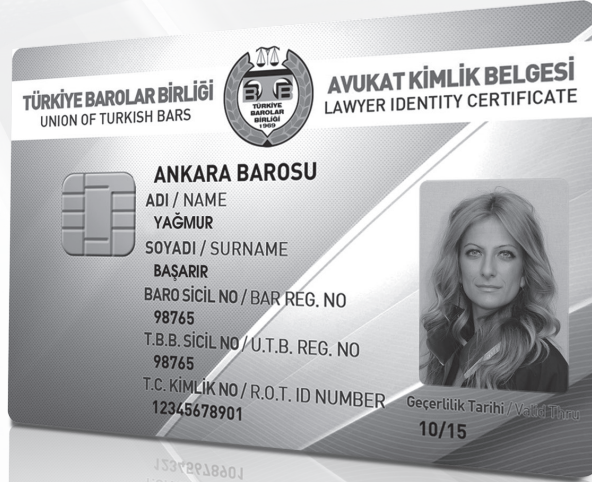




TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAROKART

Tek Kartla, Çok Hizmet!



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

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

www.barobirlik.org.tr

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

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

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-President

Head of the Publishing Department
Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni 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. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Ali Acar
Musa Toprak

Danışma Kurulu / Board of Advisors

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

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

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

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

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

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

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özak Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlık.org.tr
e-posta: yayin@barobirlık.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 yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
- 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: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yazin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
7.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.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
- Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde “Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği” çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

- 11 **BABAM TEOMAN ERGÜL'ÜN ARDINDAN**
Ozan Ergül

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

15 **Nimet ÖZBEK**

AİHM Kararları Işığında YUKK'nda İdarî Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar / In the Light of Cases of European Court of Human Rights Spaces Where Applied Administrative Detention According to the Law on Foreigners and International Protection

51 **Sinan ÇINAR**

İdari Yargı Mercilerince Verilen Kararlara Karşı Yapılan Bireysel Başvurularda Başvuru Süresi / Time Limit for Individual Applications Against the Judgments of Administrative Judicial Organs

99 **Ahmet KAYA/H. Ebru ERDOST ÇOLAK**

Yargı Mensuplarının Deneyimi ile "Mobbing" / "Mobbing" (Psychological Harassment) Experience by the Members of the Judicial Organization

125 **Ali Tanju SARIGÜL**

Türk ve Alman Hukuku'nda Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması / Warning Combined with Deferment of Sentence in Turkish and German Law

163 **Tülay PARLAK**

Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler ile Basın Etik İlkeleri Işığında "Yalan Haber Neşri" ve Yalan Haber Neşrinin Önlenilmesi Sorunu / The Problem of "False News Publications" and The Prevention of it in the Light of National and International Legal Regulations and Code of Ethics of Media

199 **Aydın AKGÜL**

Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı / In the Context of the Right of Personal Data Protection the Use of Biometric Methods and the Council of State's Approach

223 **Hasan DURSUN**

Zincir İşlemlere Karşı Hangi Aşamada Dava Açılabilir? / In Which Stage is Possible to Bring Lawsuits Against Chain Acts?

243 Oğuz POLAT/Evin GÜLDOĞAN

Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi /
The Importance of Expert Witnesses in Parental Custody Cases

255 Selin SERT

Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değişirme / Sex Change in Turkish Civil Law

271 Ahmet EROL/Dilek CİNGÖZ

Bir Mükellef Hakkı Olarak Mirasın Reddi / Disclaimer of Inheritance as a Taxpayer's
Right

297 Cem BALOĞLU

İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Aykırılığın İş İlişkisine Etkisi
Employers Obligations on Occupational Health and Safety and the Effect
on Employment Relation of Nonfeasance

313 M. Tarık GÜLERYÜZ

İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Yasağı Sözleşmesi / Covenant Not
to Compete in Light of the Mandatory Structure of Labor Law

345 İslam Safa KAYA

Offshore Petrol Platformlarının Uluslararası Hukuktaki Yeri / Status of Offshore Oil
Rigs in International Law

MAKALELER / ARTICLES

361 Atilla PINAR

Yargıda Yetkinlik / Kemâlât Kriterleri / The Criteria of Excellent Justice / Judgement

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye'de avukatlık çok zor bir dönemden geçiyor. Hukuk devleti ve demokraside büyük sıkıntılarımız var. Hukukun üstünlüğü her geçen gün ağır darbe alıyor. Bir yandan sayımız denetimsiz bir şekilde artıyor, diğer yandan nitelikli hukukçu sayısı azalıyor.

