuşmaları, alınan kararları, organ veya üyeler lehinde veya aleyhinde davranışlara yol açmak maksadıyla, resmi makamlar hariç organ dışına sızdırmak veya yaymak, **1** - Görevi sebebiyle bağlı olduğu herhangi bir teşebbüsten veya görev sebebiyle denetim altında bulunan herhan-

<sup>8</sup> Tanımdaki cümle düşüklüğü yönetmeliğin orijinal metninden kaynaklanmaktadır. Bkz. www.yok.gov.tr



gi bir kuruluştan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak mevzuat dışı herhangi bir menfaat sağlamaya teşebbüs etmek, **m** - Üniversite yöneticisinin emri veya izni ile asılmış duyuruları, program ve benzerlerini koparmak, yırtmak, değiştirmek, karalamak veya kirletmek, **n** - Görevi gereği verilen belgelerde tahrifat yapmak, tahrif edilmiş belgeleri kullanmak veya başkalarına kullandırmak, **o** - Üniversite ve bağlı birimlerin sınırları içinde herhangi bir yeri yetkili merciin izni olmadan hizmetin amaçları dışında kullanmak veya kullanılmasına yardımcı olmak, **p** - Devlete veya döner sermayeye ait motorlu taşıt araçlarını özel işlerde kullanmak, **r** - Çağrıldığı veya görevlendirildiği toplantılara kabul edilir bir özürü olmaksızın katılmamak, şeklindedir.

**B4) Kademe İlerlemesinin Durdurulması :** Yönetmelik aynı isimli bu cezayı 4/e maddesinde, bulunulan kademedeki ilerlemenin fiilin ağırlık derecesine göre 1-3 yıl durdurulmasıdır, Şeklinde bir tanımladıktan sonra bu cezayı gerektirecek eylemleri ,657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 125/C maddesinde Kademe İlerlemesinin Durdurulması cezasını gerektiren eylemlerin tamamını olduğu aktarmış. Maddenin devamında yasal bir dayanak olmaksızın, yeni eylemleri de bu cezayı gerektiren eylemlere dahil etmiştir. Bunlar, ... **o** - Görevle ilgili resmi belge araç ve gereçleri, laboratuvar malzemesini görevin sona ermesine ve kurumca yazı ile istenmesine rağmen geri vermek veya devir teslim işlemi zamanında yapmamak, **p** - Doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemek ve görev sırasında olmasa dahi menfaat sağlamak amacıyla hediye kabul etmek veya iş sahiplerinden veya öğrenciden borç istemek veya almak, **r** - Yükseköğretim törenlerinin programlarını ihlal edecek hareketlerde bulunmak veya bu hareketlere başkalarını teşvik veya tahrik etmek, **s** - Üniversite içinde yetkililerden izin almadan görevle ilgili olmayan ilân yapıştırmak veya teşvikte bulunmak, **t** - Siyasal ve ideolojik amaçlar dışında olan boykot, işgal, işi yavaşlatma gibi eylemlere teşebbüs etmek veya kamu hizmetlerini aksatacak davranışlarda bulunmak, **u** - Üniversite yöneticilerinden izin almadan yerinde toplantı yapmak, nutuk söylemek veya konferans, konser, temsil, tören, açık oturum ve benzeri faaliyetler düzenlemek, **v** - (**Değişik:RG-29/1/2014-28897**)Ders, seminer, konferans, laboratuvar, grafik çalışma, sınav gibi öğretim çalışmalarının yapılmasına engel olmak, görevlileri, öğrencileri eğitim-öğretim alanı dışına çıkartmak, görev yapılmasına engel olmak, öğrencileri bu tür davranışlara teşvik etmek veya zorlamak ya da bu maksatla yapılacak hareketlere her ne suretle olursa olsun iştirak etmek, şeklindedir.

**B5) Kamu Görevinden Çıkarma:** Yönetmelik bu cezayı 4/g maddesinde , genel ve katma bütçeli idareler, il özel idareleri, belediyeler, il özel idareleri ile belediyelerin kurdukları birlikler, döner sermayeli kuruluşlar, fonlar, kefalet sandıkları gibi kamu kurum ve kuruluşlarına memur olarak bir daha alınmamak üzere görevden çıkarmadır.<sup>9</sup> Şeklinde bir tanımladıktan sonra bu cezayı gerektirecek eylemleri 11/b maddesinde saymıştır. Bunlar **a-**İdeolojik, siyasi, yıkıcı, bölücü amaçlarla eylemlerde bulunmak veya bu eylemleri desteklemek suretiyle kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak; boykot, işgal, engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak ya da bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek, yardımda bulunmak, **b-**Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları işyerine veya iş yerindeki eşya üzerine yazmak, resmetmek ve asmak, teşhir etmek veya sözlü ideolojik propaganda yapmak, **c-**İzinsiz veya kurumlarınca kabul edilebilir özrü olmaksızın bir yıl içinde toplam olarak devamlı statüde olanlar için 20 gün göreve gelmemek, kısmi statüde olanlar için 80 saat devamsızlık göstermek, **ç-** Savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerinin verdiği görev veya emirleri yerine getirmemek, **d-** Amirine, maiyetindekilere, iş arkadaşlarına veya öğrencilere fiili tecavüzde bulunmak, **e-** Kamu hizmeti veya öğretim elemanı sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak, **f-**Yetki almadan gizli belgeleri açıklamak, **g-**Siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek, **ğ-**Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak, **h-**5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanuna aykırı fiilleri işlemek, **ı-**Kanun dışı kuruluşlara üye olmak, bu kuruluşlarda faaliyet yapmak veya yardımda bulunmak, **i-**Yükseköğretim kurumlarının çalışmasını sekteye uğratabilecek nitelikte bir disiplin suçuna üniversite öğren-

<sup>9</sup> Yönetmelik burada kapsamındaki, öğretim elamanlarını da düşünerek devlet memurluğundan çıkarma yerine, daha geniş bir kavram olan kamu görevinden çıkarma kavramını kullanmıştır. Kamu Görevlileri ile ilgili ayrıntılı bilgi için Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, Cilt 2, Bölüm 18'ye bakılabilir. Ancak burada dikkat çeken bir husus Yönetmelik, suçun faili olabilecek kişiler bakımından memur yerine kamu görevlisi kavramını kullanmış iken, cezayı tanımlarken her nedense "... memur olarak bir daha alınmamak üzere görevden çıkarmadır." Şeklinde bir ifade kullanmıştır.

cilerini veya mensuplarını teşvik veya tahrik etmek, **j**-Uyuşturucu madde kullanmak, **k**- İşyerinde veya bağlı yerlerde, arama, herhangi bir kimsenin eşyasına el koyma, bilerek postalarını açma ve benzeri eylemleri düzenlemek, başkalarını bu yolda kışkırtmak veya bu gibi eylemlerde görev almak, **l**-Tehditle bir kimseyi veya grubu suç sayılan bir eylemi düzenlemeye veya böyle bir eyleme katılmaya yahut yalan beyanda bulunmaya veya yalan delil göstermeye veya suçu yüklenmeye zorlamak veya zorlamaya kışkırtmak, **m**-Haksız edindiği mal varlığını gizlemek ve kurumu yanıltmak amacıyla mal beyanında bulunmamak ya da aynı amaçla gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak, haksız mal edinmek, mal varlığı ile geliri arasında uygunsuzluk olması halinde mal varlığının kaynağını açıklayamamak, **n**-Bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını kaynak belirtmeden kendi eseri gibi göstermek, şeklindedir.

Yönetmelik 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 125/E maddesinde Devlet Memurluğundan Çıkarma cezasını gerektiren eylemlerin bir kısmını olduğu aktarmış. Ve maddenin içerisinde yasal bir dayanak olmaksızın, yeni eylemleri de bu cezayı gerektiren eylemlere dahil etmiştir.

### III. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI YASASI'NDA DÜZENLEMEDİĞİ HALDE YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI YÖNETİCİ, ÖĞRETİM ELEMANI VE MEMURLARI DİSİPLİN YÖNETMELİĞİ İLE UYGULANMAK İSTENEN DİSİPLİN CEZALARI

#### A. Yönetim Görevinden Ayırma

Yönetmelik bu cezayı 29.01.2014 tarihli değişiklikten önce, 4/c. Maddesinde, rektörlük, dekanlık, enstitü müdürlüğü, yüksekokul müdürlüğü, bölüm başkanlığı, anabilim dalı başkanlığı, anasanat dalı başkanlığı, bilim dalı başkanlığı veya sanat dalı başkanlığı görevinden ayırmaktır, Şeklinde bir tanımlamış ve bu cezayı gerektirecek eylemleri 7. Maddesinde saymıştır. Bunlar: **a)** Yönetimi altında bulunan kurumdan veya bununla ilgisi olan bir teşebbüsten doğrudan doğruya veya aracı eliyle, her ne ad altında olursa olsun mevzuat dışı herhangi bir menfaat sağlamak, **b)** Bir üst yönetici veya kurulun kanun, tüzük veya yönetmeliklere uygun karar veya emirlerini yerine getirmemek veya bunlara uymamak, **c)** Yönetimi ile sorumlu olduğu yerde verimli

veya huzurlu çalışmayı sağlamak için gerekli önlemleri almamak veya huzuru bozacak hareketlere göz yummak veya bu çeşit hareketleri tahrik, teşvik etmek veya desteklemek, **d)** Yönetimi ile birinci derecede sorumlu olduğu yerdeki makam veya resmi hizmete mahsus taşıtı yasal sınırlar dışında kullanmak, kullandırmak veya kullanılmasına göz yummak, **e)** 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 42. maddesi ve ilgili yönetmeliklere göre yıl sonunda verilmesi gereken çalışma raporunu haklı bir sebep olmaksızın vermemekte direnmek veya kanunun öngördüğü denetim işlerini yapmamak, **f)** Yazılı uyarıya rağmen kurulları toplamamak, **g)** Yönetimi ile sorumlu olduğu birimin idaresinde ihmalde bulunmak veya mevzuatın verdiği görevleri gereğince yerine getirmemek. Şeklindedir.

Ancak Danıştay İdari Davalar Kurulu Yönetim Görevinden Ayırma Cezası ile ilgili kararında<sup>10</sup> "Anayasanın 38.maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz." Denilerek" suçun yasallığı," üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur."denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Bu ilkelerin değerlendirildiği "Anayasa Mahkemesi Mahkemesi'nin 20/10/2011 günlü, E:2010/28, K:2011/139 sayılı kararında ise anayasada öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunda temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasanın 38. Maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanununun 2. Maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilke ile temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa'nın 38. Maddesinde idari ve adli ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir, denilmiştir. Anayasanın anılan hükümleri ile aktarılan anayasa mahkemesi kararı gereğince, Yükseköğretim Kurumlarında çalışan yönetici, öğretim elemanı ve memurlara uygulanacak disiplin suç ve cezalarının da yasayla düzenlenmesi hukuken zorunludur." Şeklin de hüküm kurarak disiplin cezaların da mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiğinin altını çizmiştir.

<sup>10</sup> Dan. İ.D.K E.2011/2486, K.2012/1698 ,T. 05.11.2012, , [www.sinerjimevzaut.com.tr](http://www.sinerjimevzaut.com.tr) (10.10.2013 )

## B - Üniversite Öğretim Mesleğinden Çıkarma :

Yönetmelik bu cezayı 29.01.2014 tarihli değişiklikten önce 4/c. Maddesinde, Devlet veya vakıf yükseköğretim kurumunda öğretim elemanı veya yardımcısı olarak akademik bir kadroya bir daha alınmamak üzere üniversite öğretim mesleğinden çıkarmadır. Şeklinde bir tanımlanmış ve bu cezayı gerektirecek eylemleri 11/a. maddesinde saymıştır . Bunlar : **a)** 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu veya diğer kanunlarda yer alan hükümler uyarınca çalışmalarına yükseköğretim kurum ve üst kuruluşunun yetkili organlarınca izin verilenler hariç, yükseköğretim kurumlarından başka yerde ücretli veya ücretsiz resmi veya özel bir iş görmek, ek görev almak veya serbest meslek icra etmek, **b)** Ders, seminer, konferans, laboratuvar, grafik çalışma, sınav gibi öğretim çalışmalarının yapılmasına engel olmak veya bu maksatla yapılacak hareketlere her ne suretle olursa olsun iştirak etmek, **c)** Bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını kaynak belirtmeden kendi eseri gibi göstermek. Şeklinindedir.

Ancak Danıştay İdari Davalar Kurulu yukarıda Yönetim Görevinden Ayırma Cezası ile ilgili verdiği kararda dayandığı gerekçelerle Öğretim Mesleğinden Çıkarma cezasının da Yasal Dayanağı Olmadığına karar vermiştir.<sup>11</sup>

**C)- DANIŞTAYIN ELEŞTİRİLERİ ÜZERİNE YÜKSEKÖĞRETİM KURULUNCA GETİRİLMEMEYE ÇALIŞILAN ÇÖZÜMLER :** 657 sayılı Devlet Memurları Yasa'sında düzenlemediği halde Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği ile uygulanmak istenen disiplin cezalarının, Danıştay tarafından, yasal dayanaktan yoksun olduğu için uygulanmalarının **mümkün olmadığı** tespit edilince, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı 29.01.2014 tarihli değişiklik ile Yönetim Görevinden Ayırma ile Öğretim Mesleğinden Çıkarma cezaları ile ilgili maddeleri mülga etmiştir.<sup>12</sup> Ayrıca aynı değişiklik ile daha önce Öğretim Mesleğinden Çıkarma cezasını gerektiren "Bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını kaynak belirtmeden kendi eseri gibi göster-

<sup>11</sup> Dan. İ.D.K E.2007/1815,K2011/1218, T.20.09.2012, [www.sinerjimevzaut.com.tr](http://www.sinerjimevzaut.com.tr) (10.10.2013)

<sup>12</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140129.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140129.htm>

mek." Eylemini bu kez Kamu Görevinden çıkarma cezasını gerektiren eylemler içerisine almıştır.

Böylelikle Yükseköğretim Kurulu Başkanlığınca yasal dayanağı olmadığı için Yönetim Görevinden Ayırma ile Öğretim Mesleğinden Çıkarma cezalarının uygulanmasından vazgeçildiği düşünülmüştür. Ancak 14.03.2014 tarihinde bu cezalar bu kez kanun değişikliği ile <sup>13</sup> Yükseköğretim Kanununa girmiştir. Kanununun 53. Maddesinde yapılan değişiklik ile, "Öğretim elemanları, memur ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezaları uyarı, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezaları olduğu" kanun maddesi haline gelmiştir. Maddenin devamında ise "Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir." Denilerek yine yönetmekle suç düzenlemenin tekrar yolu açılmıştır.

Oysa ki Danıştay İdari Davalar Kurulu'nun "Yükseköğretim Kurumlarında çalışan yönetici, öğretim elemanı ve memurlara uygulanacak disiplin suç ve cezalarının da yasayla düzenlenmesi hukuken zorunluluğu olduğunu kabul etmiştir. Ancak kurulun önüne gelen uyuşmazlıkların konuları disiplin cezaları olduğu için sadece cezalar ile ilgili kararlar vermiştir. Ancak Kurul suç ve cezalar dediğine göre, Yönetmelik, düzenlediği disiplin suçu gerektiren eylemler nedeniyle de hukuka aykırılık teşkil temektedir.<sup>14</sup> Bu nedenle bu cezalar her ne kadar kanunla düzenlese de eylemleri yine yönetmelik ile düzenlenecek ve Anayasanın "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz"<sup>15</sup> hükmüne aykırı işlemlerle disiplin cezaları verilecek ve idare mahkemeleri bu cezaları iptal edecektir. Yeniden bir kaos süreci başlayacaktır.

<sup>13</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140314.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140314.htm>

<sup>14</sup> Detaylı bilgi için bkz, *TBB Dergisi* 2010 (91) Hüsamettin UĞUR, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar

<sup>15</sup> Madde 38- (1) Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

#### IV- YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI YÖNETİCİ, ÖĞRETİM ELEMANI VE MEMURLARI DİSİPLİN YÖNETMELİĞİN SORUŞTURMA USULLERİ İLE İLGİLİ TESPİT EDİLEN HUKUKA AYKIRILIKLAR :

##### A- Disiplin Amirince Soruşturma Yapılması (Tarafsızlık İlkesinin İhlali) :

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 17/1. maddesinde, disiplin amirinin, disiplin suçu hakkında bizzat veya bilvasıta bilgi sahibi olduğunda, soruşturmayı kendisi yapabileceği gibi soruşturmacı tayini sureti ile de yaptırabileceği kabul edilmiştir.<sup>16</sup> Bu yönetmelik kapsamında yürütülen ve disiplin amiri ve soruşturmacının aynı olduğu bir disiplin soruşturması sonucunda verilen cezanın idari yargıya taşınması sonucunda Danıştay 8. Dairesi, *“Yazılılık ilkesinin geçerli olduğu İdari Yargılama Usulünde, açılan bu soruşturmalar sonrası düzenlenen soruşturma raporu veya raporları idari yargı yerleri açısından en önemli yargısal malzemeler arasında bulunmaktadır. Bu yargısal malzemelerin yargılama süresinde dikkate alınabilmesi ve yargılamayı yapan yargı yerlerinin soruşturma raporuyla saptanan hususları kararına dayanak yapabilmelerinin temel koşulu ise, bu raporların tarafsız olarak hazırlanmış olmasına bağlıdır. Dosyanın incelenmesinden, olayın açıklığa kavuşturulması amacıyla görevlendirilen ve düzenlediği raporda 1/30 oranında aylıktan kesme cezası verilmesini öneren soruşturmacı ile dava konusu disiplin cezasını veren kişinin aynı kişi olduğu anlaşılmakta olduğundan bu durumun yukarıdaki değinilen tarafsızlık ilkesini zedelediği açık olup bu yönüyle dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”*<sup>17</sup> Gerekçesi ile iptal davasını reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Danıştay’ın aynı yıllarda verdiği bir başka kararında daha da çarpıcı

<sup>16</sup> Madde 17- (1) Disiplin suçunu soruşturmaya yetkili amir, sıralı disiplin amirleridir. Disiplin Amiri, disiplin suçu hakkında bizzat veya bilvasıta bilgi sahibi olduğunda soruşturmayı kendisi yapabileceği gibi soruşturmacı tayini sureti ile de yaptırabilir. Yükseköğretim Kurulu Başkanı, üst kuruluşlar ile bütün yükseköğretim kurumlarının; Rektör, bütün üniversitenin, Dekan, bütün fakültenin; Enstitü veya yüksekokul müdürü, bütün enstitü veya yüksekokulun her kademesindeki görevlilerin disiplin amiri olup bunlar hakkında resen disiplin soruşturması açabilir veya açtırabilir. Bölüm Başkanı; anabilim, anasanat, bilim veya sanat dalları başkanları görev alanları ile ilgili disiplin soruşturma taleplerini en yakın disiplin amirine yaparlar. Bu talep gecikilmeden uygulanmaya konulur.

<sup>17</sup> Dan. 8.D, E.2004/2895, K.2005/1597,T.05.04.2005, [www.sinerjimevzaut.com.tr](http://www.sinerjimevzaut.com.tr) , (10.10.2013)

ifadeler kullanmaktadır. Danıştay 8. Dairesi bu kararında: *“Soruşturulan bir olayda taraf konumunda bulunan, soruşturma açılmasını sağlayan ve yahut soruşturulan olaya ilişkin olarak bilgi ve görgüsüne başvurulmuş veya başvurulabilecek kişilerin soruşturmacı olarak atanması ve soruşturmayı yürüterek soruşturma raporu hazırlaması (tarafsızca hazırlanmış bulursa dahi) gerek kamu vicdanında gerekse suçlanan (hakkında suç isnadında bulunulan) kişi vicdanında birçok soru işaretlerine neden olacağı gibi bu durumun tarafsızlık ilkesini zedeleyeceği de tartışmasızdır.”*<sup>18</sup> Şeklinde hüküm kurarak yönetmeliğin ne derecede kabul edilemez hükümler içerdiğini anlatılmaya çalışılmıştır. Ancak Danıştay Kararlarıyla tespit edilen bu hukuka aykırılıklar ile ilgili Yükseköğretim Kurumu başkanlığınca herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

**B- Soruşturmacı Tarafından Alınan Savunmanın Yeterli Olmadığı, Disiplin CEZASINI Vermeye Yetkili Amirler Tarafından da Savunma Alınmasının Zorunlu Olduğu :** Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğin 24/1 maddesinde savunmanın soruşturmacı tarafından savunma alınacağı **düzenlenirken**, cezayı vermeye yetkili disiplin amirince de savunma alınmasının gerektiğine yer verilmemiştir.<sup>19</sup> Ancak Danıştay 3. Dairesi, *soruşturmacı tarafından alınan savunmanın yeterli olmadığı disiplin cezasını vermeye yetkili amirler tarafından da savunma alınmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir.*<sup>20</sup> Danıştay kararında devamında Soruşturmacıları aldığı ifadenin savunma değil olayı aydınlatmak için bilgi almak olduğu da hükmetmiştir. Danıştay, soruşturmacıyı savcı, disiplin amirini hakim gibi göreyerek, hakim tarafından savunma hakkı verilmeden, disiplin suçu şüphelisinin cezalandırılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Ancak Danıştay Kararlarıyla tespit edilen bu hukuka aykırılıklar ile ilgili Yükseköğretim Kurumu başkanlığınca herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

<sup>18</sup> Dan. 8.D, E.2004/2989, K.2005/4133, T.18.10.2005, [www.sinerjimevzaut.com.tr](http://www.sinerjimevzaut.com.tr) , (10.10.2013)

<sup>19</sup> Madde 24 - (1) Savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya disiplin kurulunun yedi günden az olmamak üzere verdiği süre içerisinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayanlar savunma hakkından vazgeçmiş sayılırlar. Sanığa gönderilen yazıda, hakkında disiplin soruşturması açılan fiilin neden ibaret bulunduğu, savunmasını belirtilen sürede yapmadığı takdirde savunmasından vazgeçmiş sayılacağı bildirilir.

<sup>20</sup> Dan. 3.D, E.2004/2895, K.2005/1597,T.05.04.2005, Danıştay Dergisi Sayı:12



## V. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI YÖNETİCİ, ÖĞRETİM ELEMANI VE MEMURLARI DİSİPLİN YÖNETMELİĞİ'NİN ÇELİŞKİLİ HÜKÜMLERİ :

Yönetmeliğin uygulanması mümkün olmayan bu düzenlemeleri yanında, birbiriyle çelişen bazı hükümleri de uygulamacıların hatalı işlemler tesis etmelerine neden olmuştur. Şöyle ki, Yönetmelik Soruşturmaya Yetkili Amir» başlıklı 17. maddesinde, disiplin suçunu soruşturmaya yetkili amirin sıralı disiplin amiri olduğu belirlenmiş, ancak aynı maddenin devamında Rektör, bütün üniversitenin disiplin amiridir ifadesine yer vermiştir. Bu düzenlemeye göre rektör üniversite de görev yapan herkese disiplin soruşturması açıp ceza verebilecek midir ? İşte bu düzenleme uygulamacıları yanıltmıştır. Öyle ki Yükseköğretim Kurulu Hukuk Müşavirliğinin 5-7 Kasım 2010 yılında yaptığı seminere ilişkin ders notlarında *“Yönetmeliğin 17.maddesi gereğince soruşturma açma konusunda, sanığın en yakınından başlamak üzere sıralı disiplin amirleri yetkilidir. Canlı misalle bir meslek yüksek okulunda görev yapan öğretim görevlisi hakkında, ey yakın disiplin amiri olarak yüksek okul müdürü soruşturma açabileceği gibi, gerek görürse üniversitedeki en üst disiplin amiri olarak rektör de soruşturma açabilir.”* Şeklinde bir yanlış bir bilgiye dahi yer verilmiştir.<sup>21</sup> Oysa ki örnek bir uygulama yine idari yargıya taşındığında, yönetmeliğin bu hükmü Danıştay 8. Dairesi üyeleri arasında bile tartışma yaratmış ve sonuçta oy çokluğu ile dekanlıkta görev yapan araştırma görevlisine rektör değil en yakın disiplin amiri olan dekanın ceza verebileceğine karar verilmiştir. Muhalefet şerhinde ise Danıştay üyesi 17. Maddedeki. Rektör, bütün üniversitenin disiplin amiridir lafzına takılmış ve rektör tarafından verilen disiplin cezasında yetki yönünden hukuka aykırılık bulunmadığından, işin esasının incelenmesi için dosyanın Dairesine gönderilmesi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz,<sup>22</sup> şeklinde muhalefet şerhine imza atmıştır. Ancak bu çelişik hükümlerle ilgili Yükseköğretim Kurumu başkanlığınca herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

**VI. SONUÇ :** Danıştay İdari Davalar Kurulu'nun verdiği kararlar nedeniyle yönetmeliğin, Yönetim Görevinden Ayırma, Öğretim mesleğinden Çıkarma Cezası ile ilgili maddelerini uygulanamaz hale

<sup>21</sup> Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması , Ceza Soruşturması ve İdari Uygulamaları Ders Notları, 05-07 Kasım 2010 Antalya s 15

<sup>22</sup> Dan.İ.D.K E.2006/2042 K.2010/448 11 03 210

getirmesi üzerine Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı, Yönetmeliği uygulanamaz hale getiren Danıştay İdari Davalar Kurulu kararlarını, adeta başınızın çaresine bakın der gibi, tüm Üniversite ve İleri Teknoloji Enstitüleri Rektörlüklerine göndererek, uygulamalarda dikkate alınmasını istemiştir.<sup>23</sup> Ancak Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı, bu yazısından sekiz ay sonra 29.01.2014 tarihli değişiklik ile Yönetim Görevinden Ayırma ile Öğretim Mesleğinden Çıkarma cezaları ile ilgili maddeleri mülga etmiştir. Tam Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın kanunda düzenlenmeyen suç ve cezaların uygulanmasından vazgeçtiği kanaati oluşmuş ilken, mülga hükümleri getiren yönetmelikten 45 gün sonra 2547 sayılı Kanununun 53.maddesinde değişiklik yapılarak yönetmelikle kaldırılan ceza biçimlerinin kanuna girmesi sağlanmıştır. Ancak bu cezaları gerektiren eylemleri düzenlemek ise yönetmeliğe bırakılmıştır. Gerek bu güncel düzenleme gerek ise 657 sayılı Devlet Memurları kanunda ve yönetmelikte düzenlenen, Uyarma, Kınama, Aylıktan Kesme, Kademe İlerlemesinin Durdurulması cezalarını gerektiren eylemleri, yönetmeliğin yasal dayanak olmadan genişletmiş olması "Kanunsuz Suç Olmaz İlkesine" aykırıdır. Zira Anayasanın 38. Maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanununun 2. Maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 günlü, E:2012/28 K:2011/139 sayılı kararında, Anayasa'nın 38. Maddesinde idari ve adli cezalar bakımından ayırım yapılmadığından bahisle, disiplin cezalarının da bu maddede öngörülen ilkelere tabi olduğu kabul edilmiş iken, yönetmelik , hatta kanun değişikliği yapılırken bu aykırılıklar giderilmemiştir. Ne yazık ki bu bağlamda, Yükseköğretim Kanunu Taslağı,(Ocak 2013) <sup>24</sup> 72. maddesinde Kamu Görevinden Çıkarma, Öğretim Üyeliği Görevinden Çıkarma, Görevinden Çekilmiş Sayılma, Aylıktan Kesme ve Kınama cezaları ile ilgili spesifik düzenlemeler öngörmüş; ancak yine aynı maddenin son fıkrasında "Disiplin soruşturmasına ilişkin esas ve usuller, Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." Şeklinde bir düzenleme yaparak gelecekte de yeni hukuki tartışlara zemin

<sup>23</sup> Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının 15.04.2013 tarih ve 19088 sayılı yazısı.

<sup>24</sup> <http://yeniya.yok.gov.tr/?page=yazi&i=105>

hazırlamıştır. Kaldı ki tasarının akıbeti bugün itibariyle meçhuldür. Yapılan değişikliklerde ve kanun tasarısında Yönetmeliğin çelişkili hükümleri ve usul hukukuna ilişkin aykırılıkları ise tamamen görmezlikten gelinmiştir.

İdare hukuku genç bir hukuk dalıdır ve kodifikasyonu geç kalmıştır.<sup>25</sup> Bu durum Yönetmelik ve diğer isimsiz mevzuat ile işlem tesis etmeye çalışan,<sup>26</sup> Yürütme ile hukukun tüm ilkelerini de kararlarında uygulayan Yargı erklerini karşı karşıya getirmekte ve yargısal yorumun üstün olduğu Türk Hukuk Sisteminde,<sup>27</sup> Yürütme çaresiz kalmaktadır. Üçüncü erk olan Yasama, yani meclisimiz çok daha önemsiz konularda günler ile sayılan süreçler içinde yasalar çıkarmaktadır; ancak tüm üniversiteleri ilgilendiren bu hukuk sorunu görmezden gelmekte ve biz uygulamacıları zor durumda bırakmaktadır. Hiyerarşi gücü, üstün asta, gördüğü kamu hizmet ile alakalı emir ve talimat verme, astı yönlendirme, astın fiillerini ve tasarruflarını inceleme, denetleme ve uygulanmasını erteleme, yürütmesini durdurma, iptal etme, kanunun verdiği bir yetkiye dayanarak disiplin cezası verme gibi yetkilerin tanınmasıdır.<sup>28</sup> Ancak böylesi bir hukuk sorununda hiyerarşi erkinin uygulanmasından, yönetimde istikrarın sağlanmasından söz edilmeyeceği açıktır.<sup>29</sup> Hiyerarşi gücünün uygulanması ve adaletin kesintisiz uygulanabilmesi için, Yükseköğretim mevzuatında Danıştay kararları nedeniyle oluşan hukuk boşluğunun doldurulması ve yükseköğretim kurumlarında disiplinin işlemlerinin aksamadan ve çelişkiye düşülmeden tesis edilebilmesi için, en kısa zamanda Danıştay'ın kararları da dikkate alınarak yetkisini kanundan alan bir disiplin mevzuatı yasama organınca kabul edilip yürürlüğe konmalıdır. Sorunun başkaca bir çözümü yoktur.

<sup>25</sup> Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukukuna Giriş, Bursa, Ekin Yayınevi, 15. Baskı, Ekim 2012, s 18

<sup>26</sup> Ayrıntılı bilgi için, Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler, Yeliz şanlı Atay Türkiye ve Ortadoğu amme idaresi Enstitüsü, Ankara,2011

<sup>27</sup> Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Medeni Hukuk, Beta, 16. Baskı, İstanbul, 2011s 70.

<sup>28</sup> Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin, Ankara, 2009, s. 196.

<sup>29</sup> Hukuk boşluğu, için ayrıntılı bilgi, Erhan Adal, Hukukun Temel İlkeleri, Beta, 6. Bası, 1998, s.167

### KAYNAKLAR

- Kahramanoğlu Salim/ Kardoğan Mehmet Ünver / Nezir, Açıklamalı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, Ebu Net E -Öğretim Eğitim, 2012,
- Anayurt Ömer, Hukuka Giriş ve Hukukunun Temel Kavramları, Ankara, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, 2013,
- Gözler Kemal , İdare Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003,
- Gözler Kemal ve Kaplan Gürsel, İdare Hukukuna Giriş, Bursa, Ekin Yayınevi, 15. Baskı, Ekim 2012,
- Atay E.Ethem, İdare Hukuku, Turhan, Ankara, 2006,
- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Türk idare Hukuku, Seçkin, Ankara, 2009,
- Duman Bahattin, Yükseköğretim Ceza Ve Disiplin Soruşturması, 2 Baskı, Seçkin, Ankara, 2010,
- Erhan Adal, Hukukun Temel İlkeleri, Beta,6. Baskı, İstanbul, 1998
- Akıntürk Turgut, Ateş Karaman Derya Ateş Karaman, Medeni Hukuk, Beta,16. Baskı, İstanbul,2011
- Şanlı Atay Yeliz Türk, İdare Hukuk'unda Adsız Düzenleyici İşlemler, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara,2011
- Sinerji İçtihat, Mevzuat Hukuk Yazılımları , [www.sinerjimevzaut.com.tr](http://www.sinerjimevzaut.com.tr), 2013
- Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması, Ceza Soruşturması ve İdari Uygulamaları Ders Notları 05-07 Kasım 2010 Antalya
- Danıştay Dergisi. Sayı 12
- Aksaray Üniversitesi Hukuk Müşavirliği Arşivi.
- TBB Dergisi 2010 (91)

# ANAYASA MAHKEMESİNİN EYLEMLİ İÇTÜZÜK KURALINA İLİŞKİN İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİNİN GEREKÇESİ ÜZERİNE

## ON THE RATIONALE OF THE DECISION OF CONSTITUTIONAL COURT ON THE RULE OF PROCEDURE IN ACTION

Fahri BAKIRCI\*

**Özet:** TBMM, Anayasa gereği çalışmalarını kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürütmektedir. İchtüzük hükümlerinin, normlar hiyerarşisi gereği Anayasaya uygun olması gerekmektedir. İchtüzüğün, Anayasa'ya uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından yapılmaktadır. 1961 Anayasası döneminde AYM hem şekil, hem de esas denetimi yaparken, 1982 Anayasası döneminde AYM'nin şekil denetimi yapmasına çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. 1991 yılına kadar dar yorum yöntemiyle çok sınırlı bir şekil denetimi yapan AYM, 1991 yılında geliştirdiği bir içtihadıyla yeniden 1961 döneminde olduğu gibi şekil denetimi yapmaya başlamıştır. Bu yorumla, eylemli içtüzük kuralı olarak adlandırılan uygulamalar içtüzük değişikliği sayılmış ve tıpkı bir içtüzük değişikliği yapılmışçasına AYM tarafından denetlenmiştir. Bu içtihat 2008 yılında yeniden değiştirilmiş ve 1982 uygulamasının başlangıcına geri gidilmiştir. Bu bir geriye gidişi ifade etmektedir. Bu geriye gidişte rastlanan bir sorun da yeni içtihadın gerekçesinin kendi içinde tutarsız olmasıdır. Bu makale bu süreci göz önüne sererek söz konusu tutarsızlığı göstermeye çalışmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa, Anayasa Mahkemesi, İchtüzük, Eylemli İchtüzük Kuralı, Normlar Hiyerarşisi.

**Abstract:** Grand National Assembly of Turkey (GNAT), according to 1982 Constitution of Turkey (CoT), carry out its activities in accordance with the provisions of Rules of Procedure (RoP) drawn up by itself. Hierarchy of norms requires that the RoP being in conformity with the Constitution. The Constitutional Court (CC) provides the control of the conformity between RoP and (CoT). In the period of 1961 Constitution, (CC) was made two type of control, i.e. form and substance, while in the period of 1982 Constitution, control of form by the (CC) is restricted into a very narrow framework. After 1991, CC started to use a new interpretation in its decision. By this new interpretation it started to make control of form similar to the period of 1961. According to this new interpretation, when the implementation of RoP is different than the Rule itself that is contain-

---

\* Dr.

ned in RoP, this implementation should be deemed as a new Rule of Procedure. So CC controlled whether this new Rule is in conformity with the Constitution. But after 2008 it has changed its interpretation one more time and it returned to the beginning of 1982 Constitution. This is a kind of retrocession. Moreover there is a contradiction in the rationale of the Court decision that has changed the direction of the Court interpretation. This article tries to show the historical process and the contradiction in the Court decision.

**Keywords:** Constitution, Constitutional Court, Rules of Procedures, Rules of Procedure in Action, Hierarchy of Norms.

Anayasa'nın 95. maddesi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) çalışmalarını kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürüteceğini öngörmüştür. Ancak bu ifade, TBMM çalışmalarına ilişkin kuralların tümünün İçtüzükte düzenleneceği sonucunu doğurmaz. Çünkü Anayasa'nın bizzat kendisi de TBMM'nin çalışma yöntemine ilişkin kimi kuralları düzenlemiş ve katılaştırmıştır. Bu durumda hem Anayasa hem de İçtüzük TBMM'nin çalışma yöntemine ilişkin kurallar koyduğuna göre bunlardan hangisi öncelikli olarak uygulanacaktır. Normlar hiyerarşisi gereğince, alt norm üst norma uygun olmak zorunda olduğundan, öncelikli olan Anayasa kuralıdır. Ancak Anayasa'nın kendisinin bütün kuralları koyması gerekmez; Anayasa çerçeveyi çizer ve ayrıntıları İçtüzüğe bırakır. Bu durumda da İçtüzükteki kuralların Anayasa'ya uygun olması gerekir. TBMM İçtüzüğünün Anayasa'ya uygun olmamasının doğal sonucu, TBMM'nin işleyişinin de Anayasa'ya aykırı olmasıdır. Anayasa koyucu bu durumu dikkate alarak, 148. maddede, TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetleme yetkisinin Anayasa Mahkemesi'nde olduğunu belirtmiştir. Teorik olarak, Anayasa'ya aykırı bir İçtüzük kuralı yapılmışsa, Anayasa Mahkemesi bu kuralı iptal ederek Anayasa'ya uygunluğu sağlayacaktır. Ancak sorunun çözümü her zaman bu kadar kolay olmayabilir. İçtüzüğün 151. maddesine göre içtüzüğün Anayasa'ya aykırılığı dolayısıyla iptal davası açma süresi, içtüzüğün Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer. Bu durumda sözkonusu altmış gün içinde AYM'ye başvurulmadığı için yürürlükte kalan Anayasa'ya aykırı bir içtüzük hükmüne dayalı olarak yapılan işlemler ne olacaktır? Bu, karşılaşılması muhtemel birinci sorundur. Karşılaşılması muhtemel olan ve sıklıkla da karşılaşılan ikinci sorun bir içtüzük kuralının yazılı olan kuraldan

farklı uygulanması halidir. Yazılı kural Anayasa'ya uygun olmakla birlikte, bu kuralın uygulanma biçimi Anayasaya aykırılık oluşturabilir. Bu durumda bu uygulamanın Anayasa'ya aykırılığından söz edilecek midir? Hatta ortada hiçbir kural bulunmayabilir ve TBMM bu boşluğu bir uygulamayla doldurabilir. Bu uygulama Anayasa'ya aykırı ise AYM bu uygulamayı denetleyebilecek midir?

Bu sorulara verilecek cevaplar, kuşkusuz, konuya ilişkin olarak Anayasa'da yer alan kurallara ve bu kuralların yorumuna bağlı olarak değişecektir. Nitekim 1920'den günümüze kadar anayasalarda yer alan-yer almayan kurallar nedeniyle anayasal dönemler arasında farklılıklar bulunmaktadır. Ancak değişikliğin nedeni sadece anayasalardaki kuralların değişmesi değildir. AYM'nin değişik yorumları nedeniyle de zaman içinde değişik içtihatlar oluşmuştur. Bu içtihat değişiklikleri bu makalede ayrıntılı olarak incelenecektir. 1961 Anayasası'na kadar ülkemizde bir AYM bulunmadığından, bir AYM içtihadından da söz edilemez. 1961 Anayasası döneminde ise AYM biçim denetimi-esas denetimi ayrımı yapmış ve bu tür bir içtihadı gerektirmemiştir. Aşağıda inceleneceği gibi 1982 Anayasası esas ve şekil denetimi ayrımı öngördükten sonra şekil denetimini birçok yönden sınırlandırınca, AYM 1990'lı yıllara kadar şekil denetimini çok sınırlı düzeyde yapmıştır. Ancak 1990'lı yıllarda *eylemli içtüzük kuralı* yorumunu geliştirerek yeniden şekil denetimi yapmaya başlamıştır. Ne var ki AYM 25/12/2008 tarihinde verdiği E. 2008/71, K. 2008/183 sayılı kararıyla içtihadını bir kez daha değiştirmiş ve 1991 öncesi uygulamasına geri dönmüştür. Bu içtihat, 24/5/2012 tarihli, E. 2012/48, K. 2012/75 ile 17.01.2013 tarihli E. 2012/19, K. 2013/17 numaralı kararlarında iki kez daha yinelenmiş ve 1982 Anayasasının ilk uygulamasına geri dönmüştür. Sadece eski içtihadına bir geri dönüşü değil ama aynı zamanda bir *geriye gidişi* de ifade eden bu içtihat değişikliği, bu *geriye gidişi* yönünden ciddi biçimde eleştirilebilir. Bu makalede bu tür bir eleştiri de yer alacaktır. Ancak bundan daha önemlisi AYM'nin 2008 ve 2013 yıllarındaki iki kararında da neredeyse aynen tekrar ederek kullandığı gerekçenin içinde yer alan çelişkidir. Birbirine zıt iki içtihadın gerekçesi olabilecek iki gerekçe, aynı kararların içinde kullanılmış ve son derece sorunlu bir sonuç doğmuştur. Gerekçenin bu makalenin konusu olan ilk paragrafı, eylemli içtüzük kuralı yorumunun AYM tarafından devam ettirildiği gibi bir izlenim doğurmaktadır. Ancak

hükmün kurulmasına dayanak oluşturan ikinci paragraf, ilk paragrafı yok sayarak, eylemli içtüzük kuralı uygulamasına son vermektedir. Başka bir anlatımla AYM'nin iki paragrafta ileri sürdüğü düşüncelerin aynı hükmün gerekçesi olması mümkün değildir. Bu nedenle de kararlar bu yönüyle çelişkilidir. Şimdi konunun daha iyi anlaşılması için Anayasal çerçeve ile AYM içtihatları tarihsel sırada incelenecek ve ardından verilen karar bu anayasal çerçeve ve içtihatlar bağlamında değerlendirilecektir.

## I. Tarihsel olarak Şekil Denetimi

Şekil denetiminden anlaşılması gereken şey AYM'nin denetimi kapsamına giren düzenlemelerin (kanun, KHK ve TBMM İctüzüğü) Anayasa'da belirtilmiş olan kurallara uygun olarak yapıp yapılmadığıdır.<sup>1</sup> Yukarıda belirtildiği gibi bu düzenlemelerin yapıma yöntemi-ne ilişkin kurallar sadece Anayasa'da yer almaz. Anayasa, bu yöntemin TBMM'nin kendi çıkaracağı İctüzükte düzenleneceğini öngörmüştür. Bu nedenle Teziç şekil yönünden denetimin *anayasa ve meclis içtüzüğünde* öngörülen usul ve şekillere<sup>2</sup> uygun olarak yapıp yapılmadığı ile ilgili olarak dışa dönük (extrinsèque) özellikte olduğunu belirtmektedir.<sup>3</sup> Dolayısıyla kural olarak, çıkarılacak bir kanunun, Anayasa ve İctüzükte öngörülmüş olan yönteme göre çıkarılması zorunludur. Bu yönteme uyulmadan çıkarılmış olan bir kanunun, esastan değil şekilden dolayı iptal edilebilmesi gerekir.

<sup>1</sup> Sabuncu, 2005, s. 281

<sup>2</sup> Teziç şekil ile usul arasında bir ayrım yapmaktadır. Buna göre, bir kanunun yapılışında anayasa ve içtüzükte öngörülen kurallara uyulması bir usul sorunudur. Kanunun yazılı bir metin halinde Resmi Gazete'de yayınlanması ise yalnızca şekil sorunudur. Teziç bu nedenle şekil eksiklikleri ile usul bozukluklarını birbirinden ayırır. Usul bozuklukları kanunun iptaline neden olan sakatlıklardır. Oysa şekil bozuklukları kanunun yok hükmünde olması sonucunu doğurur. Başka bir anlatımla şekil eksikliği durumunda ortada bir kanun yoktur. Örneğin Resmi Gazete'de yayımlanmayan bir kanun şekil eksikliğine tabidir. Yine Meclisin kabul ettiği metin Resmi Gazete'de yayınlanan metne uymuyorsa ortada bir şekil eksikliği söz konusudur. Şekil eksiklikleri her makam ve mahkeme tarafından saptanabilir. Buna karşı usul bozukluklarını saptama ve iptal etme yetkisi anayasa yargısının (Teziç, 2001, s. 179-180). Bu ayrımın teorik bir temeli olsa bile, mahkemeler tarafından kullanılmadığını ve her iki bozukluğu kapsamak üzere şekil bozukluğu kavramının kullanıldığını belirtmek gerekir. Bu nedenle bu makalede şekil bozukluğu usul ve şeklin her ikisini de kapsayacak biçimde kullanılmıştır.

<sup>3</sup> Teziç, 2001, s. 179-180



Kanunların şekil bakımından sakatlanmamaları için AYM'nin denetim yapması gereken dört durum vardır:

1) Yeni İÇTÜZÜK çıkarılması ya da İÇTÜZÜKTE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

Anayasa TBMM'nin işleyişine ilişkin kurallardan kimilerini kendisi düzenleyerek ve bazı temel ilkeler koyarak çerçeveyi çizmiştir. AYM de İÇTÜZÜĞÜN kurallarının Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle görevlendirilmiştir. Yeni bir İÇTÜZÜK yapıldığında ya da mevcut İÇTÜZÜĞÜN kurallarında değişiklik yapıldığında, AYM bu değişikliğin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunu denetleyebilir.

2) Mevcut İÇTÜZÜĞÜN Anayasa'ya aykırılığının sonradan farkedilmesi

İÇTÜZÜK yapıldıktan ya da değiştirildikten sonra esas ve şekil bakımından Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla AYM'nde iptal davası açılması süreye bağlıdır ve bu süre geçtikten sonra dava açılmaz. Ancak bu durum, AYM'nin denetiminden geçmemiş olan kuralların her zaman Anayasa'ya uygun oldukları sonucunu doğurmaz. Başka bir anlatımla Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla AYM'ne başvurulmamış olması, bu durumdaki İÇTÜZÜK kurallarının her zaman Anayasa'ya uygun oldukları anlamına gelmez. Bu durumda İÇTÜZÜK kuralının Anayasa'ya aykırılığı sonradan fark edilecek olursa ne olacaktır? Böyle bir durumda olması gereken üst norm olan Anayasa'nın esas alınmasıdır. Nitekim AYM aşağıda da incelenecek olan bir kararında İÇTÜZÜĞÜN Anayasa ile çelişen hükümlerinde Anayasa'ya uyar bir uygulanma yolunun tutulması gereklidir.<sup>4</sup> diyerek, Anayasa'ya aykırılık durumunda Anayasa hükümlerinin esas alınacağını belirtmiştir.

3) İÇTÜZÜKTE KURAL BULUNMAMASI HALİNDE UYGULAMAYLA YENİ KURAL OLUŞTURULMASI

TBMM çalışma yöntemine ilişkin kuralları İÇTÜZÜKTE düzenlerken öngöremediği durumlar sözkonusu olabilir. Uygulamada bu durumlarla karşılaştığında yeni bir kural üretmek durumundadır. Bu kural üretimi iki biçimde olabilir: Birinci biçimde bir İÇTÜZÜK değişikliği tek-

<sup>4</sup> Bakırcı, 2011, s. 53-54

lifi hazırlayarak mevcut İctüzüğe kural ekleyebilir. İkinci durumda yöntemine uyarak İctüzüğe bir kural eklemek yerine sorunu geliştirdiği bir uygulamayla çözebilir. İşte bu uygulama özünde yeni bir kural ihdasıdır ve AYM'nin aşağıdaki bazı kararlarında ifade ettiği eylemli içtüzük kuralının bir örneğidir. Çünkü TBMM yöntemine uyarak bir İctüzük kuralı koymak yerine, uygulamasıyla bir İctüzük kuralı koymuştur. Zaman içinde teamül haline gelecek bu uygulamanın işlevi bakımından İctüzük kuralından bir farkı yoktur. Bu nedenle de bu uygulamanın ya da eylemli içtüzük kuralının Anayasa'ya aykırılığının denetlenmesi gerekir.

#### 4) İctüzükteki kurallara aykırı bir uygulama olması

İctüzük TBMM'nin çalışma yöntemine ilişkin kuralları koysa da kimi zaman bu kurallara uyulmayabilir ve bu kurallara aykırı kurallar uygulanabilir. Ancak AYM anayasallık denetimi yapan bir organdır ve İctüzüğe aykırı bir uygulama AYM'nin denetim kapsamına girmez. Ancak AYM bu uygulamanın İctüzüğe değil Anayasaya aykırılığını denetleyebilmelidir. Bu da eylemli içtüzük kuralının bir başka örneğidir. AYM İctüzüğe aykırı bir uygulamayı yeni bir içtüzük kuralı gibi değerlendirip anayasallık denetimi yapabilmelidir.

AYM, 1961-1980, 1991-2008 yılları arasında bu dört durumda denetim yapmıştır. 1982-1991 döneminde ise sadece (1) numaralı başlık altında sunulan denetimi yapmıştır. 2008 yılında ise yeniden 1982-1991 döneminde yaptığı denetime geri dönmüştür. Şimdi bu dönemler incelenecektir.

#### a. 1921- 1924 Dönemi ya da 1961 Anayasası Öncesi Dönem

İctüzüklerin anayasaya uygunluğunu denetleyecek ve anayasaya aykırı içtüzük hükümlerini iptal edecek kurum, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevlendirilen AYM'dir. 1961 Anayasası'ndan önce sistemimizde bir AYM bulunmadığından, diğer yasa kuralları gibi, içtüzük kurallarının da anayasaya uygunluk denetimi yapılamamaktaydı. Dolayısıyla, bu dönemde anayasaya aykırı içtüzük kurallarına karşı başvurulacak bir kurum bulunmadığından, bu tür kuralların varlığını sürdürmesi olanaklıydı.<sup>5</sup> Bu durum sadece içtüzükler için

<sup>5</sup> Bakırcı, 2000, s. 28-29

geçerli değildi. Bir AYM bulunmadığı için Anayasaya aykırı yasaların da varlığını sürdürmesi mümkündür.<sup>6</sup>

### b. 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasası geçmiş döneme bir tepki olarak bir AYM kurulmasını öngörmüştür. Anayasanın 147. maddesine göre AYM, kanunların ve TBMM İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevlendirilmiştir<sup>7</sup>. Anayasa'nın 150. maddesine göre doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, içtüzüğün Resmi Gazete'de yayımından başlayarak 90 gündür. Diğer taraftan 1961 Anayasası'nda dava açma yetkisine sahip olan kişi ve kurumlar son derece geniş tutulmuştur<sup>8</sup>. Buna göre,

- Cumhurbaşkanı,
- Son seçimlerde oyların en az yüzde onunu alan siyasi partiler,
- TBMM'de temsilcisi bulunan siyasi partiler,
- Siyasi parti grupları,
- Yasama meclislerinin üye tamsayılarının 1/6'sı,
- Kendi varlık alanlarını ilgilendiren konularda Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Üniversiteler,

kanunların veya TBMM İçtüzüklerinin veya bunların belirli maddede ve hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla doğrudan doğruya iptal davası açabilirlerdi.<sup>9</sup> Anayasa, iptal davasını, şekil ve esas ba-

<sup>6</sup> Teziç 1924 Anayasa düzenini kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimine örnek olarak göstermektedir. Bu dönemde kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin yalnızca TBMM'ye ait olduğu görüşü egemendir. Uygulamada mahkemeler Anayasa'ya aykırı kanunları uygulamaktan kaçınma yönünden bir tutum ortaya koymuşlarsa da Yargıtay hakimlerin kanunların Anayasa'ya aykırılığına karar veremeyeceklerini belirterek defi yoluyla denetim mekanizmasının ortaya çıkmasını önlemiştir. (Teziç, 2001, s. 177)

<sup>7</sup> Kili & Gözübüyük, 1985, s. 221

<sup>8</sup> Kili & Gözübüyük, 1985, s. 222

<sup>9</sup> 1961 Anayasasına göre, dava mahkemeleri davada uygulanacak yasanın hükümlerini anayasaya aykırı görürlerse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, AYM'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakırdı. AYM, dava mahkemeleri tarafından kendisine iletilen bu davayı altı ay içinde sonuçlandırmak durumundaydı. Aksi takdirde, dava mahkemeleri anayasaya aykırılık savını kendi kanısına göre çözümlenerek davayı yürütürdü (m. 151). Teziç'e göre bu durumlarda dava mahkemelerinin de esas incelemesi

kımından olmak üzere gruplara da ayırmamıştı. Bu nedenle de AYM, bu dönemde normları önce biçim açısından ele almakta ve burada bir aykırılık görmemesi durumunda esas denetimine geçmekteydi.<sup>10</sup> AYM, şekil yönünden iptale karar verdiğinde ayrıca esasa ilişkin denetim yapmamaktaydı.<sup>11</sup> Çünkü yöntemine uyulmadan çıkarılmış olan bir kanun, esas bakımından Anayasa'ya uygun olsa bile, yapılış yöntemi bakımından hukuka aykırı olmaya devam edecekti.

Görüldüğü gibi 1961 Anayasası hem başvuru süresini uzun ve başvurulacak kurum ve kişi sayısını geniş tutmuş, hem de şekil-esas ayrımı yapmamıştır. AYM, Anayasa'nın bu konuda sessiz kalışını geliştirdiği bir yorumla doldurmuş ve her iptal davasında esasa ilişkin inceleme yapmadan önce şekle ilişkin bir inceleme yapmıştır. Bu da kapsamlı bir şekil denetimi yapılmasını sağlamıştır. Bu dönemde içtüzüğe ya da anayasaya aykırı uygulamaların ve bu uygulamalara dayalı olarak çıkarılan kanunların iptal edilmesinde hiçbir sorun yaşanmamıştır. Ancak Mahkeme'nin içtüzüğe aykırı her uygulamayı bir iptal nedeni kabul ettiği sanılmasın. AYM bu dönemde şekil bakımından yaptığı denetimde şöyle bir mantık yürütmüştür: Bütün içtüzük kuralları aynı değerde değildir. Kaynağını anayasadan alan içtüzük kuralları ile anayasal dayanağı bulunmayan içtüzük kuralları arasında ayırım yapılmalıdır. Anayasal dayanağı olmayan, ancak içtüzük kurallarına aykırı olarak yapılan uygulamalar iptal nedeni sayılmazlar. Çünkü bunları iptal nedeni saymak, yasama meclislerinin işleyişinde şekil kurallarına gereğinden fazla itibar etmek ve yasama meclislerinin çalışmalarını aksatmak anlamına gelir. Dolayısıyla sadece bir içtüzük kuralına aykırı olan bir uygulamanın ve bu uygulamaya dayanarak çıkarılan yasanın iptal edilmemesi gerekir. Ancak anayasada dayanağı olan içtüzük kuralları bakımından aynı şey söylenemez. Çünkü bu durumda anayasaya aykırı bir kurala dayalı olarak yasa çıkarılmış olur ki anayasaya aykırı bir usulle yapılan yasanın da iptal edilmesi gerekir. AYM bu durumu bir kararında şöyle ifade etmektedir:

---

yapmadan önce şekil denetimi yapmaları gerekiyordu. Bu durumda şekilde bir anayasaya aykırılık saptanması halinde, davaya bakmakta olan mahkeme, anayasaya aykırı bir usulle yapılan kanun hükmünü davada uygulamayabilirdi. Böyle bir örnek 1961 Anayasası döneminde hiç yaşanmadığından üzerinde ayrıca durulmamıştır. (Ayrıntı için bkz: Teziç, 1984, s. 56-59.)

<sup>10</sup> Sabuncu, 2005, s. 280

<sup>11</sup> Teziç, 2001, s. 179-180

İçtüzük hükümleri, genellikle, şekle ait kurallardır. Burada hatıra gelen soru, bir kanun yapılırken İçtüzüklerin herhangi bir hükmüne aykırılığın, iptal nedeni sayılıp sayılmayacağıdır. Bu hükümler içerisinde, Yasama Meclislerince verilen bir kararın sıhhati üzerinde etkili olabilecek nitelik taşıyanlar bulunduğu gibi, bu derecede önemli olmayanlar da vardır. Birinci kategoriye girenlere aykırılığın iptal nedeni teşkil edeceği, buna karşılık öteki şekil kurallarına riayetsizliğin iptali gerektirmeyeceği kabul edilmelidir. Anayasa'da gösterilmeyen ve yalnız İçtüzüklerde bulunan şekil kuralları arasında bu ayrımı yapmak, Anayasa'nın maksadına uygun düşer. Zira İçtüzüklerdeki şekil kurallarına aşırı bağlılık, yasama meclislerinin çalışmalarını lüzumsuz yere aksatır.<sup>12</sup>

AYM, bu dönemdeki kararlarında (örneğin E. 1976/51, K. 1977/16) sadece İçtüzük kurallarına aykırı davranmanın iptal nedeni olmayacağını açıkça belirtmiştir:

*Kanun tasarı ve tekliflerinin, belli süreler geçmeden gündeme alınmasına ve öncelikle ve ivedilikle görüşülmesine ilişkin önergelerin gerekçeye ve önemli neden koşuluna bağlı olması kuralları, birer içtüzük düzenlemesidir ve bu kurallar kaynağını doğrudan doğruya Anayasa'dan almış da değildir. Böyle olunca, Parlamentoda bu çeşit biçim kurallarına her uyulmayışta bir iptal nedeni oluşacağı kabul edilemez.*<sup>13</sup>

AYM biçim denetimi sırasında İçtüzük kuralının Anayasa'ya aykırı olduğunu fark ettiğinde de, İçtüzük kuralının Anayasa karşısında duramayacağını, Anayasa kuralı ile İçtüzük kuralı arasında fark varsa, Anayasa kuralının uygulanacağını E. 1967/22, K. 1967/22 numaralı kararında açıkça söylemiştir:

İçtüzük hükümleri ancak Anayasa kuralları ile sınırlı olarak ve o kurallara uyarlıları oranında bir uygulama yeri bulabilir, içtüzükte öngörülmemiş konularda veya İçtüzüğün Anayasa ile çelişen hükümlerinde Anayasa'ya uyar bir uygulanma yolunun tutulması gereklidir.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Bakırcı, 2011, s. 18

<sup>13</sup> Bakırcı, 2011, s. 1103

<sup>14</sup> Bakırcı, 2011, s. 53-54

Kısaca 1961 Anayasası döneminde AYM, sadece içtüzüklerin anayasaya uygunluğunu denetlemekle kalmayıp, içtüzüklerin anayasaya aykırı biçimde uygulanmasının denetimini de, kanunların biçim açısından denetlenmesi yoluyla yapmaktaydı. Anayasa'da kanunların esas ya da şekil bakımında denetlenmesi arasında bir ayırım yapılmadığından, AYM, içtüzük kurallarına uyulmadan çıkarılan bir yasayı şekil açısından iptal edebilmekteydi. Gerçi AYM bu tür kararlarında, çoğu zaman, olayın özelliğini dikkate almakta; çığneden içtüzük kuralının aynı zamanda bir anayasa kuralı olup olmadığına ya da bu kuralın Anayasa'da bir dayanağı bulunup bulunmadığına bakmakta ve sakatlığın iptali gerektirecek ağırlıkta olup olmadığını incelemekteydi. AYM'nin bu tür kararları, içtüzük kurallarının ne anlama geldiğini açıklığa kavuşturmakta, yasama organının içtüzük kurallarına ve hukuka uygun davranmasını sağlamakta, içtüzük kurallarının yorumlanması konusunda yasama organına ışık tutmaktaydı. AYM'nin bu konuda verdiği kararlar arasında, çelişkiler ve tutarsızlıklar da bulunmaktadır. Ancak, çelişki ve tutarsızlıkların bazıları, yasaların denetimi konusunda olduğu gibi, AYM'nin anayasayı günün koşullarına uydurmasından kaynaklanmıştır ve yerindedir. Diğer bir anlatımla AYM, anayasayı günün siyasal-toplumsal ve ekonomik gelişmeleri içinde değerlendirerek yorumlamakta ve bu nedenle de aynı konuda, zaman içinde farklı kararlar verebilmekteydi. Siyasal olanı, hukuksal sınırlar içine alma, hukuk bakımından tanıma çabası olarak değerlendirilebilecek bu tür içtihat değişikliklerini yerinde karşılamak gerekir. Ancak AYM'nin, gelişen koşullara rağmen, zamanın gerisinde kalan; değişen mahkeme üyelerinin görüşünden kaynaklanan çelişkili kararlarına da rastlamak olanaklıdır. Buna rağmen, AYM'nin, bu tür bir denetimi yapabiliyor olması, uygulamayı yönlendirmesi, hukuk dışı davranmayı önlemesi ve uygulayıcılara ışık tutması bakımından oldukça yararlı olmuştur.<sup>15</sup>

### c. 1971 Anayasa Değişikliklerinden Sonra

1961 Anayasası'nda 20. 09. 1971 tarihinde 1488 sayılı Kanunla kapsamlı sayılabilecek ve 1961 Anayasası'nın özünü etkileyen değişiklikler yapılmıştır. Bu bağlamda yapılan ve konumuzu ilgilendiren

<sup>15</sup> Bakırcı, 2000, s. 29-30

değişikliklerden birisi anayasa değişikliklerinin de AYM denetiminin kapsamına alınmasıdır. 1971 değişiklikleriyle Anayasa değişikliklerinin AYM tarafından denetimine açıkça yer verilmiştir. Ancak AYM'ye verilen denetim yetkisi sadece şekil bakımından denetimdir. Anayasa'nın 147. maddesinde yapılan değişikliğe göre AYM, anayasa değişikliklerini sadece anayasada gösterilen şekil şartları açısından denetleyebilecektir.<sup>16</sup> Bu değişikliğin konumuz açısından önemi, anayasa değişikliklerinin de denetim kapsamına alınmış olması değil, Anayasa'da ilk defa şekil ve esas denetimi arasında ayırım yapılmış olmasıdır. Kuşkusuz anayasa değişikliklerinin denetimiyle ilgili bu yeni düzenleme önemlidir, ama burada incelenen konu açısından önemli olan şekil denetiminin ilk defa Anayasa'ya girmiş olmasıdır. Bundan sonraki 1982 Anayasası bu ayrımı kabul ederek genişletmiştir ve şekil denetiminin içeriğini hem kanunlar, hem de anayasa için ayrı ayrı belirlemiştir.

Burada bir yanlış anlamamanın oluşmasını önlemek bakımından, tekrar edilmelidir ki AYM 1980 Askeri darbesine kadar geçen dönemde kanunların şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetimini yapmaya devam etmiştir. Anayasa değişikliklerinin kapsama alınmış olmasının, kanunların anayasaya uygunluk denetimi üzerinde bir etkisi olmamıştır.

#### **d. 1982 Anayasasının İlk Dönemi: 1982-1991**

1982 Anayasası, 1971 yılında anayasa değişikliği ile sınırlı olarak getirilen şekil denetimiyle ilgili kuralı, yasaları da kapsayacak biçimde genişletmiş, ancak, getirdiği farklı tanımlamalarla denetim kapsamını iyice daraltmıştır. 148. maddeye göre,

*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler.../ Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hu-*

<sup>16</sup> Kili & Gözübüyük, 1985, s. 221

susları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla ileri sürülemez.<sup>17</sup>

Kural incelendiğinde, 1982 Anayasası'nın 1961 Anayasası'ndan farklı olarak kanunların şekil bakımından denetimini düzenlediği görülür. Ancak şekil denetiminin denetim kapsamına alınmış olması, bu denetimi güçlendirmeyi, genişletmeyi, anayasal güvence kapsamına almayı değil, şekil denetimini sınırlamayı hedeflemiştir. Yukarıda belirtildiği gibi 1961 Anayasası böyle bir ayırım yapmadığı halde, AYM, kararlarında bu tür bir ayırım yapmıştır. 1982 Anayasası bu ayırımı kendisi yapmış ve şekil bakımından denetimi değişik yönlerden sınırlamaya tabi tutmuştur. Hemen belirtmek gerekir ki esas bakımından denetim yönünden de iki Anayasa arasında fark vardır ve 1982 Anayasası daha daraltıcı olmuştur. Ancak bu makalenin konusu dolayısıyla sadece şekil bakımından denetime getirilen sınırlamalar üzerinde durulacaktır. Anayasa şekil bakımından denetimi, esas bakımından denetime göre üç yönden sınırlamıştır:

### 1) Başvuru yapabilenler açısından:

Anayasanın 150. maddesi şekil ve esas bakımından iptal davası açma hakkını,

- Cumhurbaşkanına,
  - İktidar ve ana muhalefet partileri meclis gruplarına,
  - TBMM üye tamsayısının 1/5' ine,
- vermiştir.

148. maddenin ikinci fıkrası ise şekil bakımından denetlemenin ancak,

- Cumhurbaşkanı,
  - TBMM üye tamsayısının 1/5'i
- tarafından istenebileceği belirtilmiştir.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Kili & Gözübüyük, 1985, s. 303

<sup>18</sup> İba esas yönünden iptal davası açabilen iktidar ve ana muhalefet partileri grupla-



Dolayısıyla iktidar ve ana muhalefet partileri meclis gruplarının şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açamayacaklarını kabul etmek gerekir.

## 2) Başvuru süresi açısından,

Esasa dayalı iptal davası açma süresi, Anayasanın 151. maddesine göre, yayımlanma tarihinden itibaren 60 gün iken 148. maddeye göre şekil bozukluğuna dayalı iptal davası yayımlanma tarihinden itibaren 10 gündür. Dolayısıyla şekil bozukluğuna dayalı iptal davalarının önemli bir zaman kısıtı altında olduğunu söylemek gerekir.

## 3) İçerik açısından,

Anayasanın 148. maddesi şekil bakımından denetimi, kanunlarda son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı ve Anayasa değişikliklerinde teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe şartlarının yerine getirilmesiyle sınırlamıştır. Bu durumda kanunların yapılması sırasında, maddelerin oylanması dahil olmak üzere yöntem kurallarına uymama, kanunların şekil bakımından bozma nedeni olmayacaktır.

1982 Anayasasında şekil denetimine getirilen bu sınırlamalar maddenin gerekçesinde de desteklenmiş ve Anayasa koyucunun, AYM'ye kapsamlı bir şekil denetimi yapma yetkisi vermek istemediği Danışma Meclisi gerekçesinde açıkça ortaya konmuştur. Danışma

---

rının şekil yönünden iptal davası açamalarını anlamsız bulmakta ve bu farkın bir anayasa değişikliği ile kaldırılması gerektiğini ileri sürmektedir (İba, 2006, s. 192). Diğer taraftan 148. madde ile 150. madde arasında şekil bakımından denetim isteminde bulunabilecekler arasında fark bulunduğu dikkat edilmelidir. Nitekim AYM de E. 1985/8, 1986/27 numaralı kararında «Bu anlatım biçimi, 148 ve 150. maddelerin birbirleriyle çeliştiği izlenimi vermeye elverişlidir» diyerek soruna işaret etmiştir (Bakırcı, 2011, s. 1253). AYM maddenin gerekçesi ile Anayasanın 148, 149, 150 ve 2949 sayılı Kanununun 21 ve 22. maddelerinin birlikte değerlendirilmesiyle sorunu aşmaya çalışmıştır. Buna rağmen ortada bir yazım yanlışlığı olduğu da kabul edilmelidir. Soysal bu yazım yanlışlığının görüşmeler sırasında önce şekil bakımından Fransa'dakine benzeyen bir ödenetim getirilmek istenmesi ve sonra bu istekten vazgeçilmesinden kaynaklandığını belirtmektedir. Değişiklik sırasında, maddeler arasında çelişkili bir durum çıkmıştır. Soysal çözüm olarak AYM ile aynı sonuca ulaşan bir yöntem önermektedir: 148. madde özel hüküm olduğundan şekil bakımından denetimde bu madde, bütün yanlışlığına rağmen uygulanmalıdır. (Soysal, 1986, s. 368-369)

Meclisinin kabul ettiği metnin 148. maddesinin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

....1961 Anayasasından farklı olarak getirilen yeni kural, şekil noksanlığına dayalı iptal davasının, kanunun yayımından önce incelenip tamamlanmasıdır. Yani öndenetime tabi tutulmasıdır./Şekil bozuklukları genellikle kanunun yapımı sırasında meydana gelen ve görülmesi bilinmesi kolay olan bozukluklardır. Bunların Anayasa Mahkemesince süratle incelenmesi ve karara bağlanması mümkündür./Tatbikatta sık sık ileri sürülen iddialara göre bir siyasî parti, görüşülmekte olan bir kanunun çıkmasını istemiyorsa, yasama meclisinin hem toplanma ve hem karar yeter sayılarına etkili olacak hareketlerde bulunmakta ve çıkacak kanunun şeklen bozukluğuna sebebiyet verebilmektedir. Bu tür bozuklukların öndenetim yoluyla kısa zamanda incelenip sonuçlandırılmasında kamu yararı düşünülmüştür.

Getirilen ikinci bir yenilik, son oylamadan önce yapılan şekil bozukluklarının iptale neden olamayacağıdır. Son oylama genel kurul tarafından yapılır. Daha önce vücut bulan şekil bozukluklarını genel kurulun bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılır. Çünkü onun kararı, yapılan bir incelemeye, tartışmaya ve açıklamaya dayanır. Genel Kurulun oylama yapıp kanunu kabul etmesi, şekil bozukluğunu, o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir irade tecellisidir. En büyük organ Genel Kuruldur. Onun iradesi hilafına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer. Bu nedenle son oylamadan önceki şekil bozuklukları, iptal sebebi sayılmamıştır.<sup>19</sup>

Burada öncelikle bir hususun açıklığa kavuşturulması gerekir. Alıntıda açıkça görüldüğü gibi bir öndenetimden söz edilmektedir. Oysa Anayasa'nın 148. maddesinde bir öndenetimden söz edilemez. Başka bir anlatımla 148. maddede sözü edilen şekle dayalı iptal davaları, bir öndenetim sayılamaz. Çünkü öndenetim (önceden denetim, önleyici denetim) kanunun uygulamasının başlamasından, yani yürürlüğe girmesinden önce gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetimidir.<sup>20</sup> Örneğin V. Cumhuriyet, 1958 Anayasasında öngörülen Fransız Anayasa Konseyi (Conseil Constitutionel) Anayasaya uygunluğu ön denetim biçiminde yapan siyasi bir kuruluştur. Konsey kanunların ve içtüzüklerin anayasaya uygunluğunu bir ön denetim biçiminde,

<sup>19</sup> [https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli\\_1982\\_anayasasi.pdf](https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf)

<sup>20</sup> İba, 2008, s. 204

yayınlanmalarından önce denetleyebilmektedir<sup>21</sup> Eroğul'un belirttiği gibi burada öndenetimle yasaların iptali değil, çıkmasının önlenmesi sağlanmaya çalışılmaktadır.<sup>22</sup> Konsey'in denetiminden geçmeyen metnin yürürlüğe girmesi hiçbir zaman sözkonusu olmayacaktır. Şu halde maddede bir öndenetim sözkonusu değilken, gerekçede neden bir öndenetimden söz edilmektedir. Bunun nedeni Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nun, Danışma Meclisi tarafından kabul edilen metni değiştirmiş olmasıdır. Danışma Meclisinin önüne Danışma Meclisi Anayasa Komisyonundan gelen ilk metinde, *kanunun yayımından sonra şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmayacağı* belirtilmektedir. Maddenin Danışma Kurulunda görüşülmesi sırasında önemli eleştiriler dile getirilmiştir. Bu eleştirilerden birisi Cumhurbaşkanının bir kanunu yayımlama süresinin değişebileceği ve bu nedenle şekil bakımından öndenetim süresinin farklı olabileceğidir. Gerçekten de Danışma Meclisindeki görüşmelerde Akif Erginay'ın belirttiği gibi eğer Cumhurbaşkanı kabulünün ertesi gün kanunu yayımlarsa, şekil bakımından denetim olanağı kalmaz. Danışma Meclisinde yapılan bir başka eleştiri, aynı madde içinde iki denetim biçiminin birlikte yer almasıdır.<sup>23</sup> Bu tartışmalardan sonra madde önergeyle değiştirilmiş, ancak öndenetime son verilmemiştir. Danışma Meclisi tarafından kabul edilen metinde *Kanunun yayımlanma süresi geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmayacağı* belirtilmektedir.<sup>24</sup> Dolayısıyla bu madde kabul edilmiş olsaydı Kanun yayımlandıktan sonra şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmayacağından, bir öndenetim sözkonusu olacaktı. Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu aşağıdaki gerekçeyle maddeyi değiştirmiştir:

Kanunların şekil bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılacak davalar için tanınan "...kanunun yayımlanma süresi..." ile kayıtlı sürenin, uygulamada, başlangıç ve hesaplanmasının değişik yorumlara neden olabileceği, sağlıklı inceleme ve dava açma hazırlıklarına yeterli olmayacağı gözönünde tutularak madde....değiştirilmiştir.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Teziç, 2001, s. 175-176

<sup>22</sup> Eroğul, 2004, s. 91

<sup>23</sup> [www.tbmm.gov.tr/tutanaklar](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar), *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, 10.09.1982, Birleşim: 148, Oturum: 4, s. 184-198.

<sup>24</sup> [www.tbmm.gov.tr/tutanaklar](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar), *Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, 18.10.1982, Birleşim: 118, s. 172.

<sup>25</sup> [www.tbmm.gov.tr/tutanaklar](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar), *Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi*, 18.10.1982, Birleşim: 118, s. 87.

Dolayısıyla maddenin gerekçesinin bu yönüyle değişmiş olduğunu söylemek gerekir. Ancak madde ve gerekçesi öndenetim yönünden değiştirilerek kabul edilmişse de gerekçenin şekil bakımından denetimi sınırlayan kısmının geçerliliğini sürdürdüğünü söylemek yanlış olmaz. Dolayısıyla gerekçenin *En büyük organ Genel Kuruldur... . Daha önce vücut bulan şekil bozukluklarını genel kurulun bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılır.* cümleleriyle ifade edilen anlayışın sürdüğünü ve bunun, Meclisin hiçbir yöntem kuralına uymaması sonucunu doğurabileceğini belirtmek gerekir. Mecliste çoğunluğa sahip herhangi bir iktidar, son oylamayı yaptırarak, diğer yöntem kurallarının hiçbirine uymayabilir. Böylesine bir uç noktaya varılması durumunda AYM'nin erkler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak, müdahale etmesi sözkonusu olmaz. Bu da erkler ayrılığı ilkesinin bu yönden çalışmaması sonucunu doğurur.

Bu eleştirilere rağmen AYM'nin bu sınırlara bağlı kalmasını ve şekil denetimini son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığıyla sınırlı tutmasını olağan karşılamak gerekir. Çünkü, gerekçeyle birlikte değerlendirildiğinde anayasa koyucunun şekil denetimi bakımından AYM'ne verdiği görev gerçekten tam da budur.

Bu kuraldaki sınırlamalardan sonra AYM, içtüzük kurallarına uyulmadan çıkarılmış yasaların Anayasaya biçim açısından uygun olup olmadıklarını uzun süre incelememiş ve 1982 Anayasasının bu konudaki sınırlayıcı hükümlerini gerekçe göstererek bu yöndeki iptal taleplerini reddetmiştir. Diğer taraftan AYM'ne dava açma yetkisine sahip olanlar da bu durumu dikkate alarak şekil bozukluğuna dayalı çok az sayıda dava açmışlardır. Başka bir anlatımla bu dönemde hem AYM hem de taraflar, Anayasa'nın bu kuralını gerekçesi doğrultusunda yorumlamışlardır ve bundan dolayı da bu dönemin ilk on yılında şekil bozukluğuna dayalı herhangi bir iptal kararı verilmemiştir. Bunun sonucu olarak da 1982 Anayasası sonrasında, on yıla yakın bir zaman diliminde, AYM'nin İçtüzüğün uygulanmasına ilişkin değerlendirme yaptığı çok az sayıda kararına rastlanmaktadır. Mahkeme şekil açısından denetim yapılmasını içeren az sayıda istemi de, bu dönemde maddeyi dar yorumlayarak cevaplandırmıştır. AYM bu dönemde davaya bakmak için davanın 10 günlük sürede açılmasını aramış ve sadece son oylamanın değerlendirmesiyle yetinmiştir. Örneğin E. 1985/8, K. 1986/27 numaralı kararında şunları söylemiştir:

Türkiye Büyük Millet Meclisi, son oylamada, üye tamsayısının üçte birinden fazlasıyla toplanıp oylamaya katılan 289 milletvekilinin salt çoğunluğundan fazla olan 179 oyla karar verdiğine ve kabul oyu sayısının üye tamsayısının dörtte birinden bir fazlasını aştığına göre, oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, biçime ilişkin iptal isteminin reddi gerekir.<sup>26</sup>

Dava 10 günlük sürede açılmamışsa, şekil bozukluğuna dayalı istemleri başından reddetmiştir (Örneğin E.1985/11, K. 1986/29 sayılı karar):

...10 gün geçtikten sonra ...açılmış bulunmaktadır. Bu duruma göre şekle dayalı iptal davasının süresinde açıldığından söz edilemez. Bu itibarla davanın şekle ilişkin ilk kısmı ilk inceleme safhasında reddedilmiştir.<sup>27</sup>

#### **e. 1982 Anayasası Döneminde Bir Dönüm Noktası: 1991**

AYM 90'lı yılların başlarında yeni bir yorum yöntemi benimseyerek, 1982 Anayasası öncesi dönemdekine benzeyen bir şekil denetimi yapmaya başlamıştır. Mahkemenin 12.12.1991 tarihli E. 1991/27 ve K. 1991/50 sayılı kararı bu bağlamda tam bir dönüm noktasını temsil etmektedir.<sup>28</sup> Bir dönüm noktasını oluşturduğu için bu karar<sup>29</sup> üzerinde biraz ayrıntılı olarak durulacaktır.

Olay, İçtüzüğün iki ayrı maddesine iki ayrı organa verilmiş olan iki yetkinin, tek bir organ tarafından kullanılmış olmasıdır. İçtüzüğün iki ayrı maddesinde, ilk bakışta birbirine benzeyen, ama dikkatlice incelendiğinde birbirinden farklı olduğu görülen iki ayrı düzenleme vardır. İçtüzüğün 49. maddesinin (AYM Kararında 49)<sup>30</sup> beşinci fıkrası-

<sup>26</sup> Bakırcı, 2011, s. 1255

<sup>27</sup> Bakırcı, 2011, s. 1309

<sup>28</sup> Burada belirtmek gerekir ki bu dönüm noktası, 1982 Anayasası'ndan sonraki bir kırılma noktasını ifade eder. Yoksa 1961 Anayasa'sından sonra AYM bir çok kararında eylemli içtüzük kuralı kararına benzer bir yorum kullanmıştır. Örneğin AYM e. 1967/6, K.1968/9 sayılı ve 27/02/1968 tarihli kararında içtüzük hükmü niteliğinde bulunan ...Millet Meclisi kararının...iptaline karar vermiştir.

<sup>29</sup> Bakırcı, 2011, s. 1511-1543

<sup>30</sup> 16.05.1996 tarihli ve 424 sayılı kararla 1973 İçtüzüğünde yapılan değişiklikle bazı maddeler yürürlükten kaldırılmış ve bu nedenle de madde sıralaması değişmiştir. AYM 1973 İçtüzüğünün 1996 değişikliğinden önceki hükümlerine atıfta bulunduğundan, atıflar güncel İçtüzüğe uymamaktadır. Okuyucunun güncel İçtüzükten

na göre kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülme sırası Danışma Kurulu tarafından Genel Kurul'a teklif olunabilir. Hükümet, esas komisyon ve teklif sahiplerinin de bu yönde isteği olabilir, ancak bu istek ancak Danışma Kurulu'na sunulabilir. Dolayısıyla kanun tasarı ve tekliflerinin mevcut sıralarının değiştirilebilmesi için Danışma Kurulu önerisinin Genel Kurul tarafından uygun bulunması gereklidir. Diğer taraftan 52. maddeye göre (AYM kararında 53) bir kanun tasarısı veya teklifinin Genel Kurul'da görüşülebilmesi için sıra sayısı olarak bastırılıp dağıtılmasından itibaren en az 48 saat geçmesi gerekir. Bu düzenlemenin amacı bastırılıp dağıtılan metni alan milletvekillerinin metni okumalarına ve hazırlık yapmalarına zaman bırakmaktır. Metnin bu süre geçmeden gündeme alınmasına da olanak tanınmıştır. Bunun için Hükümet veya komisyonun gerekçeli olarak Genel Kurul'dan istemde bulunması ve Genel Kurul'un bunu uygun görmüş olması gerekir. İki maddenin birlikte değerlendirilmesinden şu sonuç çıkar. Bir kanun tasarısı ya da teklifinin 48 saatlik süre geçmeden gündeme alınması için esas komisyon veya hükümetin isteği; bu tasarı ya da teklif 48 saatlik süre geçtikten sonra gündeme girmişse, bunun ön sıralara alınması için Danışma Kurulunun önerisi gereklidir. Her iki durumda da nihai kararı Genel Kurul verecektir.<sup>31</sup>

AYM Kararının konusu olan olayda bir Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarılmasına olanak tanıyan bir yetki yasası, ilgili komisyonda görüşüldükten sonra Danışma Kurulu kararıyla 48 saatlik süre geçmeden gündeme alınmış ve sırası değiştirilerek ilk sıraya geçirilmiştir. AYM, Danışma Kurulunun bir tasarının sırasında değişiklik önermeye yetkili olduğunu, ancak 48 saatlik süre dolmadan gündeme almayı önermeye yetkili olmadığını, bu yetkinin hükümet veya esas komisyonda olduğunu belirterek İçtüzüğe aykırı bir uygulama saptamıştır.

AYM' nin bu karar öncesindeki kararlarında yaptığı yorum, bu tür bozuklukların şekil bozukluğu olduğu ve kendisinin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı dışında bir şekil denetimi yapmaya yetkili olmadığı yönündeydi. Mahkeme bu kararında yeni

maddeleri izleyebilmesi için, güncel madde numaraları kullanılmıştır. Bu hususun akılda tutulması iki metni okumada kolaylık sağlayacaktır.

<sup>31</sup> Bakırcı, 2008, s. 119-121

bir yorum yöntemiyle, şekil denetimini, 1961 Anayasası dönemine benzer bir sonuç doğuracak biçimde yeniden yapmaya başlamıştır. Mahkemenin yeniden biçim denetimi yapmasına olanak tanıyan ibare, *eylemli içtüzük değişikliği* ya da *eylemli içtüzük kuralı* ibaresidir. Mahkeme kararında şöyle demektedir:

*... tasarının kırksekiz saatlik süre beklenmeden görüşülebilmesi için önerinin mutlaka Hükümetçe ya da esas komisyonca yapılması gerekmektedir. Bunun dışındaki bir organca öneride bulunabilmesi, İchtüzük değişikliğini gerektirir. Çünkü, içtüzüğün herhangi bir maddesinde buna olur veren bir düzenleme bulunmamaktadır. İchtüzüğün yasa tasarılarının görüşülmesine ilişkin öngördüğü yöntemden farklı bir biçimde oluşturulan dava konusu TBMM kararı, doğrudan Meclis'in çalışma yöntem ve esasları ile ilgili bulunmakta ve 53. maddeyi değiştirir nitelik taşımaktadır. Böyle bir uygulamanın, içtüzük değişikliği olarak görülmemesi TBMM'nin çalışmalarında içtüzükteki kurallara uyma zorunluluğunu giderek zayıflatacak ve bu da **eylemli uygulamaların yerleşik duruma geçmesine neden olacaktır.**/Bu karar alınırken içtüzüğün değiştirilmesine ilişkin, yine 157. maddedeki yönetime uyulmamışsa da bir kararın çözümlediği konunun ve gördüğü işin açık ve kesin anlamı, o karara içtüzük kuralı niteliği kazandırmaya yeterli olmakta; kararın alınmasında içtüzüğün değiştirilmesine ilişkin yönetime uyulmaması kararın niceliğini değiştirmemektedir./Öte yandan, bu tür kararların belirli bir olaya ilişkin olarak alındığı, sürekli biçimde içtüzüğe bir kural getirmediği, bu nedenle **ichtüzük düzenlemesi niteliğinde** görülmeyeceği savunması ileri sürülemez. (Vurgular bana ait)*

AYM böylece bu kararıyla, ilk defa parlamento hukukumuzda eylemli içtüzük değişikliği kavramını sokmuş ve yeni bir uygulamanın önünü açmıştır. Şimdi bu karardan hareketle ibare üzerinde biraz daha durmakta yarar vardır.

## II. Eylemli İchtüzük Değişikliği ya da İchtüzük Niteliğindeki Kuralın Anlamı

Makalenin başında belirtildiği gibi Anayasa, TBMM'nin, çalışmalarını kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürütmesini öngörmüştür. İchtüzüğün 181. maddesi de bu hükme uygun olarak İchtüzüğün değiştirilme yöntemini belirlemiştir. İchtüzük ancak milletvekili teklifleri ile değiştirilebilir ve bunlar hakkında kanunlar hakkındaki hükümler

uygulanır. İçtüzük havale konusunda da, Başkanlığın elinde bulunan yetkiyi kendisi kullanmıştır: Bu teklifler Anayasa Komisyonunda esas komisyon olarak incelendikten sonra Genel Kurulda görüşülür ve sonuçlandırılır. İçtüzük değişiklikleri TBMM Kararı olarak Resmi Gazetede yayımlandıktan sonra yürürlüğe girer. Şu halde bir İçtüzük değişikliği, kanun değişikliklerinden üç farklı yön taşır.

1. Bir kanunun kaynağı milletvekilleri teklifleri ve hükümet tasarıları iken, İçtüzüğün kaynağı sadece milletvekili teklifleridir. Dolayısıyla içtüzük değiştirmeye ilişkin bir kanun tasarısı sunma olanağı yoktur.
2. Kanun tasarısı ve teklifleri Meclis Başkanlığı tarafından yetkili esas ve tali komisyonlara havale edilirken, İçtüzük değişiklikleri için Meclis Başkanlığının böyle bir yetkisi yoktur. Teklifler Anayasa Komisyonu'nda görüşülmek zorundadır.
3. Kanun tasarısı ve teklifleri TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilmekle Kanun adını alırlar. Ancak yürürlüğe girebilmeleri için araya başka bir iradenin; Cumhurbaşkanının iradesinin girmesi gerekir. Cumhurbaşkanı gelen metnin bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderme yetkisine de sahiptir. Ancak İçtüzüğe ilişkin değişiklik kararının yürürlüğe girmesi için Resmi Gazetede yayınlanması yeterlidir<sup>32</sup>; araya başka bir irade girmez.

Şu halde İçtüzükte bir değişiklik isteyen bir milletvekili ya da siyasal parti grubunun bir değişiklik teklifi hazırlaması yeterlidir. Bu değişiklik teklifi Anayasa Komisyonundan geçer ve Genel Kurul bu değişikliği onaylarsa, İçtüzük değişikliği gerçekleştirilmiş olur.

İçtüzük değiştirme usulüne uyularak çıkarılmış bu değişiklikler AYM'nin denetimine tabidir. Dolayısıyla TBMM'de siyasal çoğunluğa sahip bir siyasal parti teorik olarak bir İçtüzük değişikliği yapmaya muktedirdir. Bu değişikliğin Resmi Gazete'de yayınlanmasından sonra uygulanması mümkündür. Ancak İçtüzük değişikliği yürürlüğe girdikten sonra süresi içinde iptal davası açmak da mümkündür. Ne var ki AYM'ne başvurmak yürürlüğe girmiş olan yeni kuralın uygulanmasını durdurmaz.

<sup>32</sup> TBMM İçtüzüğü'nün 181. maddesine göre içtüzük değişikliklerinin yürürlüğe girmesi için yayınlanmaları gerekse de, teoride böyle bir zorunluluk gerekli görülmemektedir. Bu konuda ayrıntı için bkz: Bakırcı, 2000, s. 41



Şimdi çarpıcı olsun diye verilecek uç bir örnek üzerinden konunun detayına girelim. İktidarda yeterli siyasal çoğunluğa sahip bir siyasal parti olduğunu varsayalım. Bu parti kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesinde komisyon aşamasını tümünden kaldırmayı hedeflemiş olsun. Bu durumda sözkonusu değişiklik iki ayrı yoldan gerçekleştirilebilir:

1. Yukarıda özetlenen yöntem kurallarına uyularak bir içtüzük değişikliği teklifi sunulur; bu teklif Anayasa Komisyonunda görüşülür ve Genel Kurulun değişiklik teklifini kabul etmesiyle değişiklik gerçekleştirilmiş olur ve Resmi Gazete 'de yayınlanmakla yürürlüğe girer.
2. Sözkonusu siyasal parti bütün bu süreçleri atlayarak, sunulan kanun tasarı ve tekliflerinin, İçtüzüğün açık hükmüne rağmen, doğrudan Genel Kurula gönderilmesini sağlayabilir ve böylelikle komisyon aşamasının atlanmasını sağlayabilir.

Her iki durumda da aynı sonuç doğmuştur: Komisyon aşaması kaldırılmıştır. Ancak birinci durumda, biçimsel kurallara uyularak bir içtüzük değişikliği yapıldığından, AYM bu değişikliğin anayasaya uygunluğunu denetleyebilecektir. Oysa ikinci durumda ortada şeklen gerçekleştirilmiş bir değişiklik olmadığından, mevcut İçtüzük kuralı, yapılan aykırı uygulamaya rağmen yürürlükte kaldığından, AYM'nin denetim kapsamına giren bir konu yoktur. AYM'nin şekil denetimi son oylama ile sınırladığından, İçtüzüğe aykırı bu uygulamanın sürekli tekrarlanmasının da hiçbir riski olmaz. O zaman iktidardaki siyasal parti, AYM denetimini ortadan kaldırmak için, biçimsel kurallara uyularak bir içtüzük değişikliği yapmak yerine içtüzüğe aykırı bir uygulamayı, başka bir şekilde söylenirse biçim kurallarına uyulmadan gerçekleştirilmiş yeni bir içtüzük kuralını sürdürmeyi tercih edebilir.

Bu örnek son sınırına kadar götürülerek İçtüzükteki kuralların büyük bölümü hatta son oylamaya ilişkin olanlar dışındakilerin tümü uygulamadan kaldırılabilir. Bu durumlarda bile bir denetim olmayacağına göre, Anayasanın hükmü fiilen çiğnenmiş olmayacak mıdır? Başka bir anlatımla herhangi bir siyasal iktidar, yasama sürecini hızlandırmak amacıyla, bir kanun teklifini hiç görüşmeksizin Genel Kurul'un son oylamasına sunabilir. AYM bu durumda bile sadece son oylamaya bakacağından, Anayasa'ya herhangi bir aykırılık görmeyebilir.

İşte AYM bu tür durumları dikkate alarak, usulüne uyularak yapılmıyorsa bile, içtüzük değişikliği sayılabilecek uygulamaları (eylemli) İctüzük değişikliği sayarak denetim kapsamını almaktadır. Başka bir anlatımla İctüzüğe aykırı her uygulama, yöntem kurallarına uyulmadan yapılmış bir değişiklik sayılarak denetim kapsamına alınmıştır.

AYM'nin yorum yöntemiyle geliştirdiği bu uygulamanın ne anlama geldiğini daha iyi görebilmek için, konuya başka yönden bir yaklaşımı gözden geçirmek yararlı olabilir. Gözler, *"Parlamento Kararlarının Denetlenemeyeceği Kuralının Anayasa Mahkemesi Tarafından Aşılması: "İçtüzük Düzenlemesi Niteliğindeki Diğer Meclis Kararları" İctihadı"* başlığı altında AYM'nin bu içtihadını eleştirmektedir. Gözler, Anayasa gereği, üç istisna dışında parlamento kararlarının AYM tarafından denetlenemeyeceğini belirtir. Bu istisnalar TBMM İctüzüğü, dokunulmazlığın kaldırılması kararı ve milletvekilliğinin düşmesi kararıdır. Gözler'e göre bu üç tür parlamento kararının AYM tarafından denetlenebileceği Anayasa'nın 85 ve 148. maddelerinde açıkça belirtilmiştir. Anayasada diğer parlamento kararlarının denetlenebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. AYM'nin yetkisi *"verilmiş bir yetki..."*dir. AYM kendisine açıkça yetki verilmediği konularda yetkisizdir. Gözler bu nedenle, AYM'nin, denetim yasağını, parlamento kararlarını içtüzük düzenlemesi niteliğinde görerek aşacağını belirtmektedir.<sup>33</sup>

Bu makalenin bakış açısından Gözler'e katılmanın olanaklı olmadığı ilk bakışta kolaylıkla görülebilmektedir. Örneğin Gözler TBMM'nin Hükümete verdiği güven veya güvensizlik kararını AYM'nin denetleyemeyeceğini belirtmektedir. Gerçekten de Anayasa'da buna ilişkin bir kural yoktur. Ancak hem Anayasa'da ve hem de İctüzükte karar yetersayısı ile ilgili kurallar vardır. Karar yetersayısına ilişkin bu kurallar sadece kanunların kabulü sırasında aranacak yetersayılara ilişkin değildir. TBMM, alacağı her kararda bu yetersayıyı uygulamak durumundadır. Genel Kurul bu yetersayıya uymadan bir karar almışsa, Anayasa'daki ve İctüzükteki kuralı fiilen ya da eylemli olarak değiştirmiş olur. Dolayısıyla bu değişiklik ister yöntem kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmiş olsun, ister eylemli olarak gerçekleştirilmiş olsun AYM tarafından denetlenmesi gerekir.

<sup>33</sup> Gözler, 2004, s. 220-223

Gözler yukarıda aktarılan başlık altında *Eleştiri* bölümünde şu saptamayı yapmaktadır:

...Anayasa Mahkemesi TBMM kararlarına karşı açılmış iptal davalarında aslında bu TBMM kararlarının İçtüzüğe uygun olarak alınıp alınmadıklarını denetlemektedir. Anayasa Mahkemesi bir TBMM kararının içtüzüğe aykırı olarak alındığı kanısında ise bu TBMM kararını "eylemli bir içtüzük düzenlemesi niteliğinde" görmekte ve onu iptal etmektedir. Şüphesiz ki bir TBMM kararı İçtüzüğe aykırı olarak alınmış olabilir. Bir TBMM kararının İçtüzüğe aykırı olması, Anayasa Mahkemesine onu iptal etme yetkisi vermez. ...Anayasa Mahkemesinin cevaplama gereken ilk soru bir TBMM kararının İçtüzüğe aykırı olup olmadığı sorusu değil...<sup>34</sup>

Gerçekten de TBMM kararının İçtüzüğe uygunluğu sorunu AYM'nin denetim alanına girmez. Bunun daha basit bir nedeni AYM'nin İçtüzük denetimi değil, *anayasallık* denetimi yapıyor olmasıdır. Ancak AYM, bugüne kadar, hiçbir kararında TBMM kararının İçtüzüğe uygunluğunu denetlediğini söylememiş ama birçok kararında tam tersini söylemiştir. AYM'nin yaptığı başka bir şeydir. AYM eğer İçtüzüğe aykırı bir uygulama varsa, bu uygulamayı yeni bir içtüzük kuralı olarak kabul etmekte ve bunun İçtüzüğe değil Anayasa'ya aykırılığına bakmaktadır. Söz konusu uygulama ya da bir anlamda yeni içtüzük kuralı Anayasa'ya aykırı ise onu iptal etmektedir. AYM birçok kararında İçtüzükteki yonteme uyulmadan alınan "İçtüzük değişikliği niteliğindeki" TBMM kararının, *salt bu nedenle Anayasa'ya aykırılığı ve içtüzük hükümlerine uymayan her davranışın Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu kabul edilemez.*<sup>35</sup> biçiminde ifade kullanmışken, sayın Gözler'in eleştirisine katılmanın olanağı yoktur.

Soru daha açık sorulursa: İçtüzüğe aykırı olarak yapılan her uygulamanın AYM tarafından iptal edilmesi gerekir mi? Hiç kuşkusuz hayır. Yapılan her içtüzük değişikliği anayasaya aykırı olmayacağına göre, eylemli olarak gerçekleştirilen her içtüzük değişikliği de anayasaya aykırı olmayabilir. Yukarıdaki komisyon aşamasının kaldırılması örneğinde olduğu gibi, AYM, komisyon aşamasının detaylı bir inceleme amacıyla getirildiğini, önemli olanın Genel Kurulun iradesi olduğunu,

<sup>34</sup> Gözler, 2004, s. 223-224

<sup>35</sup> Bakırcı, 2011, s. 1511-1544

Anayasada komisyon aşamasını zorunlu kılan bir kural bulunmadığını vs. söyleyerek bu konuda yapılan bir İçtüzük değişikliğini anayasaya aykırı bulmazsa, yöntem kurallarına uyulmadan gerçekleştirilen bir eylemli içtüzük değişikliğini de anayasaya aykırı bulmayacaktır.

Nitekim yukarıda değinilen somut olayda AYM, Danışma Kurulu önerisi üzerine 48 saat koşulunun kaldırılmasının İçtüzüğe aykırı olduğunu, bunun bir eylemli içtüzük değişikliği olduğunu saptadıktan sonra değişikliği denetim kapsamına almış ve Anayasaya aykırılığını incelemiştir. Sonunda da bu eylemli içtüzük değişikliğinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla değişikliğin yöntem kurallarına uyularak yapılması ile bu kurallara uyulmadan yapılması arasında bir fark kalmamıştır.

Mahkeme somut olayda Anayasaya aykırılık konusunda şunları söylemektedir:

*Anayasa'nın 88. maddesinde, yasa tasarılarının TBMM'nde görüşülme yöntem ve esasları belirlenmemiş, bu yöntem ve esasların saptanması içtüzüğe bırakılmıştır. Anayasa'nın öbür maddelerinde de yasa tasarılarının görüşülme yöntem ve esaslarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır./ Bir yasa tasarısının, gündemin birinci maddesine alınması (öncelikle görüşme) ile kırksekiz saatlik bekleme süresini doldurmadan görüşülmesi (ivedilikle görüşme) yöntemi İçtüzük'te belirtilmiştir. Bu yöntemle göre özellikle, ivedilikle görüşme için Genel Kurul'dan istemde bulunma yetkisi Hükümet ya da esas komisyonundur. Dava konusu TBMM kararı ise, -bu yöntemden farklı olarak ANAP Grup Başkanvekili'nin önerisi üzerine alınmıştır<sup>36</sup>. Ne var ki, bu karar, yukarıda da belirtildiği üzere yeni bir "İçtüzük düzenlemesi", daha açık anlatımıyla bir içtüzük değişikliği niteliğindedir./İçtüzükteki yöntemle uyulmadan alınan "İçtüzük değişikliği niteliğindeki" TBMM kararının, salt bu nedenle Anayasa'ya aykırılığı ve içtüzük hükümlerine uymayan her davranışın Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu kabul edilemez./...Yukarıda açıklanan nedenlerle söz konusu TBMM kararı biçim ve öz yönünden Anayasa'ya aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.<sup>37</sup>*

Özetle söylemek gerekirse, AYM, yasama organının içtüzük değişikliklerini denetim kapsamından kaçırma olasılığını dikkate alarak

<sup>36</sup> Bu bir Danışma Kurulu önerisi olarak kabul edilir. Çünkü İçtüzüğün 19. maddesine göre Danışma Kurulunda siyasal parti grupları arasında uzlaşma sağlanamazsa, her grup kendi önerisini Genel Kurula getirme hakkına sahiptir. Bu öneriler Danışma Kurulu önerisinin yerini tutar.

<sup>37</sup> Bakırcı, 2011, s. 1511-1544

eylemlerle içtüzük değişikliği yorumunu getirmiştir. Bu yolla içtüzük değişikliği ister biçimsel kurallara uyularak ister uyulmayarak gerçekleştirilsin denetim kapsamına alınmıştır. Bu yorumu uyguladığında zamanaşımı süresi yine 60 güne çıkmaktadır; çünkü artık yapılan denetim şekli denetimi değil, içtüzüğün esas yönünden denetimdir. Ancak tıpkı yapılan her içtüzük değişikliği Anayasa'ya aykırı olmaya bileceği gibi, içtüzüğe aykırı her uygulama da Anayasa'ya aykırı olmayabilecektir.

AYM daha sonraki kararlarında aynı yorumla, "eylemlerle içtüzük değişikliği" yerine "eylemlerle içtüzük kuralı", "içtüzük niteliğinde kural" gibi terimler kullanmış ve içtüzükte kural bulunmayan bir konuda uygulama yapılmış olmasını içtüzük kuralı niteliğinde saymıştır. Mahkeme bu kararında da içtüzük kuralı niteliğindeki kararların içtüzüğe (içtüzüğün içtüzüğe) aykırılığı(nın) anayasal denetim kapsamı dışında olduğunu açıkça ifade etmiştir. Başka bir anlatımla denetlenecek olan içtüzüğe aykırı olan ya da içtüzükteki boşluğu gideren uygulamanın içtüzüğün diğer kurallarına aykırılığı değil anayasaya aykırılığıdır. Kararın konusu bütçe görüşmeleri sırasında reddedilen Kültür Bakanlığı bütçesinin yeniden oylanmasına ilişkindir. Mahkeme, kararında şunları söylemektedir:

*Anayasa'nın 148. ve 150. maddelerine ve Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre TBMM kararlarının Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebilmesi için bir içtüzük kuralı niteliğinde olması gerekmektedir...TBMM kararlarının niteliği, değeri ve etkisi üzerinde durmadan, bu kararların anayasal denetim dışında kaldığının kabul edilmesi, yasa değer ve etkisinde ya da içtüzük kuralı niteliğindeki TBMM kararlarının anayasal denetime bağlı olmaması sonucunu doğuracağı gibi, anayasal denetimden kaçırmanın da yolunu açabilir...TBMM kararları, Anayasa'da sayılan aykırı kurallardan farklı olarak ilke olarak Anayasa Mahkemesi'nin denetim kapsamı dışında kalmakta ise de, Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği gibi, TBMM'nin içtüzük kuralı niteliğindeki ya da yasa hükmü ve etkisindeki kararları anayasal denetime bağlıdır... Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, TBMM'nin çalışmalarını ilgili usul ve esaslara ilişkin kararlar, içtüzük kuralı niteliğindedir. Kararın alınmasında içtüzüğün değiştirilmesine ilişkin yönetime uyulmaması bu kararın bir içtüzük kuralı niteliğinde sayılmasını en-*

gellemez. TBMM'nin bir kararının, İçtüzük kuralı olarak kabul edilebilmesi için **ya bir İçtüzük kuralını değiştirir ya da İçtüzükte bulunmayan bir konuda kural koyucu nitelikte olması gerekir.**<sup>38</sup> (Vurgular bana ait)

AYM bu kararında daha önceki kararını geliştirmekte ve *eylemli içtüzük değişikliği* terimi yerine *İçtüzük kuralı niteliğinde uygulama* terimini kullanmaktadır. Burada ayrıca sadece içtüzük kurallarını değiştiren bir uygulamanın değil, içtüzük boşluğunu dolduran bir uygulamanın da yeni bir içtüzük kuralı niteliğinde olabileceğini kabul etmektedir.

Mahkeme reddedilen Kültür Bakanlığı bütçesinin nasıl görüşüleceğine ilişkin olarak İçtüzükte bir kural bulunmadığını; yapılan uygulamanın yeni bir İçtüzük kuralı niteliğinde olduğunu ve bu nedenle de usulüne uygun yapılmış yeni bir içtüzük kuralı gibi denetimi kapsamı içinde yer aldığını saptadıktan sonra Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmıştır. Sonuçta içtüzük kuralı niteliğindeki bu yeni uygulamanın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Mahkeme 14.05.1996 tarihli ve E. 1996/19, 1996/13 ile E. 1996/20, K. 1996/14 ile sayılı kararlarında *İçtüzük kuralı niteliğinde* terimini, doğrudan *İçtüzük kuralı* olarak adlandırmıştır:

İçtüzüğün bir kuralını değiştirme ya da İçtüzüğe yeni bir kural koyma niteliğinde olan TBMM uygulamaları ve kararları, İçtüzük kuralı sayılır.<sup>39</sup>

Mahkeme daha sonraki başka kararlarında kimi zaman benzer cümleler kullanmış, kimi zaman da değişik yönleri açıklığa kavuşturmuştur. Örneğin 11/11/1999 tarihli ve E. 1999/40, K. 1999/41 sayılı kararında İçtüzük maddesine uygun uygulamanın içtüzük değişikliği anlamına gelmeyeceğini şöyle ifade etmiştir:

...madde fıkralarının ayrı ayrı oylanması teklifinin Genel Kurul'ca reddine ilişkin TBMM Kararı yeni bir içtüzük kuralı niteliğinde değildir.<sup>40</sup>

### III. İçtihat Değişikliği: Eylemli İçtüzük Değişikliğinden Vazgeçme

AYM 1991 yılında vazgeçtiği daraltıcı yorumdan sonra, yaklaşık 20 yıl boyunca, dolaylı bir şekil denetimi yapmıştır. Bu yorum, maddenin

<sup>38</sup> Bakırcı, 2011, s. 1544-1568

<sup>39</sup> Bakırcı, 2011, s. 1754, 1773

<sup>40</sup> Bakırcı, 2011, s. 1898

aksi yöndeki gerekçesine rağmen, bir bakıma Anayasa'daki şekil denetimine ilişkin sınırlamaların dolaylı bir yoldan aşılmasını sağlamıştır. Dolayısıyla 1961-2008 arasındaki yaklaşık yarım asır boyunca 1982-1991 arası hariç olmak üzere benzer bir şekil denetiminin yapıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

AYM 25/12/2008 tarihinde verdiği E. 2008/71, K. 2008/183 sayılı kararında içtihadını değiştirmiştir. Bu değişiklik daha sonra 17.01.2013 tarihli ve E. 2012/19, K. 2013/17 sayılı kararda neredeyse aynı sözcüklerle tekrar edilmiştir. AYM bu iki karar arasında 24/5/2012 tarihli E. 2012/48, K. 2012/75 sayılı kararında aynı içtihadı tekrarlamıştır. Ancak ilginç bir biçimde bu kararında farklı bir gerekçe kullanmıştır.

Buradan yola çıkarak AYM'nin 1982 sonrası uygulamasına yeniden başladığı sonucu çıkarılabilir. Buradaki içtihat değişikliğinin bir ileriye gidişi mi yoksa bir gerilemeyi mi temsil ettiği ayrıca tartışılabilir. Bu makale, bu içtihat değişikliğinin bir geriye gidişi temsil ettiği varsayımına dayanmaktadır. Bunun gerekçesi ileride açıklanacaktır. Burada bundan daha önemli bir konu üzerinde durulacaktır. Bu konu, AYM'nin iki kararının gerekçesindeki çelişkidir. Sözü edilen kararların gerekçesinin birbirini takip eden iki paragrafından ilki şöyledir:

İçtüzük hükümleri genellikle şekle ait kurallardır. Dolayısıyla bir yasa tasarısının TBMM'de yasalaşma usulü ve sürecine ilişkin İçtüzük kuralları gereğince yapılan işlemler yasanın şekil unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, davacının başvuru dilekçesindeki iptal istemi, Yasa'nın yapılış şekline yönelik olup iptali istenilen kuralların "şekil" yönünden denetimini gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi şekil bakımından denetim, mevzuatın Anayasa ve İçtüzükte öngörülmüş bulunan usul ve şekil kurallarına uygun biçimde yapılıp yapılmadığı hususlarının denetimidir. Zira, herhangi bir hukuk kuralı ancak Anayasa'nın öngördüğü ya da Anayasa'ya uygun hukuk kurallarının müsaade ettiği usullere göre konulabilir. Biçim kuralları, bir tasarı ya da teklifin kanunlaşmasına kadar geçirdiği tüm evrelerde uyulması gereken usul ve şekil kurallarının bütünüdür.<sup>41</sup>

Gerekçenin bu paragrafı incelendiğinde sanki eylemli içtüzük değişikliği içtihadı devam edecekmiş gibi bir izlenim doğmaktadır. Çünkü *herhangi bir hukuk kuralı ancak Anayasa'nın öngördüğü ya da Anayasa'ya*

<sup>41</sup> Bakırcı, 2008, s. 2151

*uygun hukuk kurallarının müsaade ettiği usullere göre konabiliyorsa ve biçim kuralları, bir tasarı ya da teklifin kanunlaşmasına kadar geçirdiği tüm evrelerde uyulması gereken usul ve şekil kurallarının bütünüünü ifade ediyorsa, Anayasaya uygun olmayan hukuk kurallarına göre yapılan düzenlemelerin de denetiminin yapılabilmesi ve Anayasaya aykırılık varsa iptalin mümkün olması gerekir. Bir tasarı ya da teklifin kanunlaşmasına kadar geçirdiği evrelerde uyulması gereken usul ve şekil kurallarına uyulmamışsa bunun denetimini kim yapacaktır? Bu soruların cevaplanması, eski uygulamanın sürdürülmesi gerektiği sonucunu doğurur. Nitekim paragrafta geçen *Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi* ifadesi eski uygulamanın sürdürüleceğinin güvencesini oluşturacak gibi durmaktadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilen bu hususlar, 1982-1991 döneminde değil, 1991-2008 döneminde kullanılmıştır. Ancak Mahkeme sonraki paragrafta birdenbire dönerek 1982-1991 dönemi uygulamasının gerekçesini tekrar etmektedir:*

Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrası, "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılar yapılmadığı; ... hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez." hükmünü içermektedir. 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 20. ve 22. maddeleriyle de bu düzenlemeye koşut kurallar getirilmiştir. Buna göre kanunların Anayasa'ya aykırılığı ile ilgili olarak şekil bakımından iptal davasını sadece Cumhurbaşkanı ve TBMM üyelerinin beşte biri açabilir. Dolayısıyla iktidar ya da ana muhalefet partisi Meclis gruplarının şekil yönünden iptal davası açma yetkileri yoktur. Dava, TBMM üyelerinin beşte biri tarafından açılması gerekirken Ana muhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri<sup>42</sup> tarafından açılmıştır<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Daha önce de belirtildiği gibi 1982 Anayasası şekle ilişkin iptal davalarını hem başvuru yapabilecekler açısından hem de süre açısından sınırlamıştır. Ana muhalefet partisi 60 günlük süre içinde esasa ilişkin iptal davası açabilirken, şekle dayalı iptal davası açmaya yetkili değildir. Öte yandan şekle dayalı iptal davası açma yetkisi olanlar bu yetkilerini 60 gün yerine 10 gün içinde kullanmak zorundadırlar. AYM eylemli içtüzük kuralı yorumunu terkettiğinde bu sınırlamaları uygulamak zorundadır. Eylemli içtüzük kuralı uygulamasına esas denetimi üzerinden ulaştığından bu sınırlamalar ortadan kalkmaktadır.

<sup>43</sup> Bakırcı, 2011, s. 2128



2013 yılında verilen kararın gerekçesi de aşağı yukarı aynıdır:

İçtüzük hükümleri genellikle şekle ait kurallardır. Dolayısıyla bir kanun tasarısının veya teklifinin TBMM’de yasalaşma usulü ve sürecine ilişkin İçtüzük kuralları gereğince yapılan işlemler kanunun şekil unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, dava dilekçesindeki iptal istemi, kuralın yapılış şekline yönelik olup «şekil» yönünden denetimini gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi şekil bakımından denetim, mevzuatın Anayasa ve İçtüzük’te öngörülmüş bulunan usul ve şekil kurallarına uygun biçimde yapılıp yapılmadığı hususlarının denetimidir. Zira, herhangi bir hukuk kuralı ancak Anayasa’nın öngördüğü ya da Anayasa’ya uygun hukuk kurallarının müsaade ettiği usullere göre konulabilir. Biçim kuralları, bir tasarı ya da teklifin kanunlaşmasına kadar geçirdiği tüm evrelerde uyulması gereken usul ve şekil kurallarının bütünüdür.

Anayasa’nın 148. maddesinin ikinci fıkrası, “Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; ... hususları ile sınırlıdır.” hükmünü içermektedir. Buna göre, Anayasa’nın 148. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesinin kanunları şekil bakımından denetlemesi, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Dolayısıyla, Anayasa’nın öngördüğü çoğunlukla kabul edilen bir kanunun, teklif gerekçesinin olup olmadığının denetlenmesi hususu Anayasa Mahkemesinin yetkisi kapsamında değildir.

Görüldüğü gibi iki paragraf, iki ayrı, özünde zıt içtihadın ayrı gerekçeleridir ve bunların uzlaştırılması biraz güçtür. Karara dayanaklık eden paragraf ikinci paragraftır ve ikinci paragraf ilk paragrafı desteklemek ya da onun tarafından desteklenmek yerine, onu geçersiz kılmaktadır. Çünkü Anayasanın 148. maddesi gereğince şekil denetimi son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı ile sınırlı ise Anayasa ve İçtüzükte belirtilen şekil kurallarına aykırılığın denetimi yapılamayacak demektir. Bu durumda ilk paragrafın yazılmasının nasıl bir gerekçesi olabilir? Bu soruya belki şöyle bir yanıt üretilebilir: Mahkeme ilk paragrafta ilke olarak doğru olanı açıklamakta, ikinci paragrafta ise Anayasa’daki özel norm gereği sözkonusu ilkeyi uygulayamayacağını ifade etmektedir. Böylece, hukuka aykırılığı gidermeden, hukuka aykırılığı gidermiş izlenimi vermeye çalışmakta-

dır. Böylece eski içtihadıyla tamamen zıt olan yeni bir içtihadı, gerekçeyle yumuşatma yaparak geçiş sağlamaya çalışmaktadır.

Burada son derece ilginç olan bir başka nokta AYM'nin 2008 ile 2013 yılları arasında 2012 yılında vermiş olduğu bir karardır.<sup>44</sup> Bu karar da sonuç itibarıyla daraltıcı yorum içermektedir ve verilen diğer iki kararla uyumludur. Ancak bu kararın gerekçesinde bir çelişki bulunmamaktadır. Söz konusu E. 2012/48 no'lu kararın gerekçesi şöyledir:

Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların şekil bakımından denetlenmesinin, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı hususu ile sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır./ Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde de Genel Kurul tarafından yapılan son oylamadan önce vücut bulan şekil bozukluklarını Genel Kurulun bildiği veya bilmesi gerektiğinin varsayıldığı belirtilerek, son oylamadan önce yapılan şekil bozukluklarının iptale neden olamayacağı ifade edilmiş ve "Genel Kurulun oylama yapıp kanunu kabul etmesi, şekil bozukluğunu, o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir iradi tecellisidir. En büyük organ genel kuruldur. Onun iradesi hilafına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer. Bu nedenle son oylamadan önceki şekil bozuklukları, iptal sebebi sayılmamıştır." denilmiştir./ Anayasa'nın 148. maddesinin açık hükmü ve gerekçesi karşısında, kanunların şekil bakımından denetiminde, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığından başka bir hususun esas alınmasına ve bu suretle kanunların şekil bakımından denetimlerinin yapılabilmesine olanak bulunmamaktadır.