Biz hukukçuların bu dönemde sorumluluğu her zamankinden daha fazla. Üstlendiğimiz toplumsal sorumluluk gereği hukuksuz uygulamalar karşısında sesimizi yükseltmeli, toplumsal refleksi harekete geçirmeli, hukuksuz uygulamaların karşısında omuz omuza, dimdik durmalı ve en önemlisi bir olmalıyız, birlik olmalıyız. Çünkü birileri Türkiye'yi bölümlere, parçalara ayırmaya çalışırken, biz hukukun üstünlüğü lisanını konuşuyoruz, demokrasi lisanını konuşuyoruz; dolayısıyla birleştiriyoruz.

Adalet aramak için yola çıktık; el ele, omuz omuza hep birlikte adalet arıyoruz. Yetmiş yedi milyonu ortak paydada birleştirecek ve BİZ yapacak olan bu adalet. Bu adaleti bulmak zorundayız, bulamadığımız takdirde bir olamayız.

Hukuk devletine, adil yargılama yapacak bir sisteme Türkiye'yi mutlaka kavuşturmamız lazım. Kişisine göre, gelip geçici çoğunluklara göre bir düzen, bir sistem asla olmaz. Mücadeleye kararlılıkla devam ettiğimiz takdirde, bütün sorunları birer birer aşabiliriz.

Cumhuriyetin savcısı, devletin hâkimi, vatandaşın avukatı... Bu üçlemede vatandaş vatandaş yapan, haklarla donatan; uluslararası metinlerdeki, anayasalardaki süslü cümleleri gökyüzünden alıp 'bu

senin parlak yıldızın, al kullan' diyen biz avukatlarız. Dolayısıyla bizim attığımız her imza, yaptığımız her iş o büyük BİZ olma çabasına hizmet ediyor.

Böyle bir ortamda biz, 'herkes için hukuk, herkes için adalet' diyoruz. Halkımızın kutup yıldızı olmaya gayret ediyoruz. Bu konuda başarılı olduğumuzu düşünüyorum, aksi takdirde milyonlarca yurttaşımız bizi izliyor olmazdı.

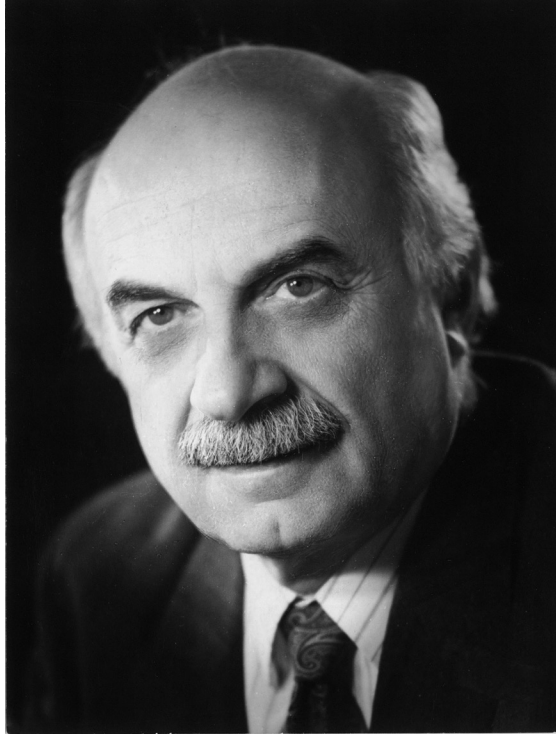
Hepimizin çok farklı dünya görüşleri, siyasi görüşleri ve duruşları var ama Anayasa'nın ilk üç maddesinde; hukukun üstünlüğü, demokrasi, çoğulculuk, katılımcılık, laiklik, vataniyle milletiyle bölünmez bütünlük dediğimizde BİZ birlikteyiz. Dolayısıyla anayasanın ilk üç maddesinde buluşan herkes bizim tabanımızdır. O büyük BİZ'in birer asli unsurudur.