Kuşkusuz Mahkemenin bu makale boyunca sözü edilen iki yorumdan birini kullanması mümkündür ve bu yetkinin Mahkemenin takdirinde olduğunu kabul etmek zorunludur.<sup>45</sup> Gerçekten de Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesi, daraltıcı yorumu yapmaya daha elverişlidir. AYM her ne kadar bu gerekçeye rağmen 1991 yılından sonra genişletici yorumu kullanmışsa da, eski yoruma dönme olanağı vardır.

<sup>44</sup> AYM'nin 1982 uygulamasına dönüşü 2008 yılında başlamaktadır ve bugüne kadar sonucu aynı olan üç karar vermiştir. Kronolojik olarak bu kararlar 2008, 2012 ve 2013 yıllarında verilmiştir. 2012 yılında verdiği karar diğerlerinden farklı ve tutarlı bir gerekçeye sahiptir.

<sup>45</sup> Bu dönüş için en elverişli araç Anayasa'nın 148'inci maddesinin gerekçesidir.

Ancak Mahkeme hangi yorumu kullanacaksa ona uygun bir gerekçe kullanmak durumundadır. Mahkemenin birbirine zıt iki yorumdan birini alıp, her iki yorumun gerekçesini birlikte kullanmasını anlamak biraz güçtür. Bundan daha ilginç olanı ise 2008 yılında kullandığı çelişkili gerekçeyi 2012 yılında verdiği kararla düzeltirken, 2013 yılında yeniden çelişkili gerekçeye geri dönmüş olmasıdır. Başka bir anlamıyla Mahkeme, 1991 öncesindeki içtihadına geri dönecekse, bunun uygun yolu, 2012 yılında verdiği kararının gerekçesidir. 2008 ve 2013 yılında verilen kararların gerekçeleri bir çelişki içermektedir.

Burada son olarak konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak için AYM'nin bir başka alanda verdiği kararlarla karşılaştırma yapılacaktır. Bu alan, olağanüstü hal kanun hükmünde kararname (OHAL KHK) alanıdır. AYM, bu tür KHK'lerin anayasaya uygunluk denetimi Anayasa'da yasaklanmış olmasına rağmen, bunların bazılarını, eylemli içtüzük kuralına benzer bir yorumla denetimi kapsamına almış bulunmaktadır. Şimdi bu konuda bir karşılaştırma yapılmaya çalışılacaktır.

#### **IV. Bir Karşılaştırma: Olağanüstü Hal KHK'lerinin Anayasaya Uygunluk Denetimi**

AYM, *eylemli içtüzük kuralı* içtihadını geliştirmeye başladığı dönemde, yani 1990'lı yılların başında, olağanüstü dönemlerde çıkarılan KHK'ler için de benzer bir yorum yöntemi kullanmıştır. Bu yorum yöntemine geçmeden önce olağanüstü dönemlerde çıkarılan KHK'lerin hukuki rejimini kısaca gözden geçirmekte yarar vardır.

Anayasanın 121. maddesinde düzenlenen olağanüstü hal KHK'leri 91. maddede düzenlenen olağan dönem KHK'lerinden yetki, konu, usul ve şekil ve denetim yöntemi bakımından ayrılırlar: Olağan dönem KHK'leri çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna aitken OHAL KHK'lerini çıkarma yetkisi "Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna aittir." Olağan dönem KHK'leri için önceden çıkarılmış bir KHK'ye gereksinim varken, OHAL KHK'leri için yetki kanunu gerekmez. Olağan dönem KHK'leri temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevleri düzenleyemezken, OHAL KHK'lerinde konu sınırlaması yoktur. Olağan dönem KHK'lerinin öncelikle ve ivedilikle kanunlaşması gerekirken OHAL KHK'leri için onaylanmaya ilişkin

usulün İçtüzükte düzenleneceği belirtilmiştir. Denetim bakımından olağan dönem KHK'leri hem siyasal hem de yargısal denetime tabi iken OHAL KHK'leri sadece siyasal denetime tabi tutulmuştur. Çünkü Anayasa'nın 148. maddesi bu tür KHK'ler için şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine dava açılmayacağı belirtilmiştir.<sup>46</sup>

Gözler, yukarıdaki paragrafta atıfta bulunulan 1990 yılında yayınlanan makalesinde, henüz ortada bu konuda verilmiş bir AYM kararı yokken, bu tür KHK'ler için Anayasaya uygunluk denetiminin önünün tümüyle kapalı olduğu sonucunun çıkarılmayacağını belirtmiştir. Gözler, *olağanüstü hal KHK'lerinin anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulması, yargısal denetimin "sıfır noktası"*<sup>47</sup> olarak görülemez. diyerek OHAL KHK'leri üzerinde bir yargı denetimi yapılabileceğini söylemektedir. Gözlerin önerisi, Resmi Gazete'de OHAL KHK'si adı altında yayımlanan hükümlerin gerçekten de bir OHAL KHK'si olup olmadığı incelemesinin yapılmasıdır. Gözler'e göre, AYM, önündeki düzenlemenin niteliğini incelemelidir. Yapılan düzenleme OHAL KHK'si adını taşımasına rağmen, nitelik itibarıyla gerçek bir OHAL KHK'si olmayıp olağan dönem KHK'si niteliğindeyse inceleme kapsamına alınmalıdır. Gözler daha sonra OHAL KHK'lerinin somut maddelerinden örnekler vererek bunların *iptal edileceğini* belirtmektedir.<sup>48</sup>

Gözler'in bu öngörüsü, çok kısa bir süre sonra AYM kararlarıyla gerçeğe dönüşmüştür.<sup>49</sup> Anayasa Mahkemesi ilk olarak E. 1990/25

<sup>46</sup> Gözler, 1990, s. 580-584

<sup>47</sup> Gözler, sıfır noktası terimini Bakır Çağlar'ın Anayasa Bilimi adlı kitabının 163. sayfasından aldığını belirtmektedir.

<sup>48</sup> Gözler, 1990, s. 584-588

<sup>49</sup> Gözler'in bu makalenin bakış açısıyla uyumlu olan ve AYM'nin kararını isabetli biçimde öngören bu görüşü, bir başka çalışmasında gözden geçirilmiş ve değiştirilmiştir. Gözler, Kanun Hükmünde Kararnemelerin Hukuki Rejimi başlıklı kitabında, anayasa yargısının hukuk devletinin bir şartı olmaması, bu yüzden de OHAL KHK'lerinin AYM denetimine tabi olmayışının hukuk devleti ilkesini zedelememesi (s. 213); kendisinin pozitivist anlayışa sahip olması ve bu anlayışın Anayasa koyucunun tercihlerinin yerindediğini tartışmayı reddetmesi (s. 214); Türk hukuk düzeninde OHAL KHK'lerinin maddi kritere göre değil şekli kritere göre tanımlanması ve bu nedenle bu KHK'leri tanımlamak için onların içeriğine değil, onları yapan organa ve yapılaş şekillerine bakılması gerekmesi (s. 222-224) gibi nedenlerle bu tür KHK'lerle ilgili olarak AYM tarafından anayasaya uygunluk denetimi yapılamayacağı; bu konudaki iptal isteminin yetkisizlik nedeniyle reddedilmesi gerektiği (s. 228) savunulmaktadır (Gözler, 2000, s. 212-230).

ve K. 1991/1 numaralı, 10. 01.1991 tarihli kararında 424 ve 425 sayılı KHK'leri denetim kapsamına alarak bazı hükümlerini iptal etmiştir. AYM kararında şunları söylemektedir:

Anayasa'nın 148. maddesinin biçim ve öz yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında tuttuğu KHK'ler "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" çıkarılan KHK'lerdir. Anayasa Mahkemesi'nin çıkartılan bir olağanüstü hal KHK'sinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve eğer bu niteliği taşııyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur...olağanüstü hal bölgesi veya bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmasına devam edilmesi istenen kuralların içerdiği konular "olağanüstü halin gerekli kıldığı konular" olamazlar./Olağanüstü hal KHK'si çıkarma yetkisi olağanüstü hal süresiyle sınırlıdır. KHK ile getirilen kuralların...olağanüstü hal sonrasında da uygulanmaları veya başka bir zamanda veya yerde olağanüstü hal ilanı durumunda uygulanmak üzere geçerliliklerini korumaları olanaksızdır...olağanüstü hal KHK'leri, yalnızca olağanüstü hal süresine olağanüstü hal ilan edilen yerlerde uygulanmak üzere ve olağanüstü halin gerekli konularda çıkarılan KHK'lerdir. Bu koşulları taşımayan kurallar olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde sayılmazlar ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlıdırlar....Anayasa Mahkemesi denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz....

Mahkeme E. 1991/6, K. 1991/20 sayılı ve 03. 07.1991 tarihli Kararında benzer gerekçelerle bir başka iptal kararı vermiştir. Mahkeme, E. 1992/30, K. 1992/36 sayılı ve 26.05.1992 tarihli kararında, iptal davasının konusu olan kuralı, OHAL KHK kuralı olarak gördüğünden yetkisizlik kararı vermiştir. Başka bir anlatımla burada da aynı gerekçeyi kullanmış, ancak bu kez iptali istenen kuralın, OHAL KHK kuralı niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır. AYM son olarak 2003 yılında Danıştay Beşinci Dairesinin 425 sayılı KHK'nin 7. maddesinin iptali için yaptığı başvuru üzerine benzer gerekçelerle maddeyi iptal etmiştir. Burada dikkat çekici nokta, Mahkemenin, kendisini, başvuran Danıştay Beşinci Dairesinin gerekçesiyle bağlı tutmayıp, daha önce oluşturduğu içtihatları gerekçeyle bağlı tutmasıdır. Mahkeme, olağan KHK kuralı olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna vardığı itiraz konusu maddeyi yetki yasasına dayalı olmadığı için iptal etmiştir. Özetle belirtmek gerekirse Mahkeme yukarıda aktarılan 1991-2003 yılları arasında verdiği dört kararda de benzer gerekçelerle iptal/yetkisizlik kararları vermiştir.

Eroğul AYM'nin bu kararlarını inceleyerek, OHAL KHK'lerinde bulunması gereken özellikleri ortaya koymuş ve bu özellikleri taşımayan KHK'lerin, olağan KHK sayılarak AYM tarafından denetlenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Eroğul'un saptadığı bu özellikler şöyle özetlenebilir: (1) cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunca Anayasa'nın 121 ve 122. maddelerine dayanılarak çıkarılan, (2) anayasanın öngördüğü olağanüstü yönetim usullerinin ilan edildiği dönemde çıkarılan, (3) 121. maddenin ikinci fıkrası gereğince Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenmesi gerekmeyen, (4) olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan, (5) olağanüstü halin ilan edildiği yer ve zamanda uygulanabilen, (6) yasalarda değişiklik yapamayan KHK'ler AYM'nin denetim alanına girmezler. KHK'nin adından bağımsız olarak bu özellikleri taşımayan KHK'ler AYM'nin denetimi kapsamındadırlar.<sup>50</sup>

OHAL KHK'lerinin AYM tarafından denetlenemeyeceğine ilişkin açık anayasa kuralına rağmen AYM'nin bir yorum yöntemiyle bu KHK'lerden bazılarını denetim kapsamına almış olması, anayasaya uygunluk denetiminin sınırlarının nasıl genişleyebildiğine ilişkin iyi bir örnektir. Dolayısıyla TBMM'de anayasaya aykırı eylemlerin açık anayasa kuralına rağmen AYM tarafından şekil denetimine tabi tutulması emsalsiz bir durum da değildir.

### Sonuç yerine

Parlamento içtüzükleri, doktrinde kısaca *Parlamentonun çalışmasını tanzim eden metinler* biçiminde tanımlanmıştır.<sup>51</sup> 1982 Anayasası'nın 95. maddesi de TBMM'nin, çalışmalarını kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürüteceğini öngörmüştür. Ancak Anayasa, birçok modern devlet anayasası gibi, İchtüzüğün kimi kurallarını kendisi düzenleyerek katılaştırmıştır. Bunun nedeni içtüzüklerin kimi zaman siyasal ve hukuksal yapı üzerinde çok önemli etkilere sahip olabilmesidir. Tuna bu nedenle bir tür *sessiz anayasa* olarak tanımladığı içtüzükler hakkında şunları söyler:

<sup>50</sup> Eroğul, 2000, s. 36-37. Eroğul söz konusu makalesinde AYM'nin çok olumlu bulduğu bu tutumunu her konuda mantiki sonucuna götüremediğini ve yer yer çelişkilere düştüğünü göstermektedir. (s. 38)

<sup>51</sup> Armağan, 1972, s. 3

Her ne kadar, içtüzükler, basit disiplin ve çalışma kurallarını kapsar görünürlerse de, bir ülkenin siyasal rejimi üzerinde olağanüstü ağır sonuçlar doğurabilirler. Anayasa ne denli demokratik olursa olsun, parlamento hayatı antidemokratik biçimde çalıştırılırsa, rejim yozlaşır. 1950- - 1960 döneminde, kendi oluşlarımız içinde bu durumu açıkça görmüşüzdür./ İchtüzükte yapılan düzenlemelerle muhalefetin susturulmasına kadar gidilebilir. Meclisler içinde, fikir ve söz hürriyetleri kısılanabilir. Partiler içinde eşitsizlik yaratılabilir. Güncel konuların konuşulması yasaklanabilir. Meclislerin, hükümetleri denetleme yetkilerini sınırlayarak, siyasal rejimi tanınmayacak hale getirilebilir./ Bu durumu, meclise ya da meclislere egemen parti çoğunluğu “milli irade” adına yaratabilir. O zaman içtüzük, bir parti grubunun baskı aracı olur. Hukuki biçimi ne kadar demokratik bir görüntüye sahip olursa olsun, meclis içinde fiili bir tek parti rejimi kurulur. Bu durum parlamento dışına taşarak, siyasi hayatı etkiler<sup>52</sup>.

Dolayısıyla siyasal rejimin işleyişi üzerinde bu kadar önemli bir etkiye sahip olan *sessiz anayasa* niteliğindeki içtüzüklerin, kimi önemli kurallarının anayasalarda düzenlenmesi, siyasal rejimin demokratik niteliğinin korunmasında çok önemli bir işleve sahiptir. Siyasal çoğunlukların, sadece demokrasilerde var olabilen siyasal muhalefeti sindirme, susturma girişimlerinin önlenmesi böylece anayasal güvenceye kavuşturulmuş olur. Ancak bunun için sadece İchtüzüğün çerçevesinin anayasada çizilmiş olması ve kimi önemli kurallarının bizzat anayasada düzenlenmiş olması yeterli bir güvence sağlamayabilir. Çünkü içtüzüklerin, anayasada çerçevesi çizilen ya da düzenlenen kurallara uygunluğunun da sağlanması gerekir ki bu uygunluğu sağlayacak olan anayasa yargısıdır.

Ülkemizde AYM, TBMM İchtüzüğü'nün Anayasa'ya uygunluk denetimini yapmakla görevlendirilmiştir ve bu anlamda yukarıda söz edilen güvencenin bu yönüyle sağlanmış olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak bütün parlamentolar gibi TBMM de İchtüzük kurallarını gereği gibi uygulamayabilir. Bu durum kimi zaman yorum farklılıklarından, kimi zaman İchtüzükteki boşluklardan, kimi zaman iktidarın muhalefeti susturma isteğinden vs. kaynaklanabilir. Bu durumda da eğer uygulama, Anayasadaki kurallarla çelişiyorsa, bunun denetlenebilmesi ve Anayasaya aykırı uygulamanın iptal edilebilmesi gerekir.

<sup>52</sup> Tunaya, 1982, s. 121

1961 Anayasası döneminde AYM bu gerekçelerle yola çıkarak ve 1961 Anayasası öncesi döneme bir tepki olarak, Anayasa'da şekil bakımından denetim terimi yer almamasına rağmen, önüne gelen her olayda hem şekil yönünden hem de esas yönünden denetim yapmıştır. AYM'nin bu uygulamasının, şekil kurallarının Anayasaya uygun yürütülmesi konusunda tam bir güvence sağladığı söylenebilir. 1971 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerle, ilk defa şekil yönünden denetim Anayasa'ya girmiştir. Bu değişiklik, sözkonusu dönemde kanunların şekil bakımından denetiminde herhangi bir sınırlayıcı etki göstermemiş ve AYM sözkonusu yorumunu 1980 askeri darbesine kadar sürdürmüştür.

1982 Anayasası, kanunların AYM tarafından anayasaya uygunluk denetimini şekil ve esas bakımından olmak üzere ikiye ayırmıştır. Şekil bakımından denetimi, esas bakımından denetime göre hem süre, hem başvurma yetkisine sahip olanlar ve hem de içerik açısından önemli sınırlamalara tabi tutmuştur. Soysal bu ayrımı haklı olarak eleştirmektedir:

...biçim bakımından iptali yalnızca "son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı" nedenine dayandırmak, çok daha önemli başka biçim noksanlıklarını gözardı etmek demektir. Danışma Meclisinin ve Milli Güvenlik Konseyinin dayandıkları gerekçe şu: "son oylama genel kurul tarafından yapılır. Daha önce vücut bulan şekil bozukluklarını genel kurulun bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılır. Çünkü onun kararı, yapılan bir incelemeye, tartışmaya ve açıklamaya dayanır. Genel Kurulun oylama yapıp kanunu kabul etmesi, şekil bozukluğunu o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir irade tecellisidir. En büyük organ Genel Kuruldur. Onun iradesi hilafına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer.<sup>53</sup>

Soysal bu mantığın sadece biçim denetimini değil, her türlü denetimi gereksiz saymak anlamına geleceğini; "En büyük Genel Kurul başka büyük yok" sözüyle varılmayacak sonuç olmayacağını belirtmektedir<sup>54</sup>. Gerçekten de bu anlayış anayasa yargısının denetimini tümüyle anlamsızlaştırmaktadır. Eğer Genel Kurulun iradesi şekil bozukluğunu

<sup>53</sup> Soysal, 1986, s. 379

<sup>54</sup> Soysal, 1986, s. 379



kabul ettiğinde şekil bozukluğu kalkıyorsa, kimi içtüzük kurallarını anayasada düzenleyerek katılaştırmanın anlamı ne olabilir ki? Böyle bir durumda TBMM İchtüzüğünün bir anlamı var mıdır? Kuşkusuz hayır. Çünkü Genel Kurulun iradesi şekil bozukluğunu gideriyorsa, İchtüzük kurallarına uyup uymamak tümüyle keyfi bir duruma dönüşür.

AYM'nin şekil denetimi yapmasına kuşkuyla yaklaşmak, aslında demokrasi anlayışı ile yakından ilişkili bir sorundur. AYM'nin, sadece şekil denetimi yapması değil halkın oylarıyla seçilen TBMM'nin çıkarıldığı kanunları iptal edebiliyor olması, kimi zaman demokrasi karşıtı olarak nitelenebilmektedir. Teziç'in belirttiği gibi anayasa yargılamasının kabul edildiği bütün ülkelere özgü olarak ortaya çıkan temel sorun, halkın temsilcilerinin oluşturduğu parlamentonun üzerinde belli sayıda yargıçlardan oluşan mahkemenin yaptığı denetimin demokratik ilkelerle bağdaşp bağdaşmadığı sorunudur. Bu sorun anayasanın üstünlüğü ilkesi nedeniyle aşılmıştır. Çünkü anayasa insan haklarını güvenceye kavuşturan bir belgedir; bir tür toplum sözleşmesidir ve bu nedenle diğer hukuki normlara üstündür. Bu üstünlüğün hukuki bir yaptırımının olması gerekir ki, AYM bu ilkeyi hukuki yaptırımı sağlayarak hayata geçiren bir organdır.<sup>55</sup> Tunaya bu konuda şunları söylemektedir:

*Gerçekte, yargı organı, Meclis'in üstünde sayılmaz. Üstelik denetlediği ve mahkum ettiği de meclisler değil, doğrudan doğruya anayasaya karşı kanunlar'dır.*<sup>56</sup>

Gerçekten de AYM ister şekil, ister esas denetimi yapsın, hedeflediği şey Anayasa'nın sınırları içinde kalınmasını sağlamaya çalışmaktır ki hem yasama, hem de yürütme aynı anayasayla bağlıdır. Yukarıda incelenen bir başka örnek, OHAL KHK'leri örneği, AYM'nin bir başka alanda benzer bir örnek olarak değerlendirilmelidir. Eroğul, OHAL KHK'lerine ilişkin olarak AYM'nin geliştirdiği bu yorum yönteminin önemi konusunda şunları söylemektedir:

*...Anayasa Mahkemesi, son derece kaba bir tüzedeşilikle (hukuksuzlukla) karşı karşıya gelmiş bulunuyordu. Olağanüstü YGK'ler<sup>57</sup> konusunda yetkisiz*

<sup>55</sup> Teziç, 2001, s. 179

<sup>56</sup> Tunaya, 1982, s. 139

<sup>57</sup> Eroğul, KHK karşılığı, YGK (Yasa Gücünde Kararname) terimini kullanmaktadır.

*olduğunu söyleyip davayı reddetseydi, tüze (hukuk) devleti ilkesine çok ağır bir darbe vurulmasına yol açacaktı. Yüce mahkeme böyle bir sorumsuzluk sergilemekten kaçındı ve verdiği tarihi bir kararla tüze devleti için ne denli vazgeçilmez bir koruyucu olduğunu gösterdi.*<sup>58</sup>

Bir karşılaştırma yapılarak bu örnek çerçevesinden bakıldığında, 1982 Anayasa'sındaki şekil denetimine ilişkin düzenlemenin *anayasal devleti* gerçekleştirmek bakımından bir geriye gidişi ifade ettiği sonucu çıkarılabilir.<sup>59</sup>AYM maddenin açık gerekçesine rağmen, 12 Eylül darbesinin vesayeti zayıflamaya başladığında, 1990'lı yılların başında bir içtihat geliştirerek yeniden 1961 Anayasası dönemindeki gibi şekil denetimi yapmaya başlamıştır. Kullandığı gerekçe son derece basit ve haklıdır: Normlar hiyerarşisi gereğince alt norm üst norma aykırı olmayacağına göre, alt norm olan İchtüzüğün de Anayasa'ya uygun olması gerekir. Yapılan bir uygulama ya da doldurulan bir boşluk, anayasa ya aykırı ise, bu uygulama yöntem kurallarına uyulmadan çıkarılmış yeni bir içtüzük kuralı, ya da eylemli içtüzük kuralı ya da içtüzük niteliğinde kural olarak değerlendirilip, İchtüzüğün Anayasa'ya uygunluğu çerçevesinde denetime tabi tutulmalıdır.

Bu çerçeveden bakıldığında AYM'nin ilk olarak 2008 yılında verdiği ve 2012-2013 yıllarında tekrar ettiği yeni içtihadı, 1991 öncesine bir *geriye gidişi* ifade etmektedir. Geriye gidiş iki yönlüdür: Hem zaman bakımından geriye gidilmiştir hem de değerlendirmenin içeriği bakımından geriye gidilmiştir. AYM, yargı erkinin bir parçası ve kuvvetler ayrımı ilkesinin bir gereği olarak siyasal sistemin anayasal sınırlar içine çekilmesini sağlamaya çalışacağı yerde, kanunların yapılmasında uyulacak yöntem kuralları bakımından yasama organını tümüyle özgür bırakma yolunu seçmiştir. Bu durumda Anayasada yer alan yöntem kurallarının da bir anlamı kalmamıştır. Çünkü yasama organı bu kurallara tümüyle aykırı davranarak bir düzenleme yaptığında, bu kurallara uymamanın denetimini yapacak bir kurum

<sup>58</sup> Eroğul, 2000, s. 35

<sup>59</sup> Aslında bu geriye gidiş 1980 öncesi döneme bir tepkinin ürünüdür. Tanilli AYM'ye bu dönemde genel olarak bir tepki duyulduğunu şu sözlerle anlatmaktadır: ...Anayasa Mahkemesinden yakınan...partiler eğer TBMM'nde Anayasa değişikliği yapmaya yetecek bir çoğunluk oluşturmayı başarırlarsa, Yüce Mahkemenin yetkilerini, 1971'de gerçekleştirilenden çok daha kapsamlı biçimde daraltmayı deneyecekleri açıktır (Tanilli, 1982, s. 630). 1980 sonrasında bu daraltma partiler tarafından değil askeri cunta tarafından yapılmıştır.

bulunmamaktadır. Üstelik bu noktaya geçmişteki daha ileri bir aşamadan gelinmiştir.

Burada son olarak bu üç kararın gerekçesi üzerinde durmakta yarar vardır. Mahkeme şekil denetimini 1982 Anayasasının öngördüğü biçimde son oylamanın uygunluğu ile sınırlayacaksa, eylemli içtüzük kuralının gerekçesini burada kullanmaması ve yukarıda aktarılan paragraflardan sadece ikincisini ya da 2012 yılında verdiği ikinci kararının gerekçesini gerekçe olarak kullanması gerekirdi. Ancak 2013 yılında, 2008 yılında kullandığı çelişkili gerekçeyi yeniden kullanmıştır ki bunu yapmak yerine 2012 yılında verdiği kararının gerekçesini kullanması daha doğru olurdu.

## KAYNAKLAR

- Armağan S. (1972). Memleketimizde İchtüzükler. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Bakırcı F. (Ed.). (2011). Türkiye Büyük Millet Meclisinin Yapı ve İşleyişi ile ilgili Anayasa Mahkemesi Kararları. Ankara: TBMM Basımevi.
- Bakırcı F. (2008). TBMM Genel Kurulunun Birleşimi ve Gündemi Üzerine (Ergun Özbudun'a Armağan ed., Vol. II). (Y. Serap, K. Gözler, & E. Göztepe, Eds.) Ankara: Yetkin Yayınları.
- Bakırcı F. (2000). TBMM'nin Çalışma Yöntemi. Ankara: İmge Yayınevi.
- Eroğul C. (2004). Anayasa'ya Giriş. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Eroğul C. (2000). Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi , 31-46. [www.anayasa.gen.tr/khk.htm](http://www.anayasa.gen.tr/khk.htm); (Konuluş tarihi: 20 Nisan 2004).
- Gözler, K. (1990). Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejimi. Ankara Barosu Dergisi , 47 (4), 561-590.[www.anayasa.gen.tr/olaganustuhalk.htm](http://www.anayasa.gen.tr/olaganustuhalk.htm) (Konuluş Tarihi: 24 Kasım 2005).
- Gözler K. (2000). Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- Gözler K. (2004). Türk Anayasa Hukuku Dersleri. Bursa: Ekin Yayınları.
- İba Ş. (2006). 100 Soruda Anayasa ve Siyasal Kurumlar. Ankara: Turhan Yayınevi.
- İba Ş. (2006). 100 Soruda Türk Parlamento Tarihi. Ankara: Nobel Yayınları.
- İba Ş. (2008). Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar. Ankara: Turhan Kitabevi.

- İba Ş. (2009). Parlamento İçtüzük Metinleri. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür yayınları.
- Kili S., & Gözübüyük, Ş. (Eds.). (1985). Türk Anayasa Metinleri: Senedi İttifaktan Günümüze. Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Sabuncu, Y. (2005). Anayasaya Giriş. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Soysal M. (1986). 100 Soruda Anayasanın Anlamı. İstanbul: Gerçek Yayınevi.
- Tanilli, S. (1982). Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş. İstanbul: Say Yayınları.
- Teziç E. (2001). Anayasa Hukuku. İstanbul: Beta Yayınları.
- Teziç E. (1984). Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Tunaya T. Z. (1982). Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku. İstanbul: Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları.

**BİREYSEL BAŞVURU MEKANİZMASININ  
KABULÜ SONRASINDA GENEL  
MAHKEMELERİN İNSAN HAKLARI  
KONUSUNDAKİ ROLÜ VE BU BAĞLAMDA  
ANAYASA'NIN 90. MADDESİNİN 5. FIKRASI  
THE ROLE OF THE GENERAL COURTS CONCERNING HUMAN  
RIGHTS AFTER THE INTRODUCTION OF INDIVIDUAL  
APPLICATION AND ARTICLE 90 PARAGRAPH 5 OF THE  
CONSTITUTION IN THIS CONTEXT**

Halil İbrahim DURSUN\*

**Özet:** Bilindiği üzere, 2010 Anayasa değişiklikleriyle bireysel başvuru hukuk sistemimize dahil edildi ve başvuruların alınmasının ilk günü 23 Eylül 2012 olarak belirlendi. Anayasa Mahkemesinin bu yeni göreviyle birlikte, genel mahkemelerin Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasını uygulamaları konusu tekrar önem kazandı. Bu bağlamda, bu çalışma bireysel başvurunun etkili bir şekilde işleyebilmesi için genel mahkemelerin rolü üzerine odaklanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Bireysel başvuru, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası, genel mahkemelerin rolü, etkili işlev görmek

**Abstract:** As we all know, individual application is introduced in to our legal system by the 2010 constitutional amendments and the first day of receiving applications is determined as 23 September 2012. The issue of general courts applying the article 90/5 of the Constitution has become important again due to this new function of the Constitutional Court. In this context, this study will focus on the role of the general courts about the individual application to function effectively.

**Keywords:** individual application, the article 90/5 of the Constitution, the role of the general courts, function effectively

---

\* Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı

## GİRİŞ

İnsan hakları; mensubiyetleri, doğuştan getirdikleri özellikleri ve kazanılmış donanımları ne olursa olsun, bütün insanların sırf insan olmak itibarıyla sahip olduğu üstün ahlaki değere sahip bir hak türüdür.<sup>1</sup> Bütün insanların doğuştan sahip oldukları bu temel hak ve özgürlüklerden yararlanma, ırk, cins, renk, cinsiyet, dil, din ve siyasal kanaat gibi herhangi bir şarta bağlanamaz.<sup>2</sup>

On yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda, hem Avrupa'da hem Amerika'da insan haklarına hizmet eden önemli gelişmeler yaşandı. Bu dönemde İngiliz Parlamentosu tarafından çıkarılan 1688 tarihli *Haklar Bildirisi*, 1776 yılında Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilen *Virginia Bildirgesi* ve on üç Amerikan devleti tarafından 1776 yılında ilan edilen *Amerikan Bağımsızlık Bildirisi* insan haklarının gelişimine önemli katkılar sundu. Bu gelişmelerden önemli ölçüde etkilenen *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi* ise, 1789 tarihinde Fransız devrimciler tarafından ilan edildi.<sup>3</sup> Fransız İnsan Hakları Bildirisi'ne yönelik eleştiriler, on dokuzuncu yüzyılda insan hakları fikrinin gerilemesine sebep olsa da, Almanya'da Nasyonal Sosyalizm'in pozitif hukuku insan hakları ihlalleri için kullanması, yirminci yüzyılda doğal hukukun ve onun beslediği insan haklarının yeniden gündeme gelmesini sağladı.<sup>4</sup> İkinci Dünya savaşı döneminde insan hakları konusunda meydana gelen olumsuz gelişmeler, dünya kamuoyunda insanlık için sürekli bir barışın kurulması, insanlığın diktatörlük tehlikesine ve baskılarına karşı korunması isteğini doğurdu.<sup>5</sup> Bu bağlamda İkinci Dünya Savaşından sonra, insan haklarının evrensel olarak korunması ile İkinci Dünya Savaşına kadar vatandaşlarının haklarını çiğneyebileceği düşünülmeyen parlamentoların işlemlerinin anayasaya uygunluğunun bağımsız

<sup>1</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, 8.baskı, Ankara 2010, s.181

<sup>2</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 1996, s.371

<sup>3</sup> Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, 2.baskı Mart 2011, s.128-129

<sup>4</sup> Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, 2. baskı, Ankara 2008, s.98

<sup>5</sup> Şeref Ünal, *AIHS ve İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara 2001, s.66

bir organ tarafından denetlenmesi fikrinin kabul görmesi şeklinde iki olumlu gelişme yaşandı.<sup>6</sup>

Bu iki gelişmeden ilki olarak uluslararası koruma bağlamında, günümüzde insan hakları salt iç hukuk meselesi olmaktan çıkarak pozitif uluslararası hukuka girmiş ve insan haklarının söz konusu olduğu durumlarda, ulusların içişlerine karışmama ilkesi etkinliğini yitirmiştir.<sup>7</sup> İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması için, devletlerin tek taraflı olarak ihlal edemeyecekleri uluslararası standartların saptanması gerekmiştir.<sup>8</sup> Bu doğrultuda, önce 10 Aralık 1948'de BM Genel Kurulu tarafından İnsan Hakları Evrensel Bildirisi kabul edilmiş,<sup>9</sup> sonrasında ise 4 Kasım 1950 tarihinde Avrupa kıtasında insan haklarının etkili şekilde sağlanabilmesi amacıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Roma'da imzalanmış ve 3 Mayıs 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>10</sup>

İkinci gelişme ise, anayasa yargısı fikrinin kabul görmesidir. Anayasa yargısının bugün geldiği noktada üstlenmiş olduğu temel görev, yasama organının tasarrufları karşısında bireyin temel hak ve özgürlüklerinin yargısal yoldan korunması ile anayasal düzenin korunması ve devamlılığının sağlanmasıdır.<sup>11</sup> Başlarda anayasa yargısının hukuk düzenini koruması fonksiyonu üzerinde durulmasına rağmen sonraki dönemde insan hakları fikrinin gelişmesiyle birlikte, anayasa yargısının aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri koruması fonksiyonunun da bulunduğu görüşü kabul edilmiş ve bu fonksiyonu yerine getirmede en önemli işlevi bireysel başvuru kurumu üstlenmeye başlamıştır.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Bahadır Kılınç, "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", Anayasa Yargısı sayı:25, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2008, s.20

<sup>7</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, age, s.399

<sup>8</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, age, s.63

<sup>9</sup> Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s.185

<sup>10</sup> Yasemin Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, 1.baskı, 2004, s.27

<sup>11</sup> Hikmet Tülen, "Türk Anayasa Yargısı Sisteminin Başlıca Özellikleri ve Sistemde Reform Arayışları", Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s.151

<sup>12</sup> Bahadır Kılınç, agm., s.20

Klasik olarak kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin yapıldığı anayasa yargısının bireylere doğrudan bir koruma sağlama-  
masının yarattığı eksiklik, bireylerin bir hak ihlali karşısında bizzat  
anayasa mahkemelerinden hukuki koruma talebinde bulunmalarına  
olanak sağlayan bireysel başvuru kurumuyla giderilmeye çalışıl-  
mıştır.<sup>13</sup> Bireysel başvuru yoluyla temel hak ve özgürlüklerin hukuki  
koruması, anayasa mahkemeleri tarafından anayasal düzenin korun-  
masının dolaylı bir sonucu olmaktan çıkmış ve doğrudan anayasa  
mahkemelerinin koruma alanına girmiştir.<sup>14</sup>

Ülkemizde de 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti  
Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında  
Kanun'la, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen  
Anayasa'nın 148. maddesinde değişiklik yapılarak bireysel başvuru  
yolu kabul edilmiştir. Bu çalışmada, kabul edilen bireysel başvurunun  
işlevleri ve özellikleri -özellikle ikincilliği- üzerinde durulacak ve bi-  
reysel başvurunun etkin bir şekilde işleyebilmesi için genel mahke-  
melerin<sup>15</sup> rollerine değinilecek ve Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fı-  
krası tartışılacaktır. Bu doğrultuda, kabul edilen bireysel başvurunun  
etkin bir şekilde işleyebilmesi ve iş yükünün Anayasa Mahkemesi'ni  
çalışamaz hale getirmemesi için, genel mahkemelerin sorumlulukları  
üzerinde durulacaktır.

## I. BİREYSEL BAŞVURU, İŞLEVLERİ VE ÖZELLİKLERİ

### A. Bireysel Başvurunun Tanımı

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafın-  
dan ihlal edilen bireylerin tüm idari ve yargısal yolları tükettikten  
sonra başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanabi-

<sup>13</sup> Ece Göztepe, "Anayasa Şikayeti", AÜHF yayınları No: 530, AÜHF Döner Sermaye  
Yayınları No: 45, Ankara 1998, s.3

<sup>14</sup> Cem Duran Uzun, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa  
Şikayeti)", Seta Analiz, SETA-Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı,  
şubat 2012, s.5

<sup>15</sup> Bu makalede "Genel Mahkemeler" deyimiyile, Anayasa Mahkemesine Başvuru  
yapılmadan önce tüketilmesi gereken ilk derece mahkemeleri ile bunların temyiz  
ya da itiraz mercileri kastedilmektedir. Bundan sonra yapılacak açıklamalarda da  
"Genel Mahkemeler" ifadesi bu anlamda kullanılacaktır.



lır.<sup>16</sup> Bireysel başvurunun esas anlam ve amacını, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini devlete karşı koruma olanağı sağlayan spesifik ve olağanüstü bir yargı yolu olması oluşturmaktadır.<sup>17</sup>

Temel hak ve özgürlüklerin anayasalarda yer alması ve bu haklarla ilgili yasaların anayasaya uygunluğunun anayasa yargısı yoluyla sağlanması insan hakları bakımından önemli olmakla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin yargısal uygulamalar ile yargı yolu öngörülme- yen veya yargı yolunun etkili olmadığı durumlar karşısında da korunmaları gerekir.<sup>18</sup> İşte bu rolü üstlenen bireysel başvuru, kişilere, kamu güçlerinin işlemlerine karşı kendilerini savunma, bu işlemlerin hak ve özgürlükler açısından uygunluğunun denetlenmesini sağlama ve anayasa mahkemeleri önünde kendilerini ifade etme olanağını sağlayarak temel hak ve özgürlükleri gerçek anlamda anayasal güvenceye kavuşturmuştur.<sup>19</sup>

## B. Bireysel Başvurunun İşlevleri

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere bireysel başvurunun ilk amacı, temel hak ve özgürlükleri anayasa yargısı yoluyla korumak ve geliştirmektir. Bireyin ihlal edildiğini ileri sürdüğü temel hak ve özgürlüklerinin anayasa yargısı ile korunması<sup>20</sup> bireysel başvurunun subjektif işlevidir. Bireysel başvurunun bu subjektif işlevinin yanında, hukuk düzenini korumak ve anayasa hukukunu geliştirmek gibi objektif işlevleri de bulunmaktadır.<sup>21</sup> Demokratik düzenin işlerlik kazanmasına yurttaşları aktif biçimde katan bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlükler konusunda bireylerin daha bilinçli olmalarını ve mahkemelerin temel hakları hayata geçirmede daha hassas davranmalarını sağlamaktadır.<sup>22</sup> Bireysel başvuru uygulamasının en iyi

<sup>16</sup> Bahadır Kılınç, agm, s.23

<sup>17</sup> Rudolf Mellinshoff, "Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti", Anayasa Yargısı 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2009, s.33

<sup>18</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, age, s.202

<sup>19</sup> Mehmet Turhan, "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu" Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s.62

<sup>20</sup> Bahadır Kılınç, agm, s.26

<sup>21</sup> Ece Göztepe, age, s.17

<sup>22</sup> Bahadır Kılınç, agm, s.27

örneklerinden olan Almanya’da, bireysel başvuru, hem subjektif hem de objektif işlevlerini o kadar iyi gerçekleştirmiş ki bu, Federal Anayasa Mahkemesi’nin eski başkanlarından Wolfgang Zeidler’in Alman Federal Cumhuriyeti’nde adaletin gerçekleştirilmesinin anayasa şikayeti olmadan düşünülemediğini belirtmesine sebep olmuştur.<sup>23</sup>

Ayrıca, bireysel başvurunun kabul edilmesiyle AİHM’e yapılan başvuruların sayısının azalacağı da muhakkaktır. Ancak burada üzerinde özenle durulması gereken konu, bireysel başvuru ile asıl amaçlananın başvuru sayısını azaltmak değil, ihlal sayısını azaltmak<sup>24</sup> olduğudur. Bireysel başvurunun, insan hakları konusundaki bilinci artırdığı ve kamu gücünü kullananlara yol gösterici olduğu da düşünülürse, demokratik bir toplumda ne kadar önemli ve gerekli olduğu dikkate değerdir.

### C. Bireysel Başvurunun Özellikleri

İnsan hakları bakımından bu kadar önemli ve faydalı olan bir kurum, yukarıda da belirtildiği üzere 5982 sayılı Kanun ile Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa’nın 148. maddesinin ilk fıkrasına *“ve bireysel başvuruları karara bağlar”* ifadesi ilave edilerek sistemimize girmiştir. Peki sistemimize yeni giren bu kurumun pratik işleyişi nasıl olacaktır? Anayasa Mahkemesi’nin bundan sonraki temel iş yükünü oluşturacak olan bu başvuru yolunun fazla rağbet görmesi durumunda, mahkemenin işleyemez hale gelme riski var mıdır? İnsan haklarını koruma, bireysel başvurunun kabul edilmesiyle sadece Anayasa Mahkemesi’ne mi bırakılmakta yoksa adli ve idari mercilerin de bu konuda sorumluluk almaları gerekmekte midir? Bu soruların cevabını bulmamızda, bireysel başvurunun özellikleri -özellikle kanun yollarının tüketilmesi zorunluluğu ile bireysel başvurunun ikincil bir hak arama yolu olması özelliği- üzerinde durmamız yerinde olacaktır.

<sup>23</sup> Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Third Edition, revised and expanded, London 2012 s.12

<sup>24</sup> Rona Aybay, *“Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 201, TBB İnsan Hakları Merkezi Yayını,13, Birinci Baskı, Ankara, 2011, s.18

## 1. Kanun Yollarının Tüketilmiş Olması ve İkincillik İlkesi

6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmiş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.*" Kanun yolunu geniş anlamda, her türlü kuruma, idareye ve mahkemelere başvuru yolu; dar anlamda ise, mahkemeye başvurma olanağı olarak belirtmek mümkündür.<sup>25</sup>

Bireysel başvuru yoluna, ancak olağan idari ve yargısal yolların temel hak ihlalini giderme konusunda yetersiz kaldığı durumlarda başvurulması gerektiğinden, başvuru söz konusu hak ihlalini engellemek ya da ortadan kaldırmak için öncelikle olağan idari ve yargı yollarına başvurulmalıdır.<sup>26</sup> Aksi takdirde, başvurunun esasının incelenmesi mümkün olmaz ve başvuru yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul edilemez bulunur.

Eğer başvuru genel mahkemelerde kamu gücü işlemiyle gerçekleşen ihlali ortadan kaldırabilme olanağına sahipse ve sonuç almaya yeterli görerek başvurduğu bir kanun yolunun sonucunu beklemeksizin geri almış, bunu hiç kullanmamış ya da öngörülmiş idari ve yargısal başvuru yolları usulüne uygun şekilde tüketmemişse kanun yollarının tüketilmiş olmasından söz edilemez.<sup>27</sup>

İkincillik ilkesi, kanun yollarının tüketilmesiyle sıkı bir bağlantı içinde ise de, aynı şey olmayıp daha çok kanun yollarının tüketilmesi sırasında ileri sürülmesi gereken ihlal iddialarıyla, yani kanun yollarının tüketilmesinin maddi içeriğiyle ilgilidir.<sup>28</sup> Şöyle ki ikincillik ilkesine göre, kişilerin ihlali giderecek mahkemelere sadece biçimsel olarak başvurmaları yeterli olmamakta, ihlallerin içeriğini de buralarda ileri sürerek bunların giderilmesi için çaba sarf etmeleri gerekmektedir.<sup>29</sup> Bu bağlamda, ileri sürülen şikayetin konusunun, AİHS ya da Anayasa maddelerinin belirtilmesi zorunlu olmaksızın en azından özü itibariy-

<sup>25</sup> Bahadır Kılınç, agm, s.33-34

<sup>26</sup> Rudolf Mellinshof, age, s.42

<sup>27</sup> Ece Göztepe, age s.71

<sup>28</sup> Ece Göztepe, age, s.77

<sup>29</sup> Hakan Atasoy, "Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, yıl:3, sayı:9, 20 Nisan 2012, s.80

le idare ve yargı organları önünde ileri sürülüp bu hususta dikkatlerinin çekilmiş olması gerekmektedir.<sup>30</sup>

Bireysel başvuru konusu haklardan birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden kişi, ikincillik ilkesi gereği etkili ve olağan tüm hak arama yollarını tüketmiş olmalı ancak bu yollardan sonuç alamadığı ve ihlali ortadan kaldırmamanın başka yolu kalmadığı takdirde bireysel başvuru yapmalıdır.<sup>31</sup> Yani, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının genel adalet sistemi içinde, olağan ve etkili nitelikte olan idari ve yargısal yollar içinde çözüme kavuşturulması esastır.<sup>32</sup> Buna göre bireysel başvuru, temel hakların ihlalini önlemede en son hukuki çare olup, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve ihlallerin önlenmesi öncelikli olarak parlamento, yürütme organı ve genel mahkemeler tarafından genel adalet düzeni içinde Anayasa Mahkemesi'ne gelmeden yanıtlanmalıdır.<sup>33</sup>

Hukuki yarar ilkesiyle de yakından ilgili olan ikincillik ilkesi, kişilerin genel mahkemeler aracılığıyla temel hak ihlalini ortadan kaldırma olanakları varken bireysel başvuruda bulunmaları halinde, hukuki yarar bulunmadığından<sup>34</sup> başvurunun usulden reddedilerek kabul edilemez bulunmasını gerektirir.

## 2. Süper Temyiz Mercii Olmama

Ayrıca belirtmek gerekir ki bireysel başvuru, ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun olup olmadığı incelemesinin yapıldığı temyiz veya istinaf benzeri bir başvuru olmadığı gibi, temyiz veya istinaf sonrası olağanüstü bir temyiz fırsatı da değildir.<sup>35</sup> Kamu gücüne dayanılarak yapılan işlem ya da eylemler nedeniyle kişilerin temel hak ve özgürlükleri ihlal edilmediği sürece, bireysel başvuru yapılması

<sup>30</sup> Hüseyin Ekinci, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Sorunu", *TAAD*, Yıl:3, Sayı:11 (Ekim 2012), s.6

<sup>31</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, *age*, s.59

<sup>32</sup> Hakan Atasoy, *agm*, s.74

<sup>33</sup> Bahadır Kılınç, *agm*, s.25

<sup>34</sup> Ece Göztepe, *age*, s.67

<sup>35</sup> Bahadır Kılınç, *agm*, s.25

mümkün değildir.<sup>36</sup> AİHM içtihatlarıyla kabul edilen ve Mahkeme'nin ne olmadığına vurgu yapan dördüncü derece mahkemesi olmama kuralı, AİHM'in Sözleşme'ye taraf devletlerin mahkemeleri tarafından verilen kararları bozan veya ulusal mahkemelerin baktığı davaları yeniden inceleyen bir mahkeme olmadığını belirtir.<sup>37</sup> Mahkeme'nin söz konusu tespitleri ve varılan sonuçları sorgulayabileceği tek durum, ulusal mahkeme kararlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan bir tarzda bariz şekilde keyfilik içermesi ve kendiliğinden Sözleşme'yi ihlal etmiş olmasıdır.<sup>38</sup>

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, başvuru konusunun bir mahkeme kararına ilişkin olduğu durumlarda, olayın ve delillerin doğru değerlendirilip değerlendirilmediğini, ilgili mevzuatın doğru uygulanıp uygulanmadığını ve derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmadığını inceleyen bir mercii olmayıp, genel mahkemelerin olayı ve delilleri değerlendirirken, yasa kurallarını uygularken temel hakları ihlal edip etmediklerini ve ihlal varsa bu ihlallerin bireysel başvuru yolu dışında başka bir yolla giderilip giderilemeyeceğini inceler.<sup>39</sup>

## II. BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN İŞLERLİĞİ BAKIMINDAN GENEL MAHKEMELERİN ÖNEMİ

Yukarıda da ifade edildiği gibi, insan hakları ihlallerinin Anayasa Mahkemesi önüne getirilmeden önce parlamento, yürütme organı ya da genel mahkemeler tarafından önlenmesi, bireysel başvurunun işlerliği açısından son derece önemlidir. Çünkü temel hak ihlaline ilişkin sorun bu merciler tarafından çözülmüşse, Anayasa Mahkemesi önüne gelecek başvuruların sayısı önemli ölçüde azalacak<sup>40</sup> ve birey-

<sup>36</sup> Hakan Atasoy, agm, s.90

<sup>37</sup> Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/ADD866FF-37B1-4613-AB93-8EB526799DCC/0/TUR\\_Guide\\_pratique.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/ADD866FF-37B1-4613-AB93-8EB526799DCC/0/TUR_Guide_pratique.pdf), (Erişim Tarihi:27.07.2012) s.69

<sup>38</sup> Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, s.70

<sup>39</sup> Bahadır Kılınç, agm, s.25

<sup>40</sup> Ali Rıza Çoban, "Yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun Mahkemenin İş Yüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi", Hukab Sempozyum Serisi 1, Hukab yayınları, Ankara, 2011, s.162

sel başvurunun sübjektif ve objektif işlevinin gerçekleşmesi kolaylaşacaktır. Tüm yargı yerlerinin böyle bir işbirliği ve ortak sorumluluk anlayışı ile hareket etmesi, hem yargının saygınlığının artmasına hem de kişi hak ve özgürlüklerinin daha güvenceli hale gelmesine katkı sağlayacaktır.<sup>41</sup>

### A. Anayasa Mahkemesi'nin Olası İş Yükü

Bu bölümde, Anayasa Mahkemesi'nin olası iş yükü hakkında bilgi verilecek ve bireysel başvurunun bir bütün olarak algılanıp devletin her organının özellikle de genel mahkemelerin sorumluluklarının bilincinde olmasının önemi üzerinde durulacaktır.

Bireysel başvurunun yürürlüğe girdiği 23 Eylül 2012 tarihinden 2013 yılının sonuna kadar, Anayasa Mahkemesine 11.242 bireysel başvuru yapılmış, 2014 yılının ilk üç ayında ise 5.000'e yakın bireysel başvuruda bulunulmuştur. Bu sayı, Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararlarıyla doğru orantılı olarak her geçen gün artmakta ve Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN'ın Yargıtay ve Danıştay'dan kesinleşen kararların sayısını da dikkate alarak yıllık 45.000-50.000 civarında başvuru yapılacağı yönündeki tahminini<sup>42</sup> güçlendirmektedir.

Yargıtay ve Danıştay'ın kesinleşen mahkeme kararlarından başka, kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararlar ile bireylerin çeşitli dilek ve şikayetlerinin de Anayasa Mahkemesi'ne dilekçeyle gönderileceği hesap edilirse, Anayasa Mahkemesi kararlarının, bu iş yükü altında geç çıkacağını öngörmek zor olmayacaktır. Bu durum AİHM tarafından, adil yargılanma hakkı bakımından Anayasa Mahkemesi'nin etkili bir iç hukuk yolu olarak görülmemesine sebep olur ki, sonuçta varılan nokta bireysel başvurunun amaç ve işlevleriyle taban tabana zıt olacaktır. Bu sebeplerle bu bölümde, Anayasa Mahkemesi'nin etkili bir iç hukuk yolu olarak görülüp görülmemesinin önemi ve bu durumun olası sonuçları değerlendirilecektir.

<sup>41</sup> Fazıl Sağlam, "Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları" Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006, s.107

<sup>42</sup> Ali Rıza Çoban, agm, s.162-163

## B. Anayasa Mahkemesi'nin AİHM Tarafından Etkili Bir Başvuru Yolu Olarak Görülmesinin Önemi ve Olası Sonuçları

### 1. Etkili Başvuru Yolu Olma Kriterleri

AİHS'in kabul edilebilirlik koşullarını düzenleyen 35. maddesi: *"Uluslararası Hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye başvurulabilir."* şeklindedir.

Burada üzerinde durulması gereken konu, madde metninde geçen *"iç hukuk yollarının tüketilmesi"*nden ne anlaşılacağıdır. Bu bağlamda, iç hukukta öngörülmüş olan her yol tüketilmeli midir? Eğer öngörülen her yol tüketilmeden de AİHM'e başvuru mümkünse, bitirilmesi gereken iç hukuk yollarının kriterleri nelerdir? Öncelikle bu sorular yanıtlanmaya çalışılacaktır.

İç hukuk yollarının tüketilmesi, uluslararası bir yargı organına başvurmadan önce aleyhine başvuru yapılan devletin iç hukukunun öngördüğü tüm idari ve yargısal yollara başvurulmuş fakat olumlu bir sonuç alınamamış olmasını ifade eder.<sup>43</sup> Temel hak ve özgürlüğünün kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasında olan kişi, AİHM'e başvurmadan önce, ihlalin giderilmesi için iç hukukta öngörülmüş olan, fiilen ulaşılabilen ve sonuç alma olanağı bulunan, başka bir deyişle etkili olan iç hukuk yollarını tüketmelidir.<sup>44</sup>

İç hukuk yoluna yapılan başvuru sonunda ihlalin ortadan kaldırılması söz konusu olmuyorsa, yani iç hukuk yolunun vereceği karar etkisizse, tüketilmesine gerek kalmadan AİHM'e başvuru yapmak mümkündür.<sup>45</sup> Bu bağlamda, iç hukuktaki başvuru yolu etkin, ulaşılabılır ve normal usulün bir parçası değilse ve makul bir başarı şansı sunmuyorsa, başvuru iddiasını kanıtlamak şartıyla, iç hukuk yollarını tüketmeden ya da tükenmesini beklemeden AİHM'e başvuru yapılabilir.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Yasemin Özdek, age, s.56

<sup>44</sup> Şeref Gözübüyük-Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi Yayınları, 8.bası, Ankara, 2009, s.64

<sup>45</sup> Rıza Türmen, "İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, No:8, İstanbul, 1999, s.776

<sup>46</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuatı, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 2008, s.15

Bu konu bağlamında önemle üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, iç hukuk yollarının makul sürede tamamlanması gereğidir.<sup>47</sup> AİHM, iç hukukta başvuru yoldan makul sürede sonuç alınmaması ve davanın sürüncemede kalması gibi durumlarda, iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünün bazı haklar bakımından ortadan kalktığını kabul etmiştir.<sup>48</sup>

## 2. Olası Sonuçlar

Ülkemizde de 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılmış olması nedeniyle, bu yolun etkili bir iç hukuk yolu olup olmadığı ve AİHM'e başvurular öncesinde tüketilmesinin gerekip gerekmediği konusunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi; hak ihlallerini çözme konusunda etkililik kriterini sağlarsa, ulaşılabilirlik kriteri bakımından herhangi bir sakınca olmazsa ve başvuruları makul sürede incelerse, AİHM tarafından etkili bir iç hukuk yolu olarak görülür ve pek de temiz olmayan insan hakları sicilimiz düzelmeye başlar. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sayısının fazlalığı sebebiyle iş yükünün üstesinden gelemeyebilir ve bu sebeple hem geç hem de niteliksiz kararlar verirse, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru yolu AİHM tarafından etkisiz bir başvuru yolu olarak kabul edilebilme riski ile karşı karşıya kalabilir.

## C. Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Bu Bağlamda Anayasa'nın 90. Maddesinin Son Fıkrası

Tam da bu konuda ihlalin; parlamento, yürütme organı veya genel mahkemeler tarafından, Anayasa Mahkemesi önüne gelmeden önce önlenmesinin önemi ortaya çıkmaktadır. Önceki bölümlerde, bireysel başvurunun ikincilliği konusu tartışılmış ve bireysel başvurunun sağlıklı işlerliği açısından genel mahkemelerin önemi üzerinde durulmuştur. Peki genel mahkemeler bireysel başvurunun düzenli işleyebilmesi için neler yapabilirler? Henüz ortada Anayasa Mahkemesi'nin

<sup>47</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuatı, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 2008, s.15

<sup>48</sup> Yasemin Özdek, age, s.59



bireysel başvuru kapsamındaki tüm haklar bakımından yerleşmiş bir içtihadı yokken neye göre davranmalıdırlar? Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını dikkate alabilecekler midir? Bu sorulara cevap verebilmek için, Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrası üzerinde yapılan tartışmalara geniş olarak yer verilecek ve özellikle genel mahkemelerin AİHM içtihatlarını takip etmesinin önemi üzerinde durulacaktır.

AİHS'e taraf devletlerin hemen tümünde Sözleşme, bir yandan uluslararası hukuk çerçevesinde koruma sağlarken, öte yandan iç hukukun parçası haline geldiğinden ulusal mahkemeler ile tüm yetkili kamu kurumlarının AİHS hükümlerini uygulaması bir zorunluluk haline gelmiştir.<sup>49</sup> Bir ulusal yargıcın ya da kamu görevlisinin Sözleşmedeki güvencelerin nasıl tatbik edileceği konusuna en iyi yaklaşımı bulabilmesinin yolu, AİHM'in içtihatlarının incelenmesi olacağından,<sup>50</sup> hakimlerin AİHM içtihatlarını takip etmesi gerekecektir. Çünkü AİHS'in metni, AİHM'in onlarca yıldır geliştirdiği içtihat hukuku dışında okunamaz.

### 1. Anayasa'nın 90. Maddesinin Amacı

Mahkemeler dahil olmak üzere ülkenin yetkili mercileri, AİHS ve içtihat hukukuyla çelişen herhangi bir ulusal yasa karşısında, AİHS'e öncelik tanımak zorundadır. Bu durumun bizim pozitif hukukumuzdaki yansıması, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının 1. ve 3. cümlelerinde yer almaktadır. Buna göre: *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. ... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşmalar esas alınır."* Maddenin gerekçesinde ise: *"Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki*

<sup>49</sup> Aisling Reidy, İşkencenin Yasaklanması -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz-, İnsan Hakları El Kitapları sayı:6, s.5

<sup>50</sup> Jim Murdoch, Düşünce Vicdan ve Din Özgürlüğü -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz-, İnsan Hakları El Kitapları sayı:9, s.5

*tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.”* denilmektedir.

Yukarıda anılan 1. cümle 1961 Anayasası’nda da yer almakla birlikte, 3. cümle 7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile Anayasa’nın 90. maddesine ilave edilmiş, 22.5.2004 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak Türk pozitif hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Değişiklikten önce de, Anayasa’nın 2. ve 15. maddelerine dayanılarak, uluslararası insan hakları antlaşmalarının kanunlardan dolaylı olarak daha üstün olduğunu savunan yazarlarımız<sup>51</sup> olmuştur. Kemal BAŞLAR’a göre, getirilen değişiklik sadece insan haklarına ilişkin anlaşmalara öncelik vermede çekingen davranan yargı mensuplarının doğrudan bu antlaşma hükümlerini uygulamasına olanak tanıyacak nitelikte<sup>52</sup> olmuştur.

## 2. “Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar” İfadesinin Kapsamı

*“Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar”* ifadesinin, sadece insan haklarını özel olarak düzenleyen uluslararası antlaşmaların kanunlara göre üstün tutulması gerektiği veya temel haklara ilişkin bir hükmün insan haklarına ilişkin olmayan bir antlaşma içerisinde olması durumunda dahi üstün tutulması gerektiği şeklinde iki farklı yorumu yapılabilir.<sup>53</sup> Cümledeki *“temel hak ve özgürlükler”* ifadesi, salt İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi *“birinci kuşak”* insan haklarını içeren belgelerle sınırlı tutulmayıp, uluslararası insan hakları

<sup>51</sup> Mehmet Turhan bu konuda şunları kaydetmektedir: “Anayasa’nın 15. maddesinde olağanüstü yönetimlerde temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı hükme bağlanırken milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi gerektiği hükme bağlanmıştır. O halde normal dönemlerde milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler hiç ihlal edilmemelidir sonucuna haydi haydi varılmalıdır.” Mehmet Turhan, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.230

<sup>52</sup> Kemal Başlar, “Uluslar arası anlaşmaların onaylanması, üstünlüğü ve anayasal denetimi üzerine”, <http://www.anayasa.gen.tr/baslar-90nciMadde.pdf>, (Erişim Tarihi:26.07.2012), s.23-24

<sup>53</sup> Kemal Başlar, agm, s.37

hukukunun antlaşma, sözleşme, şart, pakt vb. belgeler ile tanıyıp güvenceye aldığı tüm insan haklarını kapsayan bir terim olarak anlaşılmalıdır.<sup>54</sup> Bu şekilde yapılan bir yorum, maddenin getirilme amacıyla da uyum içinde olacaktır.

Bu bağlamda, genelde hak ve özgürlüklere ilişkin tüm antlaşmalar, özelde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Eki Protokoller, pozitif hukukumuzun yasalar üstündeki bir parçası haline gelmiş ve yargı organları tarafından doğrudan uygulanması gereken hukuk kaynakları arasında yer almıştır.<sup>55</sup> Aynı şekilde, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler ve bu örgüt sistemi içindeki uluslararası kuruluşlarca kabul edilmiş tüm insan hakları sözleşmeleri, “milletlerarası andlaşmalar”ın kapsamında olan ve uyuşmazlık durumunda ulusal yasalardan önce uygulanması gereken belgelerdir.<sup>56</sup> Bu sebeple, bu antlaşmaların insan haklarını ilgilendiren hükümleri ile yasalarımız hükümlerinin çatışması halinde, bu antlaşma hükümlerine öncelik verilmelidir.

Uluslararası antlaşmaların ve onayladığımız birçok sözleşmenin ayrıntıya girmeyen, yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanan genel kurallar içerdiği düşünüldüğünde, yasalar ile uluslararası sözleşme arasında herhangi bir uyuşmazlık bulunup bulunmadığı, koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke kararları ve içtihatları göz önünde bulundurulmadan, salt antlaşmaların sözel metniyle saptanamaz.<sup>57</sup> Yani kanun ile uluslararası antlaşma arasındaki uyuşmazlıklar, sözleşmedeki salt sözel metinlere göre değil, koruma ve denetim organlarının kararları dikkate alınarak çözümlenmelidir.<sup>58</sup> Örnek olarak AİHS metninin AİHM içtihatları dikkate alınmadan anlaşılamayacağı ve etkili olamayacağı gösterilebilir.

<sup>54</sup> Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *TBB Dergisi*, Sayı:54, 2004, s.153

<sup>55</sup> Ender Çetinkaya (Panel Konuşması), İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Panel), TBB Yayınları, birinci baskı, Ankara 2005, s.17

<sup>56</sup> Mesut Gülmez, a.g.m, s.153

<sup>57</sup> Mesut Gülmez, a.g.m, s.159

<sup>58</sup> Yılmaz Aliefendioğlu (Panel Konuşması), İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Panel), TBB Yayınları, birinci baskı, Ankara 2005, s.133

### 3. Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası Bakımından Diğer Önemli Hususlar

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesinde geçen: *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."* ifadesine ilk bakıldığında, uluslararası antlaşmalardaki kural- ların "esas" alınmasının ancak somut bir uyuşmazlık çıkması duru- munda geçerli olacağı düşünülse de, bu hükmüm hem yargı yerleri önünde çıkan uyuşmazlıklarda hem de herhangi bir uyuşmazlıktan bağımsız olarak yasama, yürütme ve yargı kararlarında dikkate alın- ması gerektiği şeklinde anlaşılması gerekir.<sup>59</sup>

Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesinde geçen *"kanun"* kavramı ise, organik ve şekli anlamda değil maddi anlamda anlaşılmalı ve kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelikle- rin, uluslararası anlaşmalardan farklı hükümler içermesi halinde dahi uluslararası anlaşmalar uygulanmalıdır.<sup>60</sup> Zaten normlar hiyerarşisi dikkate alındığında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası ant-laşmaların tüzük, yönetmelik, vs. idari düzenlemelerin üzerinde yer aldığı evleviyetle kabul edilecektir.<sup>61</sup>

Uluslararası hukuk/ulusal hukuk ilişkisinde tekçi (monist) siste- min benimsendiği Türk hukukunda, uluslararası sözleşmelerin iç hu- kuka girebilmesi için onay işleminin yapılması yeterli olup, ikici (dü- alist) hukuk düzenini benimseyen ülkelerde olduğu gibi uluslararası hukuk kuralının bir ulusal hukuk işlemi ile ulusal hukuk kuralına dö- nüştürülmesi, örneğin uluslararası sözleşmelerin hükümlerini içeren bir yasanın kabulü gerekli değildir.<sup>62</sup> Bunun bir sonucu olarak, Anaya- sanın 90. maddesinde belirlenen usule uygun olarak yürürlüğe giren uluslararası antlaşmalar, başka bir iç hukuk işlemine gerek olmaksı- zın ulusal yasama, yürütme, yargı organları ve idare makamlarınca

<sup>59</sup> Mesut Gülmez (Panel Konuşması), Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, TBB Dergisi, sayı:54, 2004, s.156

<sup>60</sup> Kemal Başlar, a.g.m, s.48

<sup>61</sup> Derya Belgin, "Anayasa'nın 90.maddesinde Yapılan Değişikliklerin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Ankara Barosu Dergisi, sayı:4, güz 2008, s.111

<sup>62</sup> Yasemin Özdek, age, s.84

doğrudan uygulanabilir, birey uluslararası antlaşma hükümlerinden doğan haklarını ulusal yargı yerleri önünde arayabilir.<sup>63</sup> Uluslararası antlaşmaların ulusal mevzuattan daha ileri kurallar içerdiği durumlarda, yargıçların, uluslararası antlaşmaları kendiliğinden göz önüne alarak karar vermeleri anayasal bir yükümlülüktür.<sup>64</sup>

2004 değişiklikleriyle özel bir statü kazanmış olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma hükümleri kendileri ile çatışan yasa hükümlerini bir nevi zımmen ilga ettiğinden,<sup>65</sup> yürütme ve yargı organları, yasa koyucunun ihmalinden dolayı AİHS'e ve diğer uluslararası antlaşmalara aykırı hükümler içermeye devam eden yasa, tüzük ve yönetmelik hükümlerini ihmal edip doğrudan sözleşme hükümlerine dayanarak işlem yapmalı ve karar vermelidirler.<sup>66</sup> Davaya bakmakta olan bir hakimin, uluslararası antlaşmaya aykırı gördüğü yasa hükmünü ihmal edip doğrudan uluslararası antlaşmayı uygulaması, sadece taraflar arasında (inter partes) etki doğurduğu veya erga omnes etki doğurmadığı için, ülke içerisinde uluslararası antlaşma hükümleri ile çelişen bir maddenin bazı mahkemelerce ihmal edildiği, bazı mahkemelerce hükme esas alındığı örnekler görülebilecektir.<sup>67</sup>

#### 4. Hükümün Yeterince Dikkate Alınmaması Konusunda Bazı Yargı Mensuplarının Görüşleri

2004 değişikliklerinin özellikle, 2004'e kadar milletlerarası insan hakları normlarını doğrudan uygulamakta ürkek davranan Türk yargıçlarını bu konuda teşvik edeceği ve vatandaşlara tanınan temel hak ve özgürlükleri, sürekli gelişip değişen milletlerarası insan hakları normlarının dinamik yapısına açmak konusunda önemli bir işlev göreceği düşünüldü.<sup>68</sup> Ancak değişiklik üzerinden 10 yıl kadar bir

<sup>63</sup> Yılmaz Aliefendioğlu (Panel Konuşması), İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, TBB Yayınları, Panel, Ankara, birinci baskı:2005, s.134-135

<sup>64</sup> Mesut Gülmez, agm, s.158

<sup>65</sup> Kemal Başlar, agm, s. 42

<sup>66</sup> Oktay Bahadır, Yaşama Hakkı, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2009, s.8

<sup>67</sup> Kemal Başlar, agm, s.43-44

<sup>68</sup> Levent Gönenc, "1982 Anayasası'nda sessiz devrim:90.madde değişikliği ve getirdiği sorunlar", [http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90\\_madde.pdf](http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf), (Erişim Tarihi:26.07.2012), s.1-2

süre geçmesine rağmen, bu değişikliklerle amaçlanan sonuca tam olarak ulaşılamadı ve genel mahkemeler uluslararası sözleşmeleri yeterince dikkate almadı. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasını, iç hukuktaki kolluk, hâkim ve savcılar Anayasa'nın açık hükmüne rağmen uygulamakta çekimser davrandılar. Bu sebeple, insan hakları konusunda istenen seviyeye gelinemedi.

2004 değişikliklerinden sonra sıkça tartışılan ve üzerine çalışmalar yapılan ve o dönemde sessiz devrim diye addedilen bu konu, bireysel başvurunun kabul edilmesiyle yeniden gündeme geldi ve insan hakları ihlallerini önlemenin, sistemin bir bütün olarak işlemesiyle mümkün olacağı fark edildi.

Avrupa Konseyi ile Türkiye arasında hâkim ve savcıların insan hakları alanında eğitimini içeren projeler yapılmasına ve Anayasa değişikliği üzerinden 10 yıllık süre geçmesine rağmen, niçin Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası istenen seviyede dikkate alınmamaktadır? Bu hükmü görmezden gelme bireysel başvurunun başlamasından sonra da devam edecek midir? Eğer devam edecekse olası sonuçları ne olacaktır? Genel mahkemelerin bu konuyu görmezden gelmeleri çeşitli sebeplere dayanabilmektedir. Bu bölümde kısaca, genel mahkemelerin bu konuda ne düşündüğünü anlamamıza yarayacak, Mithat SANCAR ve Eylem ÜMİT ATLGAN tarafından hazırlanmış olan "*Adalet Biraz Es Geçiliyor...*" adlı kitapta hakim ve savcılarla yapılmış birkaç görüşmeye yer verilecek ve bu görüşler kritik edilecektir.

### **a. Uluslararası Anlaşmaların Üstünlüğünün Ulusal Egemenlik Üzerindeki Etkisi**

Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişikliklerin ülkenin ulusal egemenliğini ihlal ettiğini belirten görüşmeci bir hakim şunları ifade ediyor:

"Bence yanlış. Niye yanlış? Türkiye Cumhuriyeti bu yetkiyi tanımakla Meclis'in egemenliğini hiçe saymıştır bence. Yani Meclis uluslararası sözleşmelere aykırı kanun çıkaramaz demektir. O zaman nerede kaldı egemenlik! O açıdan bence egemenliğin kaybedildiği noktalardan biri. Yanlış!" (Görüşme 14)<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Mithat Sancar/ Eylem Ümit Atılgan, *Adalet Biraz Es Geçiliyor*, Tesev Yayınları, 1.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar"*dan söz edilmektedir. Bilindiği gibi, milletlerarası antlaşmaların yürürlüğe girme usulü 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinin 1. fıkrası; *"Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır."* şeklindedir. Yani 90. maddeye göre, milletlerarası antlaşmaların yürürlüğe girebilmesi için TBMM tarafından bir yasayla uygun bulunması gerekir.<sup>70</sup> Dolayısıyla yukarıdaki görüşmede görüşmeci hakimin ifade ettiği gibi TBMM'nin egemenliğinin hiçe sayıldığı bir durum söz konusu değildir. Yani Anayasanın uluslararası sözleşmelerin uygun bulunması bakımından öngördüğü temel kural, Anayasanın 7. maddesinde belirtilen *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez."* ifadesi açısından bir sorun teşkil etmemektedir.

### **b. AİHM'in Önyargılı Kararlar Verdiği Düşüncesi**

Görüşmeci bir hakim AİHM'in taraflı ve ön yargılı olduğuna dair şu ifadeleri kullanmaktadır:

*"Şimdi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye'ye karşı önyargılı, bu su götürmez bir gerçek. Yani biz işte aşağı yukarı buradaki hâkim-savcıların, savcılarının neredeyse yüzde doksanı gitti Strazburg'a, birkaç gün kaldı. Yani Türkiye'ye çok farklı bir bakış var, sadece Türkiye'ye değil, birkaç ülkeye çok farklı bir bakış var. Yani kendi sistemlerini ihlal eden bir bakış var. İşte mesela örneğin hâkimlere soruyoruz; işte Türkiye'de 4 yılda bu dava sonuçlanmamış, adil yargılama ilkesine aykırı diyor. Peki, ben gittiğimde bir Gürcistan davası vardı 10 ila 11 yıl önce müracaat etmiş adam, yeni görülüyor. Dedim siz işte 11 yıl oldu, yani niye yargılamadınız bunu, yani adil yargılama ilkesi ihlal edilmedi mi, dedim. Bizim, dedi, Avrupa Parlamentosu bize yeterli bütçeyi vermiyor, yeterli mahkemeyi kuramıyoruz; ha bizimki yani çok az mahkeme var, hâkim sayısı az, suç da çok fazla, bu sebeple yani yetişemiyoruz dedi, yok devletin görevi dedi, mahkemeleri ko-*

<sup>70</sup> Baskı, İstanbul, 2009, s.160-161  
Levent Gönenç, agm, s.2

rumak, hâkimleri atamaktır. Ben de onu sordum, Belaruslu bir hâkim var, Avrupa Parlamentosu yeterli bütçeyi ayırmamış, yeterli mahkeme kurulmuyor dedim; şimdi siz [...] bize bunu yapmanız gerekir, adil yargılama ilkesi için diyorsunuz siz kendiniz, o başka bir şey diyor [...]” (Görüşme 37)<sup>71</sup>

Burada da adil yargılanma hakkı bakımından, yargılamaların uzun sürmesi konusu tartışılmakta ve görüşmeciler hakim AİHM’de de yargılamaların uzun sürdüğünü belirterek, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasını uygulamamasını meşrulaştırmaya çalışmaktadır. AİHM’de iş yükünün fazla olması sebebiyle, son dönemlerdeki yargılamalarının uzun sürdüğü bilinmektedir ama AİHM’in kendine özgü yapısı olduğu ve ulusal bir devletin mahkemesi olmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

Ayrıca, Avrupa’da yerleşik sekiz yüz milyon kişi yanında, burada yaşayan veya geçiş halinde bulunan üçüncü ülke vatandaşları, milyonlarca dernek, vakıf, siyasi parti ve şirketler gibi kuruluşlar düşünüldüğünde, AİHM’e bireysel başvuru bakımından potansiyel başvuru havuzu çok geniştir.<sup>72</sup> Dolayısıyla ulusal mahkemeler ile AİHM’in mukayese edilmesi iki kurumun farklı özellikler taşıması sebebiyle pek uygun gözükmemektedir.

Bu konuda belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, AİHM’in yanlı kararlar verdiği düşünülüyorsa, meselenin AİHM’e hiç gitmeden halledilmesinin önemi hakkındadır. Gerçekten de insan hakları konusundaki yüksek standartlar, ülkemizde sağlanır ve sağlanan bu olanaklardan faydalanma imkanı kişilere verilirse, sorun AİHM’in önüne hiç gitmeden ve tarafsızlık konusu gündeme dahi gelmeden halledilir. Böylece, insan haklarının yüksek standartlarını başka bir organın uyarısı olmadan sağlar ve sorunu doğrudan ve yakından çözmeye fırsatı yakalarız.

### c. AİHM’e Olumlu Bakan Yargı Mensuplarımızın Görüşleri

AİHM içtihatlarına karşı önyargılı hakim ve savcılar olduğu kadar bu kararların objektif olduğunu düşünen hakim ve savcılar da vardır.

<sup>71</sup> Mithat Sancar/Eylem Ümit Atılgan, age, s.164-165

<sup>72</sup> Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, s.7



Şimdi bu kanaatte olan hakim ve savcıların görüşlerinden örnekler verelim.

AIHM'in etkin soruşturma yürütme yükümlülüğüne ilişkin kararlarını değerlendiren görüşmeci bir savcı şunları ifade ediyor:

İnsan hakları mahkemesinin kararları? Çok da önyargılı değil kararlar, çünkü bazı kararları ve bir-iki kere insan hakları semineri, Bakanlığın düzenlediği, vardı orda kararların tartışılması vs. Kararları inceliyorsunuz, gerçekten öyle mi diyorsunuz? Karar yerinde. Özellikle mesela savcıların etkin soruşturma yapmamasıyla ilgili muhtelif kararlar; Bakanlığın bize gönderdiği özetlerde de var. Evet, yani diyorsunuz, savcı daha iyi bir soruşturma yapmalıydı burada. (Görüşme 21)<sup>73</sup>

Aynı görüşmeci savcı ifade hürriyetine ilişkin ise şunları belirtmektedir:

*İfade özgürlüğüyle ilgili olan kısımlarda genelde sözleşmeyi daha ön planda tutuyoruz şimdi. Yani mesela biz 2006 yılında TCK 301. maddenin muhalefetten hiç dava açmadık. Yani 301'lere hep takipsizlik verdik, Şişli'den hep iddianame çıktı. Biz takipsizlik kararı verirken, İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarından ve sözleşmeden istifade ediyoruz. (Görüşme 21)<sup>74</sup>*

Görüldüğü üzere kanun aynı olmasına rağmen, kuralın uygulanması hakimlerin ve savcıların kanaatlerine göre değişebilmektedir. Burada, hukukun kazai yoldan yaratıldığına inanan hukuki realistler ile sadece yürürlükteki müspet hukukla ilgilenen hukuki pozitivistlerin görüşlerine değinmekte fayda vardır.

## 5. Hukuki Realizm ve Hukuki Pozitivizm

Hukuki realizmin savunucusu birçok yazar, hukuku: "mahkemelerin gerçekte yaptığı şey" veya "hakimlerin ve çeşitli kaza memurlarının yaptıkları şey" olarak tanımlamakta ve kazai faaliyet yoluyla yaratılan dinamik bir sosyal fenomen olarak adlandırmaktadırlar.<sup>75</sup> Realistlere göre, hukukun ne olduğu bilmek tam anlamıyla mümkün olmayıp,

<sup>73</sup> Mithat Sancar / Eylem Ümit Atılğan, a.g.e. s.170

<sup>74</sup> Mithat Sancar/Eylem Ümit Atılğan, age, s.171

<sup>75</sup> Ülker Gürkan, Hukuki Realizm Akımı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:225, Ankara-1967, s.33

asıl olan mahkemelerin verdikleri kararlardır.<sup>76</sup> Bu yönüyle realistler, hukukun mahkemeler tarafından yaratıldığını savunur ve tek kanun koyucunun kaza organları olduğunu iddia ederler.<sup>77</sup>

İnsan zihninin olguların gözlemine aşan her türlü faaliyetini boş ve değersiz bir faaliyet sayan hukuki pozitivizm ise, yürürlükteki müspet hukukun dışında bir takım hukuk idelerini arama eğilimini reddetmiş ve hukuk biliminin görevini, yürürlükteki hukuk sisteminin tahlil ve açıklanması ile sınırlandırmıştır.<sup>78</sup> Hakimin yasayı uygulayan bir tür otomat, yasanın sözlerini telaffuz eden bir ağız olarak tasavvur edildiği bu yaklaşım modelinde,<sup>79</sup> hakimler, var olan hukuk kuralına sadece belirli bir aydınlık getirir ve yalnızca hukuk kuralını yorumlarlar.<sup>80</sup>

Hukuki pozitivizm hakimlerin verdikleri kararlar bakımından sorumluluk hissetmesini azalttığı; hukuki realizm ise varılacak sonucun sezgiye dayanması ve sübjektif olması dolayısıyla keyfi nitelik taşıyabileceği ve hukuk hayatında belirsizliğin dolayısıyla düzensizliğin boyutlarını büyük ölçüde artırabileceği<sup>81</sup> yönleriyle eleştirilmektedir. Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasının uygulanması bakımından, yargı mensuplarımız adeta her ikisinin de olumsuz tarafını almış gibi gözükmektedir. Şöyle ki, yargı mensuplarımız Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrası dışındaki kanunlara sıkı sıkıya bağlı kalmalarından ötürü koyu bir pozitivist gibi gözükürken; Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasını uygulamayıp adeta bu hükmü kendilerine yardımcı bir kaynak gibi görmeleri bakımından ise realistler gibi gözükmektedirler. Bu sebeple, verdikleri kararlarla, özellikle hukuksal reform programlarının öne çıktığı zamanlarda, dönüşüm sürecinin gidişatını belirleme gücüne sahip birer aktör olarak<sup>82</sup> gözükken hakimlerimiz ve savcılarımız, 90. maddenin değiştirilmesiyle amaçlanan hu-

<sup>76</sup> Ertuğrul Uzun, Amerikan Hukuki Realizmi, [http://erugrulu.home.anadolu.edu.tr/hfdersnotu\\_amerikanrealizmi.pdf](http://erugrulu.home.anadolu.edu.tr/hfdersnotu_amerikanrealizmi.pdf), (Erişim Tarihi:30.07.2012), s.72-73

<sup>77</sup> Ülker Gürkan, a.g.e. s.37

<sup>78</sup> Selahattin Keyman, Hukuki Pozitivizm, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Keyman.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.08.2012), s.20

<sup>79</sup> Mithat Sancar/Eylem Ümit Atılğan, age, s.23

<sup>80</sup> Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, 6.baskı, Ankara 2003, s.328-329

<sup>81</sup> Adnan Güriz, age, s.366

<sup>82</sup> Mithat Sancar/Eylem Ümit Atılğan, age, s.16

kuksal reform bakımından, kendilerinden beklenen rolleri yeterince yerine getirmediler ve o dönemde yapılmak istenen hukuksal dönüşüm programına beklenen katkıyı sağlayamadılar.

### III. SONUÇ

Ülkemizde 07.05.2010 tarihli, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148. maddesinde değişiklik yapılarak bireysel başvuru yolu kabul edilmiş ve 23.09.2012 tarihinden itibaren de bireysel başvurular, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmeye başlanmıştır.

Bireysel başvurunun gerek sübjektif olarak temel hak ve özgürlükleri anayasa yargısı ile koruması ve geliştirmesi; gerekse objektif olarak hukuk düzenini koruması, anayasa hukukunu geliştirmesi, insan hakları konusunda toplumsal bilinci artırması ve AİHM'e yapılacak başvurulardan önce tüketilmesi gereken bir yol olması itibarıyla AİHM'e yapılacak başvuruları önemli ölçüde azaltması dolayısıyla, ülkemiz için çok büyük bir fırsat olduğu aşıkardır. Böylesi büyük bir fırsatın değerlendirilebilmesi için, sorumluluk sadece Anayasa Mahkemesi üzerinde olmayıp yasama, yürütme ve yargı organlarının da üzerindedir. Bu durum bireysel başvurunun, hak arama konusunda tüketilmesi gereken en son çare olmasından kaynaklanmaktadır. Bireysel başvurunun en son çare olması, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmadan önce tüm kanun yollarının tüketilmesi ve hak ihlali iddialarının buralarda dile getirilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, dile getirilen hak ihlali iddialarının, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilmeden önce adli ve idari merciler tarafından giderilmesi, sistemin düzenli olarak işleyebilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin büyük bir iş yükü altında yalnız başına bırakılmaması bakımından son derece önemlidir.

Bireysel başvurunun kabul edilmesiyle, 2004 Anayasa Değişiklikleriyle planlanan insan hakları konulu hukuksal reform programı, yeniden güncellenmiş ve yargı mensuplarımızın insan hakları konusunda, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına sahip çıkmasının önemi bir kez daha ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesinin bireysel baş-

vuruya ilişkin vereceği kararlarla genel mahkemelere yol göstereceği muhakkak ise de, halihazırda bireysel başvuruya ilişkin verdiği kararların sınırlı sayıda olması ve yerleşmiş içtihat külliyyatının oluşması için bir hayli zamana ihtiyaç olması sebebiyle, genel mahkemelerin, AİHM tarafından onlarca yıllık birikimin sonucu oluşturulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin içtihatlarındaki yorumları dikkate alması, hem insan haklarının bir bütün olarak gerçekleştirilmesi hem de bireysel başvurunun işlerliği bakımından son derece önemlidir.

Başvuruların çoğunun mahkeme kararlarına karşı olacağı düşünülürse, bu konuda, özellikle yargı mensuplarımızın üzerine büyük bir sorumluluk düşmektedir. Bu sebeple genel mahkemeler kararlarında, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına dayanarak uluslararası insan hakları sözleşmelerini çekinmeden uygulamalı ve böylece insan haklarının bir bütün olarak sağlıklı şekilde gerçekleşmesine katkı sağlamalıdır. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesi, insan haklarının ülkemizde yüksek standartlara ulaşması gereği konusunda yalnız kalacak ve fazla sayıdaki başvurudan dolayı işleyemez hale gelecektir ki; bu durum da Anayasa Mahkemesi'nin AİHM tarafından etkisiz bir başvuru yolu olarak görülmesine sebep olabilecektir. Bireysel başvurunun bu şekilde sonuçlanması, ondan beklenen hakları koruyucu ve sistemi düzeltici fonksiyonu icra etmesine engel olacaktır.

## KAYNAKLAR

- Aliefendioğlu Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 1996
- Aliefendioğlu Yılmaz, (Panel Konuşması); *İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması*, TBB Yayınları, Panel, Ankara, Birinci Baskı:2005
- Arslan Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara-2008,
- Atasoy Hakan, "Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, yıl:3, sayı:9, 20 Nisan 2012
- Aybay Rona, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*: 201, TBB İnsan Hakları Merkezi Yayını: 13, Birinci Baskı, Ankara 2011
- Bahadır Oktay, *Yaşama Hakkı*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2009
- Başlar Kemal, *Uluslararası Anlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal De-*

- netimi Üzerine, <http://www.anayasa.gen.tr/baslar-90nciMadde.pdf>
- Belgin Derya, Anayasa'nın 90.maddesinde Yapılan Değişikliklerin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Ankara Barosu Dergisi*, sayı:4, güz 2008
- Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuat, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 2008
- Çetinkaya Ender (Panel Konuşması), İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, TBB Yayınları, Panel, Ankara, Birinci Baskı:2005
- Çoban Ali Rıza, Yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun Mahkemenin İş Yüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi, HUKAB Sempozyum Serisi 1,HUKAB Yayınları, 2011
- Donald P. Kommers and Russell A. Miller; The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Third Edition, Revised and Expanded
- Ekinci Hüseyin, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul edilebilirlik Koşulu Olarak "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Sorunu, TAAD, Yıl:3, Sayı:11 (Ekim 2012)
- Ekinci Hüseyin / Bahadır Ali, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Altı Ay Kuralı, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2012
- Erdoğan Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 8.Baskı Mart 2010
- Erdoğan Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, 2.baskı Mart 2011
- Gönenç Levent, 1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar, [http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90\\_madde.pdf](http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf)
- Göztepe Ece, "Anayasa Şikayeti", AÜHF yayınları No: 530, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45, Ankara 1998
- Gözübüyük Şeref / Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Turhan Kitabevi Yayınları, 8.bası, Ankara 2009
- Gülmez Mesut, Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, TBB Dergisi, sayı:54, 2004
- Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, 6.baskı, Ankara 2003
- Gürkan Ülker, Hukuki Realizm Akımı, , Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:225, Ankara-1967
- Kabul Edilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi, [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/ADD866FF-37B1-4613-AB93-8EB526799DCC/0/TUR\\_Guide\\_pratique.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/ADD866FF-37B1-4613-AB93-8EB526799DCC/0/TUR_Guide_pratique.pdf)
- Keyman Selahattin, Hukuki Pozitivizm, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfdarsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Keyman.pdf>
- Kılınç Bahadır, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı 25, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2008
- Korff Douwe, Yaşam Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2.maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap- İnsan Hakları El Kitapları no.8

- Mellinghoff Rudolf, Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı 26, 2009
- Murdoch Jim, Düşünce Vicdan ve Din Özgürlüğü - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz-, İnsan Hakları El Kitapları sayı:9
- Özdek Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, 1.baskı, 2004
- Özersin Serdar / Ruhi Ahmet Cemal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararları, Adalet Yayınevi, Ankara-2012
- Reidy Aisling, İşkencenin Yasaklanması -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz-, İnsan Hakları El Kitapları sayı:6
- Sağlam Fazıl, "Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları-Anayasa Yargısı İncelemeleri 1- Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006
- Sağlam Musa, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru "Anayasa Şikayeti" önsöz, HUKAB Sempozyum Serisi 1,HUKAB yayınları, 2011
- Sancar Mithat / Atılğan Ümit Eylem, Adalet Biraz Es Geçiliyor, Tesev Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2009
- Turhan Mehmet, "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu" Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006
- Turhan Mehmet, Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi. Anayasa Yargısı 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları
- Tülen Hikmet, "Türk Anayasa Yargısı Sisteminin Başlıca Özellikleri ve Sistemde Reform Arayışları, Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Ankara 2006
- Türmen Rıza, "İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde İç Hukuk Yolarının Tüketilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, No:8, İstanbul, 1999
- Uzun Cem Duran, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikayeti)", Seta Analiz, SETA-Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, şubat 2012
- Uzun Ertuğrul, Amerikan Hukuki Realizmi, [http://erugrulu.home.anadolu.edu.tr/hfdersnotu\\_amerikanrealizmi.pdf](http://erugrulu.home.anadolu.edu.tr/hfdersnotu_amerikanrealizmi.pdf)
- Ünal Şeref, AİHS ve İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara 2001

# YEŞİLÇAM'DAN POPÜLER HUKUK KÜLTÜRÜNE MESAJLAR\*

## THE MESSAGES FROM YESİLCAM TO POPULAR LAW CULTURE

Emine BALCI\*\*

**Özet:** 1960-1975 döneminde çekilen on dört adet Yeşilçam filminin mahkeme sahneleri içerik analizine tabi tutularak popüler hukuk kültürüne verdiği mesajlar, bu filmlerde yer alan mahkeme sahnelerinde; hâkim, savcı, avukat, sanık ve izleyicilerden oluşan yargılamanın süjesi karakterlerin sunumu, suç ve adalet kavramı, bu kavramlara ilişkin mesajlar tespit edilmiştir. Bu tespitler yapılırken de hukuk kültürü, popüler kültür ve popüler hukuk kültürü kavramları temel alınmıştır. Ayrıca, incelenen filmlerin Yeşilçam melodramları olması nedeniyle bu sahnelerde melodram özelliklerinin de tespitine yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Popüler kültür, hukuk kültürü, popüler hukuk kültürü, Yeşilçam melodramları, mahkeme sahneleri.

**Abstract:** Trial scenes of fourteen movies that were shot between the 1960-1975 period have been analyzed by applying a content analysis. In this analysis, the messages which were supposed to form popular law culture were determined. Special attention has been paid to the presentation of judicial elites, as well as the notion of justice, crime and judicial process as a whole. While analysing, law culture, popular culture and popular law culture are defined as fundamental conceptions. In addition, the film analyzed were Yeşilçam melodramas, the characteristics of melodramas have been added into the analysis.

**Keywords:** Popular culture, law culture, popular law culture, Yeşilçam melodramas, trial scenes.

\* Bu çalışma, "Yeşilçam Melodramlarında Popüler Hukuk Kültürü Üzerine Bir İnceleme" isimli Yüksek Lisans Tezi'nden uyarlanmıştır.

\*\* Hacettepe Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Siyaset Bilimi Programı Doktora Öğrencisi.

## Giriş

Çalışmalarını Amerika Birleşik Devletleri'nde sürdüren bir hukuk profesörü olan Lawrence M. Friedman, 1970'li yılların ortalarında yayımladığı "The Legal System: A Social Science Perspective" adlı makalesi ile ilk kez "hukuk kültürü" kavramına dikkat çekmiştir. Friedman, daha sonra yayınladığı "Law, Lawyers and Popular Culture" adlı makalesinde hukuk kültürünü "Bir toplumdaki insanların hukuk konusunda sahip olduğu fikirler, değerler, davranışlar" olarak tanımlar. Hukuk kültürü, toplumun hukukla ilgili tüm algısını içerir ve çeşitli yollarla toplumun bilincinde oluşmaya başlar. Friedman'a göre, bu bilincin oluşumuna, bireylerin doğrudan hukuk kurumları ve uygulamalarıyla muhatap olmaları, muhatap olanlardan öğrenmeleri ya da iletişim araçları (romanlar, sinema filmleri, gazeteler, TV programları ve dizileri v.b.) aracılık eder. Öğrenilenlerin sonucunda hukuka dair oluşan ortak bilince ise "popüler hukuk kültürü" denir.<sup>1</sup>

Yeşilçam melodramlarında yer alan mahkeme sahnelerinin popüler hukuk kültürü kavramı üzerinden bir okumasının yapıldığı bu çalışmada, araştırmanın amacına uygun olarak Yeşilçam melodramlarının hem film sayısı hem de seyirci sayısı bakımından Türk sinema tarihindeki en yüksek rakamlara ulaştığı 1960-1975 dönemini<sup>2</sup> kapsayan filmler inceleme konusu yapılarak, popüler hukuk kültürünün oluşumu doğrultusunda verilen mesajların resmi çekilmiştir. Nilgün Abisel'in de belirttiği gibi bu dönemde Türkiye'nin kültür hayatında Türk sinemasının önemli bir yeri vardır.<sup>3</sup> Yediden yetmiş herkesin ortak eğlence kaynağı haline gelen sinema 1960'lı yıllardan itibaren Türkiye'de altın çağını yaşamaya başlamıştır.<sup>4</sup> Bu yıllarda, Türkiye'de

<sup>1</sup> Friedman M. L. (1989). "Law, Lawyers and Popular Culture [Hukuk, Hukukçular ve Popüler Kültür]". Yale Law Journal, Volume 98, No:8, 1579-1613, Erişim: 27.05.2009, <http://tarlton.law.utexas.edu/lpop/etext/friedman.htm> Friedman, p.14.

<sup>2</sup> Çalışma kapsamındaki on dört adet film, 1964-1973 arası dönemde çekilmişlerdir. Tespit ve temin konusunda yaşanan sıkıntılar nedeniyle, çalışma dönemi olarak belirlenen 1960-1975 dönemindeki tüm filmlere ulaşma imkânı olamamıştır.

<sup>3</sup> Abisel N. (1997). "Bir Dünya Nasıl Kurulur: Popüler Türk Filmlerinde Anlatı Yapısı Üzerine". Der. Seçil Büker, Sinema Yazıları, Ankara: Doruk Yayınları, s.123.

<sup>4</sup> Erdoğan Nezi; "Narratives of Resistance: National Identity and Ambivalence in the Turkish Melodrama Between 1965 and 1975", Screen 393, Autumn 1998, 259-271, p.261, Screen. Oxfordjournals.org, Erişim Tarihi: 02.10.2010. Nezi Erdoğan'a göre ortalama 200 filmin çekildiği 1960'ların ortalarından 1970'lerin ortalarına ka-



tarihsel geçmişi uzun olmayan Batılı hukuk kültürünün, milyonlarca seyircinin izlediği Yeşilçam melodramlarında yer verilen mahkeme sahnelerindeki kurgusu, bu kurguda hukuk uygulamasının anlatımı, sunulan adalet idesi, hukukçu kimliği-kişiliği çoğu izleyici için hukuk ve hukukçu ile bir ilk karşılaşmayı temsil eder. 1970'li yıllarda Friedman, Amerika'da mahkeme sahnelerinin sunduğu popüler hukuk algısını araştırırken kuşkusuz izleyicinin sahip olduğu yüzyıllara dayanan tarihsel süreçte oluşmuş popüler hukuk kültürünün varlığının da farkında ve bilincindedir. Ülkemizde ise cumhuriyet tarihiyle yaşanan hukuk sistemindeki değişim nedeniyle böylesine uzun bir tarihsel süreç yoktur.

Medya kültürü toplumlarda benzer değildir ama medya popüler kültürde en etkili yere sahiptir. Popüler kültür medyadan ayrılamaz. TV, magazin, radyo olmayan geleneksel toplumda popüler kültür sınırlandırılmıştı, yereldi ve yavaş yayılırdı. İnsanların modayı takip etmesi neredeyse imkânsızdı. Yerel hikâyeler ağızdan ağza dolaşır, çocuklara anlatılırdı. Popüler kültür, geleneksel kültürü içeriyordu, onun konularını yansıtıyordu ve üst otoritenin fikriydi. Sihir, merak, krallar, prensler, cadılar, şeytanlarla doluydu. Medya, doğal popüler kültürü değiştirdi veya değişmesine izin verdi. Bugün popüler kültür hızlanmış, geleneksel kültüre hoşgörüsüz hale gelmiştir. Medya, dünün modelini eski moda kültür olarak açıklamaktadır. Günümüzde medya, atalardan daha çok emsalleri/yaşayanları, krallardan daha çok zengin ve ünlüleri anlatmaktadır.<sup>5</sup>

Medya ile değişen popüler kültür popüler hukuk kültürünün oluşumunda önemli bir yere sahiptir. Popüler hukuk kültürü ile popüler kültürün ilişkisi iki açıdan önemlidir. Bunlardan birincisi popüler kültürün kendi hukuk fikrini yaratmasıdır. TV, film, gazete, şarkı yazarları, dedikoducular ve anonim fıkra yaratıcılarından bazıları hukukçudur ve onlar, hukukçunun düşüncelerini, hukukun nasıl çalıştığını, nasıl meydana geldiğini, kavramlarını bilirler. Fakat sıradan halk, hukukun karmaşık ve ayrıntılı yapısını elbette anlayamaz. Bazı yanlış anlamalar ise sistematik ve önemlidir. Hukuk, vatandaşların davra-

darki dönem, sürekli yükselen izleyici talebini hızla karşılaması özelliği ile "konfeksiyon filmler" dönemi olarak tanımlanabilir.

<sup>5</sup> Friedman, 1989, p.18.

nışlarını doğrudan etkilemez. Davranışları etkileyen şey sadece iletildir. Taraflı veya cahilce bozulmuş düşünceler filtre edilebilmesine rağmen, yaygın düşünceler sık sık gerçek deneyimlere yansıtılır. Eğer insanlar avukatları, aç gözlü köpek balıkları olarak düşünüyorlarsa bu saf, masum bir buluş değildir. Böyle algılanmıştır. Önemli olan diğer bir nokta ise popüler kültürün yasal kurumlar hakkında ve onlardan topluma mesaj iletmesidir. Amerika'da ve diğer bazı ülkelerde yapılan çalışmalar, modern toplumun kanun ve hukuk sistemi hakkında az şey bildiğini göstermiştir. İnsanların çoğu bir avukata danışmamıştır ve hukuk büroları, mahkemeler, davalar, duruşmalar konusunda doğrudan deneyime sahip değillerdir. Onların ilgileri çoğunlukla duyduklarına dayanır. Popüler kültür ve popüler hukuk kültürünü birbirinden ayırmak neredeyse imkânsızdır. Fakat bazı amaçlar için TV veya filmlerdeki mahkeme sahnelerinin bireylerde yarattığı hukuk algılaması veya bireylere nasıl iletildiği, kafasına fikirlerin nasıl yerleştirildiğini düşünmek mantıklı olabilir.<sup>6</sup> Amerika'da mahkeme filmlerinin yapılmaya başlanması 1900'lü yıllara kadar dayanır. Bu filmlerde izleyiciye yansıtılan hukuk sistemi, avukatlar, yargıçlar, jüri, mahkeme salonları popüler hukuk kültürünün oluşumunda etkili olmuştur.

Çoğu Amerikan okuyucusu ve izleyicisi edebiyat, TV programları ve filmlerde kendisine sunulan hukuku öğrenmiştir. Artık onlar kendilerine eleştirisiz sunulan hukuku kendi fikirlerini, değerlerini, ahlaki standartlarını ve hatta kendi kimliklerini şekillendirmeyi açıklamak için kullanabilirler. Fakat hukuka dair bu bilgi ve oluşan hukuk kültürü reel hukukun kendisi midir? Yoksa reel hukuka yönelik bir değişim talebinin başlangıcı mıdır? Yani filmlerde yer alan mahkeme sahnelerinin oluşturduğu popüler hukuk kültürü yaygınlaşarak zamanla reel hukuka yönelik eleştiri ve değişim talebi doğurmakta mıdır? Sektörde bu kadar geniş yer tutan hukukla ilgili romanların, TV programlarının, filmlerin, gazetelerin toplumda oluşacak hukuk algısındaki payı nedir? Gerçeği mi yansıtmaktadırlar yoksa kurgudan mı ibarettirler? Bu sorulara Macaulay, haberlerin sosyal bilimler olmadığını ve gazetecilerin hukuk sisteminin çalışmasını temsil eden örnekler sunmadığını, bazen olanları bile yanlış bildirdiklerini söyleyerek cevap vermektedir.<sup>7</sup> Friedman ise okuyucuların ve izleyicilerin

<sup>6</sup> Friedman, 1989, p.14-15.

<sup>7</sup> Macaulay S. (1989). "Populer Legal Culture: An Introduction[Popüler Hukuk Kültürü: Giriş]". *The Yale Law Journal*, Volume 98, Number 8, 1545-1558, Eri-

bu programların yapımcı ve yazarlarına ne yapacaklarını söyleyemeyeceğine dikkat çeker. Popüler kültür ile onun hukuk sistemi üzerindeki etkisi nedeniyle oluşan karmaşık ilişkilere bakar, yazarların ve yapımcıların ürünlerini satmak amacıyla olduklarını belirtir.<sup>8</sup>

Amerika'da yapılan hukuk filmleri; avukat, yargıç, duruşma, mahkeme, jüri, etik değerler, insan hakları, suçluluk, masumiyet gibi kavramların tartışılmasına yol açmış, bu filmlerin veya dizilerin, toplumda kurgu ya da gerçek algılamalarından hangisine sebebiyet verdiği tartışma konusu olmuştur. Amerika'da 1986 yılından 1994 yılına kadar dizi film şeklinde yayınlanan ve hukuk bürosu avukatlarının çalışmalarının, özel hayatının işlendiği Los Angeles Law (L.A. Law), TV'den topluma aktarılan hukuk kültürü konusunda, ilgili tüm yazarlarca incelenmiştir. Friedman ve Gillers, L.A. Law dizisindeki avukatların ve hukukun gerçek dışı olduğu konusunda hemfikirdirler. Fakat ayrıldıkları noktalar vardır. Friedman, dizideki avukatların kurgu olduklarını ancak kurguların her zaman bir şeyleri temsil ettiğini ve bu bir şeylerin gerçeklik payının olabileceğini belirtmektedir. Gillers ise bu diziyi hukuk oluşumunda ani gelişmeler ve ahlaki sorgular yapabilen bir dizi olarak tanımlamaktadır. Rossenberg, Gillers'in L.A. Law'ın etkisini abarttığı düşüncesindedir. "Hikâyenin ne olup olmadığını erken yaşta öğrenmek bizim kültürümüzün bir parçasıdır" diyerek, Amerikalıların kurguyu gerçekten ayırt edebileceklerini ileri sürmektedir.<sup>9</sup> Papke ise gelecekte L.A. Law'da gösterilen Los Angeles mahkemesi örnek oluşturabilir ve Amerikalılar bu kültür yüklemesine uyum sağlayabilirler demektir.<sup>10</sup>

## 1. Yeşilçam Mahkeme Sahnelerinde Melodram Özellikleri

Türk sinemasına uyarlanan ve çok kullanılan kaynaklar arasında Xavier de Montepin'in "La Poteus de Pain" (Ekmekçi Kadın), Billy Wilder'in yönettiği "Some Like It Hot" (Bazıları Sıcak Sever) sayıla-

<sup>8</sup> sim:15.06.2009, <http://www.jstor.org/stable/796604>, p.1552.

<sup>9</sup> Friedman, 1989, p.2.

<sup>9</sup> Macaulay, 1989, p.1552-1553.

<sup>10</sup> Papke D. R. (2009). "Conventional Wisdom: The Courtroom Trial in American Popular Culture [Konvansiyonel Akıl: Amerikan Yargılamasında Popüler Kültür]". Erişim: 16.03.2009, 471-494, <http://tarlton.law.utexas.edu/lpop/etext/papke-convent.html>, p.8.

bilir.<sup>11</sup> Bütün bu örneklerin ve adları sayılıp dökülen filmlerin ise bir ortak noktası vardır ve bu da şaşkıncı olmayan bir şekilde hepsinin melodram olmasıdır... Bu filmlerin tamamı ya kötü uyarlamalar ya da gerçekçi olmayan filmler olarak düşünülebilir. Fakat nedir bu filmlerin hikâyesini bu kadar satılabilir ya da melodrama uyarlanabilir yapan? Melodram, roman ve sinema gibi bir modern çağ olgusudur. Dünyevileşme, bireyselleşme ve bunlara ek olarak bir de bizdeki batılılaşma ve modernleşmenin belirlediği bir dizi pozitivist reformun yarattığı değişimlerin sonucu olarak toplumsal yaşamda ortaya çıkan ahlaki kırılmaları doldurmak ve onları bu yeni dünyevilik içinde yeni bir ahlak ve değerler sistemine eklemlenmek melodramın hizmet ettiği bir görevdir.<sup>12</sup>

Melodram türünün özellikleri Türk sinemasında da aynen korunur. Şöyle ki: "anlatısal basitlik" in ön planda olduğu görülür. Filmler seyircilerin mantığından çok duygularına seslenir. Karakterler hakkında verilen bilgiler ilk andan itibaren yerleştirilip onaylanır. Karakterin iyiliği ya da kötülüğü film boyunca sabit tutulur. Anlatıyı oluşturan düğümün yapısı "yanlış anlama"ya dayandırılır. Rastlantılar olayın ilerlemesinde önemlidir. Bilgiler diyaloglarla verilir. Karakterlerin durumlarını ve duygularını vurgulayan öğeler arasında filmin şarkıları önemli yer tutar. Yakın çekimlerle bakış ve mimiklere çok başvurulur. Erkek ve kadın karakterlerin bir araya gelmelerini engelleyenler basit yollarla ve genelde ölümle ortadan kaldırılır. Seyirci üzerinde melodramın etkisine bakıldığında ise ağlamanın kilit olduğu görülür. İyi film ağlatır.<sup>13</sup>

Yeşilçam melodramları için söylenebilecek diğer unsur, incelmış bir hüzünden çok şiddetli bir acı duygusunun filmin bütününe hâkim olmasıdır. Acı çeken beden mutlaka gösterilir hatta vurguyu arttırmak için başka yöntemlere de başvurulur. Filmler, hüznün ya da melankoliden çok yoğun acı çekme ve bu acıyı dışa vurma biçimlerini sözel ve görsel olarak aktarır. Birkaç örnek vermek gerekirse; hastalık metaforu acıyı dışa vurmaya yarayan en önemli araçtır. Kan tükürme, kaza sonucu kör olma, mezar görüntüleri, intihar, intihar girişimleri

<sup>11</sup> Arslan S. (2005). Melodram, İstanbul: L&M Yayınları, s.63.

<sup>12</sup> Arslan, 2005, s.65.

<sup>13</sup> Kirel S. (2005). Yeşilçam Öykü Sineması. İstanbul: Babil Yayınları, s.274-275.

gibi ölüm, ayrılık v.b. durumlar da (özellikle 1960'lı yıllarda) uzunca bir süre sabitlenen yakın plan çekimlerle dozu yükseltilerek yansıtılmıştır.<sup>14</sup> Nijat Özön'ün "Türk sinemasının kanseri" olarak ifade ettiği melodramlar aynı kalıplar içinde yinelenir, kullanılan başlıca unsurlar ise; "...evlilik dışı çocuk, ırza geçme, yanlış yola sapan kadın, arada kalan çocuk, çocuğu uğrunda her türlü özveriye katlanan ana, kıskanç kadın-erkek, iki sevgili arasına giren kötü kadın-adam"dır.<sup>15</sup>

Bu çalışma kapsamında incelenen filmlerde kurgulanan mahkeme sahnelerinde melodram özelliklerini görmek mümkündür. Filmlerdeki anlatıyı oluşturan düğümün yapısı "yanlış anlama"ya dayandırılır. Zengin fabrikatörün kızına âşık olup evlenmek isteyen "dürüst", "çalışkan", "namuslu", genç adamın servet avcısı zannedilmesi (Katilin Kızı), işlemediği cinayetin kötülerin kurgusu ile masum karakterlerin üzerine kalması (Ekmekçi Kadın, Katiller de Ağlar, Suçsuz Firari, Gönülden Yaralılar), kendini sevgilisine ya da kocasına yine onun iyiliği için kötü yola düşmüş göstermek istemesi ile seçtiği yolda cinayet işlemek zorunda kalması (Kelepçeli Melek, Ana Hakkı Ödenmez, Söz Müdafanın) sonucunda ağırlıklı olarak hep iyi<sup>16</sup> karakterler hâkimin karşısına çıkarlar. Kötü<sup>17</sup> karakterler ise film boyunca sürdürdükleri kötülüklerin, sebebiyet verdikleri yanlış anlamaların mahkeme salonunda çözüme kavuşması ile kendilerini adaletin karşısında bulurlar ya da pek çok melodramda ifade edildiği gibi "ilahi adalet" vücut bulur.

Mahkemedeki karakterler yakın çekimde gösterilerek ne düşündüklerinin, neyi söylemek isteyip de söyleyemediklerinin, hangi duygular içinde olduklarının, iyi karakterlerin ne kadar acı çektiklerinin (özellikle de sanık sandalyesinde oturan masum karakterin veya suçuna meşruluk kazandırılmak istenen karakterin), kötü karakterlerin kendilerinden emin, iyileri aşağılayan bakışları gibi gösterimlerle vurgunun yapılması çok sık rastlanılan melodram özellikleri arasındadır.

<sup>14</sup> Tunalı, D. (2006). Batıdan Doğuya Hollywood'dan Yeşilçam'a Melodram. Ankara: Turmaks Yayıncılık, s.230.

<sup>15</sup> Özön N. (1995). Karagözden Sinemaya Türk Sineması ve Sorunları. Cilt 1, Ankara: Kitle Yayınları, s.85.

<sup>16</sup> İyi: "Toplum içerisinde ahlaki, geleneksel, genel kabul görmüş adalet anlayışına uygun yaşayan kişinin sıfatı" olarak bu çalışmada kullanılmaktadır.

<sup>17</sup> Kötü: "Toplum içerisinde ahlaki, geleneksel, genel kabul görmüş adalet anlayışına uygun yaşamayan kişinin sıfatı, iyi'nin zıt anlamı" olarak bu çalışmada kullanılmıştır.

Sevgililer arasındaki bakışmalar, sanık sandalyesindeki iyi karakterlerin mahkemede savcı ya da avukat olarak kendisini suçlayan oğluna ya da sevgilisine sevgi, şefkat ve aynı zamanda mesleğinin gereğini yaptığı düşüncesiyle onunla gurur duyduğunu gösterir bakışmalar ve bu bakışmaların karşısında savcı veya avukatın kin dolu bakışları, izleyiciler arasında yanlış anlamalar sonucunda ayrılan eş-sevgilinin sanık sandalyesinde oturan ve her ne olursa olsun masumluğuna inandığını kanıtlayan bakışmalar sürekli gösterilerek mahkemede yargılanan karakterlerin çektiği acı ve duygusallık film izleyicisine de yaşatılır.

Bunun yanı sıra, yine melodramların özelliklerinden biri olan “uzun diyaloglar” filmlere damgasını vurur. Bu uzun diyaloglar sanık sandalyesinde oturan “masum” karakterin avukat veya savcı oğlu veya sevgilisi tarafından sanığın masumiyetine inanmayarak ondan geçmişteki ayrılığın intikamını almak istermişçesine ve yargılanan her kim olursa olsun görevini kötüye kullanmadan kimseye ayrıcalık göstermeden yapılan suçlamalarla, hakaretlerle dolu konuşmalardır (Ekmekçi Kadın, Kelepçeli Melek, Söz Müdafaanın, Mahkûm). Sanık tarafından yapılan tüm konuşmalar, suçsuzluğunu ispat etmek veya işlediği suçta meşruluk kazandırmak amacıyla ağlamaklı ses tonuyla veya dokunaklı, itaatkâr konuşma tarzıyla vurgulanmaktadır.

Tüm melodramlarda olduğu gibi Yeşilçam melodramlarındaki mahkeme sahnelerinde “rastlantılar” önemli bir yere sahiptir. Çünkü film boyunca rastlantılarla yaşanan yanlış anlamalar yine rastlantılarla ve beklenmedik bir anda gelen tanık veya itirafla mahkemede çözüme kavuşur (Şakayla Karışık, Ekmekçi Kadın, Katiller De Ağlar, Kelepçeli Melek, Ana Hakkı Ödenmez, Söz Müdafaanın, Gönülden Yaralılar, Mahkûm).

Her şeyin tersten gösterildiği bir dünyadır Yeşilçam melodramları. İyi zannedilen kötü, kötü zannedilen iyidir. İyi şartlarda yaşayanın namussuzluğu, kötü şartlarda (pavyonlarda, randevu evlerinde) yaşayanların iffetliliği vurgulanır. Fakir, hasta ve karnı aç birisine yardım için fırından ekme çalar. Zengininin imkânı vardır ancak yardım yapmak aklına gelmez. Ekmeğin fırından çalınması da tesadüf değildir. Zira bir tarafta bir parça ekmeğe muhtaçlık, diğer tarafta ekmeğin en bol olduğu yer; fırın gösterilir. Bu, Yeşilçam melodramlarında tercih

edilen aşırılıklardan bir kesittir. Zira bu melodramlarda zengin olabil-  
diğine zengin, fakir olabildiğine fakirdir.

Yapısal özellik olarak anlatımda karşılaştırma ve tartışma metodu kullanılmıştır. Mahkeme sahnesinde yer alışı doğal olan suç ve adalet kavramları karşılaştırma ve tartışma metoduna olanak sunmuştur. Konuşmacı, amacına ulaşmak için konuşma sırasında el hareketlerini sıklıkla kullanır. Özellikle itham eden savcının parmağıyla sanığı göstermesi, hakaret içeren sözlerle suçlarken sanığın gözünün içine bakması melodramın “acı” etkisini artırır. Alçakta kurulu sandalyede oturan sanık, yüksek kürsüden hiddetle kendisini itham eden savcı karşısında ezilir. Bu halde bazen kendisini savunma gereği dahi duymaz. Sunum özellikleri olarak yüksek ses kullanılmaktadır. Zaman zaman ikna amaçlı yalvarma, yerine göre samimiyet, sıcaklık öfke, kızgınlık vardır. Anlatımı güçlendirmek için yüz mimikleri, başın pozisyonu, gülme, şaşırma kullanılmaktadır.

Final ise Thomas Schatz’ın genel anlamda melodramlar için kullandığı “unhappy happy end” formülüne uygundur.<sup>18</sup> Her ne olursa olsun mahkeme salonlarında duruşma sonunda adalet er ya da geç yerini bulur. Ya sanığın masumiyeti kanıtlanarak beraatına karar verilir ya da suça kazandırılan meşruiyet sonucunda sanık alabileceği en az ceza ile cezalandırılır. Yani klasik melodram sonu yaşanır: “Mut-suz mutlu son”(Unhappy happy end). Filmin sonunda yaşanan bu-ruk mutluluğun nedeni ise mutlu sona ulaşıncaya kadar kaybedilen, mutlu geçebilecek yılların yanlış anlamalar ve kötüler nedeniyle uçup gitmesidir.

## 2.Suç ve Nedenleri

Suç, yalnızca bir ceza hukuku kavramı değildir. Günlük yaşantıda kınama duygusunun bir ifadesi olarak da kullanılır.<sup>19</sup> Türk sineması melodramlarında suç, ceza hukuku çerçevesinde bir kavram olarak (cinayet, hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma... gibi) ortaya konulmasına karşın, yargılamada ceza hukuku anlamında suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı tartışılmaz. Sanığın iyi insan olup ol-

<sup>18</sup> Tunali, 2006, s.75.

<sup>19</sup> Önder A. (1992). Ceza Hukuku Dersleri. İstanbul: Filiz Kitabevi, s.4.

madığı, suça iten nedenler, toplumun bunda sorumluluğu v.s. tartışma edilerek adeta mahkeme salonu tarafların rahatlıkla iletişim kurabildikleri, kamuoyu hakemliğinde buluşabildikleri, iyilerin kendilerini anlatabildiği, kötülerin kötülüklerini itiraf ettiği bir yerdir. Suç ise adeta bu ortamın oluşumunda asli unsur olmasına rağmen mahkeme sürecinde tali kalır. Hâlbuki olması gereken yaşamın doğal ve sıradan ortamlarında insanların iletişim kurabilmeyi başarabilmeleridir. Yeşilçam melodramlarında bu doğallık ancak mahkeme salonlarında yaşanır.

Türk hukuk sisteminde adli, idari ve askeri yargı olmak üzere üç çeşit yargı yeri vardır. İdari yargı devlet ile gerçek veya tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıklara, askeri yargı asker kişilerle ilgili bir takım uyuşmazlıklara, adli yargı ise gerçek kişilerin işledikleri suçlar ile gerçek veya tüzel kişilerin özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklarının çözümünde görevlidir. Adli yargı özel hukuk uyuşmazlıklarında görevli “hukuk mahkemeleri” ve ceza hukuku uyuşmazlıklarında görevli “ceza mahkemeleri” olmak üzere iki temel ayrıma tabi tutulur. İncelediğimiz filmlerde “Katilin Kızı (1964)” hariç olmak üzere tamamında ceza mahkemesi sahneleri mevcuttur. Yargılama konusunun velayet uyuşmazlığı olması nedeniyle Katilin Kızı isimli filmde hukuk mahkemesi kuruludur. İdari yargı ve askeri yargıya hiç rastlanmaz. Film yapımcıları sahnede sıradan insanların kendilerinden bir şeyler bulmasını amaçlamıştır. Sıradan insanların idari yargıyla veya askeri yargıyla muhatap olması sık rastlanan bir hal değildir. Yine genellikle mali konularda, alacak verecek ilişkisinde görevli hukuk mahkemelerine Yeşilçam melodramlarında rastlanmamasının nedeni film kahramanlarının yoksullukla zenginlik arasında gidip gelmeleri, sıradan insanların olmayan mallarının uyuşmazlığa da konu olamayacağı ön varsayımından kaynaklanır. İncelediğimiz filmlerin melodram türü oluşu; melodramların sefalet, çaresizlik, iftira, komplo, şantaj, pavyon, batakhaneye, yasadışı işler, kötü yola düşme, intikam, zengin ve yoksul çatışması gibi acı, gözyaşı, yükselen gerilim, iyilik ile kötülüğün hak ettiğini bulması anlatılarını kapsaması, bu çerçevede işlenen suçları konu edinmesi nedeniyle doğal olarak ceza mahkemelerine rastlanılır. Dolayısıyla incelediğimiz popüler hukuk kültürü de ceza yargılamasına ilişkindir.



## 2.1.Suçlulukta Kalıtımın Etkisi

Ceza hukuku öğretisine en genel tanımıyla “Klasik Doktrin”<sup>20</sup> ve “Pozitivist Doktrin”<sup>21</sup> çatışması ile başlanılır. Klasik doktrin taraftarları, insanın sebebiyet verdiği neticeden dolayı sorumlu tutulabileceğini söyler. Buna göre, suç işleyen kişi işlediği suçtan dolayı cezalandırılır. Atalarından dolayı suçlu olunmaz, suçlu doğulmaz. Ceza hukukunda antropolojik okul adı ile de bir süre anılmış olan pozitivist doktrin taraftarları ise insanın genetik olarak doğuştan suç işlemeye meyilli olduğunu savunurlar.<sup>22</sup>

Türk sineması pozitivist doktrini reddeder, hümanisttir ve klasik doktrin taraftarıdır. Yargılama süreci ise pozitivist doktrin üzerine kurgulanır. Çünkü mahkeme sahnelerinde tartışma suçun unsurlarına yönelik değil, sanığın iyi insan olup olmadığı üzerine sürer. Yargılamanın başında sanık kötü bilinir. O’nun için en ağır cezalar istenir, geçmişi kötülenir, kötü bir aileden geldiği anlatılır, hatta Avare filminde olduğu gibi sanığın babası belli olmadığından suç işlemesi “tevarüs (kalıtım) kanunu”nun bir gereği olarak sunulur:

*Savcı: Kim bu adam? Burası meçhul. Bu adam tevarüs kanununun müshahas bir numunesi. Doğduğu gün suç işlemeye hazır olan bu adam defalarca adalet huzuruna çıkmış ve mahkûm olmuştur... (Avare-1964)*

<sup>20</sup> Bu doktrine göre suç, hukuk düzeninin bilinçli ve iradi olarak tahrip edilmesidir. Bu nedenle hukuki bir kavramdır ve böyle olmalıdır; zira suç serbest irade ile işlendiğine göre, zorunlu bir uyuşma ve kefarete gereği uygun bir ceza ile karşılanmalıdır. Hukuk, gerek Tanrı gerek doğa tarafından insanlara verildiğinden insanların buna saygılı olmaları gerekir. İnsanlar hukuka uygun hareket etmek zorundadırlar; çünkü buna uyulmasını Tanrı veya doğa emretmektedir. Kişi doğanın veya Tanrı’nın emirleri olan hukuka saygılı veya ona aykırı hareket edebilir; çünkü insanlarda serbest irade vardır. Bu serbest iradeye göre insanlar seçebilme yeteneğine sahiptirler. Cezanın verilmesinin nedeni, bir olay olan suç değil, Tanrı’nın veya doğanın emirlerine karşı gelinmiş olmasıdır. Yani, klasik doktrin taraftarları isnat yeteneğini, serbest iradeye dayandırlar (Önder, 1992, s.12).

<sup>21</sup> Bu doktrine göre Ceza Hukuku’nda suçun açıklanmasında nedensellik prensibi kullanılmaktadır. Suç, kalıtım ve çevrenin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Kişide serbest iradenin bulunduğunu iddia bir efsanedir. Suçlu, ruhsal ve bedensel hasta olan bir kişidir. Ceza, geleceğe yönelik olarak uygulanır, kötülüğe karşı bir uyuşma veya kefarete niteliği taşımaz, ahlaki bakımdan tamamen renksiz bir müessese olarak “sosyal savunma”ya hizmet eder. Başka bir ifadeyle, toplumu gelecekteki suçlulardan korumayı gerçekleştirir. Kişilerde bulunduğu iddia edilen isnat yeteneğinin varlığı veya yokluğu tartışılmayacaktır; çünkü “kanun önünde fertlerin sorumluluğu” prensibine göre her fert toplumun bir üyesi olarak kanun önünde aynı derecede ve şekilde sorumlu olacaktır (Önder, 1992, s.13).

<sup>22</sup> Dönmezer S., Erman, S. (1985). *Ceza Hukuku* (9. bs.). Cilt 1, İstanbul: Filiz Kitapevi, s.59-69.

Ancak yargılama devam ettikçe insanların doğuştan suçlu olamayacakları anlaşılır. Başlangıçta ortaya konulan teoriler bir bir çöker, üstelik o teorileri ortaya koyanların ağzından:

*Savcı: Sayın Hâkimler... Bütün hayatımca inandığım şeylerin burada yıkıldığını görüyorum. Hiç suç işlememiş iyi bir insan evladı da bir gün suç işleyebilirmiş. Tıpkı anası babası çok kötü de olsa birçok insanın iyi olabileceği gibi. (Avare-1964)*

Hukuk eğitimi görmüş yapımcı-senarist-yönetmen Osman Fahir Seden'in suça kalıtımın etkisi içerikli Pozitivist Okul- Klasik Okul tartışmalarına filmlerinde yer vermesi mahkeme sahnelerine yaratıcılık katmıştır. Melodram etkisini artırmıştır. Zira doğuştan suçluluğa inanan Pozitivist Okul, melodram yapımcısına sınırsız tartışma olanağı da sunmaktadır.

## 2.2.Toplumsal Sorumsuzluk

Yeşilçam melodramlarında suçu doğuran asıl neden toplumsal adaletsizliklerdir. Parçalanmış aileler, gelir dağılımı dengesizlikleri, toplumsal sorumluluk bilincinde olmayan zenginler, özüne yabancılaşmış kötü insanlar, kötü insanların katkılarıyla oluşan yanlış anlamalar. Toplum bu filmlerde soyut bir kavram değildir. Her bir bireye tek tek sorumluluk yüklenir. Bana ne dedirtmez:

*Sanık Avukatı: ...O zavallılara yardım ediyor musunuz? Bugün suçlu olarak karşınıza aldığınız bu insanı buraya hangi şartlar getirdi? Bütün suç onda mı?... (Avare-1964)*

Asıl suç bozuk toplumsal yapıdadır veya üzerine düşen görevleri yerine getirmeyen sevgililerde, babalarda, analardadır. Sanık da işlediği suçtan toplumu veya başkalarını sorumlu görür:

*Sanık Sedat: Çocukluğumda bir el uzatanım olsaydı bugün ben burada bulunmazdım... (Avare-1964)*

Asıl suç bozuk toplumsal yapıda olunca sanığın da bundan sorumlu tutulmaması gerekir. Zira Yeşilçam melodramlarında bilinenin aksine sanık cezalandırılmazsa topluma kazandırılabilir:

*Sanık Avukatı: ...Sayın yargıçlar merhametinize sığınıyorum. Acıyın ona vereceğiniz karar iyilik için savaşılanların zaferi olacaktır. Cemiyet kaybolmuş bir evladını kazanacak. (Avare-1964)*

Bu toplumsal sorumsuzluktan hâkimler de sorumludur ve sanığın işlediği suçun altında yatan nedeni açıklarken anlattığı trajik hayat hikâyesi, hâkimin vicdanı ile hukuk arasında kalmasına neden olur.

*Hâkim: "Vicdanımdan gelen sesi dinlersem seni yanuma çağırıp yanaklarından öperdim. Suçsuzsun yavrum. Ama iki yıl ceza vermek zorundayım." (Bana Derler Fosforlu-1969)*

Diyerek vicdanından gelen sese rağmen "kanuni zorunluluğunu!" yerine getirmiştir. Suçsuzsa niçin ceza verildiğini açıklamak güçtür. Ceza verilecekse niçin "suçsuzsun" denildiğini de. Burada, yasaların kamu vicdanında her zaman haklıdan yana olmadığı düşüncesi seyirciye verilir. Bu, hukuk düzeninin kabul edebileceği bir düşünüş olmakla birlikte filmde hâkimin "ne yazık ki yasalar var" anlamındaki sözyle hukuk uygulayıcılarının da aynı düşünüşte olduğu izlenimi seyirciye verilerek gerçekte hukuk devleti, dolayısıyla da kamu düzeni tehdit edilmektedir. Ayrıca, hukuk alanında radikal bir değişim geçirmiş Türkiye Cumhuriyeti'nde yeni (batılı) hukukun, eski hukuka nazaran yetersiz kaldığı yani adil olmadığı vurgusu da gizli bir mesajdır. Çünkü hiçbir dinsel-mezhepsel hukuk suçsuzu cezalandırmaz, fakat beşeri hukuk cezalandırır mesajı verilmektedir.

### 2.3.Ortam: Pavyon-Batakhane-Yasadışı İşler

Suç doğuran neden olarak Yeşilçam melodramlarında sefalet, şantaj, komplo ve iftiranın yanı sıra bunların bir arada yaşandığı ortam da önemlidir. Sefaletin her türünün en ağır yaşandığı mekân pavyondur. Pavyon ortamlarında maddi olduğu kadar manevi sefaletler de yaşanır. Zira oralarda çalışanlar yoksuldurlar. Babasız çocuklarını orada şarkıcılık yaparak kazandığı parayla doyurmaya çalışan "iffetli" kadınlarla, feleğin çemberinden geçmiş "iffetsiz" kadınlar, gayri hukuki yollardan edindikleri sınırsız kazançlarını harcayan, güzel "iffetli" kadınların vücutlarından sırf orada çalıştıkları için yararlanabilme hakkı olduğunu düşünen müşteriler aynı karede gösterilir. Aynı ortamlarda yalancı mutluluklar yaşanır. Eğlenmek için oraya gelen insanların masalarına onları eğlendirmek için oturan pavyon kadınlarının masada anlattıkları yaşam hikâyeleri ilginç bir çelişki oluşturur. Yasa dışı işler yapan zengin ve kötü insanlar buralarda çalışan çaresizleri kanun dışı işlerinde araç olarak kullanırlar. Pavyonların işletmecileri de bu işletmeleri

diğer yasa dışı işlerini idare ettikleri mekân olarak kullanırlar. Yasadışı işlemlerinin başında ise haraç toplamak ve kaçakçılık gelir. Filmlerin yapım yılı dikkate alındığında Türkiye'nin ekonomik durumu itibariyle ülkenin ihracat yapamadığı, yetmiş sente muhtaç olduğu, temel ihtiyaç maddelerinin bile karşılanamayıp bunların temini için uzun kuyrukların oluştuğu bir dönem yaşanmaktadır. Filmlerde yasadışı işlerde başrolü paylaşan "kaçakçılık" suçunun ana maddeleri ise içki ve sigaradır.

### 3.Yeşilçam Melodramlarında Yargılamanın Süjeleri

#### 3.1.Avukat

Hak ve yasa işlerinde isteyenlere yol göstermeyi mahkemelerde devlet dairelerinde temsilcisi olduğu kişilerin haklarını aramayı, korumayı meslek edinen ve bunun için yasanın gerektirdiği şartları taşıyan kimse "avukat"tır. Ahmet Vefik Paşa Lehçe-i Osmani adlı eserinde avukatı "dava vekilinin çenelisi" olarak tanımlar. Peyami Safa ise Eğitim-Gençlik-Üniversite isimli kitabında avukata bir başka yönden bakar, burada "avukat, kanun hilelerini kendisinden daha iyi bilen olmadı" iddiasındadır:<sup>23</sup>

*Selma: Avukat Bey'i güzel konuşmasından ötürü tebrik etmek lazımdır. Kanunları, belki masum belki de suçlu bir kızı ölüme sürükleyecek bir silah olarak kullanıyor... (Söz Müdafaa'nın-1970)*

Avukat bir devlet görevlisi değildir. Bu yönüyle devlete ait bir yetki kullanmaz. Meslek yasaları dışında devlet güvencesinden yoksundur. Belki de bu nedenle kitle iletişim araçlarıyla en sık ve ağır sözlerle eleştirilen meslek grubudur avukatlar. Olumsuz eleştiriyi yalnızca ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmek de doğru olmaz. Zira avukatlık toplumsal işlevi ve statüsü oldukça yüksek bir meslek gurubudur. Filmlerde ise iyilerin avukatı ve kötülerin avukatı ayrımı vardır. İyilerin avukatı genelde fakirdir ama kötülerin avukatı zengin kötülerin servetinden faydalanıp para kazanmak isteyen ve bu amaçla her türlü hukuki boşluğu ya da hukuksuzluğu müvekkilinin lehine kullanmaya çalışan kişidir. Dolayısıyla iyilerin avukatı, yukarıdaki birinci tanımlamayı, kötülerin avukatı ise Peyami Safa'nın tanımlamasını yansıtır. Katilin Kızı (1964) filminde fakir babasının velayetinden kızı alınıp,

<sup>23</sup> TDK, Erişim Tarihi: 28.11.2010, <http://tdk.gov.tr>

zengin dedesine verilmek için avukat ve mahkeme kullanılmaya çalışılmaktadır. Avukat hukuk bilgisini haklıya yol göstermek ve yardım etmek yönünde kullanırsa takdir edilir, haksızdan yana kullanırsa kendisi kazanır fakat büyük felaketlere yol açar, köpek balığına da benzetilebilir.<sup>24</sup> Ancak ilginçtir ki Yeşilçam melodramlarında iyileri savunan avukatlar haklıdan yana, inandığı için mücadele eden adeta gönüllü kamu görevlileri olarak sunulurlar.

***Mağdur Avukatı:** Sayın müdafaa avukatının bu sözüne dikkat ediniz. Karşınızda hisleriyle hareket eden bir insan var. Mantığı yanultan tek unsur hislerdir. Bu hisler altında hakikati görebilmelerinden şüphe ederim (Avare, 1964).*

Sanık ile avukatı arasındaki duygusal ilişki dolayısıyla avukatın hisleriyle hareket edeceği bu nedenle gerçekleri göremeyeceği ve savunmasına itibar edilmemesi gerektiği söylenmektedir. Peki, zaten sanık ile avukatı arasında her zaman bir ilişki yok mudur? Bu ilişki aşk olmasa dahi ücret ilişkisidir. Avukat, sanığı savunmak için sanıktan ücret alan kişi değil midir? Ücreti karşılığı sanığı savunan avukatın söylemine güvenilecek fakat sanığı sevdiği için savunan avukatın söylemine itibar edilmeyecek midir?

Yeşilçam melodramlarında duruşmaya mağdur vekili olarak başlayan avukatın bir sonraki celseye sanık vekili olarak katılmasına da rastlamak mümkündür. Bu mesajı hukuk güvencesi açısından özellikle değerlendirmek gerekir. Zira herkes bir yargılamaya avukatı ile başladığında ne olursa olsun avukatının yanında olacağını bilmelidir ve bu inançla avukatına yargılamada lehine de aleyhine de olabilecek her şeyi anlatmalıdır. Avukatı bu suretle elde ettiği bilgiden müvekkilinin yararına olanları ayıklayarak yargılamada kullanır. Söz Müdafaanın filminde geçen ve olaya örnek teşkil eden mahkeme sahnesi popüler hukuk kültürü açısından avukatlara yeterince güvenilemeyeceği izlenimi yaratır:

### 3.2.Savcı

Kamu adına ve yararına davalar açan, kamu haklarını ve hukuku yerine getirmek üzere mahkemeler katında suçları, sanıkları soruştu-

<sup>24</sup> Friedman, 1989, p.14-15.

ran, kamu adına adalet arayan kişidir savcı. Yeşilçam melodramlarında ise savcı, adaletin halden anlamayan aktörüdür. Duruşmanın acımasız karakteridir. Reel hukuk uygulamasında savcının sanıkla bir sorunu yoktur, o yalnızca görevi gereği oradadır ve görevini yapmaktadır. Görevini yaparken de işine duygularını karıştırması, sesini yükseltip alçaltması, sanığa hakaret etmesi beklenmez. Savcının iddiayı okumakla yetinmesi gerekirken, izlenen filmlerde ayağa kalktığı, sanıkla göz teması kurduğu, iddianameyi kişiselleştirdiği, iddiasını anlatırken sanığı “Ana Hakkı Ödenmez” filminde “şeytan, kirli” gibi hakaret dolu sözlerle itham ettiği, cübbesinin bol kolunu sallayarak, kendisine göre zayıf konumdaki sanığı parmağıyla da işaret ettiği, savcı ile sanık arasında duygusal bağ varsa savcının hakaret dolu ithamlarının dozunun daha da arttığı görülür. Kelepçeli Melek filminde savcı Nazım’ın, eski nişanlısı sanık Nevin’i “melek maskesine bürünmüş şeytan” ilan ederek uzun bir konuşma yapması, bu örneklerin temsilcisi niteliğindedir.

Yeşilçam melodramlarında sanıklar hep suçsuz olunca savcılar da hep suçsuzları bilmeden toplum yararını gözeterek itham ederler. Toplum mikrop olarak addettikleri kötülerden temizlemek dışında bir amaçları yoktur:

*Savcı: Karşınızda boynu bükük duran bu adam cemiyet için bir mikroptur. Masum duruşuyla hislerinizi gıcıklamak, merhametinizi celp etmek istiyor... (Avare-1964)*

Hep erkektirler. Kadınlara bu görev yakıştırılmaz. Görevini her şeyden üstün tutar. Kimseye acımaz. Yüreği sızlasa da vicdanı hep yasalardan yanadır:

*Savcı Nazım: ...Ama vazifesini yersiz merhametten daha üstün tutan, bütün duygulardan daha kutsal addeden bir savcı olarak da yüreğim sızlasa bile vicdanım sayın yargıçlar, karşınızda melek maskesine bürünmüş bir şeytan bulunuyor dememi emrediyor. (Kelepçeli Melek-1967)*

En ağır cezaları ister. Mahkemenin merhamet göstermesinden memnun olmaz:

*Duruşma Savcısı: ...Kendisinin yüksek merhamet ve müsamahanıza hiçbir suretle layık olmadığı meydandadır. Bu bakımdan hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 451.maddesinin 2.fıkrasının tatbiki ile idamına karar verilmesini talep ederim. (Ana Hakkı Ödenmez-1967)*

Yeşilçam melodramlarında savcı adaletin devlet babasıdır. Devlet, hükmeden, vergi alan, cezalandıran otoritedir. Savcı bu otoriteyi temsil eder. Bir başka bakış açısıyla idarenin yargıdaki temsilcisidir. Yeşilçam'ın geleneksel, otoriter babaları gibi anlayışsız, merhametsiz, iyi bildiği yolda kimseyi dinlemeyen, şefkat göstermeyendir.

Hükümden önce son sözü söyleyen de O'dur. Hâlbuki ceza usul yasası son sözü sanığa verir. Son sözün savcıya verilmesi vurgusu popüler hukuk kültürü yönünden temel hak ve özgürlüklerin yeterince güvende olmadığı algısını yaratabilir. Belki de bu algı nedeniyle hüküm veren mahkeme ve hâkimler olduğu halde beğenilmeyen kararlar için hep savcılar suçlanır. "Savcı falancayı tutuklattı" ifadesi gerçeği yansıtmayan fakat sık kullanılan bir popüler hukuk kültürü ürünüdür. Gerçekte tutuklama kararını veren savcı değil hâkimdir.

Savcı mütalaası sonrası hüküm kurulur, hazır bulunan sanığa ve vekiline mütalaaya karşı diyecekleri sorulmaz. Savunma hakkının kısıtlandığı izleyicinin aklına gelir mi diye düşünülmez. Filmin sonundaki mahkeme sahnesinde ise kurulan hüküm sanığı, sevenlerini ve izleyiciyi memnun edeceğinden hüküm mahkûmiyet de olsa son sözün sanığa verilmemesi savunma hakkının kısıtlanması olarak yorumlanmaz. Zira sanık karardan ve mütalaadan önce uzun yaşam hikâyesini de içeren duygusal konuşmalar yapmıştır, derdini yeterince, hatta fazlasıyla anlatmıştır. Savcının mütalaası sonrası genellikle karar verilirken bazen de duruşma bir başka güne ertelenir. Savunmaya bir diyeceği olup olmadığı, bir istemi olup olmadığı veya duruşma bir başka güne ertelenecekse o zamana kadar toplanmasını istediği bir delil olup olmadığı sorulmaz. Ceza usul hukuku, sanığın hukuku olduğu halde savcının hukuku gibi işler.

### 3.3.Hâkim

En çok konuşan savcı olduğu halde davanın kontrolü hâkimdedir. Az konuşur, gerçekleri anlamaya çalışır, gerçek suçluya ya da suçlu zannettiğine serttir, suç işlemekte meşru nedenleri olduğunu anladığında şefkatli ve bazen yasalar karşısında çaresizdir:

*Hâkim: Vicdanımdan gelen sesi dinlersem seni yanıma çağırıp o temiz yanaklarından öperek şöyle derdim: "suçsuzsun yavrum, suçsuzsun."*

**Kazım:** (Ayağa fırlayıp alkışlayarak) Yaşa Hâkim Bey.

**Hâkim:** Ama toplumun bana verdiği görevi yerine getirerek sana 2 yıl ceza vermek zorundayım. (Bana Derler Fosforlu-1969)

Hâkim kendisini hukukun güvencesi ve hakkın garantisi olarak görür. Katilin Kızı filminde fakir babadan kızının velayeti hukuk yolu kullanılarak alınmaya çalışıldığında, hâkim küçük kıza sorar, kızın dedesinin yanına gitmek istemediğini öğrenince:

**Hâkim:** Peki yavrum, peki kızım, sen dedenin yanına gitmek istemedikten sonra sana kimse dokunamaz. (cümlesini bitirirken kararlı sert bir ifade ile davacıya bakar, bu bakış “sana kimse dokunamaz” sözünün güvencesinin “kendisi” dolayısıyla “hukuk” olduğu imasını içermektedir) (Katilin Kızı-1964)

Fakirliği neden gösterilerek kızının velayetinin kendisinden alınıp zengin davacı dedeye verilmesinin haksızlık olacağını vurgulayan davalı Ayhan'a, Hâkim'in verdiği garanti hukuka olan güveni artırır:

**Hâkim:** (Ayhan'a bakarak) Kimse hakkını elinden alamaz oğlum... (Katilin Kızı-1964)

Hâkim suçlu bildiğine karşı serttir. “Suçsuzluğu ispatlanmadıkça herkes suçsuzdur” ilkesi Yeşilçam melodramları için geçerli değildir. Hâkimler de hisleriyle hareket edebilirler. Davanın başında henüz deliller ortaya konulup doğruluğu ispatlanmadan sanığa suçluymuş gibi sert bir üslupla sorular sorabilirler. Dava bitmeden, tanıklar dinlenmeden kanaat açıkladığına da rastlanır. Böyle bir kanaat açıklaması hâkimin reddi nedeni olması gerekirken, Yeşilçam melodramlarında böyle bir duruma rastlanılmaz. Aşağıdaki replikte de görüleceği gibi karanlık bir mekânda işlenen cinayetin zanlısı olarak hâkim karşısına çıkan Kenan'ın katil olduğu konusunda hâkim peşin hükümlüdür:

**Kenan:** Silahım yok, ben öldürmedim. Bu kadcılık bir sebep yüzünden kimse katil olmaz.

**Hâkim:** Ama sen oldun. Oturabilirsin. (Mahkeme üyeleriyle konuştuğundan sonra) Gereği düşünülmedi. Sanık Kenan Sarvan'ın tahliye isteğinin reddine, görgü şahitlerinin celbine, duruşmanın 10.10.1964 günü saat on beşe bırakılmasına oy birliğiyle karar verildi. (Suçsuz Firari-1966)



Mahkeme sahnesi izleyici bölümünden parmaklıklar ardında gösterilmeye başlanan düşünceli Sedat'ın görüntüsü ve aynı karede savcının ithamı ile başlar:

*Savcı: Karşınızda boynu bükük duran bu adam cemiyet için bir mikroptur. Masum duruşuyla hislerinizi gıcıklamak, merhametinizi celp etmek istiyor. Aldanmayın ona... (Avare-1964)*

Savcının veya davacı avukatının bu ağır sözleri, dinledikçe acıma hissi artan film seyircisini rahatsız edinceye kadar devam eder. Hâlbuki yargılamanın sanığın kimlik tespiti ile başlaması gerekir ki sanığın, hakkında dava açılan kişi olduğunu mahkeme öncelikle tespit edebilsin. Fakat film seyircisinin duruşmadaki sanığın hakkında dava açılan kişi olduğunu biliyor oluşu ve filmin doksan dakikaya sığdırılması zorunluluğu da dikkate alındığında bu aşamanın bilinçli olarak atlandığı kabul edilebilir. Bununla birlikte Söz Müdafaanın filminde duruşmaya sanığın kimlik bilgilerinin tespiti ile başlanır. Burada da asıl vurgulanmak istenen sanığın kimlik tespiti sırasında hiç evlenmemiş olduğu halde bir çocuk sahibi olmasının hâkimde sanığa dair oluşması istenen olumsuz önyargıdır. Seyircinin umutsuzluğu artırılır.

Hâkim açıklayıcıdır, elindeki cezalandırma yetkisini kullanmadan önce olayı anlamaya çalışır. Hukuku bilmeyen sanıklara açıklar. Haklarını anlatır. Savcı ve avukat gibi sanığa hakaret etmez, ağır sözlerle küçük düşürmez, yüksek kürsünün arkasından alçakta oturan sanığı ezmez. Büyüklüğün merhameti ondadır:

*Hâkim: Cinayet bir suçtur kızım. Suçların en ağırıdır. Yalnız, insanları bu suça iten nedenlere göre verilecek ceza değişir. Öldürdüğünüz malum. Bizim öğrenmek istediğimiz, genç bir kızın eline silahı verip tetiği çektirmiş olan hadiselerdir. Görünüştünüz mecbur kalmadan bir cana kıyacak kanlı bir katil görünüştü değil.... (Kelepçeli Melek-1967)*

Davanın kontrolü de hâkimdedir. Yargılamaya müdahale edilmesinden hoşlanmaz. Müdahale edeni ikaz etme fırsatını hiç atlamaz. Savcıyı, avukatı, sanığı, izleyiciyi müdahalesini gördüğü herkesi uyarır. Burada aslında duruşmanın kontrolünü kaybetmemek kaygısı varken, dışarıya da ben davanın her şeyine egemenim, kimseden emir ve talimat almam mesajı ve güveni verilir. Ancak bazen duruşmanın taraflar arasında karşılıklı diyaloga dönüşmesine müdahale etmeye-

rek mahkeme salonundaki izleyiciler gibi sessiz kalması hâkimin duruşmanın hâkimiyetine sahip oluşuna tezattır. Bu tezatlığın yaşandığı sahnelerde hâkim, tarafları susturursa olay aydınlığa kavuşamayacakmış düşüncesiyle susturulur. Adeta olay mahkeme sürecine gelinceye kadar hiç polis/jandarma soruşturmasından geçmemiş, sanık sorgulanmamış, delil toplanmamış, olayın hemen ardından sanığın mahkeme salonunda iki yanında duran jandarma erleri tarafından yakalanıp getirilmiş ve sanık sandalyesine oturtulmuştur. Olayın düğümünü çözecek tek şey, hâkimin önündeki dava dosyası değil de taraflar arasındaki diyaloglardır. Bu durumda da hâkime susma görevi düşer.

Hâkimler ve savcılar sanki yalnızca o duruşma için bir araya gelmiş yabancılar gibidirler. Hâlbuki gerçekte yıllarca aynı ortamda çalışırlar, lojmanlarda birlikte otururlar, çocukları arkadaşır, aynı okula giderler, belki geçmişte aynı yerlerde çalışmışlardır... Yani birbirlerini çok iyi tanırılar.<sup>25</sup> Fakat hiçbir filmde savcı ile hâkimin geçmişten tanışıklığı vurgulanmaz. Bu gerçek Yeşilçam melodramlarında gösterilmez.

### 3.4.Sanık

Reel hukukta suç şüphesi üzerine başlayan soruşturmanın, suçun ve suçlunun delilleriyle ortaya konulması halinde yargılama aşamasının (mahkemenin) başlaması ve genellikle kapsamlı bir soruşturma sonucu açılmış ceza yargılamasının sanık veya sanıkların cezalandırılması ile sonuçlanması beklenir. Kapsamlı bir soruşturma ile başlayan ceza yargılamasında mahkûmiyet esastır. Beraat ise ancak soruşturma aşamasından sonra ortaya çıkan sanığın atılı suçu işlemediğini gösteren deliller veya suçun unsurları itibari oluşmadığının tespiti halinde mümkündür. Fakat Yeşilçam melodramlarında sanığın atılı suçu işlediğini seyirci bilir. Buna rağmen seyircinin beklentisi sanığın ceza almaması veya az ceza alması yönündedir. Neden? Çünkü sanığın atılı suçu işlemekte haklı nedenleri vardır. Kim olsa o şartlarda o suçu işler. Böyle sunulur. Sanık da aynı düşüncede olduğundan mağrurdur, kendini savunmaya dahi gerek görmez, ceza verilecekse de verilsin, o üzerine düşeni yapmıştır:

<sup>25</sup> Türk hukukuna ilişkin Avrupa Birliği yetkililerinin tavsiye raporlarında da savcıların sürekli aynı mahkemede görev yapmaları, hâkimlerle aynı kürsüde oturmaları, yakın ilişki içinde olmaları eleştirilmektedir.

**Hâkim:** *Kendini savunmayacak mısın?*

**Sanık Kemal:** *(Bilmediğiniz çok şey var der gibi hafif bir tebessümle) Savcı bey her şeyi anlattılar. İlave edeceğim bir şey yok.*

**Hâkim:** *Eğer istersen davayı talik edip sana bir avukat tayin edebiliriz.*

**Sanık Kemal:** *(Hafif bir tebessümle) Sizden sadece bir an önce idamımı rica ederim efendim. (Mahkûm-1973)*

Aslında bu kabulleniş, tersten okunduğunda bir çeşit reddediştir ve aynı zamanda bir acındırmadır, fakat hedef mahkeme heyeti değildir. Hedef, aşamalarda gerçekleri öğrenmiş film seyircisidir. Bu şekilde yükselen gerilim ve hüznün mutlu son beklentisini iyice artırır.

Sanıklar bazen de fedakâr ebeveynlerdir. Çocukları için yaptıkları fedakârlıklar izleyici tarafından bilinir de çocukları bilmez. Çünkü ölümü göze alırlar ancak çocuklarına acı gerçeği söylemezler. Anneler genç kızlarını kandırmaya çalışan kötü niyetli kişiyi öldürürler (Kattiller De Ağlar-1966). Anneler çocuklarının tedavisi için para gerektiğinde, kocalarında gözü olan zengin kadın kocalarıyla evlenebilsin ve çocuğunu tedavi ettirebilsin diye kendini randevu evinde bastırır, bu suretle kötü kadın damgasını üstlenip kocasının kendisinden nefretle boşanmasını sağlarlar ve sonrasında gelişen olaylar sonunda başına siyah başörtüsü takmış ve gözleri yere bakan bir sanık olarak hâkimin karşısına çıkarlar. (Ana Hakkı Ödenmez-1968). Bu gerçekleri bir film seyircisi bir de hiçbir şeyi anlatmayacağına yemin ettirilmiş iyi ve yaşlı biri bilir. Böyle fedakâr insanları da yargılamak adil midir? Filmin kurgusunda cevabın “hayır” olması hedeflenir. Babalar da anneler gibidir, işlemedikleri suçu karılarının ve çocuklarının mutluluğu için üzerlerine alırlar. Mahkemede gerçeği anlatma gereği duymazlar. Yatarlar yüce mahkeme ne kadar takdir ederse. Yeşilçam melodramlarında “sükût ikrardan gelmez”. Susan sanık filmin sonunda suçsuzluğu anlaşılacak kişidir.

Yeşilçam melodramlarında sevgililer de fazlasıyla fedakârdır. Yeşilçam melodramlarında, onlar için de bol miktarda mahkeme kurulur. Belki de en fazla mahkeme sahnesi onlar için kurulur. En ilginç diyalog Seven Ne Yapmaz (1970) filminde geçer. Burada iki sevgili cinayeti üstlenmek konusunda birbirleriyle yarışır, hâkimin nefsi mü-

dafaa hatırlatması da fayda etmez. En ağır ceza ile cezalandırılmayı sevgilerinin gücünün delili olarak görürler. Adeta idamlarına karar verilse daha mutlu olacaklardır, çünkü aşk için daha yüce delil olmaz. Hâkimin de bu anlamsız mücadeleye destek vermesi film izleyicisinde “suç üstlenmeyi” meşrulaştırır.

Cemiyet yararı için sanığın cezalandırılması gerekir iddiasına karşılık gerçek suçlu sanık değil, toplumdur savunması yapılır ve adeta mahkemenin varlık amacı sorgulanır:

***Sanık Avukatı:**...Bu kutsal müessese niçin kurulmuştur. Sayın yargıçların görevi yalnız ceza dağıtmak mıdır? Ayağı kaymış insanlar uçuruma mı yuvarlansın? Onları kim kurtaracak? İyi insan olarak topluma kim iade edecek? (Avare-1964)*

Gelir dağılımı dengesizliğinin oluşturduğu çelişkilere, sosyal-sınıfsal adaletsizliklere gelir dağılımı dengesizliğinin yaşandığı ülkelerde ve zamanlarda yapılan filmlerde de dikkat çekilmesi, gelir dağılımı dengesizliklerini gidermede etkili olmuş mudur acaba? Yoksa suçu mu artırmıştır? Asıl suçlu toplum olunca sanığın da cezalandırılması istenir. Sanığın, o suçlu olarak tanımlanan topluma kazandırılması istemi ise çelişki oluşturur:

Sanıklar ne yaparlarsa yapsınlar namuslarına laf söylemezler. Randevu evinde çalışıyor da olabilirler, oranın işletmecisi de olabilirler, ama “iffet”lerini korumuşlardır. Cinayet de işleyebilirler, hırsızlık da yapabilirler ama onlar hep “namuslu”durlar:

***Avukat Doğan:** ... Bununla beraber namus ve iffetini canı pahasına sonuna kadar korumuş, göğsüne dayanmış silahın namlusu karşısında kılını bile kıpırdatmamış, ölüme meydan okuyarak yinede bir ırz düşmanına boyun eğmemiştir... (Söz Müdafaanın-1970)*

Son pişmanlığa pek rastlanılmaz. Çünkü sanık pişman olacak bir şey yapmamıştır. İnsan öldürmüştür, o kadar. “O öldürülmeyi hak etmişti” mesajı film boyunca verilir. Fakat kötü insanlar ölürlere, ölmemişlerse de pişman olurlar. Ekmekçi Kadın (1965) filminde Nazmi'nin pişman olması gibi. Pişmandır çünkü artık hasta kızı ölmüştür:

İncelenen filmlerde seyirciye kanunlara aykırı bir durumla karşılaştığında resmi mercilere müracaat etmesi gerektiği mesajı verilmez.

Hatta resmi makamlara müracaat acizlik olarak dahi gösterilir. Güçlü adam sorunlarla kendi bildiği yöntemle ve tek başına mücadele eder. Cezası varsa da çekmeye razıdır.

### 3.5.Kâtip

Kâtip mahkemenin asli sùjelerindedir. Görevi duruşmadaki tüm konuşmaları tutanağa yazmaktır. O tutanak duruşma sonunda kâtip ve hâkimlerce imzalanır ve asla yanlışlığı iddia edilemez. Ancak gerçeği yansıtmıyorsa sahteliği iddia edilebilir. Bu tutanaklara dayanılarak dosyalar elden geçirilir, temyiz incelemesinde bu tutanakta yer alan ifadeler dikkate alınır ve hükmün doğru olup olmadığına ilişkin bir kanaate varılır. Bu denli önemli görevi olan kâtip, mahkeme sahnelerinde yüzüne kamera değmeyen tek sùjedir. Yargılamanın taraflarını duruşmaya çağırın mübaşir görülür, sesi duyulur ama kâtip adeta yoktur. Sadece “Seven Ne Yapmaz” filminde sanığın yaptığı duygusal savunmayı onaylayan üzüntülü yüz ifadesiyle bir kez kâtip gösterilir. Bazen hâkim repliğinde adı geçer: “yaz kızım”. Bu “yaz kızım” replikleri nedeniyle erkeklerin hemşire olamayacakları gibi kâtip de olamayacakları inancı oldukça yaygındır. Hâlbuki mahkeme kalemlerine girdiğinde görülür ki erkek kâtipler kadın kâtiplerden daha çoktur. Bu da Yeşilçam’ın cins ayrımcılığının mesleki alana yansımalarıdır. Hâkim erkek olur, mübaşir erkek olur, kâtip kadın olur.

### 3.6.Tanık

Yeşilçam melodramlarında yer alan mahkeme sahnelerinde diyaloglar genellikle hâkim-sanık, savcı-sanık, avukat-savcı, avukat-sanık şeklinde kurgulanmıştır. Bu filmlerde tanıkların asıl görevi yargılamanın sonunda ortaya çıkıp gerçekleri anlatmaktır. Hemen tüm filmlerde son dakika tanıklarına rastlanır. Gerçeğin son dakika tanığının ifadesiyle ortaya çıkması, gerilimin zirvede olduğu anda çözülme yaratır:

*Savcı: ...Türk Ceza Kanunları gereğince idamını talep ediyorum.*

*Zeynep: (Haykırarak ayağa kalkar) Hayır, hayır yapamazsınız, idam edemezsiniz onu!*

*Selma: Anne.*

*Zeynep: Evet kızım asamazlar çünkü katil benim... (Gönülden Yaralı-lar-1973)*

Yukarıda vurgulandığı gibi son dakika tanıkları Yeşilçam melodramları mahkeme sahnelerinin vazgeçilmezidir denilebilir. Bu son dakika tanıkları "durunnn..." sözüyle konuşmaya başlarlar ve bu sözü duyan ve o ana kadar nefesini tutmuş film seyircisi hep birlikte nefesini bırakır:

*Arzu: (Ayağa fırlayıp bağırarak) Durun katil benim...(Katiller De Ağ-lar-1966)*

Son dakika tanıklarının beyanları ile hükümler kurulur. Bu tanıkların söylediklerinin doğruluğu araştırılmaz, beyanlar değerlendirilmek üzere dosya hükümden önce incelenmeye alınmaz. Son dakika tanıkları hep doğruyu söylerler.

### 3.7. İzleyiciler

Yeşilçam melodramlarında izleyicinin görevi bazen şaşırarak, bazen mahkemenin kararına alkış tutarak onay vermektir. Bazen de izleyiciler, yargılama esnasında sanığa, tanığa, savcıya, hâkime müdahale ederler. Davaya müdahale eden duruşma salonundaki izleyici, film seyircisinin yapmak istediğini yapar. Bu müdahil izleyici aslında tüm gerçekleri bilen ama bir nedenle konuşamayan, son anda engelle-ri kalkıp gerçekleri açıklayacak olan kişidir.

Film seyircisinin bir buçuk saate yakın süreyle ayrılanlar kavuşsun, kötüler cezalandırılsın ya da cezalarını bulsun, yanlış anlamalar giderilsin beklentisi hâkimin kararıyla karşılanır. Bu esnada muhtemelen film seyircisi sinema salonunda da kararı alkışlıyordur, duruşma salonundaki izleyici gibi. Bu alkış hükme kamuoyu vicdanında meşruiyet kazandırır:

*Osman: (Ağlayarak) Buda mı gol değil adaletine insanlığına kurban olayım Hâkim Bey, Bu da mı gol değil?*

*Hâkim: (Elindeki dosyanın kapağını kapatırken elini masaya vurarak yüksek sesle) Gool!*

*(Seyirciden alkış gelir, Filiz ile Osman sarılırlar, Mutlu son) (Şakayla Karışık-1965)*

## 4.ADALET

### 4.1.Haklı-Güçlü Çatışması

1960-1975 dönemi Yeşilçam melodramlarında genellikle köylükentli veya köylü-ağa çatışmasına rastlanılmaz. Bu döneme gelinceye kadar kırdan kente göçün artmasıyla kent nüfusun kır nüfusundan fazla hale gelmesi, film senaryolarında da şehir yaşamının popülerleştirilmesine ve kent yaşamını anlatan film yapımlarına ağırlık verilmesine neden olur. Kentli karakterler arasında geçen uyumsuzluklara yer verilir. Fakir-zengin çatışması işlenir. İncelenen filmlerde mahkemede hak arayan zengin veya toplumdaki konumu itibariyle güçlü kişiye hiç rastlanılmaz. Onlar şayet haklılarsa haklarını mahkeme dışı yollarla alırlar. Şayet mahkemeye gitmişlerse kesin haksızdırlar ve yargılama makamını kötülüklerine alet etmek istemektedirler.

Filmin sonunda hukuk mücadelesini kazanan hep fakir olur. Zengin kazanmışsa geleneksel yaşantı süren bir zengindir ve kimseye kötülüğü dokunmamıştır. İzlenen filmlerin yapıldıkları dönemin yaygın siyasal algılamasına uygun şekilde, fakat her zaman gerçek olması mümkün değilken, fakir ve/veya cahil kişinin zenginle hukuk mücadelesine girişmesi durumunda her daim fakir/cahil olandan yana tavır alınması, haklılık kavramına başka bir anlam daha yüklemektedir. Bu anlam esasında Yeşilçam melodramlarında zenginliğin meşruluğunu sorgular. Bu şekilde oluşturulan popüler hukuk kültürünün, adalet kavramına yüklenen anlam açısından tehlike barındırdığı söylenebilir. Zira haklı olmakla güçlü-zengin veya fakir olmak farklı kavramlardır. Güçlü her zaman haksız, haklı her zaman fakir olamaz. Tersten bir bakış açısıyla melodram filmlerinin istisnaları gösterdiği varsayılırsa bu filmlerde zengin-güçlünün hep haksız çıkması gerçek yaşamda hep haklı çıktıkları şeklinde de yorumlanabilir. Bu da popüler hukuk kültürüne yargı hep zengin-güçlünün yanındadır mesajını iletir. Zira zengin-güçlü kişiler çok sayıda ve bilgili, daha eğitilmiş avukatları tutabilmekte, en kaliteli hukuk hizmetini satın alabilmektedirler. Bu vurguya birçok filmin mahkeme dışı diyaloglarında rastlanır. Örneğin Katilin Kızı filminde fabrikatör Hulusi Bey torununun velayetini alabilmek için en iyi avukatları tutmuştur. Böylece oluşturulan algı günümüzde zaman zaman medyaya yansıyan, toplumda zenginliğiyle, sanatıyla, yeteneğiyle, ilmiyle, devlet memuriyetinde

üstlendikleri görevlerle ön plana çıkmış insanların, yargı kararı ile sabitleşen haklılıkları eleştirilmekte karar üzerinde şüphe uyandırıcı yayınlar yapılabilmektedir. Çünkü zenginin-güçlünün haksız olmasının normal olduğu, haklı çıkmasının anormal olduğu algısı yaratılmıştır.

#### 4.2.Yeşilçam Yargısında Cinsler Arası Eşitsizlik

İncelenen filmlerde kadın, geleneksel değerler içinde görülme istenen yerde seyirciye sunulmuştur. O, erkeğin(in) namusu, fedakâr eş ve fedakâr annedir. Bu sıfatlarla, bu değerleri korumak için suç işleyebilir ve bu meşru kabul edilir:

*“Kadınlar tarih boyunca erkeklerin birbirleriyle mücadelelerinin aracı ve alanı olmuştur. Namus, bir erkeğin kadınla ilişkisini düzenleyen bir unsur olmaktan ziyade bir erkeğin diğer bir erkekle ilişkisini düzenleyen bir unsurdur. Zira kadın, erkeğin rakibi ya da muhatabı olarak görülmez. Erkeğin rakibi ancak bir başka erkek olabilir ve bu mücadelede namus, meta olan kadının sıfatıdır. Bir başka erkek tarafından sahip olunup olunmadığının ifadesidir.”<sup>26</sup>*

Görüldüğü üzere, kadının erkekler arasındaki iletişimde “namus sorunu” haline getirilip meta olarak kullanılması, ataerki Türk toplumunun belirgin bir özelliğidir ve bu özellik, filmlere de yansımıştır. İncelenen filmlerde kadın ya erkeğin namusu olarak uğrunda cinayet bile işlenebilecek meta ya da bu yüklenimi sorgulamaksızın kabul eden (ve bu kabulle namuslu addedilen) kadının, erkeğinin namusuna, onuruna, şerefine gölge düşürmemek için suç işlemesinin haklı ve meşru olduğu düşüncesi seyirciye iletilmek istenmiştir.

Yukarıdaki filmlerde anlatılan tüm kadın karakterler, edilgen özelliğe sahiptir. Hep susar, kendini haklı çıkarmak için çabalamaz. Başkası için suç işler. Sanki beyaz atlı prensini bekleyen genç kız misali birisinin kendisi için bir şeyler yaparak haklılığını ortaya çıkarmasını sabırla bekler gibidir.

İzlenen filmlerde kadın hâkim, kadın savcı karakterleri yoktur. Bu meslekler kadına yakıştırılmaz. Yirmiye yakın avukat karakter içinde yalnızca Avare (1964) filminde sanığın çocukluk aşkı olan Selma aynı zamanda avukattır. O da işine aşkını karıştırmakla itham edilir. Erkek

<sup>26</sup> Dönmez, İ.H. (2009). Cumhuriyet İmkânsız Aşka Karşı. [Yayınlanmamış Bildiri], Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Genç Bilim Adamları Sempozyumu, Ankara.



karakter (hâkim, savcı, avukat) mesleğini her türlü duygudan üstün tuttuğunu söylemekte sakınca görmezken, kadın hukukçu karakter sanığı sevdiğini söylemeyi tercih eder.

#### 4.3.Düğümün Çözüldüğü Yer Olarak Mahkeme

Namus için işlenen cinayetler, kendince kutsal amaç uğruna yapılan hırsızlıklar, dolandırıcılıklar, fedakârlıklar, hak mücadeleleri ve elbette kaçınılmaz durak mahkeme salonudur.

Her ne sebeple olursa olsun bir suç işleniyorsa filmin herhangi bir yerinde seyirci, suçla birlikte kararın ekranda açılan ışıklarla kendini mahkeme salonunda bulur. Mahkeme heyetinin oturduğu yüksek kürsünün tam karşısında sanık, üzerine ellerini koyduğu ahşap parmaklıkların ardında oturmaktadır. Sanığın arkasında ise salon dışına taşacak kadar kalabalık izleyici grubu. Kalabalık izleyici grubunun varlığı, duruşmanın kamu vicdanında gerçekleştiği mesajını iletir.

Duruşmada suçun niteliğine göre tek hâkim veya üç hâkimden oluşan ağır ceza heyeti vardır. Ağır ceza heyetinin başkan haricindeki üyeleri, başkanın nadiren kendilerine dönerek baş işaretiyle onay aldığı sessiz karakterlerdir. Hâkim ise yargılanan suça ve sanığın eyleminin kamu vicdanında meşru addedilmesine göre babacan ve şefkatlidir. Sanığın konuşmasını sağlamak için “oğlum/kızım” şeklinde hitaplar kullanır. Suçun altında yatan gerçek nedeni öğrendiğinde kanun ile vicdanı arasında kalır ama zoraki de olsa kanunu tercih eder. Aslında hâkimin edilgen bir rolü vardır. Olaylar kendiliğinden çözülür ve hâkim de sanığın uzun trajik hayat hikâyesini sözünü hiç kesmeden dinleyerek katkıda bulunur.

Mahkeme sahnesine kadar düğümlenen olaylar, mahkeme salonunda çözüme kavuşur. Özellikle de sanık için seyircinin tam da her şeyin bittiğini düşündüğü anda aniden salona giren veya salondaki izleyiciler arasından ayağa kalkarak konuşmaya başlayan tanık, sanığın masumiyetini ispatlayarak suçu masumlaştırır ve olayı açıklığa çıkarır. Duruşma sonrasında yaşanan dramatik sahneler, seyircinin yaşadığı heyecanı ve yoğun duygu coşkusu zirveye taşır. Çünkü artık suçlar meşrulaştırılmış, sevgililer kavuşmuş, çocuklar annelerine ilk kez sarılmıştır. Yanlış anlamalar giderilmiş, iyiler kazanmıştır. Çözüm yeri işlevini yerine getirmiştir.

#### 4.4. "İyi"lere Beşeri Adalet, "Kötü"lere İlahi Adalet

Duruşmalarda eylemine kamu vicdanında meşruiyet atfedilen suçlu için uygulanabilir hafifletici yasa maddeleri varken, adaleti yandıran kötüler, toplumun namus normlarına uygun şekilde yaşamayan kadınlar ve kötülerin kötülükleri nedeniyle de olsa namusu kirlenen kadınlar için, ilahi adalet yerini bulur ki bu da genelde ölüm olur. Böylece kötü, namussuz, namusu kirletilmiş insanlar filmin sonunda filmin kahramanlarının hayatından ilelebet çıkartılırlar. Filmde söylendiği gibi:

"Allah'ın adaleti tecelli edecek(tir)." (Ekmekçi Kadın-1965)

Sanığın az ceza alması ya da hiç ceza almaması, izleyicide sevinç yaratır. Mahkeme salonunda sarılmalar gözlenir. Mahkemede iyiler için adalet vardır:

Kötüler suçlarını itiraf ederler fakat kötülerini bekleyen yaygın son ölümdür. Böylece kötüler için ilahi adalet yerini bulur.

#### SONUÇ

Friedman tarafından hukuk kültürü; bir toplumdaki insanların hukuk konusunda sahip olduğu fikirler, değerler, davranışlar olarak tanımlanır ve hukuk kültürünü reel hukuk kültürü, popüler hukuk kültürü olmak üzere ikiye ayırır. Reel hukuk kültürü, hukukçuların hukuka dair kültürüdür. Popüler hukuk kültürü ise hukukçu olmayanların hukuka dair kültürüdür. Friedman hukuk kültürünü bu şekilde ikili bir ayrıma tabi tutmuştur ancak hukukçuların da hukukçuluğu meslek edinmeden önce diğer gruba dâhil oldukları unutulmamalıdır. Bu suretle reel hukuk kültürünün öncesi popüler hukuk kültürü olduğundan reel hukuk kültürünün de popüler hukuk kültürü temelinde yükseldiği söylenebilir. Friedman'ın hukuk kültürü tanımı ve popüler hukuk kültürü ile ilgili açıklamalarından yola çıkarak popüler hukuk kültürü şu şekilde tanımlanabilir:

*"Toplumdaki bireylerin bizzat muhatap olarak veya muhatap olanlardan dinleyerek, roman, sinema filmleri, gazete, TV programı, internet gibi kitle iletişim araçları aracılığıyla hukuk kurumları ve uygulamalarına ilişkin kendilerine aktarılan her tür ileti sonucunda edindikleri hukuk bilgisidir."*

İncelenen filmlerin vizyona girdiği 1960'lı yıllardan kısa süre önce hukuk alanında radikal bir dönüşüm yaşamış Türkiye Cumhuriyetinde, hukukun muhatabı olan halk, dönüşümün gerçekleştiği 1920'li yıllardan 1960'lı yıllara kadar kitle iletişim araçları henüz yeterince yaygınlaşmadığından yeni hukuku muhatabı olmadıkça veya muhatabı olanlardan dinlemedikçe öğrenebilme olanağı bulamamıştır. 1960'lı yıllar melodramlarında yer alan mahkeme sahneleri ise halkın mahkeme ile ve yeni hukukla ilk tanışması olmuştur. Halk ilk kez hâkimi, savcuyu, avukatı mesleğini icra ederken görme olanağı yakalamıştır. Yeni hukukun uygulanmasını da Yeşilçam filmlerinde görmüştür. Friedman'ın popüler hukuk kültürünün oluşumunda ikinci etken olarak gördüğü kitle iletişim araçlarıyla sunulan mesajlar burada kendini göstermiştir. Yukarıda ayrıntısıyla değinildiği gibi Yeşilçam mahkeme sahnelerinin popüler hukuk kültürünün oluşması doğrultusunda verdiği mesajlar gerçeği yansıtmaktan öte melodramın özelliklerini içeren kurgulardır.

Friedman, hukuk kültürünü müdahaleci bir değişkenlik olarak açıklar. Yeni icatların yarattığı gereksinim, hukuku değiştirir. Bu etki, tıpkı bir kimyasal reaksiyon gibidir. Toplumdaki değişimler yeni kurallar yaratır. Ancak Türkiye'de kurallar toplumu değiştirmeyi amaçlamıştır. Diğer ülkelerden iktibas edilen hukuk sistemiyle toplum Batılı değerlere adapte edilmek istenmiştir. Her ne kadar cumhuriyet dönemi başlangıcında yeni hukuk sisteminin kurucuları, Türk toplumunun kültürüne uygun ülkelerin hukukunu iktibas ettiklerini söyleseler de bunu kabullenme ve uygulama aşamasında yaşanan sorunlar, söylemler doğrulamamaktadır. Yani Türkiye'de kültür, hukuku oluşturmamış, hukukun kültürü oluşturması beklenmiştir.

İdeal olan, reel hukukun kitle iletişim araçlarıyla doğru yansıtılmasıdır. Bu kapsamda ideal reel hukuk iletisi, filmi izleyen ve hukukçu olmayan bireyin gerçek yaşamda mahkemeye gittiğinde karşılaşacağı ortamın ve yargılama usulünün, suç ve adalete ilişkin reel hukukun kabul ettiği mesajların yansıtılmasıdır. Başka bir ifadeyle, Türk mahkemesinde tanık olarak dinlenecek kişinin yemin ederken Amerikan filmlerinde olduğu gibi sağ elini havaya kaldırmak zorunda olmadığını bilmesidir. Adalet kavramı da tanımlanması ve toplumsal yaşamda öğrenilmesi zor bir kavramdır. Çoğu insan kişisel çıkarlarını hak zanner. Hâlbuki adalet, bireyin çıkarına uygun olan değildir. Her

bir bireyin aynı durumda ortak çıkarına hizmet edendir. Böyle olunca mahkeme sahneleri ve adalet kavramını işleyen filmler bu anlamda doğru sunumu yaparsa izleyicide çıkarına uygun olan her şeyin adalet olmadığı algısı ve kültürü oluşur. İdama mahkûm edildiğinde Sokrates, kendisini kaçırarak kurtarmak isteyen öğrencilerine “Ben yaşamım boyunca yasaların adil olmadığını ancak uymak gerektiğini söyledim. Şimdi kaçarsam yaşamım boyunca savunduklarımı reddetmiş olurum.” diyerek yasallık vurgusu yapmıştır. Hâlbuki incelediğimiz filmlerde haksızlıkla karşılaşan kişiler yasalara uyma kaygısı taşımaksızın suç işlemektedirler. Filmlerde suça meşruiyet kazandırılmaya çalışılan ve toplumsal çelişkiler ve haksızlıklar anlatılırken kullanılan bir dil yerine her durumda yasalara mutlaka uymak gerektiği fikri verilseydi çok daha farklı popüler hukuk kültürüne sahip bir toplum oluşurdu ve oluşan bu toplumun bireyleri sorunlarını her zaman hukuksal yöntemlerle çözmek alışkanlığını geliştirdi. Pozitif hukukun yetersiz kaldığı ve adaleti gerçekleştirmediği olgular da daha açık bir zihinle tespit edilir ve bu sorunların yasal yöntemle giderilmesine dair güçlü toplumsal talep doğardı. Böyle popüler hukuk kültürüne sahip bireyler her işlem ve eylemlerinde hukuka uygunluğu ararlardı. Böylece toplum bir taraftan eğlendirilirken, diğer taraftan sinema bir eğitim aracı olarak işlev görürdü. Ancak filmlerin kurgu (bazen bilim kurgu) oldukları ve reeli yansıtmak zorunda olmadıkları da unutulmamalıdır.

Friedman, filmlerde yer alan mahkeme sahnelerinin oluşturduğu popüler hukuk kültürünün reel hukuka yönelik eleştiri ve değişim talebini doğurup doğurmadığı, gerçeği mi yansıttığı yoksa kurgudan ibaret mi olduğu konusunda yaptığı sorgulamada bu mahkeme sahnelerinin kurgudan ibaret olduğunu ve böyle değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir. Filmlerde yer alan mahkeme sahnelerinde reel hukuka ilişkin bir değişim talebinden ziyade toplumda yaşanan değişimlerin filmlerde yansıtıldığını belirtmekte buna örnek olarak da L.A.Law dizisindeki çok kültürlülüğü yansıtan avukat karakterlerini göstermektedir. Türk sinemasında yaşanan mali sıkıntılar, senaryoların hazırlanma süreci düşünüldüğünde bu filmlerin reel hukuka yönelik eleştiri ve değişim talebini doğurduğuna yönelik bir çıkarım yapmak mümkün değildir. Elbette ki filmlerin bu amaca hizmet etme zorunlulukları da yoktur. Zira kurgudan ibarettirler ve Friedman'ın

da belirttiği gibi program yapımcı ve yazarlarına ne yapmaları gerektiği söylenmemelidir. Yapımcı ve yazarların kendi ideolojilerini yansıtmak istemeleri en doğal haklarıdır. Ancak, görülmektedir ki Türk sinemasında asıl amaç, filminden para kazanmaktır. Toplum mesaj vermek kaygısı güdülmemiştir.

### KAYNAKLAR

- Abisel N. (1997). "Bir Dünya Nasıl Kurulur: Popüler Türk Filmlerinde Anlatı Yapısı Üzerine". Der.:Seçil Büker, Sinema Yazıları , Ankara: Doruk Yayınları.
- Acar A. (Winter 2006). "The Concept Of Legal Culture With Particular Attention to The Turkish Case [Hukuk Kültürü Kavramı]", *Ankara Law Review*, Vol.3, No.2, p.143-153.
- Arslan S. (2005). Melodram, İstanbul: L&M Yayınları.
- Bilsel C. (1944). "Heyecan, İnan ve İnkılâp Adamı Mahmut Esat". *Adliye Dergisi* 1944 yılı 1. sayısına ek Mahmut Esat Bozkurt Nüshası, 48-50.
- Cotterrell R. (1989). *The Politics of Jurisprudence, A Critical Introduction to Legal Philosophy*. London.
- Dönmez İ.H. (2009). Cumhuriyet İmkânsız Aşka Karşı. [Yayınlanmamış Bildiri], Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Genç Bilim Adamları Sempozyumu, Ankara.
- Dönmezer S., Erman, S. (1985). Ceza Hukuku (9. bs.). Cilt 1, İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Friedman M. L. (1989). "Law, Lawyers and Popular Culture [Hukuk, Hukukçular ve Popüler Kültür]". *Yale Law Journal*, Volume 98, No:8, 1579-1613, Erişim: 27.05.2009, <http://tarlton.law.utexas.edu/lpop/etext/friedman.htm>
- Friedman M.L. (1997). "The Concept of Legal Culture: A Reply [Hukuk Kültürü Kavramı]". Ed.David Nelken, *Comparing Legal Cultures*, 58-88.
- Gökçe N. (2008). Türk Sinemasının Mali Yapısı Ve Sorunları. Kültür ve Turizm Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara.
- İnanoğlu T. (2004). 5555 Afişle Türk Sineması. İstanbul: Kabalıcı Yayınevi.
- Kirel S. (2005). Yeşilçam Öykü Sineması. İstanbul: Babil Yayınları.
- Macaulay S. (1989). "Populer Legal Culture: An Introduction[Popüler Hukuk Kültürü: Giriş]". *The Yale Law Journal*, Volume 98, Number 8, 1545-1558, Erişim:15.06.2009, <http://www.jstor.org/stable/796604>
- Nelken D. (2004). "Using The Concept Of Legal Culture [Hukuk Kültürü Kavramı]", *Fortcoming In The Australian Journal of Legal Philosophy*, 58-88.
- Önder A. (1992). Ceza Hukuku Dersleri. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özön N. (1995). Karagözden Sinemaya Türk Sineması ve Sorunları. Cilt 1, Ankara: Kitle Yayınları.

Papke D. R. (2009). "Conventional Wisdom: The Courtroom Trial in American Popular Culture [Konvansiyonel Akıl: Amerikan Yargılamasında Popüler Kültür]". Erişim: 16.03.2009, 471-494, <http://tarlton.law.utexas.edu/Ipop/etext/papkeconvent.html>

Tunalı D. (2006). Batıdan Doğuya Hollywood'dan Yeşilçam'a Melodram. Ankara: Turmaks Yayıncılık.

Üçok C., Mumcu, A. (1987). Türk Hukuk Tarihi. Ankara: Savaş Yayınları.

#### FİLMLER

Arzu Film (Yapımcı); Tünaş, Erdoğan (Senarist) ve Aksoy, Orhan (Yönetmen), 1970, Seven Ne Yapmaz [Film], Türkiye.

Duygu Film (Yapımcı); Oran, Bülent (Senarist) ve Erakalın, Ülkü (Yönetmen), 1966, Katiller de Ağlar [Film], Türkiye.

Er Film (Yapımcı); Üstel, Ahmet (Senarist) ve Aksoy, Orhan (Yönetmen), 1971, Seni Sevmek Kaderim [Film], Türkiye.

Erler Film (Yapımcı); Oran, Bülent-Özlüer, Fuat (Senarist) ve Dinler, Mehmet (Yönetmen), 1970, Söz Müdafaanın [Film], Türkiye.

Erler Film (Yapımcı); Önal, Safa (Senarist) ve İnanoğlu, Türker (Yönetmen), 1966, Suçsuz Firari [Film], Türkiye.

Erman Film (Yapımcı); Seden, F. Osman (Senarist ve Yönetmen), (1965), Şakayla Karışık [Film], Türkiye.

Kemal Film (Yapımcı); Seden, F. Osman (Senarist ve Yönetmen), 1973, Mahkûm [Film], Türkiye.

Kemal Film (Yapımcı); Seden, F. Osman (Senarist ve Yönetmen), (1968), Ana Hakkı Ödenmez [Film], Türkiye.

Kemal Film (Yapımcı); Seden, F. Osman (Senarist ve Yönetmen), (1967), Kelepçeli Melek [Film], Türkiye.

Kemal Film (Yapımcı); Seden, F. Osman (Senarist) ve Davudoğlu, Zafer (Yönetmen), (1964), Katilin Kızı [Film], Türkiye.

Kemal Film (Yapımcı); Seden, F. Osman (Senarist) ve Davudoğlu, Zafer (Yönetmen), (1965), Ekmekçi Kadın [Film], Türkiye.

Nazar Film (Yapımcı); Olçayto, Enis (Senarist) ve Evin, Semih (Yönetmen), 1964, Avare [Film], Türkiye.

Sine Film (Yapımcı); Bolan, Burhan/ Oran, Bülent/ Arslan, Muzaffer (Senarist) ve Göreç, Ertem (Yönetmen), 1969, Bana Derler Fosforlu [Film], Türkiye.

Uğur Film (Yapımcı); Sağiroğlu, Duygu (Senarist) ve Ün, Memduh (Yönetmen), 1973, Gönülden Yaralılar [Film], Türkiye.

# İNGİLİZ MAHKEMELERİNCE ŞİRKET TÜZEL KİŞİLİĞİ PERDESİNİN KALDIRILMASI

## PIERCING THE CORPORATE VEIL by ENGLISH COURTS

Erdem BAFRA\*

**Özet:** Şirketlerin pay sahiplerinden bağımsız tüzel kişiliklerinin bulunması karşısında, taraf oldukları hileli veya muvazaalı işlemlerin ya da grup şirket şeklinde yapılanmaya gittikleri, pay sahibinin temsilcisi olarak hareket ettikleri veya hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda İngiliz mahkemelerince perdenin kaldırılması suretiyle tarafların gerçek iradesi ortaya çıkarılabilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Şirket tüzel kişiliği perdesinin kaldırılması, şirket tüzel kişiliği, sınırlı sorumluluk, İngiliz şirketler hukuku.

**Abstract:** English courts may uphold the doctrine of separate personality by considering some general reasons of common law, where the company being sham or façade, there is an existence of group companies and/or single economic units, there is a fraud, the company acts as an agent of the shareholders, there is a requirement of interest of justice, the courts may pierce the veil of a company to find the real intentions and responsables in a case.

**Keywords:** Piercing the corporate veil, legal personality of a company, limited liability, English company law

## I. GİRİŞ

Bu makalede, İngiliz mahkemelerinin “şirket tüzel kişiliği perdesinin kaldırılması-*piercing the corporate veil*”<sup>1</sup> (perdenin kaldırılması) doktrinini ne şekilde uyguladıkları ele alınacak olup, söz konusu dokt-

\* Dr., Kamu İhale Kurumu Hukuk Müşaviri (erdembafra@kik.gov.tr)

<sup>1</sup> İngiliz hukukunda “piercing the corporate veil” olarak adlandırılan doktrine yönelik olarak, “perdenin kaldırılması” kavramının yanında, perdenin “delinmesi” veya “aralanması” kavramları da kullanılmaktadır; bkz. Dignam A. / Lowry, J.: Company Law, 4th edn, London 2012, s. 31.

rin ve uygulamasına yönelik açıklamalarımızdan önce İngiliz şirketler hukukunun temel ilkelerinden şirketin pay sahiplerinden bağımsız ve ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunması ile sınırlı sorumluluğuna<sup>2</sup> da değinilecektir.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, “şirket” kavramı, İngiliz Şirketler Kanunu’nun (*Companies Act 2006*) 1. maddesinde tanımlanmış olup, şirket, bu Kanun hükümlerine göre kurularak tescil edilmiş şirketler ile bu Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce eski İngiliz Şirketler Kanunu’na (*Companies Act 1985*) göre kurulmuş ve halen ticari faaliyetini sürdüren kuruluşları ifade etmektedir. Bununla birlikte, İngiliz hukukunda şirket tüzel kişiliğinin pay sahiplerinden bağımsız olma niteliği ile pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu karşısında, mahkemelerin hangi durumlarda perdenin kaldırılması doktrinini uygulaması gerektiği uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Bir başka deyişle, pay sahiplerinin ve şirket yöneticilerinin şirketin taraf olduğu hukuki işlemlerden dolayı şirket tüzel kişiliği perdesinin kaldırılması suretiyle hangi durumlarda ve hangi hukuki gerekçeyle kişisel sorumluluklarına gidilmesi gerektiği sorusunun cevaplanması, doktrinin uygulanması açısından önem arz etmektedir.<sup>3</sup>

Bu çerçevede, öncelikle perdenin kaldırılması doktrininin amacının, sınırlarının ve sonuçlarının mahkeme kararları ışığında ele alınması gerekmekte olup, İngiliz şirketler hukuku uygulamasında önemli etki yaratan ve şirket tüzel kişiliği kavramını detaylı bir şekilde ilk defa açıklığa kavuşturan *Salomon v Salomon & Co Ltd.*<sup>4</sup> (*Salomon*) davası da dikkate alınarak, İngiltere’de perdenin kaldırılması uygulamasının tarihsel gelişim süreci ve bu uygulamanın şirketler hukukunun temel prensiplerine aykırı sonuçlar doğurup doğurmadığı bu makalede açıklamaya kavuşturulacaktır.

<sup>2</sup> İŞK’nun (CA 2006) 16. maddesinin 2. fıkrasında, şirket tüzel kişiliği ve sınırlı sorumluluk ilkesi düzenlenmiştir.

<sup>3</sup> İngiliz hukukunda, şirketlerin ayrı tüzel kişiliklerinin bulunması ve bunun da şirketler hukukunun temel ilkeleri arasında yer alması karşısında, söz konusu ilkenin şirketleşmenin bir perdesi olduğu ifade edilmektedir; bkz. Ridley A.: *Key Facts Company Law*, 4th edn, London 2011, s. 20.

<sup>4</sup> [1897] AC 22 (HL).



## II. ŞİRKET TÜZEL KİŞİLİĞİ ve SINIRLI SORUMLULUK

Perdenin kaldırılması doktrininin mahkemelerce uygulanmasında özellikle, “şirket tüzel kişiliği”, “sınırlı sorumluluk” ve “perdenin kaldırılması” kavramları dikkate alınarak, bu kavramlar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanması önem arz etmektedir. Öncelikle ifade edilmelidir ki, bir şirket kuruluş koşullarını<sup>5</sup> yerine getirdiğinde, pay sahiplerinden bağımsız olarak tüzel kişilik kazanmakta ve bu şekilde hak ve fiil ehliyetine ve bu çerçevede alacaklı veya borçlu sıfatına sahip olmaktadır.<sup>6</sup>

Gerçekten, bir madeni paranın iki yüzü gibi birbirini tamamlayan “şirket tüzel kişiliği” ve “sınırlı sorumluluk” kavramlarının İngiliz mahkemelerince uygulanış biçiminin temelleri, *Salomon* davasına dayanmaktadır. Bu nedenle, perdenin kaldırılması doktrininin mahkemelerce ne şekilde uygulandığına yönelik açıklamalardan önce, söz konusu davanın içeriğine kısaca değinmek gerektiği kanaatindeyiz. Somut olayda; *Aron Salomon (AS)* bir ayakkabı taciri gerçek kişi olarak işini yıllar boyunca tek başına yürütmüştür. AS yıllar sonra işini büyütürken mevcut işletmesini, kuracağı bir limited şirket bünyesine katmaya karar vermiş ve *Salomon & Co. Ltd* şirketini kurmuştur. Şirketin kurulması için yedi kurucu ortağın tescil edilmesi gerekmiş ve bu nedenle de kendisi, karısı, dört oğlu ve kız kardeşi ile birlikte şirketi kurarak tescil ettirmiştir. Bununla birlikte, AS aynı zamanda şirket müdürlüğü görevini üstlenmiş ve önceden var olan işletmesini, şirketle yaptığı bir sözleşme çerçevesinde kurulan bu yeni şirkete devretmiştir. Burada göz önünde bulundurulması gereken en önemli durumlardan biri de, değeri en fazla 10.000 sterlin eden bir işletmenin, yeni kurulan şirkete 39.000 sterlin karşılığında devredilmiş olmasıdır. AS’ye borcun bir kısmı olan 20.000 sterlin, esas sermaye payı verilmesi suretiyle ödenmiş, geriye kalan kısmı için ise borçlanılarak, şirket sermayesi üzerinde değişken malvarlığı rehni (*floating charge*)<sup>7</sup> tesis

<sup>5</sup> Zira; İŞK’nın (CA 2006) 9 ila 13. maddeleri arasında, şirketlerin tescil edilebilmek için gerek sermayeye gerekse kurucu ve yöneticilere ilişkin yerine getirmeleri gereken koşullar düzenlenmektedir.

<sup>6</sup> Bkz. Ridley, s.17-18; Davies P.L.: Principles of Modern Company Law, 8th edn, London 2008, s. 193-198; Dignam / Lowry, s. 15-17; Hannigan B.: Company Law , 3rd edn, London 2012, s. 40-44.

<sup>7</sup> İngiliz şirketler hukukunda, şirket alacaklılarının alacakları, şirket malvarlığı üzerinde tesis edilen iki tür rehniyle güvence altına alınmaktadır. Bunlardan birincisi

edilmiştir. Şirket bir süre sonra tasfiye sürecine girmiş ve bu süreçte tasfiye memuru, AS'nin şirket tüzel kişiliğine yönelik tesis edilen rehlin geçersiz olduğunu, zira işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin hileli olduğunu iddia etmiştir. Bunun üzerine AS, alacağının teminat altına alındığını ileri sürerek, şirketten bunun tazminini talep etmiştir. Her ne kadar İngiliz Şirketler Kanunu 1862'ye (*Companies Act 1862*) göre yapılan yargılama sonucunda ilk derece ve temyiz mahkemesi bu talebi reddetmiş ise de, Lordlar Kamarası limited şirketin ayrı bir tüzel kişiliği olduğuna, AS adına hareket etmediğine, AS'nin karısı ve çocuklarının şirkette aktif rol oynamamalarının bu durumu değiştirmeyeceğine, şirketin AS'nin değil, AS'nin şirketin temsilcisi olarak görevlendirildiğine, dolayısıyla, alacağı güvence altına alınan AS'ye, diğer alacaklılardan önce ödeme yapılması gerektiğine hükmederek, İngiliz hukukunda şirketlerin pay sahiplerinden bağımsız tüzel kişiliğe sahip olduğu ilkesinin temellerini atmıştır.

Doktrinde *Salomon* davasına yönelik olarak *Griffin*, bu dava ile yeni bir şirket kurulması ile pay sahiplerinin perdenin kaldırılması suretiyle sorumlu tutulup tutulamayacağı ilişkisinin ortaya koyulduğunu ifade etmektedir.<sup>8</sup> Kanımızca bu karardan iki önemli sonuç çıkarılabilir: Bunlardan birincisi, şirketin ticari faaliyeti çerçevesinde borç altına girerken işlemi kendi nam ve hesabına gerçekleştirdiğidir. Bu nedenle de, söz konusu işlemlerden dolayı şirketin kendisi sorumludur. İkincisi ise, şirket borçlarından dolayı pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğudur.<sup>9</sup>

---

sabit malvarlığı rehni (fixed charge), ikincisi ise somut olayda olduğu gibi, belli bir mala yönelik olmayıp, belli tür malvarlığı grupları üzerinde tesis edilen değişken malvarlığı rehnidir (floating charge). Bununla birlikte, İŞK'nın (CA 2006) 738. maddesinde de belirtildiği üzere, şirket alacakları için şirket malvarlığı üzerinde bir rehin tesis edilmesi mecburi olmayıp, değişken malvarlığı rehnilerinin 860. maddenin 7. fıkrası uyarınca tescil edilmesi gerekmektedir. Her iki rehin türü ve arasındaki farklar için bkz. Hannigan, s. 537 vd.

<sup>8</sup> Griffin S.: *Company Law Fundamental Principles*, 3rd edn, London 2000, s. 15.  
<sup>9</sup> Aslında *Salomon* davasında, Temyiz Mahkemesi ile Lordlar Kamarası kararlarının gerekçesi arasında derin bir fark bulunmaktadır. Gerçekten İŞK 1862 (CA 1862), Lordlar Kamarası tarafından lafzi bir şekilde yorumlanmıştır. Zira, Lordlar Kamarasına göre, şirketler, tüzel kişi olarak kanunla kurulmalarına izin verilmiş kişilerdir ve İŞK 1862, şirketleri bağımsız bir tüzel kişilik olarak sınırlı sorumluluk çerçevesinde düzenlemiştir. Hakimin görevi, bu açık düzenlemelerin ötesine geçerek kanuni sınırlamaları zorlamak suretiyle çare üretmek değildir. Buna karşılık Temyiz Mahkemesi, olaya etik boyutuyla yaklaşmış ve İŞK 1862'deki düzenlemelerin amaçsal yönüyle ele alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu

İngiliz hukukunda söz konusu dava dışında, *Lee v Lee's Farming*<sup>10</sup> (*Lee*) ve *Macaura ve Northern Assurance Co.*<sup>11</sup> (*Macaura*) davaları da şirketin pay sahiplerinden bağımsız tüzel kişiliğine ve sınırlı sorumluluğa atıf yapan önemli davalardandır. Bu nedenle aşağıda bu davalardaki somut duruma ve mahkemelerin değerlendirmelerine kısaca yer verdikten sonra, perdenin kaldırılması doktrininin mahkemelerce uygulanmasına değineceğiz.

*Macaura* davasında, *Macaura (M)*, kereste faaliyetinde kullanılmak üzere sahibi olduğu gayrimenkul üzerinde ağaç yetiştirmektedir. Daha sonra bu gayrimenkülü, kereste satıcılığı faaliyetinde bulunmak üzere kurduğu bir şirkete devretmiş, ancak keresteleri kendi şahsının taraf olduğu bir sigorta sözleşmesiyle sigortalatmıştır. Ancak daha sonra bu keresteler, çıkan bir yangın sonucu kül olmuştur. Bunun üzerine *M*, keresteleri sigortalattığı sigorta şirketine, söz konusu zararının tazmini için talepte bulunmuş ve sigorta şirketi de, düzenlenen poliçenin *M*'nin kendi adına olduğunu, buna karşılık şirketin *M*'den ayrı bir tüzel kişiliği bulunduğunu ileri sürmüş ve zararı tazmin etmemiştir. Mahkeme de sigortacının gerekçesi doğrultusunda davayı reddetmiştir.

*Lee* davasına baktığımızda ise, bay *Lee (L)* kurduğu şirketin aynı zamanda % 99 oranında hissedarı ve müdürüdür. Bay *L* şirkette kendini pilot olarak görevlendirmiş ve bir uçuş sırasında meydana gelen kaza sonucunda hayatını kaybetmiştir. Bunun üzerine eşi bayan *L*, eşinin şirketin işçisi olarak iş başındayken hayatını kaybettiğini ileri sürerek, şirketin sözleşme imzaladığı sigorta şirketinden tazminat talebinde bulunmuştur. Ancak sigorta şirketi, bay *L*'nin şirkette işçi olarak çalıştığını kabul etmeyerek talebi reddetmiştir. Buna karşılık mahkeme, *Salomon* davasına atıf yaparak, şirketin bay *L*'den bağımsız ve ayrı bir tüzel kişiliği olduğuna işaret ederek davayı kabul etmiştir.

---

çerçevede Temyiz Mahkemesi'ne göre, AS her ne kadar kendi işini sınırlı sorumlu bir şirket kurmak suretiyle bu şirkete devretmiş ise de, bu durum aslında, İŞK 1862'nin ruhuna aykırı olarak, onun gerçek iradesinden farklı bir sonucu yansıtmaktadır; ayrıntılı bilgi için bkz. Dignam / Lowry, s. 18-23.

<sup>10</sup> [1961] AC 12 (PC (NZ)).

<sup>11</sup> [1925] AC 619 (HL).

### III. PERDENİN KALDIRILMASI DOKTRİNİNİN HUKUKİ DAYANAĞI

#### 1.Kanun veya Sözleşme

Perdenin kaldırılması doktrini İngiliz hukukunda genelde mahkeme kararlarında uygulama alanı bulmuş olsa da, bazı durumlarda kanun koyucu, şirket tüzel kişiliğini göz ardı edebilmekte ve bu doktrin kanunla düzenlenebilmektedir. Gerçekten, bu düşüncenin arkasında genellikle finansal ve mali şeffaflık kaygısı ile vergisel veya işçi haklarına yönelik nedenler bulunmaktadır. Örneğin, İstihdam Hakları Kanunu 1996 (*Employment Rights Act 1996*), işçilerin bir grup şirket bünyesinde bir şirketten diğerine geçiş yaptırılarak işyerlerinin değiştirilmesini, grup bünyesindeki iki ayrı şirketi aynı işverenmiş gibi değerlendirecek, istihdam sürecinin kesilmeden devam ettiği şeklinde düzenlemektedir.

Bununla birlikte, kanundan kaynaklanan bu tür nedenlere ilişkin olarak şirket tüzel kişiliğinin varlığından kaynaklanan istenmeyen sonuçların, aykırılık öncesi (*ex-ante*) mi yoksa aykırılık sonrası (*ex-post*) düzenlemelerle mi önlenmesi gerektiği doktrinde tartışılmaktadır.<sup>12</sup> Kanımızca, mevzuatta istisnai olarak öngörülen bu tür durumların, aykırılık öncesi düzenlemelerle ele alınması, hukuki belirliliğin korunması açısından yerinde olacaktır. Kanundan kaynaklanan nedenlerin yanında, bazı durumlarda da şirket tüzel kişiliğinin perdesi, genel hukukun ilke ve kuralları çerçevesinde tarafların sözleşmede bu yönde bir iradesinin bulunduğu tespiti halinde de kaldırılabilir. Bu çerçevede; İngiliz hukukunda mahkeme kararları dışında, kanunda yer alan bir düzenlemeye ya da sözleşmeye dayalı olarak da perdenin kaldırılması söz konusu olabilmektedir.

#### 2.Mahkeme Kararı

İngiliz hukukunda konu ile ilgili mahkeme kararlarını incelediğimizde, bir şirketin taraf olduğu hileli, muvazaalı işlemlerin ya da grup şirketler ve/veya tek bir ekonomik birimin söz konusu olduğu, şirketin pay sahibinin temsilcisi olarak hareket ettiğinin tespit edildiği

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Davies, s. 196-198.

veya hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, mahkemelerce perdenin kaldırılması yoluna gidilebilmektedir.<sup>13</sup>

Bir başka deyişle mahkemelerce perdenin kaldırılması, şirket tüzel kişiliğinin arkasında gizlenmiş gerçek iradenin ortaya konulmasıyla yakından ilgilidir. Bununla birlikte, her ne kadar mahkemelerce perdenin kaldırılmasında dayanan hukuki gerekçeler birkaç grup altında toplanmış ise de; bunların sınırlı sayıda olmadığını ifade etmek gerekir. Bir başka deyişle, *Shub*'un da ifade ettiği gibi, perdenin kaldırılması kavramı, mahkemelerce şirket tüzel kişiliği arkasında olan bitenin araştırılmasını ifade etmektedir ve mahkemelerce yeni hukuki gerekçelerin yaratılması her zaman mümkün bulunmaktadır.<sup>14</sup>

#### IV.Tarihsel Süreç ve Sınırlı Bir Uygulama Olarak Perdenin Kaldırılması

##### 1.Tarihsel Süreç

İngiliz hukukunda mahkemelerce perdenin kaldırılması doktrininin uygulanmasını üç ayrı döneme ayırarak inceleyebiliriz.<sup>15</sup> 1897-1966 yılları arasındaki klasik dönemde, *Salomon* davasının uygulamaya etkisini görmekteyiz. Bir başka deyişle bu dönemde, “şirket tüzel kişiliği” kavramı göz önünde bulundurularak mahkemelerce perdenin kaldırılması tercih edilen bir yol olmamıştır. Buna rağmen sayıca fazla olmasa da *Gilford Motor Co Ltd v Horne*<sup>16</sup> (*Gilford*) ve *Daimler Co Ltd ve Continental Tyre and Rubber Co*<sup>17</sup> (*Daimler*) gibi davalarda, mahkemeler şirket tüzel kişiliği perdesini kaldırarak şirket tüzel kişiliğinin varlığını göz ardı etmişlerdir.

1966-1989 yılları arasındaki müdahaleci dönemde ise, klasik dö-

<sup>13</sup> Genel olarak bkz. Ring G.: “Piercing the Corporate Veil: J.L. Brock Builders, Inc. V. Dahlbeck” C. L.Rev. 1987-1988, Vol. 21, s. 621 vd.; Comer B.: “Piercing the Corporate Veil in Wilson v. Friedberg S.C.L.Rev. 1996-1997” Vol. 48, s. 905 vd.; Ridley, s. 20 vd; Davies, s. 202 vd; Dignam / Lowry, s. 34 vd.

<sup>14</sup> Shub O.: “Separate Corporate Personality: Piercing the Veil” FDCC Quarterly 2006, Vol. 56, s. 255.

<sup>15</sup> Gerçekten, Dignam ve Lowry, İngiliz mahkemelerince perdenin kaldırılması doktrininin uygulanması sürecini üç başlığa ayırarak incelemektedir; bkz. Dignam / Lowry, s. 35-40. Ayrıca bkz. Mohanty S. / Bahandari V.: “The evolution of separate legal personality doctrine and its exceptions: a comparative analysis” Comp. Law. 2011 Vol. 194-205, s. 195 vd.

<sup>16</sup> [1933] CH 935 (CA).

<sup>17</sup> [1916] 2 AC 307 (HL).

nemde *Salomon* davasıyla benimsenen uygulamanın aksine, mahkemelerin sıklıkla perdenin kaldırılması yoluna gittiklerini görmekteyiz. Örneğin *Littlewoods Mail Order Stores v IRC*<sup>18</sup> (*Littlewoods*) ve *DHN Food Distributors Ltd ve London Borough of Tower Hamlets*<sup>19</sup> (*DHN*) davaları, her ne kadar doktrinde eleştirilmiş olsa da,<sup>20</sup> mahkemelerin perdenin kaldırılmasındaki kararlılığını açıkça ortaya koymaktadır.

Son olarak, 1989'dan günümüze kadar olan çağdaş dönemde *Adams v Cape Industries plc*<sup>21</sup> (*Adams*) davasının etkisini görmekteyiz. Bu dönemde, *Salomon* davasıyla benimsenen uygulamaya dönülmüş ve *Adams* davasında belirlenen kriterler, mahkemeler için yol gösterici nitelikte olmuştur.

## 2. Sınırlı Bir Uygulama Olarak Perdenin Kaldırılması

Perdenin kaldırılmasındaki asıl amaç, şirket tüzel kişiliği arkasına gizlenmiş gerçek iradenin ortaya çıkarılması olmakla birlikte, ticari hayatta belirliliğin ve yatırımcının korunması, ticari hayatın ekonomiye olası etkileri dikkate alınarak doktrinde bu tür bir uygulamanın sınırlı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>22</sup> Bir başka deyişle, perdenin kaldırılmasıyla şirketler hukukunun temel ilke ve kuralları arasında hakkaniyete uygun bir denge kurulması durumunda, önemli sayıda yatırımcı ticari hayattan elini çekebilecektir.<sup>23</sup> Zira *Barber'a* göre, her ne kadar mahkemeler perdeyi kaldırma eğilimine yönelmiş iseler de bunun ekonomiye olumsuz etkileri dikkate alınarak bu süreç tersine yol alabilecek ve istisnai durumlarda söz konusu doktrin uygulama alanı bulabilecektir.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> [1969] 1 WLR 1241 (CA).

<sup>19</sup> [1976] 1 WLR 852 (CA).

<sup>20</sup> Zira Lowry müdahaleci dönemdeki mahkeme kararlarına eleştiri getirirken, sorunu, ticari hayatta yaşanan bu belirsizliğin, şirketlerin güvenli bir şekilde faaliyetlerini sürdürmelerinin üzerini adeta kaplayan kara bir buluta benzetmektedir; bkz. Lowry, s. 40.

<sup>21</sup> [1990] Ch 433 (CA).

<sup>22</sup> Bkz. Smith D.G.: "Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries" B.Y.U. L. Rev., Vol. 4, s. 1186 vd.

<sup>23</sup> Hannigan, "şirketleşme" kavramı karşısında, perdenin kaldırılmasının ve sonuçlarının sadece sınırlı bir uygulama olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir; bkz. Hannigan, s. 46.

<sup>24</sup> Barber D.H.: "Piercing the Corporate Veil" Willamette L. Rev. 1980-1981, Vol. 17, s. 404 vd.

Bununla birlikte doktrinde perdenin kaldırılması uygulamasındaki mahkeme kararlarındaki tutarsızlığın, mahkemelerin başarısızlığının bir göstergesi olduğu da ileri sürülmektedir. Zira *Blake*, bu hususla ilgili olarak, hakim *Oliver Wendell Holmes*'un, "*Yargılama yoluyla yaratılan her önemli ilke aslında, kamu düzeninin az çok anlaşılabilir, bir başka deyişle yeterince anlaşılabilir yönünün doğal bir sonucudur.*" ifadesine yer vererek, mahkeme kararlarında perdenin kaldırılması uygulamasına yönelik eleştiri getirmektedir.<sup>25</sup>

Diğer taraftan doktrinde, ortada somut veriler olmadan sadece birtakım karinelere dayanarak perdenin kaldırılmasının yanlış bir uygulama olacağı, bu nedenle de, şirketler hukukunun temel ilke ve kuralları da dikkate alınarak şirket tüzel kişiliği arkasına gizlenmiş gerçek iradenin şüpheye yer vermeyecek şekilde somut bir şekilde ortaya konulması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>26</sup> Zira; perdenin kaldırılmasında şirket tüzel kişiliğinin pay sahiplerinden bağımsız varlığının ve sınırlı sorumluluğun bir sonucu olarak yatırımların teşvik edildiği ve yöneticilerin yeni projeleri hayata geçirmeleri konusunda cesaretlendirildiği, ayrıca, şirketlere bu şekilde sermaye girişiyle işlem maliyetlerinin azaldığı gibi sonuçların da mahkemelerce gözetilmesi gerekmektedir.<sup>27</sup> Bununla birlikte doktrinde ayrıca, perdenin kaldırılması uygulamasının sınırlı bir şekilde ve esas olarak paravan şirketlere yönelik olması gerektiği, birkaç ortakla paravan şirket kurarak sorumluluktan kaçınmanın uygulamada sıklıkla tercih edilen bir yol olduğu ileri sürülmüştür.<sup>28</sup> Daha da ileri gidilerek, perdenin kaldırılmasının mahkemelerce genişletici yorumla uygulanmasının kamu yararına olduğu yönünde herhangi bir kanıtın bulunmadığı ve yargısal risklerin de hiçbir zaman önlenemeyeceği ileri sürülmüş ve bu açıdan mahkeme kararları eleştirilmiştir.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Blake B.: "Piercing the Corporate Veil" OHIO N.U.L. 2010, Vol. 36, s. 1191.

<sup>26</sup> Hannigan, s. 46.

<sup>27</sup> Smith, s. 1182 vd.

<sup>28</sup> Barber, hangi durumlarda mahkemelerin perdeyi kaldırması gerektiğini ayrıntılı olarak incelemiş ve bunu on dokuz başlık altında ele alarak, bu konuda bir dengeyin sağlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Örneğin yazara göre, şirketin varlıklarının şirketin amacı ve ticari faaliyeti dışında kullanılması, perdenin kaldırılması gereken durumlardandır; bkz. Barber, s. 371.

<sup>29</sup> Bkz. Bainbridge S.M.: "Abolishing Veil Piercing" J.Corp.L. 2001, Vol.26, s. 479.

Doktrinde bir başka görüşe göre, her ne kadar sınırlı sorumluluk ilkesi yatırımların çoğalmasına ve özellikle küçük yatırımcıların ticari hayata kazandırılmasına hizmet etmekte ise de, bu durum aynı zamanda, ortaya çıkan zararı şirket alacaklılarının üzerine yüklemektedir.<sup>30</sup> Kanımızca, sınırlı sorumluluk ilkesinin kanunda düzenlenmiş olduğu ve alacaklıların da bu duruma göre şirketlerle hukuki ilişkiye girdiği dikkate alındığında, söz konusu iddianın hukuki dayanağı yerinde değildir.

Son otuz yıldaki İngiliz mahkeme kararlarındaki perdenin kaldırılması doktrininin uygulanmasına yönelik gelişime bakıldığında, *Adams* davasının etkisini görmekteyiz. Bu dava aslında, *Salomon* davasına dönüş olarak yorumlanabilir. *Adams* davası, ticari hayatta belirliliğin korunması amacıyla perdenin kaldırılması doktrininin istisnai olarak uygulandığı ve bazı koşullara bağlandığı “ancak gördüğünde bilebilirsin” davalarındandır.<sup>31</sup> Bir başka deyişle bu davada, şirket tüzel kişiliği ön planda tutularak, perdenin kaldırılmasının hangi koşullarda mümkün olabileceği belirlenmiştir. Bu koşullar: -tek bir ekonomik birim gibi hareket edilmesi, - muvazaalı işlemin varlığı ve -ana şirketin yavru şirketmiş gibi faaliyet göstermesidir. Buna karşılık mahkeme, somut olayda bu durumların hiçbirisinin bulunmadığı gerekçesiyle perdeyi kaldırmamış, buna karşılık bu karar, özellikle atıfta bulunulan davalar yönüyle doktrinde eleştirilmiştir. Örneğin, *Dignam ve Lowry*, mahkeme her ne kadar *Lipman v Jones*<sup>32</sup> (*Lipman*) davasına atıf yapmış olsa da, *Lipman* davasındaki somut olayda farklı bir durumun söz konusu olduğunu, zira, *Lipman (L)*'in sorumluluktan kurulmak amacıyla başka bir şirket kurduğunu ileri sürmüştür.<sup>33</sup>

Perdenin kaldırılması doktrininin uygulanmasında doktrinde tartışılan bir başka konu, sözleşmenin nisbiliği ilkesine, bir başka deyişle sadece tarafları bağlamasına rağmen, paravan şirketlerin imzaladığı sözleşmeler nedeniyle sözleşmenin tarafı olmayan perde arkasındaki kişilerin doğan zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Örne-

<sup>30</sup> Bkz. Smith, s. 1165.

<sup>31</sup> *Dignam / Lowry*, s. 39.

<sup>32</sup> [1962] 1 All Er 442 (CCD).

<sup>33</sup> *Dignam / Lowry*, s. 39.



ğın, paravan şirket adına sözleşmeyi imzalamış olan şirket müdürleri de, sözleşmenin tarafı olmadıkları halde, sözleşmeden doğan zararların tazmininde sorumlu tutulabilecekler midir?

Gerçekten bu durumla ilgili olarak *Antonio Gramsci Shipping Corp v Stepanos*<sup>34</sup> davasında, her ne kadar davalı navlun sözleşmesinin tarafı olarak görünmekte ise de, aslında bu şirketin kontrolünü elinde bulunduranlar tarafından sözleşmenin imzalanmış sayılması gerektiğine karar verilmiştir.<sup>35</sup> Bu şekilde söz konusu mahkeme kararında, sözleşmenin nisbiliği ilkesine rağmen, mahkeme davalı şirketin kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerini sözleşmenin tarafı olarak değerlendirmiştir. Buna karşılık *Linsen International Ltd v Humpuss Transportasi Kimia*<sup>36</sup> davasında, farklı yönde bir görüş benimsenerek, gerçek sorumluların aslında sözleşmenin tarafı olmadığı, sadece perdenin kaldırılması sonucunda gerçek sorumlulara doğan zararın tazmini amacıyla müracaat edilebileceği değerlendirilmesi yapılmıştır.<sup>37</sup> Kanımızca burada konu, sözleşmenin nisbiliği ilkesi ile ilgili olmayıp, perdenin kaldırılması için gereken koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin ortaya konulması ile ilgilidir.

Diğer taraftan; uygulamada bazı mahkeme kararlarında perdenin kaldırılmasının amacı ve sınırlarına yönelik değerlendirmenin yapıldığını da görmekteyiz. Zira, *VTB Capital Plc v Nutritek International*<sup>38</sup> davasında, bu doktrinin amaç ve sınırları ortaya konularak, mahkeme davayı reddetmiş ve paravan şirketin tarafı olduğu sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin mahkemede iddia edilen hususlar ile paravan şirkete yöneltilen talebin, savunulamayacak bir hukuksal durumu ifade ettiği belirtilerek, şirket tüzel kişiliği perdesi kaldırılmamıştır.

<sup>34</sup> [2011] EWCH 333 (Comm).

<sup>35</sup> Davanın yorumlanması ve şirket müdürüne sorumluluğun yüklenmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mitchell G.: "Piercing the Corporate Veil to Impose Contractual Liability on a Director" B.J.IB&F.L. Vol. 27, s. 149 vd; Vlasov D.: "Liability of Puppeteer for a Puppet: a Recent Development in Law on Piercing the Corporate Veil" Comp. Law, Vol. 33, s. 356 vd.

<sup>36</sup> [2011] EWCH 2339 (Comm).

<sup>37</sup> Hannigan, s. 47-48.

<sup>38</sup> [2012] EWCA 808 (CA).

## V. MAHKEMELERİN DAYANDIĞI GEREKÇELER

### 1.Muvazaa

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, mahkemelerce kullanılan “muvazaa”<sup>39</sup> gerekçesi genellikle paravan şirketlerde perdenin kaldırılmasında uygulanmaktadır. Burada; paravan şirketin arkasında gizlenmiş gerçek iradenin ne olduğunun ve gerçekte yapılması istenen hukuki işlemin tanımının açık bir şekilde ortaya konulması gerekecektir. Bununla birlikte doktrinde *Davies*, bir şirketi “muvazaalı” duruma getiren olayların tespitinin kolay olmadığını altını çizerek, mahkemelerin somut olayı değerlendirirken yazılı belge ve tanık ifadelerini dikkatlice ele alması ve sadece karinelere dayanmadan somut delillere göre karar vermesi gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>40</sup>

İngiliz hukukunda “muvazaa”ya dayalı olarak perdenin kaldırıldığı birçok dava bulunmaktadır. Örneğin, *Woolfson v Strathclyde Regional Council*<sup>41</sup> (*Woolfson*) davasında önemli bir ilke geliştirilmiştir. Buna göre, somut olaya göre gelişen özel durumların şirketin gerçek iradesinin gizlendiğini işaret etmesi gerekmektedir. Bu şekilde, bu özel durumların ortaya konulması gerekliliği aynı zamanda, perdenin kaldırılması ile şirket tüzel kişiliğinin varlığının kabulü ve sınırlı sorumluluk arasında bir dengenin kurulması amacıyla yönelik olarak ifade edilmiştir. Yine “muvazaa” gerekçesi, *Adams ve Trustor AB v Smallbone (No2)*<sup>42</sup> gibi davalarda da şirket tüzel kişiliğinin perdesinin kaldırılmasında ele alınmıştır.

### 2.Grup Şirket – Tek Ekonomik Birim

Uygulamada yavru şirketler bir grup şirket bünyesinde ticari faaliyetlerini ayrı birer tüzel kişilik olarak sürdürebilmekte iseler de, bu tür oluşumlarda ana şirketle yavru şirket birbirinden sadece görünüşte bağımsız hareket edebilmekte ve bu durum üçüncü kişilerin zararına

<sup>39</sup> İngiliz mahkemeleri bazı kararlarında bu testi, “sahte” veya “paravan” kavramlarını kullanarak da adlandırmaktadırlar; bkz. Gelb H.: “Limited Liability Policy and Veil Piercing” *Wyo L. Rev.* 2009, Vol. 9, s. 551.

<sup>40</sup> *Davies*, s. 204.

<sup>41</sup> [1978] SC 90 (HL).

<sup>42</sup> [2001] 3 ALL ER 987 (CCD).

sonuç doğurabilmektedir.<sup>43</sup> Burada mahkemelerin perdenin kaldırılması doktrininin uygulanmasında ana şirket ve yavru şirket arasında var olan “hakimiyet ve kontrol” kriterini uyguladığını görmekteyiz.<sup>44</sup> Gerçekten birbirinden ayrı tüzel kişiliği haiz iki şirket arasında var olan “hakimiyet ve kontrol ilişkisi”, aslında ticari hayatta gerçekte iki şirket arasında var olandan farklı bir hukuki durumu yansıtmaktadır.<sup>45</sup> Bu nedenle de söz konusu durumda, tek ekonomik birimin varlığına dayanılarak perdenin kaldırılması için sıradan bir ticari veya ekonomik bağın ötesinde, ana şirket ile yavru şirket arasındaki hukuka aykırı bağın ortaya konulması gerekecektir.

İngiliz hukukunda grup şirket veya tek ekonomik birime dayalı olarak perdenin kaldırılmasında mahkeme kararlarının gerekçelerini incelediğimizde özellikle yavru şirket alacaklılarının korunması ile yavru şirket müdürlerinin görev ve sorumlulukları ile azınlık hakları yönünden konunun ele alındığını söyleyebiliriz. Örneğin *Chandler v Cape Plc*<sup>46</sup> davasında, ana şirket her ne kadar yavru şirketten farklı bir tüzel kişi olsa da, yavru şirketin istihdam ettiği işçinin haklarının korunmasından da sorumlu olduğuna işaret edilerek, *Salomon ve Adams* davalarındaki “tüzel kişilik” ekseninde yapılan yorumdan farklı bir gerekçeye yer verilmiştir. Söz konusu dava, *Fullbrook* tarafından da değerlendirilmiş ve yazar, işverenin sorumluluğuna ilişkin davanın işverene yönelik açılmasının doğal olduğunu, ancak istisnai olarak grup şirketlerde ana şirketin işveren gibi sorumlu tutularak hakkında dava açılmasının mümkün bulunduğunu işaret etmiştir.<sup>47</sup>

Grup şirketlerin yapısal ve tek bir ekonomik birim gibi hareket etme özelliklerine ilişkin olarak, hukuki durumu en net bir şekilde ortaya koyan kararlardan biri de *DHN* davası olup, bu davaya kısaca değinmek gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu davada *DHN* ana şirket

<sup>43</sup> Griffin, s. 16.

<sup>44</sup> Gelb ve Smith, ana şirketlerin genelde aktif konumdaki şirketler olduğuna, bu şirketlerin yavru şirketlerin işlemlerini denetlediklerine ve bu şirketlerin politikalarını belirlediklerine dikkat çekmektedir; bkz. Gelb, s. 551, Smith s. 1165.

<sup>45</sup> Buna karşılık, Salomon davasındaki görüşe dönüş niteliğindeki Adams davasında hakim Slade LJ açık bir ifadeyle, “bütün şirketlere tek bir şirketmiş gibi davranılmasını gerektiren genel bir ilkenin bulunmadığına” işaret etmiştir.

<sup>46</sup> [2012] EWCA 525 (CA).

<sup>47</sup> Fullbrook J.: “Case Comment Chandler v Cape plc: personel injury: liability: negligence” JPI Law 2012, Vol. 3, s. 139. Benzer durum için ayrıca bkz. Creasey v Breachwood Motors davası [1992] BCC 639 (QBD).

olarak, kendisinden başka iki ayrı şirketle birlikte bir grup şirket olarak ticari faaliyetini sürdürmekte olup, bu üç şirketin pay sahipleri ve müdürleri de aynı kişilerdir. Yavru şirketlerden birinin mülkiyetindeki bir gayrimenkul, *London Borough of Towers Hamlets (LBTH)* tarafından kamulaştırılmıştır. Bu gayrimenkul üzerinde, mülk sahibi yavru şirket değil, ana şirket olan *DHN* ticari faaliyette bulunmaktadır. Buna karşılık, ilgili mevzuat uyarınca bu yavru şirkete ödenmesi gereken kamulaştırma bedeli, gayrimenkulün değeri ile gayrimenkul sahibine işin tasfiyesi nedeniyle yoksun kaldığı kara ilişkin tazminat tutarını kapsamaktadır. Ancak, *LBTH* sadece gayrimenkulün değerini ödemiş, işin ise gayrimenkul sahibi yavru şirkete değil, ana şirket *DHN* şirketine ait olduğunu ileri sürerek, yoksun kalınan karı ödememiştir. Gerçekten burada cevaplanması gereken soru, yavru şirketin mülkiyetindeki gayrimenkul üzerinde ana şirketin faaliyetini sürdürmekte olması nedeniyle, ana şirket, işinin tasfiye edildiği iddiasıyla tazminat talep edebilecek midir? Dava sonucunda mahkeme, şirketler arasındaki yapısal bağı dikkate alarak, her üç şirketi tek ekonomik birim gibi değerlendirmiş ve üzerinde ticari faaliyette bulunulan gayrimenkulün mülkiyeti yavru şirkete ait olsa da, ana şirketin tazminat talebinde bulunabileceğine hükmetmiştir.

Sonuç olarak, mahkeme kararlarını ve bu tür oluşumların yapısal özelliklerini göz önünde bulundurduğumuzda grup şirket veya tek ekonomik birim gerekçesine dayanılarak perdenin kaldırılmasının çok da kolay olmadığını ifade edebiliriz; zira, yukarıda da belirttiğimiz *Wolfson* ve *Adams* davaları bunun en önemli kanıtıdır.

### 3.Hile

Hukuk dışı amaçlara yönelik olarak bir paravan şirket kurulmuşsa, mahkemelerce "hile"ye dayalı olarak perdenin kaldırılmasına karar verilebilmektedir. Aslında perdenin kaldırılması uygulamasında "hile" ve "muvazaa" kavramları birbirine yakın uygulamayı ifade etmektedir ve çoğu zaman bu kavramların birbirinden ayırt edilmesi de kolay değildir. Bu çerçevede; "hile"ye dayalı perdenin kaldırılması uygulamasına örnek olarak *Lipman* davasını gösterebiliriz. Zira bu davada, *Lipman (L)*, evini *Jones'a (J)* satmak için anlaşmıştır. Daha sonra *L* fikrini değiştirmiş ve evini *J*'ye satmaktan vazgeçerek, bu evi hakim

ortağı olduğu bir şirkete satmıştır. *J* da *L*'nin taahhüdünü yerine getirmesi hususunda dava açmıştır. Somut olayda mahkeme şirket tüzel kişiliği perdesini kaldırarak, şirketin *L*'nin taahhüdünden kurtulmak için hakim ortağı olduğu şirketle hileli işlem tesis ettiğine karar vermiştir. Zira bu kararda hakim *Russel J*, gayrimenkulü devralan şirketi "Lipman yapımı şirket" şeklinde tanımlamıştır.

"Hile" gerekçesinin uygulanmasına yönelik bir başka önemli dava da, *Gilford* davasıdır. Bu davada *Horne (H)*, *Gilford Motor Co Ltd (GM)* şirketinde şirket müdürü olarak çalışmıştır. *H*, şirketten ayrıldıktan sonra yeni bir şirket kurmuş ve bu kurulan yeni şirket *GM* şirketine rakip olarak faaliyetini sürdürmeye başlamıştır. Bununla birlikte, *H*'nin *GM* şirketi ile yaptığı istihdam sözleşmesinde, şirketle rekabet etmeme koşuluna yer verilmiştir. Ancak *H* sözleşmedeki bu koşula aykırı hareket etmiş ve yeni şirketinde, önceden çalıştığı şirketin müşterilerini kendi şirketiyle çalışma konusunda ikna etmiştir. Bunun üzerine *GM* şirketi, *H*'ye ve *H*'nin yeni kurduğu şirkete tazminat davası açmıştır. Mahkeme tarafından somut olay incelendiğinde, *H*'nin aslında yeni kurduğu şirketinin arkasına gizlenerek, *GM* şirketiyle olan sözleşmesinden doğan rekabet etmeme yükümlülüğünü yerine getirmeme amacıyla hareket ettiğine hükmedilmiştir. Zira; bu davada hakim *Lord Hanworth* açık bir ifadeyle, "*Horne'un kurduğu şirketin sadece, asıl amacın gizlenilmesi için hileli bir şekilde bir araç olarak kurulduğu hususunda oldukça tatmin oldum.*" ifadesini kullanmıştır.

#### 4. Temsilcilik İlişkisi

Mahkeme kararlarını incelediğimizde, bazı davalarda temsilcilik ilişkisi gerekçesine dayalı olarak, özellikle grup şirketlere yönelik perdenin kaldırıldığını görmekteyiz. Burada, bir hakim şirketin diğer bir şirketin faaliyet ve işlemleri üzerindeki mutlak hakim etkisinin tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>48</sup> Örneğin, *Re FG Films Ltd*<sup>49</sup> davasında, yeni kurulan bir şirket tarafından İngiliz menşeli film yapıldığı gerekçesiyle İngiliz hukukundaki vergisel avantajlardan yararlanmak amacıyla hukuki durumun tespiti için mahkemeye başvuruda bulunulmuştur. Bir Amerikan şirketi tarafından sağlanan şirketin ödenmiş sermayesi

<sup>48</sup> Griffin, s. 20.

<sup>49</sup> [1953]1 All ER 615.

100 sterlin olmakla birlikte, film yapımı için ayrıca 80.000 sterlinlik bir finansal kaynak ve çalışan personel beyan edilmiştir. Ayrıca, somut durumda dikkat çeken bir diğer husus, bu şirketin İngiltere’de tescil edilmiş işyeri dışında başka bir işyeri bulunmadığı ve Amerikan şirketinin genel müdürü olarak nitelendirilen kişinin bu şirkette aynı zamanda % 90 oranında pay sahibi olduğudur. Sonuç olarak, mahkeme tarafından söz konusu şirketin talebi, şirketin aslında Amerikan şirketi nam ve hesabına hareket ettiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Ancak söz konusu mahkeme kararı doktrinde, dayanan gerekçe için açıklayıcı bir rehber olmaktan uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>50</sup> Bununla birlikte, *JH Rayner v Department of Trade and Industry*<sup>51</sup> davasında olaya farklı bir açıdan bakılarak, grup içindeki bir şirketin diğer bir şirketin faaliyet ve işlemlerindeki mutlak hakim etkisinin tespit edilemediği durumlarda, “temsilcilik ilişkisi”ne dayanılarak perdenin kaldırılamayacağına işaret edilmiştir.

## 5.Hakkaniyet

İngiliz mahkemelerince sıklıkla uygulanmasa da, perdenin kaldırılması doktrininin “hakkaniyet” gerekçesine dayanılarak da kaldırdığını görmekteyiz. Gerçekten bu tür davalarda, mahkemeler perdenin kaldırılmasının hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracağına kanaat getirmekte ve bu amaç doğrultusunda şirketler hukukunun ilke ve kurallarının esnek bir şekilde uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.

Ancak kabul etmek gerekir ki söz konusu gerekçe, hakim mevzuatta açık hüküm bulunmayan durumlarda hakkaniyete uygun bir çözüm bulma amacına yönelik yorum yoluyla çözümlenebileceği davalarda uygulama alanı bulabilecektir.<sup>52</sup> Örneğin, *Creasey* davasında, gerektiğinde perdenin kaldırılmasını haklı kılacak bir neden olarak, somut olayda hakkaniyete uygun mülahazaların ileri sürülebileceği

<sup>50</sup> Shepherd C.: *Company Law*, 2 nd edn, London 2012, s. 27.

<sup>51</sup> [1990] 2 AC 418 (HL). Aynı yönde gerekçe için bkz, *Gramophone&Typewriter v Stanley* davası [1908] 2 KB 89 (CA) ve *Smith Stone&Knight Ltd v Birmingham Corp* davası [1939] 4 All ER 116 (QBD).

<sup>52</sup> Davies, s. 206. Bu gerekçe ile ilgili olarak perdenin kaldırılması talebinin reddine yönelik gerekçe için ayrıca bkz. *Adams* davası.

açıkça ifade edilmiştir.<sup>53</sup> Bu itibarla; uygulanmasının zorluğu karşısında, “hakkaniyet” gerekçesinin mahkemelerce çok da fazla kullanılmadığını ifade edebiliriz.

## VI. SONUÇ

İngiliz Şirketler Kanunu’nda (*Companies Act 2006*) perdenin kaldırılmasına yönelik açık bir düzenleme olmaması karşısında, ortaya çıkan zararın tazmini açısından hangi durumlarda perdenin kaldırılarak asıl sorumlulara gidilebileceği ve bunun sınırının ne şekilde çizilmesi gerektiği konusu İngiliz mahkemelerinde ve bu doğrultuda doktrinde uzun yıllardır tartışma konusu olmuştur. Güncel mahkeme kararlarını incelediğimizde, perdenin kaldırılması doktrininin uygulanmasına yönelik *Adams* davasının etkisini görmekteyiz. Bu dava aslında, *Salomon* davasına dönüş olarak nitelendirilebilecek olup, bu dava ile öngörülen uygulama, mahkemelerin mümkün olduğunca şirket tüzel kişiliğinin varlığını gözeterek, sınırlı bir uygulama olarak perdenin kaldırılması sorununu ele alması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Aslında bu uygulamanın arkasında yer alan temel düşünce, şirketler hukukunun temel ilke ve kurallarına mümkün olduğunca bağlı kalınarak, ticari hayattaki belirliliğin devamının sağlanması ve küçük yatırımcının ekonomiden uzaklaşmamasıdır.

Perdenin kaldırılması doktrini aslında, pay sahipleri ile şirket arasında olması gereken hukuki ilişkiden farklı bir durumun varlığına işaret etmektedir. Bununla birlikte, her ne kadar bu şekilde bir organik bağı ortaya çıkarmak mahkemelerin görevi ise de, şirketler hukukunun temel ilke ve kurallarıyla bir dengenin sağlanması gerektiği açıktır. Kanaatimizce, İngiliz Şirketler Kanunu’nda (*Companies Act 2006*) açık bir hüküm bulunmaması karşısında, mahkemelerin perdenin kaldırılmasını sınırlı bir şekilde uygulaması, ticaret hukukunun ilke ve kurallarının korunması açısından yerinde bir uygulamadır. Bununla birlikte mahkemelerce değişik gerekçelere dayalı olarak perdenin kaldırıldığı görülmekte ise de, aslında perdenin kaldırılması doktrininin uygulanması genelde muvazaalı veya hileli işlemlerin varlığına dayanmaktadır.

<sup>53</sup> Griffin, s. 27.

### KAYNAKLAR

- Bainbridge S.M.: "Abolishing Veil Piercing" J.Corp.L. 2001, Vol. 26, s. 479 vd.
- Barber D.H.: "Piercing the Corporate Veil" Willamette L. Rev. 1980-1981, Vol. 17, s. 371 vd.
- Blake B.: "Piercing the Corporate Veil" OHIO N.U.L. 2010, Vol. 36, s. 1191 vd.
- Comer B.: "Piercing the Corporate Veil in Wilson v. Friedberg" C.L.Rev. 1996-1997, Vol. 48, s. 905 vd.
- Davies P.L.: Principles of Modern Company Law, 8th edn, London 2008.
- Dignam A. / Lowry, J.: Company Law, 4th edn, London 2012.
- Fullbrook J.: "Case Comment Chandler v Cape plc: personel injury: liability: negligence" JPI Law 2012, Vol. 3, s. 135 vd.
- Hannigan B.: Company Law, 3rd edn, London 2012.
- Gelb H.: "Limited Liability Policy and Veil Piercing" Wyo L. Rev. 2009, Vol. 9, s. 551 vd.
- Mitchell G.: "Piercing the Corporate Veil to Impose Contractual Liability on a Director" B.J.IB&F.L. Vol. 27, s. 149 vd.
- Mohanty S. / Bahandari V.: "The evolution of separate legal personality doctrine and its exceptions: a comparative analysis" Comp. Law. 2011 Vol. 194-205
- Ridley A.: Key Facts Company Law, 4th edn, London 2011.
- Ring G.: "Piercing the Corporate Veil: J.L. Brock Builders, Inc. V. Dahlbeck" C. L.Rev. 1987-1988, Vol. 21, s. 621 vd.
- Shepherd C.: Company Law, 2 nd edn, London 2012.
- Shub O.: "Separate Corporate Personality: Piercing the Veil" FDCC Quarterly 2006, Vol. 56, s. 253 vd.
- Smith D.G.: Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries, B.Y.U.L. Rev. 2008, Vol. 4, s. 1165 vd.
- Vlasov D.: "Liability of Puppeteer for a Puppet: a Recent Development in Law on Piercing the Corporate Veil" Comp. Law, Vol. 33, s. 356 vd.



**TÜRKİYE CEZAEVLERİNDE BULUNAN HASTA  
MAHPUSLARIN DURUMUNUN ULUSLARARASI  
METİNLER IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ:  
HAPİS DIŞI YÖNTEMLERİN  
OLGUNLAŞTIRILMASINDA ULUSLARARASI  
ARAYIŞLAR VE HASTA MAHPUSLARIN KONUMU  
EVALUATION OF THE SITUATION OF THE SICK PRISONERS IN  
TURKISH PRISONS WITHIN THE LIGHT OF INTERNATIONAL  
TEXTS: INTERNATIONAL QUESTS AND POSITION OF SICK  
PRISONERS IN MATURATION OF NON-CUSTODIAL METHODS**

Bavver KILIÇOĞLU\*

**Özet:** Bu makalede, ciddi rahatsızlıklarına rağmen Türkiye cezaevlerinde tutulan mahpusların ulusal hukuk içerisindeki mevcut durumu aktararak, toplumsal vicdan üzerinde yarattığı kaygının uluslararası metinlerdeki iz düşümleri irdelenmektedir. Çalışmada devamla, hasta mahpusların herkesle aynı ceza infaz rejimine tabi tutulmasının meydana getirdiği insanlık dışı uygulamalar, “kanun önünde eşitlik ilkesi” çerçevesinde tartışmaya açılmaktadır. Ayrıca çalışmada hapis dışı yöntemlerin olgunlaştırılmasında uluslararası arayışlara değinilerek hasta mahpusların bu arayışlar içerisindeki konumu ele alınmakta ve genel bir değerlendirme ile sonlandırılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Hasta Mahpus, Uluslararası Hukuk, Sağlık Hakkı, Yaşam Hakkı, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

**Abstract:** In this artical, the current situation of the prisoners that are kept in the Turkish prisons despite their serious illnesses is reported within the national law and the projections of the concern that it created on social conscience in international texts are studied. Furthermore, in the study, the inhuman treatments that the sick prisoners are exposed to the same enforcements with the other normal prisoners are brought into question within the framework of “the equal protection of law.” Moreover, in the study, the international quests in maturation of non-custodial methods are mentioned and the positions of the sick prisoners within these quests are handled and the study ends with a general evaluation.

**Keywords:** Sick Prisoner, International Law, Right to Health, Right to Live, Prohibition of Torture and Mistreatment

\* Arş. Gör., Dicle Üniversitesi Milletlerarası Genel Hukuk Dalı

### Giriş:

*“Azap çektirilen, parçalanmış, organları kopartılan, yüzüne veya omzuna simgesel damga basılan, canlı veya ölü olarak teşir edilen, seyirlik unsur haline getirilen beden birkaç on yıl içinde ortadan yok olmuştur. Beden, ceza ile yıldırmanın ana hedefi olmaktan çıkmıştır.”<sup>1</sup>*

Hapis-ceza yapısının bina edilmeye başlandığı 19.yy.lara değin süre gelen suçu ve suçluyu yıldırmanın iktidarsal itki noktası motor gücünü sürekli bedene azap çektirmede bulmuştur. Yakın geçmişimize kadar devam eden cezalandırma sistemlerindeki kaçınılmaz ölüm; toplum önünde zincire vurulma, kamçılanma, kızgın demirlerle dağlanma, yerlerde sürülme, organların canlı canlı kesilmesi gibi vahşi biçimlerde yaşanmaktaydı.<sup>2</sup> Bu azap çektirme metodlarının barındırdığı şiddet hacminin dozajı ve beden ile olan doğrudan teması sadece bireye ıstırap çektirme amacı ile yoğunlaşmamıştır. Foucault’un dediği gibi, cezalandırmadaki tüm azap çektirme süreçlerinin toplum önünde “kara bir şölen” havasında sergilenmesinin hukuksal ve siyasi işlevi bulunmaktadır.<sup>3</sup> Bu işlev de bir an için yara almış olan otoriteyi yeniden oluşturmaya yönelik törensel bir çerçevedir. Bu işlevin gerçekleşmesi adına, toplumsal belleğin yaşadığı-yaşayacağı sosyo-psikolojik süreçlerde bir nizam atmosferini dizayn etme hedef koşudur. Azap törenlerinde otoritenin koyduğu-koyacağı kurallara sadık bir toplumsal yapının demini her daim diri tutabilmek için toplumsal belleğe gönderilen ahlaki ve siyasi mesajlar bulmak mümkündür.

Tarihsel akış içerisinde cezalandırma mantığının seyrettiği rota ve barındırdığı şiddet temposu farklı yoğunluklara bürünse de, yukarıda açıkladığımız “iktidarsal amaç” kararlılığını hala sürdürmektedir. Bireyler nezdinde yapılması ve yapılmaması gerekenleri belirleyen otoritenin kaidelerine aykırılık suç, bu gaflete düşenlere suçlu, suçluya yönelen otorite araçlarına yaptırım ve nihayet tüm bu denklemin tamamına da cezalandırma hukuku diyebiliriz. Krallardan tiranlara, monarklardan imparatorlara kadar farklı tarzlara bürünen bu hukuksal denklemin temsili demokrasi adı altında yoğunlaşmış, millet adına

<sup>1</sup> Foucault Michel, “Hapishanenin Doğuşu”, Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, 3.Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ekim-2006, s.39.

<sup>2</sup> Giddens Anthony, “Sosyoloji”, Çeviren: Cemal Güzel, 1.Baskı, Ayrıç Yayınevi, Ankara-2000, s.198.

<sup>3</sup> Foucault, a.g.e. , s.93.

karar veren otoritelere devredilmiş, bir hali içerisinde bulunmaktayız. Birileri millet adına kaideleri koyar ve uygular. Bu kaidelerle çelişenler ise 19. yy.lara değin yaşanan azap çektirme yöntemleri ile cezalandırılmazlar, zira günümüz otoriteleri bedeni yıldırmanın ana hedefi olmaktan çıkarmıştır. Bedene azap çektirme yerine sözüm ona bireyi islah ve topluma kazandırma ile otoritede açılan yarayı iyileştirme kaygısının inşa ettiği dört duvar arasına bireyi-toplumunu hapsedme yıldırmanın yeni tarzı olmuştur. Peki ya hapsedilen bireyin özgül sağlık durumlarından dolayı hapisanenin kendisi bir “azaphane” haline dönüşürse bedene azap çektirmenin yaşandığı dönemlerden ne farkı kalır sözüm ona demokratik cezaların?

Türkiye cezaevlerinde tutulu bulunan hasta mahpusların durumu, hapisanelerin cezalandırma sistemleri içerisinde azap geçmişinden sıyrılamayan bir yıldırma metodu olduğunun en sivri göstergelerinden birisidir. İnsanlar cezaevlerinde ciddi rahatsızlıklarına rağmen tutulmakta ve edilgen bir otorite tavrı ile sürece yayılmış bir ıstıraba sürüklenmektedirler. Bu azap halinin yakın geçmişimizde saklı duran Foucault’un giriş cümlesinde belirttiği bedene azap çektirme hallerinden farkı bulunmamaktadır. Zira ikisinin de zemininde ıstıraba dayalı yaşamın sonlandırılması bulunmaktadır. Hatta hasta mahpusların içerisinde tutulduğu infaz koşullarının sürece yayılmış bir azap halini barındırdığı düşünülürse modern vahşiliğin kendisini geçmişinden bir tık yukarı taşıdığını bile söylenebilir.

## 1. Türkiye Cezaevlerindeki Hasta Mahpusların Durumu

### 1.1.Hasta Mahpusların Durumuna İlişkin Genel Değerlendirme

Hasta mahpusların hukuksal sistem içerisinde ön plana çıkan iki temel kimliği bulunmaktadır. Bu kimliklerden ilki ulusal mahkemelerin aldığı kararlar sonucunda hapis altında tutulmalarını zorunlu kılan “mahpus” kimliğidir.<sup>4</sup> Bu kimlik hukuksal düzenin suç olarak düzenlediği bir fiili gerçekleştirmeye yeltenen veya gerçekleştiren ya da gerçekleştirme iddiası ile karşı karşıya kalan bireylerin cezaevlerin-

<sup>4</sup> “Mahpus” kelimesi tutuklu-hükümlü ayrımını içermeyen hapis altında tutulan kişiyi ifade ettiği için çalışmamızda bu terim kullanılmıştır. Tanım için bkz. [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52de5857ace256.76503269](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52de5857ace256.76503269) (20.12.2013)

de bulunmalarını zorunlu kılmaktadır. Diğer kimlik ise ciddi sağlık sorunlarının tedavisi için gerekli tıbbi bakım ve tedavi koşullarının sağlanmasını zorunlu kılan “hasta” kimliğidir. Yaşam hakkının izdüşümü niteliğinde olan sağlık hakkının olgunlaştırdığı hasta kimliğinin yansıması ise, bireyi yaşatmak için gerekli tıbbi koşulların yaratılmasıdır. Otoriter rejimlerde mahpusluk kimliğinin belirlediği zorunlu yaşam alanı ile hasta kimliğinin gerekli kıldığı uygun tıbbi koşulların olgunlaştırılması ise çoğu kez çatışmaktadır. Bahsi geçen bu kimlikel çatışmanın Türkiye cezaevlerindeki yansımaları ise mahpusluk kimliğini ön planda tutan politik bir yaklaşımdan beslenmektedir. Hasta mahpuslara ilişkin sayısal veriler irdelendiğinde bu tutum daha net bir biçimde açığa çıkmaktadır.

Türkiye cezaevlerinde bulunan hasta mahpusların sayısına ilişkin çeşitli veriler bulunmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde 10 Mayıs 2013 tarihli bir soru önergesini yanıtlayan dönemin Adalet Bakanı Sadullah Ergin’in sunduğu resmi verilere göre, 19 Haziran 2013 tarihi itibarıyla, cezaevlerinde, 189’u hükümlü 55’i tutuklu olmak üzere sürekli hastalığı olan 244 kişi bulunmaktadır.<sup>5</sup> Hasta mahpuslara ilişkin hassasiyet taşıyan İnsan Hakları Derneği’nin elindeki verilere göre ise 163 kişinin durumu kritik(ölümcül) düzeyde olmak üzere toplamda 544 mahpusun ciddi rahatsızlıkları bulunmaktadır.<sup>6</sup> Hasta mahpuslar sorunu Türkiye şartlarında dinamik bir boyut kazandığından dolayı ilgili sayısal veriler de sürerlik kazanan bir değişim seyri izlemektedir.

## 1.2.Hasta Mahpusların Türkiye’deki Hukuksal Durumu ve Eleştirisi

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı hakkında kanunun (5275 s.k.) ilkelerinin sıralandığı 6. maddesinin f fıkrasında; “Ceza infaz kurum-

<sup>5</sup> TBMM üyesi Veli Ağbaba’nın soru önergesi metni ve cevabına ulaşmak için bkz. [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/yazili\\_sozlu\\_soru\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=130186](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/yazili_sozlu_soru_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=130186) (22.12.2013)

<sup>6</sup> İnsan Hakları Derneği’nin 19 Aralık 2013 tarihli “Hala Cezaevlerinde İhlaller Sürmekte” başlıklı özel raporuna ulaşmak için bkz. <http://www.ihd.org.tr/index.php/raporlar-mainmenu-86/el-raporlar-mainmenu-90/2748-hala-cezaevlerinde-ihlaller-surmekte.html> (22.12.2013); ayrıca hasta mahpusların listesi ve sağlık durumlarına ilişkin İHD verilerine ulaşmak için bkz.<http://www.ihd.org.tr/index.php/baslamalarinmenu-77/genel-merkez/2726-agir-hasta-mahpuslar-serbest-birakilsin.html> (22.12.2013)

larında hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütünlüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması zorunludur” ibaresiyle yaşam ve sağlık haklarının altı kalınca çizilmiştir. İlgili kanun kapsamında ağır derecede rahatsız olan mahpuslara özgü koruyucu tedbirler detaylı bir düzenlemeye tabi tutulmamış sadece ceza infazının ertelenmesi yöntemi bir kanuni formül olarak ele alınmıştır.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un, “Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi” kenar başlıklı 16. maddesinin ikinci fıkrasında, ağır hastalığı bulunan mahkûmun cezasının infazının *hayatı için kesin bir risk* barındırıyor ise geriye bırakılabileceği hükmü bulunmaktaydı. Ancak 2013 yılı içerisinde yapılan düzenlemeyle ceza infazının geri bırakılmasında, *hayatı için kesin bir risk* koşulu yerine *cezaevinde yaşamını tek başına idame edememe* ve *toplum güvenliği bakımından tehlike oluşturmama* kriterleri getirilmiştir.<sup>7</sup> Bu değişiklikle beraber cezaevinde yaşamını tek başına idame edemeyen mahpusa ilişkin ceza infazının geri bırakılması kararı verilmesi için iki kademeli bir yol çizilmiştir. Yeni düzenlemeyle beraber ceza infazının geri bırakılması kararı;

1. Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurulları tarafından düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine;
2. İnfazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığının, hasta mahpusa ilişkin, toplum güvenliği bakımından tehlike oluşturmadığı değerlendirilmesi sonucunda verilmektedir.

Yukarıda çizilen hukuksal çerçeveyi, insan hakları ile çelişen uygulamalara sebebiyet veren bir inisiyatif alanı barındırdığından dolayı eleştiriye tabi tutmak gerekmektedir:

Öncelikle tam teşekküllü hastanelerden alınan bilimsel nitelikli sağlık raporları için Adli Tıp Kurumu’nun onayının aranmasının, tıbbi yeterlilik ve etik ilkeleri açısından hiç bir karşılığı bulunmamaktadır. Zira Adli Tıp Kurumu tarafından incelenen, “cezaevinde yaşamını idame edemez” niteliğindeki bir raporun onaylanmaması, raporun üzerinde imzası bulunan tüm sağlık emekçilerinin ve bağlı oldukları

<sup>7</sup> 24.01.2013 tarihli ve 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

kurumun tıbbi birikim ve yeterliliklerinin sınanması anlamına gelir ki tıbbi alanda kurumlar arası hiyerarşiden söz edilemez. Ayrıca Adli Tıp Kurumu'nun başkanı ve üyelerinin atama şekli göz önünde bulundurulduğunda siyasi otoriteye bağlı olarak faaliyet gösterdiği belirtilmelidir.<sup>8</sup> Doğrudan siyasal otoritenin gücü ile şekillenen Adli Tıp Kurumu, zeminini politik bir tavırda bulan yavaş temposu sebebiyle tıbbi birikim ve etik ilkeleri ile çelişen birçok karara imza atmakta olup Halil Güneş'e ilişkin verilen karar güncel bir örnek teşkil etmektedir. Halil Güneş için Diyarbakır Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde yapılan tetkikler sonucunda hazırlanan "cezaevinde kalamaz" raporuna karşın, Adli Tıp Kurumu oy birliği ile "cezaevinde yaşamını idame edebilir" yönünde karar verilmiştir. Bu olayda karşılaştığımız temel çelişki ise hasta ile aylarca temas edip tetkiklerini bire bir yapan tıbbi bir kurumun (tıbbi açıdan) EVET dediği bir duruma, dosya üzerinden inceleme yapıp sadece birkaç saat hasta ile temas eden başka bir kurumun külliyen HAYIR demesidir.<sup>9</sup>

Tıbbi raporlarla "cezaevinde yaşamını tek başına idame edemez" olduğu bilimsel olarak tespit edilen bir kişinin "toplum güvenliğini tehdit etmemesi" kriterine tabi tutulmasının mantığını anlamak ise hayli güçtür. Yaşamını tek başına idame edemeyen bir kişinin kamu güvenliğini tehdit edebilme potansiyelinin zayıflığı bir kenara dursun, herhangi bir bireyin kamu güvenliğini tehdit edebilme İHTİMA-

<sup>8</sup> Özbek Veli Özer, "İnfaz Hukuku", 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Şubat-2013, s.299.

<sup>9</sup> Halil Güneş'e Adli Tıp kurumunca verilen kararın detayları için bkz. [http://www.ozgurgundem.com/index.php?haberID=97547&haberBaslik=Oybirli%C4%9Fi%20ile%20ATK%20%E2%80%98infaz%C4%B1%E2%80%99&categoryName=Haber&categoryID=2&action=haber\\_detay&module=nuce](http://www.ozgurgundem.com/index.php?haberID=97547&haberBaslik=Oybirli%C4%9Fi%20ile%20ATK%20%E2%80%98infaz%C4%B1%E2%80%99&categoryName=Haber&categoryID=2&action=haber_detay&module=nuce) (12.03.2014); Güneş'in sağlık durumu objektif bir biçimde değerlendirildiğinde olan ve olması gereken daha net bir biçimde ortaya çıkmaktadır: "2000'li yılların başında Halil Güneş'in akciğerlerinde onlarca tümör tespit edildi. Ardından gözaltı ve cezaevi operasyonları sırasında gördüğü işkenceler sonucunda kırılan kaburgaları için ameliyat edildi ve kemik kanseri teşhisi konuldu. Güneş'in kemik kanseri, ak akciğerlerde tümör, ağır dereceli uyku apnesi(uykuda akciğer ve kalp iki soluk arası 21'7 saniye duruyor), her iki gözde glokom, epilepsi hastalıkları ve böbrek taşları bulunuyor. Son olarak uyku apnesinden dolayı ömür boyu solunum cihazına bağlanması gerektiği anlaşıldı. Güneş'in solunum cihazına nemsiz, tozun olmadığı, hijyenik ve 4 ile 20 derece sıcaklıkta bir ortamda teknisyen nezaretinde bağlanması gerektiği yine doktor raporlarına yansdı. Koluna takılan serumla yaşamını sürdüren Güneş yürümekte ve konuşmakta zorlanıyor ve bireysel ihtiyaçları koğu arkadaşları tarafından karşılanıyor." [http://www.radikal.com.tr/turkiye/gunes\\_bir\\_kez\\_daha\\_gunesi\\_gorebilecek\\_mi-1166350](http://www.radikal.com.tr/turkiye/gunes_bir_kez_daha_gunesi_gorebilecek_mi-1166350) (19.03.2014)

LİNİ değerlendirmenin görece bir saptamaya mahkûm olduğu açıktır. Bu sübjektif hareket alanının keyfi uygulamalara yol açtığı ve hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir uygulama alanı yarattığı ne kadar vurgulansa azdır.<sup>10</sup> Bu çelişkiyi ortaya serebilmek için öncelikle, hukuk devleti ilkesinin benimsendiği bir hukuksal düzende, olması ve olmaması gerekenlerin tartışmaya açılması gerekmektedir.

Hukuksal literatürde “hukuk devleti” deyimi, otoritenin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı “polis devleti” kavramının karşıtı olarak kullanılmaktadır.<sup>11</sup> Yani bu ilke ile hedefte tutulan esas amaç devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olmasıdır.<sup>12</sup> Ceza hukukunda da mutlak bir biçimde yansımaları bulan hukuk devleti ilkesi, sadece devletin iz düşümü niteliğinde olan kişi veya kurumların görev ve yetkilerinin kanuni yolla sıralanması manasına gelmemektedir. Bu ilke

<sup>10</sup> Adli Tıp Kurumunca cezaevinde yaşamını tek başına idame edemez raporu verilir de dosyaları bürokratik yazışmalara takılan veya Başsavcılıklarca, gerekçesi zaten cezası infaz edilen suçlar olarak gösterilip toplum güvenliğini tehdit ettiği değerlendirilerek cezaevinde tutulmaya devam edilen hasta mahpusların mevcut rahatsızlıkları kendi yaşamlarını tehdit etmekten öteye geçmemektedir:

- Abdullah Kalay: (Kandıra F Tipi) Wernicke-Korsakoff hastası. Kalp hücreleri öldüğü için kalbinin yüzde 35'i çalışıyor. Kulaklarında yüzde 25 duymama, mide ve bağırsak sorunu bulunuyor. İki kez anjiyo oldu.

- Ali Haydar Yıldız: (Metris R Tipi Cezaevi) Belden aşağısı felç. Vücudunda ağır yaralar var.

- Aslan Karslı: (Kürkçüler F Tipi): İleri Wernike-Korsakof hastası. 5 ayrı tıbbi raporla cezaevinde kalamayacağı tespit edilmiştir.

- Aydın Çubukçu: (Ordu Cezaevi) İleri derecede siroz ve tek gözünü kaybetti, akciğer ameliyatı geçirdi.

- Hakan Gölünç: (Metris R Tipi): Beyninde 17mm büyüklüğünde ve giderek büyüyen tümör var. Yüzde yüz göremez durumda ayrıca epilepsi hastası.

- Hasan Alkış: (Kırıkkale F Tipi) Behçet hastalığı, hipertansiyon, kalp yetmezliği, kolüstektomi tanısı konuldu.

- İsmail Yavuz Gülverik: (Silivri Kapalı Cezaevi) Tüberküloz hastalığı, her iki ciğerini de kaplayan Gülverik'in durumu ciddi

- Kemal Gömi: (Sincan 1No'lu) Ağır Şizofren hastası. 11 tane hayatını cezaevinde idame edemez raporu var. Tek başına hücrede kalıyor.

- Lokman Akbaba: (Tekirdağ 1 No'lu) Yutma ve solunum kaslarının tutulumu ile seyreden ölümcül bir hastalığı var. Ortalama beklenen yaşam ömrü 5 yıl.

- Sultan Özer: (Karataş Cezaevi) Kalp yetmezliği. 3 kez kalp krizi geçirdi. Diyabet, tansiyon ve astım rahatsızlıkları var. Daha detaylı bilgi için bkz.

Yukarıda rahatsızlıkları belirtilen hasta mahpusların tamamı Adli Tıp Kurumundan onay almasına rağmen Başsavcılıkların sübjektif değerlendirmeleri sonucunda tahliye edilmemektedir.

[http://pazardergi.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/9411/Hasta\\_tutuklular-da\\_zaman\\_olume\\_akiyor.html](http://pazardergi.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/9411/Hasta_tutuklular-da_zaman_olume_akiyor.html) (28.12.2013)

<sup>11</sup> Özbudun, Ergun, “Türk Anayasa Hukuku”, 8.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2005, s.113.

<sup>12</sup> Özey İl Han, “Gün Işığında Yönetim”, 1.Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul-1996, s.17.

ile esasen amaçlanan durum, devlet otoritesinin şahsında somutlaştığı kişi veya kuruluşların görev ve yetki alanlarının kanuni yollarla kriterlere tabi tutulmasıdır. Bu yolla demokratik uygarlık seviyesi ile çelişen keyfi devlet uygulamalarının bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır. Hasta mahpuslara ilişkin “toplumsal güvenliği tehdit etmeme” değerlendirmesinin kanuni kriterlerden yoksun bir biçimde doğrudan Başsavcılıklara bırakılması ise hukuk devleti ilkesi ile açıkça çelişir niteliktedir.<sup>13</sup>

Hasta mahpuslara ilişkin ceza infazının ertelenmesi yolu, her ne kadar kanunen belirlenmiş olsa da, yukarıda sunduğumuz eleştiriler çerçevesinde; bireylerin partileri, partilerin yasamayı yönettiği; yasamanın yürütmeyi, yasama ve yürütmenin ise yargı organını şekillendirdiği yönetsel bir organizasyonda; iktidar tarafından üzerine kilit vurulabilecek bir konumdadır. Zira uygulamada da Adli Tıp Kurumu ve Başsavcılıklara tanınan, objektif kriterlere bağlı olmayan yetki alanı mahpuslar için pasif ve sürece yayılmış bir ölüm infazı şekline dönüşmüştür. Sadece 21.05.2013-04.09.2013 tarihleri arasında on dört kişinin Adli Tıp Kurumunda rapor onayı beklerken vefat etmesi mevcut kanuni yolun etkinliğini ortaya koymaktadır.<sup>14</sup>

Ölüm infazına dönüşen Adli Tıp Kurumu ve Başsavcılık uygulamaları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>15</sup> kararlarında da sürekli eleştiriye tabi tutulmaktadır. Örneğin AIHM’in Türkiye aleyhine vermiş olduğu *Gülay Çetin ve Türkiye* kararında Adli Tıp Kurumu’nun ve savcılıkların yavaş temposunun kaynağı olan çalışma yöntemleri, ge-

<sup>13</sup> 5 Eylül 2013’te Gaziantep H Tipi Cezaevi’nde “yasadışı örgüt üyesi olduğu” iddiasıyla aldığı müebbet hapis cezası nedeniyle tutulan ve 21 yıldır cezaevinde bulunan felçli kanser hastası Ramazan Özalp’in Adli Tıp Kurumu’na yaptığı başvuruya “cezaevinde kalamaz” raporu verilmiştir. Ancak İstanbul Emniyet Müdürlüğü ile İdil Jandarma Komutanlığı’nın Başsavcılığa bildirdiği “Tahliye Edilmesi Halinde Siyasi Propaganda Aracı Olarak Kullanılabilir” şeklinde görüş nedeniyle tahliye talebi reddedilmiştir. İlgili karar cümlesindeki “kullanılabilir” kelimesi bir ihtimali işaret etmektedir ki bu tarz bir kavramın kullanılması, yasal düzenlemenin subjektif bir insiyatif alanı barındırdığının somuta yansımış güzel bir izdüşümüdür. İnsan Hakları Derneği, 2013 Yılı Türkiye İnsan Hakları İhlalleri Raporu, s.400. İlgili rapora ulaşmak için bkz.

[http://www.ihd.org.tr/images/2014/hd\\_hlal%20raporu\\_.pdf](http://www.ihd.org.tr/images/2014/hd_hlal%20raporu_.pdf) (19.03.2014)

<sup>14</sup> TBMM üyesi Özgür Özel’in yazılı soru önergesini yanıtlayan dönemin Adalet Bakanı Sadullah Ergin’in cevabında sunduğu verilerdir. İlgili soru önergesi ve cevabına ulaşmak için bkz. [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/yazili\\_sozlu\\_soru\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=125058](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/yazili_sozlu_soru_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=125058) (25.12.2013)

<sup>15</sup> Metin içerisinde AIHM olarak kısaltılacaktır.



*reksiz laf kalabalığı ve savsaklama olarak değerlendirmekte, mevcut uygulamanın yeniden yapılandırılması ve basitleştirilmesi tavsiye edilmektedir.*<sup>16</sup> Ayrıca Türkiye'nin ulusal mevzuatlarında, cezaevinde yaşamını idame edemeyecek derecede sağlık sorunları bulunan hürriyetinden alı konulmuş kişilere ilişkin pozitif düzenlemelerin sadece mahkumiyet almış(cezası Yargıtay tarafından onaylanmış) bireyleri kapsayacağına ilişkin Yargıtay içtihatları birçok AİHM kararlarına konu olmuştur.<sup>17</sup> AİHM bu kararlarında, hasta olan bireylere yönelik, tutuklu veya hükümlü şeklindeki hukuksal tasniflerle ayırt edilemeyecek bir insani yaklaşımın gerekliliğini vurgulamaktadır.

## 2. Kanun Önünde Eşitlik İlkesinin Ceza İnfaz Hukukunda Yarattığı Eşitsizlik

Ceza hukukuna hakim olan temel ilke herkesin aynı kurallara tabi olmasıdır ve bu durum infaz hukuku için de geçerlidir.<sup>18</sup> Anayasanın 10. maddesinin çatısını oluşturduğu eşitlik ilkesi, kaba anlamıyla ayırmacılığı bertaraf etme kaygısının hukuksal karşılığı olarak ifade edi-

<sup>16</sup> "Mahkeme, bir kişinin tıbbi olarak takibini yapan ve onun müzdarip olduğu hastalığa ilişkin patoloji alanında uzman olan hastane kuruluna göre heterojen bir yapıya sahip olan 3. İhtisas kurulunun o kişinin sağlık durumunu değerlendirmek adına daha yetkin olduğuna inanmak için hiçbir sebep olmadığını gözlemlemektedir. Dolayısıyla mahkeme, ... başlıca görevi sadece teşhisi yapılan söz konusu hastalığın Anayasanın 2. Fıkrasının 'b' bendine girip girmediği yönündeki basit soruya cevap vermek olan Adli Tıp İhtisas Kurulunun, neden başvuramı muayene etmek için İstanbul'a getirilmesini istediğini ve daha da önemlisi bunu yapmak için neden 8 Haziran 2011 tarihine kadar(43 GÜN) beklediğini anlayamamaktadır. Nihayet, bütün bunlara ek olarak, başvuranın sonunda serbest bırakılmasına izin veren adli tabiplerin raporu düzenlemek için bir hafta daha beklediklerini gözlemlemektedir. Mahkeme, Hükümetin açıklama ihtiyacı bile duymadığı bu gereksiz laf kalabalığı ve savsaklama karşısında ve hatta son derece üzüntü verici bir şekilde, (başvuranın durumu hakkında) belirleyici olan söz konusu raporun ilgili Cumhuriyet savcısına tebliğ edilmemesi ve bir hafta sonra, sadece Adalet Bakanlığının resmi sitesi olan (Uyap)'a yüklenmekle yetinilmesive söz konusu raporun savcılık tarafından Başvuranın Vefatından Altı Gün Sonra tebliğ alınması konusunda bir gerekçe ortaya koymaması olgusu karşısında, ancak ciddi bir endişe duyduğunu ifade edebilecektir." İlgili karar metni için bkz. "Çetin v. Türkiye", Başvuru no.44084/10, <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-119948> (25.12.2013)

<sup>17</sup> "Yıldırım v. Türkiye", No.2778/02; "Eren v. Türkiye", No.27662/04; "Eroğlu v. Türkiye", No.30472/04

<sup>18</sup> "(...)genç-yaşlı, zengin-fakir, zenci-beyaz, Türk-Alman herkes aynı ceza hukuku kuralına tabidir; bu objektif adalettir." Özbek, a.g.e. , s.60; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, M.Ruhan, "Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", Seçkin Yayınları, Ankara-2009, s.104.

lebilir. Ancak kanuni düzenlemelerin, kişilerin ya da durumların bazı özellikler yönünden benzerlikleri veya farklılıklarına dayanan sınıflandırmaları içererek, bireyler için farklı uygulama alanları oluşturması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.<sup>19</sup> Benzer bir anlayış Anayasa Mahkemesi yorumlarıncı da benimsenmiştir:

“Eşitlik ilkesi, herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamında değildir. Eşitlik her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar için söz konusudur. 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.”<sup>20</sup>

Yukarıda bahsi geçen “eşit olmayanların eşitsizliği” durumu Anayasa Mahkemesinin birçok kararına yansımıştır. Ancak geliştirilen bu yorumlar, genellikle, devlet otoritesine sağlanan hukuksal imtiyazların teorik meşruluğunu sağlama seyrinde kullanılmıştır.<sup>21</sup> Bu ilke çatısı altında esasen tartışılması gerekenin, kanuni eşitliğin meydana getirdiği eşitsizliğin giderilmesinde pozitif ayrımcılığı destekleyen bir yasama faaliyet alanının yaratılması olduğuna inanıyoruz. Özellikle ceza infaz hukukunda katı pozitivist bir yaklaşımla ele alınan eşitlik kavramının özünde ciddi bir eşitsizlik barındırdığı ve objektif adalete ulaşma gayesine zerre kadar hizmet etmediği görüşündeyiz. Dünya üzerindeki tüm insanların sağlık koşullarının aynı olmadığını belirtmek ne kadar doğalsa bu bireylerin cezaevindeki infaz koşullarının sağlık durum-

<sup>19</sup> Özbudun, a.g.e. , s.138.

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesinin 27.9.1988 tarihli (E. 1988/7, K. 1988/27) kararına ulaşmak için bkz. [http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=814&content=\(29.12.2013\)](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=814&content=(29.12.2013))

<sup>21</sup> Anayasa Mahkemesi bir kararında; ikmalen, resen veya idarece yapılan tarhlarda vergi yükümlülerinin faiz ödemesinin zorunlu kılınması ile devletin hatalı biçimde veya yanlışlıkla tahsil ettiği vergileri iade ederken bu tür bir faiz ödemekle zorunlu kılınmamasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığı tespitini yapmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 27.9.1988 tarihli (E. 1988/7, K. 1988/27) kararına ulaşmak için bkz. [http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=814&content=\(29.12.2013\)](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=814&content=(29.12.2013)) Yine benzer bir kararında Anayasa Mahkemesi; dikilmiş bağ çubukları, meyveli ağaçlar-fidanlar ile seyir ve meydan yerlerindeki ağaçları kesenleri cezalandıran kanun maddesinin aksine, farklı bir kanun maddesi ile PTT idaresinde çalışanlara bu eylemin suç sayılmamasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığı tespitini yapmaktadır. 13.4.1976 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı (E.1976/3, K.1976/23) için bkz. [http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=467&content=\(29.12.2013\)](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=467&content=(29.12.2013))

larına göre değişkenlik göstermesi gerekliliğini saptamak da o denli kolay olmalıdır. Cezaevlerindeki tüm bireylerin spesifik durumlarını nötrleştiren bir eşitlik algısının ortaya koyduğu infaz koşulları kimisi için katlanılabilir bir durum iken kimisi için ise işkence haline dönüşebilmektedir. Antalya Cezaevinde cezası infaz edilen felçli bir mahkumun yaşadıkları üzerinden empati geliştirilebildiğinde eşitlik ilkesinin infaz hukukuna yansımalarının yarattığı insanlık dışı uygulamalar daha iyi anlaşılabilir. Bu mahkum tıbbi olarak T/7-8 olarak nitelendirilen bölgesinden, yani göğüs kafesinden, aşağısını hissetmediğinden dolayı gün içerisinde doğal olarak istem dışı bir şekilde altını kirletmektedir. Ceza infazını bedenini pislik içerisinde geçirmek zorunda kalan bu mahpusa cezaevi yönetiminin bulduğu çözüm ise ailesini her gün birkaç kez cezaevine alarak mahpusu temizletmektir.<sup>22</sup> Aile bireyleri cezaevine gelene kadar mahpusun pislik içerisinde bekletilmesinin insanlık değerleri ile çelişkileri ise yüz kızartıcı niteliktedir.

Benzer örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin başka bir açık cezaevinden tedavi amaçlı Metris R Tipi cezaevine getirilen E.A. dışarıdayken geçirdiği bir kaza sonucu omurilik felci olmuştur. E.A.'nın sırtında oluşan yatak yarası kemiklerine kadar işlemiş durumdadır. Çıplak gözle bile kemikleri görünmekte olan bu mahpus hala cezaevinde, herkesin tabi olduğu infaz rejimine tabi tutulmaktadır.<sup>23</sup>

Felçli olan bir bireyin hapis cezasının, sağlıklı bireylerinki ile aynı koşullarda çektirilmesi ciddi bir eşitsizlikten öte, yukarıdaki örneklerden de görüleceği üzere, azap haline dönüşebilmektedir. Ya da kapalı yerlerde kalamama olarak ifade edilen, klostrofobi hastası bir kişinin alacağı hapis cezasının infazının panik atak krizleri sonucunda katlanılamaz bir hal alacağını söylemek kehanet olmaz.

Yirmi yıl boyunca cezaevinde kalan çölyak hastası Nesimi Kaplan'ın cezaevinde yaşamak zorunda kaldıkları da çarpıcı bir öykü

<sup>22</sup> Antalya Cezaevindeki bu uygulamaya ilişkin bkz. Av. Mehmet Zeki Durmaz, Açılış Konuşması, Türkiye Barolar Birliği/İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlüler Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:147, 6-7 Haziran-2008 Antalya, s.9-14.

<sup>23</sup> İnsan Hakları Derneği Türkiye Cezaevindeki Hasta Mahpuslar Listesi ve Sağlık Durumları Bilgilendirmesi, s.5. İlgili listeye ulaşmak için bkz. [http://bianet.org/system/uploads/1/files/attachments/000/000/956/original/%C4%B0HD\\_Cezaevi\\_Hasta\\_Listesi.pdf?1379587104](http://bianet.org/system/uploads/1/files/attachments/000/000/956/original/%C4%B0HD_Cezaevi_Hasta_Listesi.pdf?1379587104) (22.12.2013)

barındırmaktadır. Çölyak hastalığına yakalanmış olan bireylerin, buğday, arpa, çavdar ve yulafta bulunan gluten maddesini kesinlikle tüketmemesi gerekmektedir. Tıbbi olarak tespit edilmiş olan bu hastalığının gerektirdiği bakım ve tedavi ortamı ise cezaevinde devlet tarafından sağlanabiliyor mu sorusuna verilecek yanıt hasta mahpusun medyaya yansıyan mektubundan öğrenelim:

“Doktorların raporlarla mutlak surette yapmamı istedikleri ve ömür boyu tam ve düzenli yapılması zorunludur dedikleri Glutensiz beslenmemi hiç yapamıyorum. Resmi heyet raporlarına rağmen, bu raporların gerekleri yerine getirilmiyor... Buranın ne fırını var ne de mutfağı. Ve en önemlisi, Erzurum’da tek tüketimim olan Glutensiz gıdaların temini de yok, bulunamıyor.”<sup>24</sup>

Sağlık problemleri bulunan mahpusların Türkiye cezaevlerinde karşılaştıkları uygulamalar bahsi geçen örneklerden de anlaşılacağı üzere özel durumlara gözlerini kapayan ve zorunlu ihtiyaçları görmezden gelen bir yaklaşımdan beslenmektedir. Halbuki bu sağlık sorunlarına sahip bireylerin cezaevi standartlarında özel bir konumda tutulması gerekmektedir. Örneğin Uruguay yasalarında, yetmiş yaş üzerindeki faillerin ev hapsine alınmalarına imkan tanınmaktadır. Bu koşul aynı zamanda, ciddi hastalığı olan mahpuslara ve hamileliğinin son üç ayındaki ve doğum sonrası ilk üç ayındaki kadınlara da uygulanmaktadır.<sup>25</sup> Hindistan’da ise, müebbet hapis cezasına çarptırılmış yaşlı mahpuslar, aileleri ile beraber yaşayabilecekleri ve belirli sınırlar dahilinde diledikleri işlerde çalışabilecekleri düşük güvenli cezaevlerine nakledilmektedirler.<sup>26</sup>

Dünya genelinde, çeşitli ulusal hukuk mevzuatları çerçevesinde bir takım düzenlemeler bulunsa da önemli olan husus bu düzenlemelerin işlerlik kazanabilecek ölçüde bürokrasiden arındırılmış bir dön-

<sup>24</sup> Vahim cezaevi uygulamalarını aktaran bir çok mektup ile karşılaşmak mümkündür. Bu mektuplardaki vahim durumları, temelsiz yakarışlar olarak değerlendirmemek gerekir. Zira toplum cezaevlerindeki bu dramatik tablo karşısında örgütlenmekte ve vicdani rahatsızlıklarını dile getirmektedir. Adalet bakanlığı ise bu uygulamaları reddeden bir açıklamada bulunmamıştır. İlgili mektuba ulaşmak için bkz. <http://www.imc-tv.com/haber-olumumle-gundeminize-gelmeden-1342.html#ixzz291wg7l64> (22.12.2013)

<sup>25</sup> Atabay, Tomris, “Handbook on Prisoners with special needs”, United Nations Publication, New York-2009, s.137.

<sup>26</sup> Atabay, a.g.e. , s.134.

güyü olgunlaştırabilmesidir. Örneğin ABD’de bürokratik işlemleri minimize etmek için George Washington Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencileri, bir proje kapsamında cezaevi ve şartlı tahliye sisteminde çalışmaktadırlar. Bu öğrenciler şartlı tahliye veya farklı hapisten çıkma yöntemleri için düşük riskli yaşlı ve geriatrik mahpuslarla görüşmelerde bulunmaktadırlar. Toplamda beş eyalette faaliyet gösteren öğrenciler yüz kişinin tahliyesini sağlamıştır ve tahliye edilenlerin hiç birisinin tekrardan suç işlemediği bildirilmiştir.<sup>27</sup>

### 3. Uluslararası Metinlerde Hasta Mahpuslara Yaklaşımın Temel Standartları

Cezaevinde bulunan bireylerin sağlık hizmetlerine adilane bir biçimde ulaşmaları konusunda uluslararası düzlemde çeşitli standart kuralları detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Uluslararası hukukta *yumuşak hukuk/soft law* olarak nitelendirilen ulus üstü; mahkeme kararları, standart kuralları, tavsiye nitelikli kararlar ve faaliyet raporları üzerinden, hasta mahpusun alması gereken sağlık hizmetlerine ilişkin detaylı düzenlemelerin yapılmasının zemininde yatan kaygıyı anlamak mümkündür.<sup>28</sup> Zira birey otoritenin ortaya koyduğu yasaları çiğnemiş ve yaptırım gücünün belirlediği kıstaslar doğrultusunda yaşamaya mahkûm olmuş ve hürriyetinden alıkonulmuştur. Yasaların ihlal edilmesinin karşılığı olan cezanın infaz edilmesi, bireyin sağlık hakkının otoriter bir devlet kibri içerisinde boğulmaya açık olduğu kaygısını uyandırmaktadır. İşte bu kaygının sonucudur ki birçok uluslararası metinde sağlık hakkının olgunlaştırmış olduğu hasta kimliğinin gerektirdiği tıbbi bakım ve tedavinin, mahpus kimliğinin gerektirdiği cezaevi koşulları içerisinde yaşama zorunluluğundan baskın olduğu vurgusu yapılmaktadır.

<sup>27</sup> Yaşlı Mahpuslar için Proje/Project for Older Prisoners için daha detaylı bilgi için bkz. <http://www.law.gwu.edu/Academics/EL/clinics/Pages/POPS.aspx> (22.12.2013)

<sup>28</sup> Uluslararası hukuk kapsamında yumuşak hukukun tanımı ve kapsamı için bkz. Harris, David, “Cases and Materials on International Law”, Seweet and Maxwell, Fifth Edition-1998, s.65; Lines, Rick, “The Right to Health of Prisoners in International Human Rights Law”, International Journal of Prisoner Health, March 2008, 4(1):3-53, s.14.

Yumuşak hukukun uluslar arası hukuk kapsamında yer almadığı sık sık dillendirilse de, uluslar arası hukukun “olması gereken” doğrultusunda seyrettiği rota bakımından önemli ve etkili bir işleve sahip olduğu belirtilebilir. Shaw, Malcolm, International Law, Cambridge University Press, Sixth Edition-2008, s.117-118

### 3.1. Birleşmiş Milletler Standartlarında Hasta Mahpuslar ve Sağlık Hakkı

Ruhsal ve fiziksel bütünlüğünün korunmasını ifade eden sağlığın, bireyler için hukuksal bir hak alanından ibaret olmayıp aynı zamanda yönetsel yapılar için bir yükümlülük alanı olduğunun altını çizen en kapsayıcı düzenleme Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin<sup>29</sup> 12. maddesidir. Bu madde ile taraf devletler, herkesin ulaşabileceği en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standartlarına sahip olma hakkını kabul etmişlerdir. İlgili madde ile ortaya konulan HERKES vurgusunun anlamı gayet açık olup mahpuslar da bu tanıma dâhildir. Ancak devlet otoritesinin kendini yoğun bir biçimde hissettirebildiği cezaevleri ve mülteci kampları gibi yaşam alanlarında bulunan bireylerin, 'sağlık hakkı' ile bağdaşmayan aktif/pasif devlet uygulamaları ile karşılaşma ihtimali uluslararası düzlemde daha net bir vurgunun yapılması ihtiyacını doğurmuştur.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal Kültürel Haklar Komitesi'nin 14 No'lu Genel Yorumu: Ulaşılabilir En Yüksek Sağlık Standartlarına Sahip Olma Hakkı'nın 34. Paragrafında, BMESvKHS'nin 12. maddesinin taraf devletlere, özel hukuki yükümlülükler getirdiği tespiti yapılarak, yönetsel organizasyonların özel normlarına bağlı olarak yaşamak zorunda kalanlar için daha net bir vurgu yapılmaktadır:

*"Taraf devletler mahkûmlar, tutuklular, azınlıklar, sığınmacılar ve yasadışı göçmenler de dahil olmak üzere herkesin önleyici, iyileştirici ve tedavi edici sağlık hizmetlerine erişimini engellemeyerek ve kısıtlamayarak; ayrımcı devlet politikaları gütmeyerek .... sağlık hakkına saygı göstermelidir."*<sup>30</sup>

BM müktesebatı içerisinde Mahpusların Tretmanı İçin Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kuralları'nın mahpusların sağlık hakkına ilişkin daha detaylı bir kriter ağı getirdiği belirtilebilir. İlgili metnin 12. maddesine göre mahpusların insana yaraşır bir biçimde sağlık hizmeti alabilmesi için gerekli sağlık donanımının uygun şartlar altında cezaevlerinde bulundurulması gerekmektedir. Aynı metnin

<sup>29</sup> Metin içerisinde 'BMESvKHS' olarak kısaltılacaktır.

<sup>30</sup> [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument) (02.01.2014)

22/2 maddesi kapsamında, sağlık durumu özel bir tedaviyi gerektiren mahpuslar için uygun tedavi ve bakım koşullarının yaratılmasında öncelikle uzman kurumlara ve sivil hastanelere sevk söz konusudur. Hasta mahpusların cezaevlerinde gerekli sağlık hizmetini alması durumunda ise bu kurumlardaki; tıbbi donanım, ilaç stoğu ve bu tıbbi hizmeti verecek olan görevlilerin niteliği hasta mahpusun tıbbi bakım ve tedavilerini karşılayabilecek yeterlilikte olmalıdır.

### 3.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hasta Mahpuslar

AİHM birçok kararında, hasta olan bireyin uygun olmayan fiziki ve tıbbi koşullar altında hürriyetinden alı konulmasını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin<sup>31</sup> işkence ve kötü muamele yasağı (AİHS.md.3) kapsamında değerlendirmektedir.<sup>32</sup> Bu kararlardan Türkiye aleyhine verilmiş olan en güncel karar, 5 Mart 2013 tarihli "*Gülây Çetin ve Türkiye*" kararı olup, AİHM bir çok kararında altını çizdiği şu hususu bu kararlarla tekrar hatırlatmaktadır:

"Özellikle özgürlüğünden yoksun kişiler söz konusu olduğunda, 3. madde(AİHS) ilgili devletlere bu kişilerin insan onuru ile bağdaşır koşullarda tutulmalarını sağlama ve infaz ile ilgili uygulamaların bu kişileri cezaevinde kalma dolayısıyla zorunlu olarak ortaya çıkan sıkıntı ve üzüntü seviyesinden daha fazla bir ıstıraba maruz bırakmama yükümlülüğünü yüklemektedir."<sup>33</sup>

Mahkeme sağlık gerekçesi ile bir mahpusun salıverilmesi yahut sivil bir hastaneye nakledilmesi gibi genel bir yükümlülüğün sözleşmenin 3. maddesi kapsamında girmediğini değerlendirmektedir.<sup>34</sup> Ancak sözleşmeye taraf devletler nezdinde otomatik bir hukuksal faaliyet yükümü her ne kadar söz konusu olmasa da, mahkemenin "*Yıldırım ve Türkiye*" kararında vurguladığı üzere, AİHS md.3, bir mahpusun ha-

<sup>31</sup> Metin içerisinde "AİHS" olarak anılacaktır.

<sup>32</sup> "*Çetin v. Türkiye*", No.44084/10, "*İlhan v. Türkiye*" (No.22277/93), "*Nevmerzhitsky v. Ukrayna*" (No:54825/00)

<sup>33</sup> "*Çetin v. Türkiye*", No.44084/10, 5 Mart 2013, paragraf.101.

<sup>34</sup> "*Nevmerzhitsky v. Ukrayna*", No:54825/00, paragraf.87, ilgili karar metnine ulaşmak için bkz.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?appno%3A%5B%5C%2254825%2F00%22%5D%5C%22itemid%3A%5B%5C%22001-68715%22%5D%5D> (22.12.2013)

pis koşullarının kendisini sıkıntıya ya da tutukluluğa bağlı kaçınılmaz üzüntü seviyesini aşacak yoğunlukta bir duruma sokmamasını sağlama pozitif yükümlülüğünü taraf devletlere şart koşturmaktadır. Aynı kararda devamla, bir sağlık sorunu dolayısıyla katlanılan fiziksel ya da ruhsal acının, yetkililerin sorumlu tutulabileceği tutukluluk koşullarında daha da artıyor ya da artma riski taşıyor olmasının açıkça 3. madde kapsamına girdiği tespiti yapılarak devamında hasta mahpusun serbest bırakılmasına ilişkin şu hususların altı çizilmektedir:

*“AİHS tutuklu bir kimsenin sağlık gerekçesiyle serbest bırakılması için hiçbir ‘genel zorunluluk’ getirmese de, tutuklunun klinik tablosu, Türkiye’nin de arasında bulunduğu Avrupa Konseyi’ne Üye Devletler bünyesinde, AİHS’nin 3. Maddesi açısından tutuklu kalıp kalmayacağı sorusunun sorulduğu durumlardan birini oluşturmaktadır. Bundan böyle bu unsur, özellikle yaşamını etkileyen patolojik bir rahatsızlığı olan ya da sağlık durumunun uzun süreli cezaevi yaşamına uygun olmayan bir kimsenin tutulu bulundurulma süresi konusunda özgürlükten yoksun bırakan cezaların infaz koşullarında, göz önünde bulundurulması gereken unsurlardan birisini oluşturmaktadır.”<sup>35</sup>*

### 3.3. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Nitelikli Kararlarında Hasta Mahpuslar

Bakanlar Komitesinin, cezaevlerine ilişkin Avrupa kuralları hakkındaki 11 Ocak 2006 tarihli tavsiye kararının 40/2 paragrafında cezaevleri ile ulusal sağlık politikalarının entegrasyonunun önemi vurgulanmaktadır. İlgili metinde devamla, tutukluların hukuki durumlarına dayalı hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın ülkede sunulan bütün sağlık hizmetlerinden yararlanması için uygun koşulların oluşturulması üye devletlere tavsiye edilmektedir.<sup>36</sup> İnsan haklarının korunmasına ve sürekli hastalar ile ölümcül hastalığa yakalananların rahatlıklarının sağlanmasına yönelik 25 Haziran 1999 tarihli tavsiye

<sup>35</sup> “Yıldırım v. Türkiye”, No.2778/02, ilgili karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/web/services/content/pdf/001-121813?TID=kbyvrtzmsu> (22.12.2013)

<sup>36</sup> R(2006) 2 No.lu tavsiye kararına ulaşmak için bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Ceza İnfazındaki Tavsiye Kararları, (Avrupa Konseyi/Avrupa Birliği Ortak Programı) “Türkiye’de Model Cezaevi Uygulamalarının Yaygınlaştırılması ve Cezaevi Reformunun Desteklenmesi Projesi”, Ankara-2011, s.13 v.d. [www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararası/tavsiye\\_kararlari.doc](http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararası/tavsiye_kararlari.doc) (22.12.2013)



kararının giriş bölümünde ise sürekli hastalığa veya ölümcül hastalığa yakalananların onurlarının her yönüyle korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasının önemi belirtildikten sonra, *“Bütün sürekli hastalığa yakalananlara ve ölümcül hastalığa yakalananlara uygun tedavi imkanlarından yararlanma koşullarını hakkaniyete uygun olarak sağlamak(...)”* üye devletlere tavsiye edilmektedir.<sup>37</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, cezaevi ortamında yapılan tedavilerin yapısal ve etik yönlerine ilişkin 8 Nisan 1998 tarihli tavsiye nitelikli kararının 3. paragrafında, mahkûmun sağlık durumu cezaevinde garanti altına alınamayacak bir tedaviyi gerektiriyorsa cezaevleri dışında bulunan sağlık kuruluşlarında tedavinin yerine getirilmesi için mümkün olan her şeyin yapılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>38</sup> Aynı metnin 51. paragrafında, ölümcül sonuçla karşılaşabilecek derecede rahatsızlıkları bulunan kişilerin sağlık nedenleriyle bir aften veya erken tahliye imkânlarından yararlanma koşullarının incelenmesinin elzem olduğu vurgulanmaktadır.

Avrupa Cezaevi Kuralları Mahpusların İyileştirilmesi Hakkındaki Standart Minimum Kuralların Gözden Geçirilmiş Avrupa Metni'nin<sup>39</sup> 26/2 paragrafında, uzman tedavisi gerektiren hasta mahpuslar ihtisas kurumlarına veya genel hastanelere gönderilmesi gerektiği vurgusu yapılmaktadır. Ayrıca hastane imkânlarının bir kurumda sağlanması durumunda hasta mahpusların tıbbi bakım ve iyileştirilmesi için uygun alet, donanım ve ilaç sağlanması ve yeterli tıbbi birikime sahip görevlilerin yer aldığı bir kadronun bulundurulması zorunluluğu net bir biçimde ortaya konulmaktadır. Aynı metnin 64. Paragrafında, hapsedilme durumunun kişiyi hürriyetinden yoksun bıraktığından dolayı kendiliğinden bir ceza olduğu tespiti yapıldıktan sonra bu cezanın infaz koşullarının mevcut ıstırapı yoğunlaştırmaması gerektiği vurgusu yapılmaktadır.

<sup>37</sup> R(1999)1418 No.lu tavsiye kararı  
<http://assembly.coe.int/main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta99/EREC1418.htm> (22.12.2013)

<sup>38</sup> R(98)7.No.lu tavsiye kararı, Taşkın, Ahmet, Türkiye'de ve Dünyada Açlık Grevleri, Eda Yayıncılık, s.300v.d.

<sup>39</sup> R(87) 3 No.lu tavsiye kararı metnine ulaşmak için bkz.  
<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/413-433.pdf> (22.12.2013)

### 3.4. Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezayı Önlenme Komitesi<sup>40</sup> Faaliyet Raporlarında Hasta Mahpuslar

CPT faaliyet raporlarında cezaevlerinde sağlık hizmetlerine ilişkin yedi temel ilke benimsenmiştir. Doktora erişim, bakımda eşitlik, hastanın onayı ve gizlilik, önleyici sağlık hizmetleri, insani yardım, mesleki bağımsızlık ve mesleki yetkinlik olarak sıralanan koşulların cezaevlerinde mahpuslara yaratılması CPT kriterlerine göre insan haklarının zorunluluğudur.<sup>41</sup>

CPT, Ölümcül hastalıkları bulunan mahpuslar için, yaşamın devamlılığının sağlamak adına genel faaliyet raporlarında şu tespitlerde bulunmaktadır:

*“iv.)Sürekli Tutukluğa Uygun Olmayan Hükümlüler: Bu tür tutuklulara örnek olarak, kısa süreli ölümcül prognozu<sup>42</sup> olanlar, cezaevi koşullarında iyi bir şekilde tedavi edilemeyecek ciddi bir rahatsızlığı bulunanlar, ağır bir sakatlığı olanlar veya ileri yaşta bulunanlara verilebilir. Böyle kişilerin cezaevi ortamında tutulmaya devam etmesi dayanılmayacak bir durum yaratabilir. Bu durumlarda, uygun alternatif düzenlemelerin yapılabilmesi için ilgili yetkililere rapor yazılması cezaevi doktorunun sorumluluğu altındadır.”<sup>43</sup>*

### 3.Hapis Cezasına Alternatif Yöntemlerin Belirlenmesinde Uluslararası Arayışlar ve Hasta Mahpusların Konumu

Uluslararası Ceza Reformunun tahminlerine göre dünya çapında on milyonu aşkın insan devlet eliyle hürriyetlerinden alı konulmaktadır.<sup>44</sup> Bu tahmini rakam İngiltere'deki Essex Üniversitesi bünyesinde

<sup>40</sup> Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin birinci maddesi kapsamında kurulan komitedir. Sözleşmeye taraf devletlere periyodik veya özel amaçlı/ad hoc ziyaretler düzenleyerek raporlar hazırlar. Metin içerisinde “CPT” olarak anılacaktır.

<sup>41</sup> 3rd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1992(CPT'nin 1 Ocak 31 Aralık 1992 dönemini kapsayan faaliyetine ilişkin 3. Genel Rapor), 32.Paragraf. Bkz. <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-03.htm#I.b>. (22.12.2013) Metin içerisinde “3. Genel Rapor” olarak anılacaktır.

<sup>42</sup> Prognoz, bir hastalığın muhtemel seyrini, süresini ve sonuçlarını önceden tahmin etme anlamına gelmektedir. İlgili CPT genel faaliyet raporunda poor prognosis anlamında kullanılmış olup, hastalığın seyri ve sonuçları bakımından tehlikeli oluşu; hastalığın iyileşme şansının düşük oluşu anlamına gelmektedir. Ölümcül prognoz, ümitsiz prognoz veya kötü prognoz kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. Kocatürk, Utkan, “Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü/ İngilizce, Latince, Grekçe Tıp Terimlerinin Dilimizdeki Açıklamalı Karşılıkları”, Nobel Tıp Kitabevi, 10.Baskı-2005, s.695

<sup>43</sup> CPT'nin 3. Genel Raporu

<sup>44</sup> Uluslararası Ceza Reformu/Penal Reform International, merkezi Londra'da bulu-

faaliyet gösteren Uluslararası Cezaevi Çalışma Merkezinin verilerine göre on bir milyona ulaşmıştır.<sup>45</sup> Bu insanların büyük bir bölümü aldıkları cezayı veya karşılaştıkları koruma tedbirlerini aşan cezai nitelikli uygulamalara maruz kalarak hedefte tutulan cezanın bir azap haline dönüşmesine sebep olabilecek koşullar altında özgürlüklerinden yoksun bırakılmaktadır. Cezaevlerinde insanlık onuru ile bağdaşmayan koşulları olgunlaştıran temel faktör ise hapse atmanın başat cezalandırma yöntemi olarak kavranması ve bu yolla mahpus sayısının sürekli artmasıdır. Bu uygulamaların önüne geçmek adına Tokyo Kuralları<sup>46</sup> gibi çeşitli hapis dışı tedbirlerin öneriye açıldığı metinler ortaya konulsa da pratikte en çok uygulanan yöntem yine hapse atmadır.

Türkiye cezaevlerindeki doluluk oranının dünya geneli içerisinde göze çarpan rakamlar barındırdığını söylemek mümkündür. Tablo.1'de aktarılan veriler irdelendiğinde 2006 yılından günümüze kadar hapis altında tutulan kişi sayısının neredeyse iki kat arttığını ve buna bağlı olarak cezaevindeki ölüm oranlarında da ciddi artışlar yaşandığını söylemek mümkündür.

*Tablo.1.Türkiye cezaevlerinde bulunan kişilerin ve cezaevlerinde vefat eden kişilerin 2006-2013 yılları arasındaki sayısal verileri.*

Yıllar	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006
Cezaevinde bulunan kişi sayısı*	(Ekim ayı itibariyle) 140.716	136.020	128.604	120.814	116.340	103.235	90.837	70.277
Cezaevinde Hayatını Kaybeden Kişi Sayısı**	(Mayıs ayı itibariyle) 101	260	268	252	196	211	176	157

\*Cezaevinde bulunan kişi sayısına ilişkin veriler Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifleri Genel Müdürlüğü'nün resmi sitesinden alınmıştır.<sup>47</sup>

\*\*TBMM üyesi Gürkut Acar'ın soru önergesini yanıtlayan dönemin Adalet Bakanı Sadullah Ergin'in sunduğu resmi veriler.<sup>48</sup>

nan dünya genelinde ceza ve adalet sorunlarına karşı tepkiler geliştiren, öneriler getiren uluslararası örgüttür. Metin içerisinde PRI olarak kısaltılacaktır. <http://www.penalreform.org/about-us/> (22.12.2013)

<sup>45</sup> Uluslararası Cezaevi Çalışma Merkezi/International Centre for Prison Studies, cezaevlerine ilişkin verileri toplayıp raporlaştıran ve uygulama projeleri ile cezaevi koşullarını iyileştirmeye dönük faaliyetler düzenleyen bir çalışma merkezidir. Dünya üzerindeki cezaevlerinin nüfus listelerine ilişkin rapora ulaşmak için bkz. [http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs\\_term\\_node\\_tid\\_depth=27](http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27)(22.12.2013)

<sup>46</sup> Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kuralları

<sup>47</sup> İlgili veriler için bkz. <http://www.cte.adalet.gov.tr/> (25.12.2013)

<sup>48</sup> İlgili veriler için bkz.

Mahpus sayısını azaltmak için on temel prensip ortaya koyan PRI, insanlık onurunun ve vicdanının zorunlu kıldığı ağır hasta mahpusların salıverilmesini de bu prensipler arasına almıştır.<sup>49</sup> Bireylerin özgül durumlarını göz önünde bulundurarak içerisinde farklılaşan cezalandırma yöntemlerini barındıran ve özünü vicdani bir yaklaşımda bulan bu prensip ağır hasta mahpusların hapis altında tutulmasının insancıl yaklaşımla bağdaştırılamamasının bir sonucudur.

Tokyo Kurallarının yansıması niteliğinde olan Hapsetmenin Alternatifleri El Kitabında “şartlı tahliyenin hedef kitlesi ölümcül hasta mahpuslardır” vurgusu net bir biçimde yapılmaktadır: *Hastalığının son safhasına gelmiş, tedavisi imkansız hastalar, erken tahliyenin otomatik olmasa bile uygun görüleceği bir mahpus grubudur.*<sup>50</sup>

Yine BM ceza adaleti el kitabı serilerinden olan Özel İhtiyaçlara Sahip Mahpuslar Üzerine El Kitabı vicdani bir hukuksal yaklaşımın zorunluluğunu ortaya koymaktadır. İlgili kaynakta engelliler, akıl hastaları, yaşlılar, ölümcül derecede hastalar sınıflandırılarak alternatif ceza infaz rejimlerine tabi tutulmalarının gerekliliği vurgulanmaktadır.<sup>51</sup> Özel ihtiyaçları olan bu hasta mahpuslara merhamet eksenli bir cezalandırma yöntemlerinin ilke edinilmesi bir zorunluluktur.

## Sonuç

Ciddi rahatsızlıkları bulunan mahpusların içerisinde buldukları cezaevi koşulları insan hakları boyutuyla ele alındığında iki temel insani hakkın ve yasağın ön plana çıktığını görüyoruz. Bunlardan ilki sağlık sorunları söz konusu olan mahpusların yeterli tıbbi bakım ve hizmeti almasını zorunlu kılan “sağlık hakkı”dır. Birçok uluslararası metinde vurgulandığı üzere hasta olan mahpusun tıbbi bakım

<http://www.baskahaber.org/2013/09/ceza-degil-olum-evi-cezaevlerinde-11.html>(25.12.2013)

<sup>49</sup> Smit, Dirk Van Zyl, ‘Handbook of Basic Principles and Promising Practices on Alternatives to Imprisonment’, United Nations Publication, New York 2007, s.5. İlgili metne ulaşmak için bkz. [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/Handbook\\_of\\_Basic\\_Principles\\_and\\_Promising\\_Practices\\_on\\_Alternatives\\_to\\_Imprisonment.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_of_Basic_Principles_and_Promising_Practices_on_Alternatives_to_Imprisonment.pdf) (25.12.2013)

<sup>50</sup> Smit, a.g.e. , s.48.

<sup>51</sup> Atabay, a.g.e. , s.1-2.

ve tedavi koşulları, cezaevi koşullarına göre değil mahpusun sağlık durumuna göre olgunlaştırılmalıdır. Ayrıca hasta mahpusların özgül durumlarını göz önünde tutan ceza ve infaz yöntemlerinin kanuni yollarla geliştirilmesi gerekmektedir.

Sağlık hakkının karşılığı olan yeterli tıbbi koşullardan faydalanamamanın veya ciddi bir rahatsızlığa yakalanmanın sonucunda ölüm riski ile karşı karşıya kalan mahpuslar için ise “yaşam hakkı” söz konusudur. Bireye sıkı sıkıya bağlı olan yaşam hakkının cezalandırmada özne konumunda bulundurulamayacağı uluslararası toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından kabul görmüştür ve birçok temel insan hakları metnine de konu olmuştur. Ölümcül derecede hasta mahpusların cezaevinde tutulmasında ısrar edilmesi mevcut cezanın niteliğini aşan sürece yayılmış bir ölüm infazı haline dönüşmektedir. Bu sebeptir ki birçok uluslararası metinde bu hasta mahpus grubunun tahliyesinin gerekliliği vurgulanmaktadır.

Sağlık ve yaşam hakkının hiçe sayılarak ölümcül derecede hasta olan mahpusun cezaevinde tutulmaya devam edilmesi ise sürece yayılmış, mevcut cezayı aşan, bir işkence halini ortaya çıkarmaktadır ki bu noktada “işkence ve insanlık dışı ceza yasağı” gündeme gelmektedir. Ne yazık ki Türkiye’deki hasta mahpusların bu grup içerisinde olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle ceza infazının ertelenmesi yolunda Adli Tıp Kurumu ve Cumhuriyet Başsavcılıklarının sübjektif değerlendirmelerde bulunabilecekleri hukuksal görev alanları ve siyasal otorite ile iç içe geçmiş kurumsal mekanizmaları değerlendirildiğinde dosyalar masalarda bekletilmekte, kaybedilmekte ve cezaevinden tabutlar çıkmaktadır. Türkiye cezaevleri politikasındaki hasta mahpuslara ilişkin bu vahim sonuçlar akıl tutulmasını aşan bir vicdan tutulmasını işaret etmektedir ki, adalet kavramının yapı taşı niteliğinde olan vicdanın taşlaşması; hakikatin önünde bir engel, insanca bir yaşamın önünde ise bir tehlike olarak durmaktadır. Bu sebeptir ki adaletin kalbi olan vicdanın hasta mahpuslara karşı teklemesi, taşlaşması, adalet tutulmasına işaret etmektedir ve kaygı verici olan durum da özünde budur.

## KAYNAKLAR

### Kitaplar:

Atabay, Tomris, "Handbook on Prisoners with special needs", United Nations Publication, New York-2009

<http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Prisoners-with-special-needs.pdf>

Foucault, Michel, "Hapishanenin Doğuşu", Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, 3.Baskı, İmge Kitabevi Yayınları, Ekim-2006

Giddens, Anthony, "Sosyoloji", Çeviren: Cemal Güzel, 1.Baskı, Ayraç Yayınevi, Ankara-2000

Harris, David, "Cases and Materials on International Law", Seweet and Maxwell, Fifth Edition-1998

Kocatürk, Utkan, "Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü/ İngilizce, Latince, Grekçe Tıp Terimlerinin Dilimizdeki Açıklamalı Karşılıkları", Nobel Tıp Kitabevi, 10.Baskı-2005

Özay, İl Han, "Gün Işığında Yönetim", 1.Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul-1996

Özbek, Veli, "İnfaz Hukuku", 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Şubat-2013

Özbudun, Ergun, "Türk Anayasa Hukuku, 8.Baskı", Yetkin Yayınları, Ankara-2005

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, M.Ruhan, "Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", Seçkin Yayınları, Ankara-2009

Shaw, Malcolm, International Law, Cambridge University Press, Sixth Edition-2008

. Smit, Dirk Van Zyl, "Handbook of Basic Principles and Promising Practices on Alternatives to Imprisonment", United Nations Publication, New York-2007

[https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/Handbook\\_of\\_Basic\\_Principles\\_and\\_Promising\\_Practices\\_on\\_Alternatives\\_to\\_Imprisonment.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_of_Basic_Principles_and_Promising_Practices_on_Alternatives_to_Imprisonment.pdf)

Taşkın, Ahmet, "Türkiye'de ve Dünyada Açlık Grevleri", Eda Yayıncılık

### Makaleler:

Lines, Rick, The Right to Health of Prisoners in International Human Rights Law, International Journal of Prisoner Health, March 2008, 4(1):s.3-53.

Tezcan, Durmuş, Hapis Cezalarının İnfazında Pozitif Ayrımcılık, Türkiye Barolar Birliği/İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlüler, Antalya/6-7 Haziran-2008, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:147, s.21-29.

### Anayasa Mahkemesi Kararları:

27.9.1988 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı (E. 1988/7, K. 1988/27) kararı için bkz. [http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=814&content=](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=814&content=)

13.4.1976 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı (E.1976/3, K.1976/23) için bkz.

[http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=467&content=](http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=467&content=)

**AİHM Kararları**

“Çetin v. Türkiye”, Başvuru no.44084/10

<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-119948>

“Nevmerzhitsky v. Ukrayna”, Başvuru no.54825/00

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"appno":\["54825/00"\],"item id":\["001-68715"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{)

“Yıldırım v. Türkiye”, Başvuru no.2778/02

<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-121813?TID=kbyvrtzmsu>

“Eren v. Türkiye”, Başvuru no.27662/04

“Eroğlu v. Türkiye”, Başvuru no.30472/04

**Diğer Belgeler**

R(2006) 2 No.lu tavsiye kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Ceza İnfazındaki Tavsiye Kararları, Avrupa Konseyi/Avrupa Birliği Ortak Programı “Türkiye’de Model Cezaevi Uygulamalarının Yaygınlaştırılması ve Cezaevi Reformunun Desteklenmesi Projesi” kapsamında çoğaltılmıştır, Ankara-2011, s.13 v.d. İlgili metne ulaşmak için bkz.

[www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararasi/tavsiye\\_kararlari.doc](http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararasi/tavsiye_kararlari.doc)

R(1999)1418 No.lu tavsiye kararı,

<http://assembly.coe.int/main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta99/EREC1418.htm>

R(98)7.No.lu tavsiye kararı, Taşın, Ahmet, “Türkiye’de ve Dünyada Açlık Grevleri”, Eda Yayıncılık, s.300v.d.

R(87) 3 No.lu tavsiye kararı,

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/413-433.pdf>

3rd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1992(CPT'nin 1 Ocak 31 Aralık 1992 dönemini kapsayan faaliyetine ilişkin 3. Genel Rapor) <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-03.htm#l.b>.

İnsan Hakları Derneği, 2013 Yılı Türkiye İnsan Hakları İhlalleri Raporu

[http://www.ihd.org.tr/images/2014/hd\\_hlal%20raporu\\_.pdf](http://www.ihd.org.tr/images/2014/hd_hlal%20raporu_.pdf)

**İnternet Kaynakları**

<http://www.ihd.org.tr/index.php/raporlar-mainmenu-86/el-raporlar-mainmenu-90/2748-hala-cezaevlerinde-ihlaller-surmekte.html>

<http://www.imc-tv.com/haber-olumumle-gundeminize-gelmeden-1342.html#ixzz291wg7l64>

<http://www.law.gwu.edu/Academics/EL/clinics/Pages/POPS.aspx>

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument)

<http://www.ihd.org.tr/index.php/baslamalarinmenu-77/genel-merkez/2726-agir-hasta-mahpuslar-serbest-birakilsin.html>

- [http://pazardergi.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/9411/Hasta\\_tutuklularda\\_zaman\\_olume\\_akiyor.html](http://pazardergi.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/9411/Hasta_tutuklularda_zaman_olume_akiyor.html)
- [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/yazili\\_sozlu\\_soru\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=125058](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/yazili_sozlu_soru_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=125058)
- [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52de5857ace256.76503269](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52de5857ace256.76503269)
- [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/yazili\\_sozlu\\_soru\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=130186](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/yazili_sozlu_soru_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=130186)
- [http://bianet.org/system/uploads/1/files/attachments/000/000/956/original/%C4%B0HD\\_Cezaevi\\_Hasta\\_Listesi.pdf?1379587104](http://bianet.org/system/uploads/1/files/attachments/000/000/956/original/%C4%B0HD_Cezaevi_Hasta_Listesi.pdf?1379587104)
- <http://www.penalreform.org/about-us/>
- <http://www.baskahaber.org/2013/09/ceza-degil-olum-evi-cezaevlerinde-11.html>
- [http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs\\_term\\_node\\_tid\\_depth=27](http://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27)
- [http://www.ozgurgundem.com/index.php?haberID=97547&haberBaslik=Oybirli%C4%9Fi%20ile%20ATK%20%E2%80%98infaz%C4%B1%E2%80%99&categoryName=Haber&categoryID=2&action=haber\\_detay&module=nuce](http://www.ozgurgundem.com/index.php?haberID=97547&haberBaslik=Oybirli%C4%9Fi%20ile%20ATK%20%E2%80%98infaz%C4%B1%E2%80%99&categoryName=Haber&categoryID=2&action=haber_detay&module=nuce)
- [http://www.radikal.com.tr/turkiye/gunes\\_bir\\_kez\\_daha\\_gunesi\\_gorebilecek\\_mi-1166350 ;](http://www.radikal.com.tr/turkiye/gunes_bir_kez_daha_gunesi_gorebilecek_mi-1166350;)



# YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK CEZA KANUNU'NDA MEŞRU SAVUNMA

## SELF DEFENCE IN PENAL CODE IN LIGHT OF THE RELEVANT CASE-LAW OF THE CASSATION COURT

Erkan ŞENSES\*

**Özet:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen meşru savunma, fiili işleyenin beraat etmesini sağlayan bir hukuka uygunluk nedenidir. Çalışmamızda meşru savunmanın tanımı, şartları, Yargıtay uygulaması ve meşru savunma sınırının aşılması konuları 5237 Sayılı Kanun sistematigi çerçevesinde anlatılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Meşru Savunma, Meşru Savunmanın Şartları, Sınırın Aşılması, Hukuka Uygunluk Nedeni,

**Abstract:** Legitimate self defence action regulated by the Law no.5237 namely Turkish Penal Code is one of the grounds for lawfulness. In this study definition of legitimate self defence, its conditions, case-law practise of the Cassation Court and extension of limit of self defence borders are dealt with within the framework of the Law no.5237.

**Keywords:** Legitimate Self Defence, Requirement for Self Defence, Extension of Limits, Grounds for Lawfulness.

### Giriş

Suç, ceza normunun yasakladığı, tipe uygun, kasten veya taksirle gerçekleştirilen hukuka aykırı haksız bir fiildir<sup>1</sup>. Bir suçun oluşabilmesi için, suç tanımında yer alan tüm unsurların söz konusu fiilde var olması gerekir. Aksi durumda ise suç oluşmaz ve fiili gerçekleştirenin ceza sorumluluğuna gidilmez. İşte meşru savunma<sup>2</sup> da, suçun unsur-

\* Avukat, Batman Barosu

<sup>1</sup> M. Emin, Artuk/Ahmet, Gökçen/Caner, Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B. , Ankara 2007, s. 377.

<sup>2</sup> Uygulama ve öğretilerde “yasal savunma”, “meşru müdafa” ve “haklı savunma” deyimleri kullanılıyorsa da, bu yazı çerçevesinde yasadaki deyim olan “meşru savunma” deyimini kullanmayı uygun görmekteyiz.

larından biri olan hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukuka uygun hale getiren, bu sayede fiili gerçekleştirenin muhakeme sonunda beraat etmesini<sup>3</sup> sağlayan bir hukuka uygunluk sebebidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da verdiği bir kararda, *“Bir eylemin hukuk düzeni tarafından cezalandırılması ancak onu hukuka uygun kılan bir nedenin bulunmamasına bağlıdır”*<sup>4</sup> diyerek hukuka uygunluk sebeplerinin her durumda gözetilen bir durum olduğunu belirtmiştir.

Bu yazı çerçevesinde, meşru savunmanın Türk Hukuku’nda gelişimi, geçmiş ve şimdiki yasalarda ele alınışı, hukuk sistemimizin hangi durumlarda meşru savunmayı kabul ettiği sorusuna öğretilerdeki kimi görüşler ile Yargıtay içtihatları karşısında yanıt aranacaktır.

## I. Meşru Savunma

### A. Tanım

Meşru savunma ile ilgili sözlüklerde çeşitli tanımlar yapılmıştır; *“uğranılan bir saldırı karşısında kişinin kendisini korumak için başvurduğu yol”*<sup>5</sup>, *“bir kimsenin, kendisine veya başkasına veya mallarına yönelen, halen mevcut bir haksız taarruzdan doğacak zararları önlemek üzere, yapmak zorunda kaldığı karşılık eylem”*<sup>6</sup> olarak tanımlanan meşru savunma, TCK’da da tanımlanmıştır. Bu tanıma göre meşru savunma *“gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiiller...”* dir. Yargıtay’a göre *“yasal savunma; bir kimsenin kendisine veya başkasına yöneltilen haksız bir saldırıyı uzaklaştırmak için gösterdiği zorunlu bir tepkidir. Hukuka uygunluk nedenlerinden birini oluşturan yasal savunma, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, eylemi hukukun meşru saydığı bir fiil haline getirmektedir. Çünkü, hukuk düzeni hakkın ve haklının saldırıya uğramasına izin vermez”*.<sup>7</sup>

Özcesi, meşru savunma, bireyin kendini savunmasıdır<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> CMK Md. 223/ 2 (d) Beraat kararı; *“Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması”*, halinde verilir.

<sup>4</sup> YCGK, 11.07.2006, 2006/9-169, K. 2006/184 (Münip, Ermiş, *“Terörle Mücadele Kanunu ve İnsan Hakları”* Ceza Hukuku Dergisi Ankara Ağustos 2007, Sayı:4, s. 305.

<sup>5</sup> Bk. Meşru müdafaa olarak geçmektedir, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (Erişim Tarihi:12.04.2013)

<sup>6</sup> Ejder, Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 6. Bası, Ankara 2001, s. 582.

<sup>7</sup> YCGK. 15.02.2000, 1-22/27 (Ali, Parlar /Muzaffer, Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara Şubat 2007, s. 258.)

<sup>8</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 534; Veli Özer, Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu

## B. Meşru Savunmanın Osmanlı-Türk Hukuku'nda Gelişimi

Esasen İslam Hukuku' nun hüküm sürdüğü Osmanlı' da, özellikle II. Mahmut dönemiyle girişilen "İslahat Hareketleri"<sup>9</sup> sonucu, bir kanunlaşma dönemi de başlamıştır. Bu kanunlardan ilk Ceza Kanunu olan 1840(1256) Ceza Kanunnamesi' nde meşru savunmaya ilişkin bir hüküm bulunmamasıyla birlikte 1858(1274) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu' nun 186 ıncı maddesinde; "Müdafaa muhafaza-i nefis ve ırz için vuku bulan katl ve cerh fiilleri muafıtır" hükmü yer almıştır. Bu düzenlemeyle kanun, meşru savunmayı sadece nefse ve ırza yönelik saldırılara karşı kabul etmiştir<sup>10</sup>. Bunda mehzaz kanun olan 1810 Fransız Ceza Kanunu' nun meşru savunmayı sadece insan öldürme ile müessir fiil açısından uygulaması da etkili olmuştur. Bu durum 1327 tarihli Kanun ile değiştirilmiş olup, bu değişikliklerle mala karşı da meşru savunma kabul edilmiştir<sup>11</sup>.

Cumhuriyet ile birlikte yeni bir hukuk düzenine geçen Türkiye, kanunlarını da rejimine uygun bir şekilde değiştirmek istemiş ve mehzaz olarak Avrupa kanunlarından faydalanmıştır. 1926 yılında İtalyan mehzazlı 1889 Zanardelli Kanunu kabul edilerek, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu adı ile uygulama alanı bulmuştur. Kanununun 49 uncu maddesinde düzenleme konusu olan ve "Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vuku bulan haksız bir taarruzu fili hal defî zaruretinin bails olduğu mecburiyetle ... işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez." hükmününü içeren bu düzenleme ile meşru savunma, sadece nefse ve ırza yönelik saldırılara karşı kabul edilmiştir.

## C. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Meşru Savunma

Anayasamızın 17, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi' nin ise 2 nci maddelerinde yaşam hakkına müdahalenin yasaklılık hallerine istisna getirildiği ve bu istisnalardan birinin de meşru savunma olduğu görülmektedir. Ancak konumuz gereği meşru savunmayı Türk Ceza Kanunu çerçevesinde ele almayı uygun görmekteyiz.

İzmir Şerhi, Ankara Mayıs 2005, s. 187.

<sup>9</sup> Geniş bilgi için bk. Bülent, Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 9. Bası, İstanbul Ekim 2002, s. 75 vd.

<sup>10</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 537.

<sup>11</sup> Yener Mutlu, Kaynar, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001, s. 16 vd. ; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 537.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun genel hükümler bahsinde, birinci kitap ikinci kısım ikinci bölümünde "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı ile 25 inci maddesinde düzenleme konusu edilen meşru savunma; "gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiiller... ceza verilmez" hükmünü içermektedir.

765 Sayılı TCK' da yer alan "nefis ve ırz" şartı, 5237 TCK' da "hak" şartına<sup>12</sup> dönüşmüş, böylece meşru savunmanın uygulama alanı da Türk Hukuku' nda genişlemiştir. Uygulama alanının genişlemesinin sebebi ise madde gerekçesinde de sözedildiği üzere, zaten çeşitli kanunların<sup>13</sup> mala karşı saldırılarda meşru savunmayı kabul eden anlayışıdır. Yeni düzenlemeyle birlikte artık, mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığı, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, çalışma hakkı gibi kişi hak ve özgürlüklerinin de meşru savunma kapsamında olduğu kabul edilebilir<sup>14</sup>.

### 1. Meşru Savunmanın Şartları

Meşru savunma, yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere saldırıya ve savunmaya ilişkin şartların mevcudiyetinin arandığı bir hukuka uygunluk sebebidir. Yargıtay<sup>15</sup>'in verdiği kararlarda da sayıldığı üzere

<sup>12</sup> Madde Gerekçesi; "... her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Esasen, kanunlarımızda mala karşı saldırılarda da meşru savunmayı kabul eden hükümlere yer verilmiş olması kurumun bu şekilde düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Ayrıca, şu husus da belirtilmelidir ki, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir."

<sup>13</sup> 4721 sayılı TMK' nın "Savunma Hakkı" kenar başlıklı 981 inci maddesine göre ; "Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır."; 818 sayılı Borçlar Kanunu' nun 52/1 maddesine göre ise "Meşru müdafaa halinde mütecevizin şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lazım gelmez."

<sup>14</sup> Ersan, Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, İstanbul 2006, s.68.

<sup>15</sup> "Bir savunmanın yasal ( meşru ) sayılabilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu koşullar iki grupta toplanabilir. 1-Saldırıya İlişkin Koşullar: Nefse ya da ırza yönelmiş bir saldırı olmalıdır. Yasada da somut bir saldırının var olması gerektiği belirtilmiştir. O halde saldırı ile savunma aynı anda olmalıdır. Muhte-

meşru savunmanın şartları vardır ve her olayda bu şartların varlığı gözetilerek meşru savunmayla ilgili bir hüküm kurulabilir.

### a) Saldırıya İlişkin Şartlar

#### aa) Halen Bir Saldırının Mevcut Bulunması Şartı

Saldırı, hukuk tarafından korunan haklara karşı zarar veya tehlike yaratacak icrai ya da ihmali insan davranışı olarak tanımlanabilir. Saldırı maddi bir fiil olup tehdit ve şiddet anlamına gelir<sup>16</sup>. Saldırının mutlaka bir insandan kaynaklanması gerekir. Zaten, haksız bir davranış olan tecavüzdən söz edebilmek için bunun mutlaka bir insanla ilişkilendirilmesi gerekir. Bir hayvana izafe edilen davranış, haksızlık olarak nitelendirilemez. Saldırı anlam itibarıyla iradi bir fiil olduğundan bu niteliği taşımayan hayvan saldırılarına karşı yapılan fiiller meşru savunma kapsamında değerlendirilmeyecektir. Hayvan saldırılarında saldırıya maruz kalan kişi açısından tehlike arz eden bir durum olduğundan, diğer bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinden bahsedilecektir<sup>17</sup>.

Bir kimsenin savunma hareketinin haklı olabilmesi için, her şeyden önce hukuken korunan bir hakkına yönelik “gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı”nın bulunması gerekir. Bu şartın bulunmaması halinde fiilin meşru savunma kapsamı içeri-

---

mel bir saldırıya karşı savunma meşru sayılamaz. Sona ermiş bir saldırıya karşı girişilecek hareket de savunma değildir. Bununla birlikte, başlamamış ve fakat başlaması muhakkak olan ve başladığında savunmayı olanaksız kılacak veya çok zor durumda bırakacak bir saldırıya karşı savunma yasal sayılmalıdır. Öte yandan, sona ermiş olmakla beraber, yenilenmesi her an beklenen saldırının da bitmemiş sayılması gerekir. Bu saldırının haksız olması, onun mutlaka suç sayılmasını gerektirmez. Önemli olan hukuk düzenine aykırılığıdır. Haksız saldırı nefis ya da ırza yönelik olmalıdır. 2-Savunmaya İlişkin Koşullar: Saldırıdan kurtulmak için savunma zorunlu olmalıdır. Faile kaçmak yükümlülüğü yüklenemez. Bu itibarla, kaçması olanaklı iken kaçmayarak kendisini savunan fail yasal savunma hükmünden yararlanır. 3-Saldırı ile Savunma Arasındaki Oran: Saldırıya uğrayan hak ile savunma arasında denge aranmalıdır. Kendisini bir sopa ile döven kimseyi tabancasını ateşleyerek öldüren failin davranışı arasında denge bulunduğunu söylenemez. Bu denge saldırı ve savunmada kullanılan araçlar bakımından aranmalıysa da, bunu araçların özdeşliği bakımından anlamamak gerekir. Bu itibarla saldırganın kullandığından daha etkili bir aracı, saldırıyı önleyecek biçimde kullanılan failin, denge koşuluna aykırı davrandığı söylenemez.” YCGK 06.02.1995, E.1994/1-341, K.1995/6 www.kazanci.com (Erişim Tarihi:08.05.2013)

16

Özbek, s. 188.

17

İzzet, Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 2. B., Ankara 2005, s. 371; Kaynar, s. 70.

sinde kabul görmeyeceği açıktır. Bir saldırıdan söz edebilmek için -bu saldırı aynı zamanda bir suç teşkil ediyorsa- icra hareketleri başlamış olmalıdır<sup>18</sup>. Bunun yanında savunmanın saldırı ile aynı zamanda olması gerekmekte ise de gerek yasal tanımındaki "... gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı" koşulu ve gerekse de Yargıtay uygulaması<sup>19</sup> gerçekleşmesi muhakkak olan saldırılara karşı fiilleri de meşru savunma kapsamında kabul etmektedir. Saldırı başlamadan veya saldırı tamamlandıktan sonra yapılan savunma meşru savunma kapsamında değerlendirilemez. Saldırı başlamadan yapılacak hareketler bizzat saldırı teşkil ederler ve bu saldırılara karşı meşru savunma hakkı doğar<sup>20</sup>.

### bb) Saldırının Haksızlığı

Yasakoyucu meşru savunmayı her türlü saldırıya değil, sadece haksız saldırılara karşı kabul etmiştir. Bu haksızlığı "hukuka aykırı" anlamında kullanmak gerekir<sup>21</sup>. Fiilin hukuka aykırı olması yeterli olup,

<sup>18</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 540; " Olaydan tahminen 10 gün kadar önce maktülün oğlu sanık Hasan ile sanık Yunis'in amcasının oğlu Aziz tartışmaları esnasında sanık Yunis'in Hasan'ı kolundan tutarak evlerine doğru itelemesi ve birbirlerine karşılıklı olarak küftmeleri nedeniyle, olay günü yolda karşılaştıklarında maktul Feyzullah'ın oğlu olan Hasan'a (Devir şu .....ettiğimi) diyerek oğluna ateş etmesini söylediği, Hasan'ın da 5-6 metre kadar kaçmış bulunan sanık Yunis'e av tüfeği ile iki el ateş ettiği, Hasan'ın tüfeğinden çıkan saçmaların H.K'nin duvar köşesine ve Hüseyin'in duvarına isabet ettiği, sanık Yunis'in isabet almadığını gören maktul Feyzullah'ın tüfeği oğlu Hasan'ın elinden alarak doldurup Yunis'e tevcihle ateş etmek istediği, kapsül yandıktan dolayı tüfeğin ateş almadığı, maktülün tüfeği sanığa tevcihle ona ateş etmek istediği anda sanığın tabancasıyla maktule ateş ederek onu öldürdüğü hükme dayanarak alınan delillerle anlaşılması ve oluş mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre, sanık Yunis'in öldürme suçunu nefesine vaki haksız bir taarruzu filhal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle ve TCK'nın 49/2. Maddesi çerçevesinde tamamen meşru savunma koşulları altında işlediğinin kabulü gerekirken, yazılı şekilde mahkumiyeti cihetine gidilmesi;" Yarg.1. CD, E.1982/1948, K.1982/3108, T.16.07.1982, www.kazanci.com (Erişim Tarihi:08.05.2013).

<sup>19</sup> "sanığın babası, ölen Bahattin ... tarafından av tüfeği ile vurulmuş, sanık av tüfeğinin şesi üzerine kahvehanenin dışına çıktığında bu durumla karşı karşıya kalmıştır. Ölen Bahattin ... elinde av tüfeği bulunmaktadır. Babası henüz vurulmuştur. Ölenin sanığın babasına yönelik saldırısı henüz bitmediği gibi, taraflar arasında 15 yıl öncesine dayalı husumet nedeniyle bu saldırı yön değiştirerek, pek muhtemel biçimde kendisine de yönelebilecek bir durumdadır. Sanığın saldırıya karşı savunmada bulunmak zorunluluğu doğmuştur. Saldırı nefse yönelik olup, saldırıyla savunma arasında da kabul edilebilir bir orantı mevcuttur. Bu itibarla sanığın üzerine yüklenen suçu yasal savunma koşulları içerisinde işlediğini ve savunmada aşırılığa kaçmadığını kabulde zorunluluk bulunmaktadır." YCGK, 24.10.1995, 1-263/306, (Hakan, Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, 2.Bası, Ankara 2007, s. 47).

<sup>20</sup> Mehmet, Şahin, "Yasal (Meşru) Savunma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 75, Ankara Mart-Nisan 2008, s. 284-332, s. 315.

<sup>21</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 542.

hukuka aykırılığın ceza kanunundaki tariflerden birisine uygun olması veya suç teşkil etmesi gerekmemektedir<sup>22</sup>. Dolayısıyla ortada bir saldırı varsa dahi, saldırıyı gerçekleştirenin fiili hukuka aykırı değilse, fiile karşı meşru savunma hakkından söz edilemeyecektir. Örneğin, eve gelip haciz işlemi yapmak isteyen icra memuruna karşı konutuna saldırı var diye ev sahibi meşru savunma iddiasında bulunmaz. Zira burada kanun hükmünü icra gereği icra memurunun faydalandığı bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. Bunun yanında hukuka aykırı olmayan ancak örf ve adete, ahlaka aykırı olan fiil meşru savunmanın sebebi olamaz.

#### **cc) Saldırının Bir Hakka Yönelik Olması**

765 Sayılı TCK' daki "nefis ve ırz" şartının 5237 sayılı TCK ile "hak" şartına dönüştüğü ve böylece meşru savunma hakkının genişlediğinden söz etmiştik. Böylece kişi "gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı" var ise meşru savunma hakkından faydalanabilecektir.

#### **dd) Saldırının Gerçekleşmiş veya Gerçekleşmesi Muhakkak Olması**

Yasal tanımda da söz edildiği üzere meşru savunmada "...haksız bir saldırıyı... defetmek zorunluluğu..." bulunması gerektiğinden saldırı ile savunma aynı anda olmalıdır.

Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre muhtemel bir saldırıya karşı savunma, meşru sayılmaz. Bununla birlikte başlamamış fakat başlaması muhakkak olup da başladığı zaman savunmayı imkansız ya da çok güç hale getirecek bir saldırıya karşı yapılan savunma meşrudur<sup>23</sup>.

765 Sayılı yasa düzenlemesinde, başlayıp bitmiş olmasına rağmen hayatın olağan akışı nazara alındığında tekrar başlaması öngörülen, tekrar başlamasından korkulan saldırı henüz sona ermemiş olan saldırılar konusunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber bu tip saldırıların henüz sona ermemiş olduğu konusunda öğretilde ve uygulamada fikir birliği oluşmuştu. 5237 Sayılı yasa düzenlemesinde ise bu husus yoruma yer bırakmayacak şekilde açık olarak madde ve gerekçesinde ifade edilmiştir.

<sup>22</sup> Kaynar, s. 69.

<sup>23</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 544.

Yasa başlaması muhtemel saldırıların ilgili kolluğa, mercie yapılacak bildirim veya şikayetle önlenebileceğinden bahisle bu alandaki savunmaları meşru saymamıştır. Yargıtay' da verdiği çeşitli kararlar da saldırının halen varlığını geniş manada yorumlamak gerektiğini belirtmiştir<sup>24 25</sup>.

### a) Savunmaya İlişkin Şartlar

#### aa) Savunmada Zorunluluk Olması

Yasal savunmanın en önemli koşulu olan savunmada zorunluluk koşulu ile yasa başka türlü savunma imkanının olmaması durumlarını kabul etmektedir. Saldırıya, savunma yapılmaksızın başka şekilde karşılık verme imkanının olduğu durumlarda artık meşru savunmadan söz edilemez.<sup>26</sup> Ancak yasa kimseyi kahramanlığa, kabadayılığa veya şerefsiz ya da alçak bir şekilde hareket etmeye zorlayamaz. Yargıtay'ın bu gerekçeyle kaçma imkanı varken, kaçmayıp karşılık veren kimsenin meşru savunma halinde bulunduğunu kabul ettiği kararları vardır<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> "...Saldırı başlamadan önce savunmaya geçilmesi haklı sayılamayacağı gibi, saldırı bittikten sonra savunmada bulunulması da meşru sayılamaz. Ancak, "saldırının halen varlığını" geniş manada anlamak ve başlayacağı muhakkak olan ve başladığı taktirde savunmayı olanaksız kılacak veya güç hale getirecek bir saldırıyı başlamış, keza bitmiş olmasına rağmen "tekrarından korkulan" bir saldırıyı da henüz sona ermemiş saymak zorunludur..." YCGK, 15.04.2003, 1-83/103; www.kazanci.com (Erişim Tarihi:26.04.2013).

<sup>25</sup> "Sanığın adam öldürme eylemi hakkında yapılan incelemede, Olayın kendisine haber verilmesi ile koşarak olay yerine gelen sanığın maktulün "hepinizi öldüreceğim" diyerek annesi Sati'a'nın başına tabanca dayamış bir halde sürüklediğini ve yere çöktürdüğünü görmesi üzerine tabanca ile 1 el ateş ederek maktulü başından vurup öldürdüğünün delillerden anlaşılmasına, mahkemece de oluşan bu şekilde vuku bulunduğunun kabul edilmesine göre, sanığın öldürme eylemini TCK. 49/2. maddesinde öngörülen yasal savunma şartları dahilinde işlediğine hükümlenerek "ceza tertibine yer olmadığına ve beraatine" karar verilmesi gerekirken maktulün o ana kadar ateş etmemiş olmasının bundan sonra da ateş etmeceğinin garantisi sayılıp sanığın da bunu bilecek durumda olduğu varsayılarak bu oluş karşısında geçerli olmayan düşünce ile yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesisi..."Y. 1 CD. 13.02.2002, E.2001/4811, K.2002/500, www.kazanci.com (Erişim Tarihi:08.05.2013).

<sup>26</sup> Şahin, s. 320.

<sup>27</sup> "...Yasal savunmada hiçbir zaman ve hiçbir ahvalde sanığa kaçma mükellefiyeti tahmil edilemez ve kaçarak kurtulması istenemez veya bu halin yani kaçma olanağının varolup olmadığı yasal savunma saptanırken asla gözetilmez..." YCGK. 26.11.1990, 1-275/300, www.kazanci.com ; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 546.



### bb) Savunmanın Saldırıyla Orantılı Olması

Meşru savunma saldırıyla orantılı olmak zorundadır. Yasa bu durumu "...haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu..." biçiminde tarif ederek orantı koşulunu aramıştır. Madde gerekçesinde "...Savunmanın "saldırı ile orantılı biçimde" olması, yani saldırıyı defedecek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır" denilmiştir. Aksi durumda TCK'nın 27 nci maddesinde düzenlenen meşru savunmada sınırın aşılması sorumluluğuna gidilebilecektir.

Savunma ile saldırı arasında iki bakımdan denge aranmaktadır. Öncelikle savunmada kullanılan araçlar ile saldırıda kullanılan araçlar arasında denge bulunması gereklidir. İkinci olarak da saldırıya uğrayan hak ile zarar verilen hak arasında oran bulunmalıdır<sup>28</sup>.

Bir kimsenin malına yönelik saldırıda saldırganın kullandığı araçlar ile müdafaa halinde bulunan kimsenin kullandığı araçlar aynı olmak zorunda değildir. Savunmada bulunan kimse o anda elinde bulunan araç ile savunma yapacaktır. Savunmada bulunan kimsenin elindeki araç daha etkin ancak yeterli ölçüde kullanılmış ise dengenin aşıldığı söylenemez. Örneğin, bıçakla saldıran saldırganı karşı, sadece bir silaha sahip olan saldırıya uğrayan, saldırıyı, havaya ateş etmek veya saldırganı kolundan yaralamak suretiyle uzaklaştırmışsa, farklı araç olmasına rağmen ölçülü kullanıldığından meşru savunma hali vardır. Burada saldırıya uğrayan farklı bir aracı kullanmış olmakla birlikte aracı amacı doğrultusunda kullanmıştır<sup>29</sup>.

Saldırılan hak ile savunulan hak arasındaki dengede ise örneğin mülkiyet hakkı ile hayat hakkı arasında denge bulunduğu söylenebilir. Bu bakımdan bir kimse malını savunurken diğer bir kimsenin hayat hakkını sonlandıramaz<sup>30</sup>.

Yargıtay' da çeşitli kararlarında savunmanın orantılı olması kararını aramış ve orantısız savunmalarda meşru savunmadan söz edi-

<sup>28</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 548.

<sup>29</sup> Kaynar, s. 112.

<sup>30</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 548.

lemeyeceğini belirtmiştir<sup>31</sup>. Ancak Yargıtay bir kararında *“silahsız da olsa saldırgan kişilikleri oldukları anlaşılan maktullerin yoğun saldırısı yasal savunma hakkı doğurur”* diyerek, savunmanın orantılı olması şartıyla ilgili farklı bir karar vermiştir<sup>32</sup>.

### cc) Savunmanın Saldırıya ve Saldırana Karşı Yapılması

Meşru savunma açısından savunmanın, saldırının bir sonucu olması ve saldırana karşı yapılması gerekmektedir<sup>33</sup>. Bu sebeple saldırıyı yapanın da belli olması gerekir.

## 2. Meşru Savunmada Sınırın Aşılması

TCK'nın 27 nci maddesi meşru savunmada sınırın aşılması konusunu düzenlemiştir. Buna göre *“Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde*

<sup>31</sup> “...Saldırıya uğrayan hak ile savunma arasında denge aranmalıdır. Kendisini bir sopa ile döven kimseyi tabancasını ateşleyerek öldüren failin davranışı arasında dengenin bulunduğu söylenemez. Bu denge saldırı ve savunmada kullanılan araçlar bakımından aranmalıysa da, bunu araçların özdeşliği biçiminde anlamamak gerekir. Bu itibarla saldırganın kullandığından daha etkili bir aracı, saldırıyı önleyecek biçimde kullanmış olan failin, denge (nispet) koşuluna aykırı davrandığı söylenemez. O halde, yasal savunma; failin ağır ve haksız bir saldırı kendisinden veya başkasından uzaklaştırmak amacıyla gösterdiği zorunlu tepkidir” YCGK. 06.02.1995, E. 1994/1-341, K. 1995/6; www.kazanci.com , (Erişim Tarihi:26.04.2013).

<sup>32</sup> “Olay günü mesai sonu, arkadaşı Ramazan A. ile karşılaşan sanığın, adı geçen kişi ile Avcılar’da bulunan Seyisoğlu adı ile bilinen lokantaya gittiği, bir masaya oturup sipariş verdikleri, daha önce bu lokantaya gelmiş maktül ve arkadaşlarının bir başka masada oturdukları sırada, maktüllerden Kemal K.’nın ses sanatkarından mikrofonu alarak Kürtçe şarkı söylediği, şarkının bitiminden sonra bir ara Kemal K.’nın sanığın masasına giderek, sanığın da mensubu bulunduğu Emniyet Teşkilatına küfrettiği ve hakaretimiz sözler sarfettiği, sanığın hadise çıkmaması için maktüllerin masasında oturan Hüseyin C.’den, Kemal K.’yı almasını rica ettiği, müşterilerin de araya girip doğan tatsız havayı yatıştırmak istediği sırada, maktül Ali Haydar A.’nın bıçakla sanığın masasına yürüdüğü, diğer maktül Kemal K.’nın da sandalye ile sanığa vurup, onu yere düşürdüğü, kalkmak isterken darbelerin devam etmesi sonucu silahı ile ateş etmeye başladığı, önce sandalye ile vurmakta olan maktül Kemal’e, ateş edip kaçmak isterken, diğer maktülün de sandalye ile üzerine gelmekte olduğunu görünce ateş edip onu da öldürdüğünün” kabul edilmesi; maktüller ve arkadaşlarının dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılan saldırgan kişilikleri, sanığın birden çok kişinin aynı anda bıçaklı ve sandalyeli saldırısına muhatap olması, uğradığı saldırının yoğunluğu karşısında hedef seçerek ateş ettiğinin kesinlikle belirlenememesi, ateş etmeye başlamasına rağmen maktüllerin saldırılarına devam ettiğini görünce ardı ardına ateş etmesinin doğal karşılanması gerektiği gözönünde tutulduğunda, sanığın yasal savunma şartları içinde hareket ettiği ve savunmada aşırılığa kaçmadığının kabulünde zorunluluk bulun...” Yargıtay 1. CD., 23.12.1992, 2807/2966, ( Vural, Savaş /Sadık, Mollamahmutoglu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara 1999, s. 946).

<sup>33</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 547.

*sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur.*" Madde metninden de anlaşılacağı üzere sınırın kasten aşılması hali 26 ncı maddedeki korunmadan faydalanmayı getirmez aksine ceza sorumluluğunu gündeme getirir.

Yargıtay da verdiği kararlarda meşru savunma sınırını tayin etmiştir. Yargıtay konuyla ilgi verdiği bir kararda, sınırı tayin ederken kullandığı ölçütler sayılmıştır. Buna göre "TCY.nun 50. maddesinde düzenlenen, yasal savunmada zaruret sınırının aşılmasından sözedilebilmesi için, failin iradesinin savunmaya yönelik olması ve kendisini veya üçüncü kişileri savunma zaruretinde bulunması gerekir. Örneğin, failin karşılaştığı koşullarla uygun olmayan araçlarla kendisini savunması veya saldırıyı etkisiz hale getirdikten sonra da savunma ve tepkilerinde ısrar etmek suretiyle aşırılığa kaçarak zaruret sınırının aşılması hali gibi... Zaruret sınırının aşılp, aşılmadığı belirlenirken, failin o anda içinde bulunduğu ruh halinin gözönünde bulundurulması gerekmektedir".

Ancak Yargıtay'ın bu ölçütlere çoğu kararda<sup>34 35</sup> uyariken bazı ka-

<sup>34</sup> "Sanık ve maktulün olay gecesi alkol alarak sohbet ettikleri sırada sebebi belli olmayacak şekilde aralarında çıkan tartışma sırasında, maktulün tabancasını çekip sanığa ateş ederek sağ kol ve sol göğüs cilt altından yaraladığı, yaralanıp yere düşen sanığın da kendi üstündeki silahı çekip maktule doğru 6 el ateş ederek maktülü öldürmesiyle sonuçlanan olayda; sanığın kendine yönelik saldırıya karşı savunmada bulunurken daha az bir atışla yetinmesi yerine, çok sayıda ateş ederek savunma sınırını kastı olmaksızın aşması nedeniyle 5237 sayılı Yasanın 27/1, 22/3. Maddesi delaletiyle 85. Maddesinden mahkumiyeti yerine, yazılı şekilde hüküm kurulması.." Y. 1 CD E. 2006/5834, K. 2007/4280, T.30.05.2007, www.kazanci.com (Erişim Tarihi:12.05.2013).

<sup>35</sup> "olaydan önceki tarihlerde sanığın İzmir'deki işyerinde kısa bir süre çalışan ölen Gündüz Güler'in, sanığın Ankara'daki tesisinde gasp yapmayı düşündüğü, diğer sanıklar Remzi Kılıç ve Reşat Kaya'ya bu tesislerde iş bulacağını söyleyerek, onları Ankara'ya gitmeye razı ettiği, sanık Murat Bağlam'ın ticari otosu ile Erzurum'dan Ankara'ya gitmek üzere 2.500.000 liraya anlaştıkları, olay günü sabahleyin sanık Recep Kızılırmak'ın tesislerine geldikleri, sanık Murat'a dışarıda beklemesini söyleyip, ölen Gündüz Güler ve iki arkadaşı Recep Kılıç ve Reşat Kaya'nın sanık Recep'in bürosuna girdikleri, sanık Recep'in öleni kucaklayıp öptüğü, ve neden geldiğini sorduğu, ölenin özel olarak görüşmek istediğini söylemesi üzerine, işçisi tanık Yasin Yıldız'ı dışarı çıkardığı, bunun üzerine ölen Gündüz'ün, sanık Recep Kızılırmak'a beni öldürtecekmışsin diyerek bıçak çektiği ve kalçasına dayadığı; sanık Recep'in böyle bir şey olmadığını söylemesine rağmen, kasada ne kadar para var diyerek, kasayı açmasını istediği, bunun üzerine sanık Recep'in kasayı açarak, aldığı ruhsatlı tabancası ile rastgele yere doğru ateş etmeye başladığı, bu sırada, bir merminin Gündüz Güler'in karnına isabeti sonucu ölümüne sebep olduğu, sanık Recep Kızılırmak'ın olay sırasındaki ruhi durumu, ölenin yanında bulunmadığı iki kişi bulunduğu halde, kendisine yönelik bıçaklı saldırısı sırasında, bu saldırının boyutunun ne olabileceğini öngörebilecek bir durumda olmaması beraat eden sanıkların beyanına göre isteseydi üçünü de öldürebilecek durumda iken

rarlarında uymadığı görülmektedir<sup>36</sup>.

TCK'nın 27 nci maddesinin 2 nci fıkrası ise, meşru savunmada sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri geldiği durumlarda failin meşru savunma hukuka uygunluk sebebinden faydalanacağı hükmünü düzenlemiştir. 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 def'inden ziyade, kin duygusunu tatmine matuf ise, 'zaruret sınırını' aşma değil; ancak tahrik bahse konu olur..."<sup>37</sup>.

## Sonuç

Meşru savunma tarihsel süreçten bugüne uygulanagelen bir hukuka uygunluk sebebi olup, şartları döneme, koşullara ve devletlere göre değişebilmiştir. Gelineen noktada ülkemizdeki uygulama alanı ise, 765 sayılı yasadaki uygulama alanından daha geniş bir alana sahip olup 'ırz ve nefis' şartları yerini 'hak' şartına bırakmıştır.

Yasa hükmü yerinde olmakla birlikte savunmada sınırın aşılmasıyla ilgili 27 nci maddenin uygulanmasının beraberinde pek çok güçlüğü de getirdiği görülmektedir. Savunmada sınırın aşılması ile sınırın aşılmasının mazur görülebilecek korku, telaştan kaynaklandığı durumların tayini çok güçtür. Bu durum yukarıda da değinildiği gibi bazen haksız kararlara da yol açarak yargı kararlarına duyulan güveni zedeleyebilecektir.

Sınırın aşılmasının tayinine yarayacak ölçütlerin psikolojik tahlilleri gerektirdiği ve bazen suçların sadece fail ve maktulün bulunduğu

böyle bir sonucu gerçekleştirmemiş olması nedeniyle sanığın savunmada zaruret sınırını aştığı kabul edilmeyeceğinden, hakkında TCY'nın 49.maddesinin uygulanmasına yönelik Özel Daire bozma kararı yerinde bulunmaktadır. Bu itibarla itirazın reddine karar verilmelidir." YCGK, E.1994/1-341, K.1995/6, T.06.02.1995, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:12.05.2013).

<sup>36</sup> Bk. 32 nci dipnot.

<sup>37</sup> YCGK., 03.06.1985, 185/331 (Özgenç, s. 407).

ortamlarda gerçekleştiği düşünüldüğünde sınırın aşıldığının tespiti bir yana meşru savunma koşullarının tespiti bile zordur.

Meşru savunmada sınırın kasten aşılması suretiyle insan öldürmelerde eğer TCK 27/2<sup>38</sup> durumu yoksa fail hakkında taksirle adam öldürmeye yapılan yollama, 'bilinçli taksir' ile 'olası kast'ın kabul edildiği sistemimizde yeterince açık değildir. Bunun yerine kararın hükümü verecek mercie bırakılması daha doğru olurdu. Yargı kararları ile konunun daha da açıklığa kavuşacağı kanaatindeyiz.

### KAYNAKLAR

- Artuk M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B., Ankara 2007.
- Ermış Münip, "Terörle Mücadele Kanunu ve İnsan Hakları" *Ceza Hukuku Dergisi* Ankara Ağustos 2007, Sayı:4.
- Hakeri Hakan, Kasten Öldürme Suçları, 2.Bası, Ankara 2007.
- Kaynar Yener Mutlu, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001.
- Özbek Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi, Ankara Mayıs 2005.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 2. B., Ankara 2005.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara Şubat 2007.
- Savaş Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara 1999.
- Şahin Mehmet, "Yasal (Meşru) Savunma" , *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 75, Ankara Mart-Nisan 2008.
- Tanör Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 9. Bası, İstanbul Ekim 2002.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, 6. Bası, Ankara 2001.
- [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)
- [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

<sup>38</sup> "Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez"

## Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre

### MEDENİ USUL HUKUKU

Temel Bilgiler

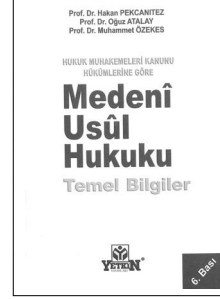
**Prof. Dr. Hakan Pekcanitez**

**Prof. Dr. Oğuz Atalay**

**Prof. Dr. Muhammet Özekes**

Yetkin Yayınları

Ankara- 2013, 6. Bası



Sistematığının yanı sıra boyut olarak da çok kullanışlı bir eser. Her basısında; yeniden gözden geçirilmiş, bazı hususlar düzeltilmiş veya eklenmiş ve yargı kararlarındaki gelişmeler kitaba yansıtılmıştır. Üç kıymetli Hocamızın değerlendirmeleriyle, her konu başlığı altında teorik ve pratik bilgilerin sentezinin yapıldığı, özet, kısa bilgilerin yer aldığı kitabın, hukuk öğrencilerinin, avukatların ve tüm hukukçuların kitaplığında yer almasını öneriyoruz.

## Yargı Bağımsızlığı Bağlamında

### Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda

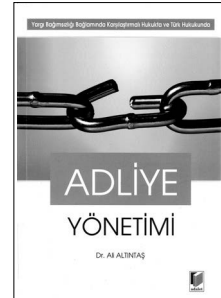
#### ADLİYE YÖNETİMİ

**Dr. Ali Altıntaş**

Adalet Yayınevi

Ankara- 2013

Birinci Baskı



Kitapta Türk Yargı Örgütü ve Adliye Teşkilatı ayrıntılı olarak incelenmiş, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile karşılaştırmalı hukukta ve Türk Hukukunda adliye yönetim kavramları açıklanmıştır. Her konunun açık bir şekilde irdelendiği kitap "adliye yönetimi olgusu" na dikkat çekilmesi nedeniyle ilginize sunulmuştur.



# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

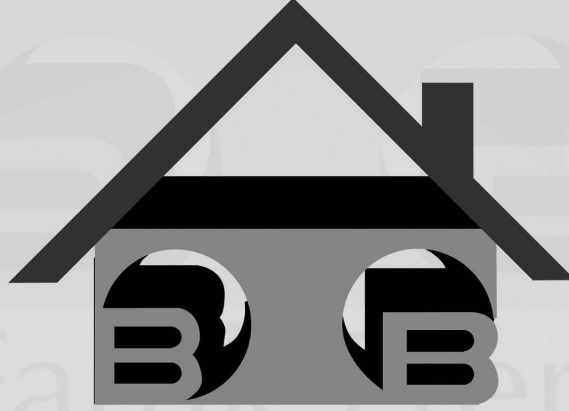
## Bilgi - Belge Merkezi



***Güvenilir ve doğru bilginin adresi***



# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ



Faruk Erem  
**AVUKAT EVİ**



[www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)