Türkiye'yi eşit vatandaşlık paydasında buluşturmak zorundayız. Eşit vatandaşlık paydası; ırkımız, dinimiz, dilimiz, cinsiyetimiz, mezhebimiz ne olursa olsun hepimizin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaktan güven ve gurur duymasıdır. Bunun asli unsuru budur. İşte eşit vatandaşlık paydasında buluşabilmek için mücadele ediyoruz ve adaleti arıyoruz.

Bizler Ankara'da, İzmir'de, Bursa'da hangi insan hakkı için mücadele ediyorsak, Şırnak'ta da, Diyarbakır'da da, Hakkâri'de de aynı insan hakkı için mücadele etmeye, göğsümüzü haksızlıklara karşı siper etmeye kararlıyız çünkü bizler özgürlüklerin lokomotifleri avukatlarız.

En içten selam ve saygılarımla.

Avukat Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı



TEOMAN ERGÜL

(1937 - 2015)

Teoman Ergül 22 Mart 1937'de İstanbul'da doğmuştur. Babasının memur olması nedeniyle ilk, orta ve lise eğitimini sırasıyla Muş, Bitlis, Erzurum, Kırşehir, Diyarbakır ve Zonguldak'ta tamamlamıştır. 1959 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur.

Askerlik hizmetinden önce Eskişehir ve İstanbul Barolarında avukatlık stajını yapmış olan Teoman Ergül, askerlikten sonra hakimlik stajına başlamıştır. Stajdan sonra Kızıltepe (1962-64) ve Gördes'te (1964-1970) Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapmıştır.

Lise yıllarından bu yana yazmaya ve yayıncılığa yoğun bir ilgisi olmuştur. Nitekim, bu faaliyetlerinden bir kısmı ödülle taçlandırılmıştır. 'Laiklik' konusunda Şefik Soyer adına düzenlenen yarışmada birincilik, Balıkesir Barosu'nun İmran Öktem anısına düzenlediği 'Savunma'

konulu yarışmada da ikincilik ödülü almıştır. 'Kurtuluş Savaşında Manisa' isimli kitabı 1991 Yunus Nadi Ödüllerinde "övgüye değer" bulunmuş, 'Vahideddin - Mustafa Kemal Ekseninde Milli Mücadele' isimli kitabı ise 2014 yılında düzenlenen 69. Yunus Nadi Ödüllerinde 'Sosyal Bilimler Araştırması' dalında ödülü kazanmıştır.

8 Mart 2015 günü kaybettiğimiz Ergül, ardında çeşitli düşün ve hukuk dergileri ile gazetelerde yayımlanmış 100 kadar makale ve bir kaç haric çoğu tek imzalı 20 kitap bırakmıştır. Yazdığı kitaplar arasında 6 tane tarihi roman ve senaryolar da bulunmaktadır.

Özel olarak avukatlık mesleğinin sorunları, genel olarak da yargı ve hukuk devleti ile ilgili engin bir bilgiye ve tecrübeye sahip olan Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği ve Manisa Barosu'nda yönetimlerde bulunmuştur. 1984 - 1993 yılları arasında Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyeliği, 1996 - 2000 yılları arasında da Manisa Barosu Başkanlığı yapmıştır. Önceki TBB Başkanı Özdemir Özok'un daveti üzerine 2003 yılında Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmenliği ve Başkan Danışmanlığı görevine başlamış ve 31 Aralık 2014'de sağlık sorunları nedeniyle ayrılana kadar bu görevlerini sürdürmüştür. Elinizde tuttuğunuz derginin hukuk camiasının en saygın dergilerinden biri haline gelmesinde emsalsiz katkıları olmuştur.



22 Mart 2014 Teoman Ergül doğum gününde çalışma arkadaşlarıyla birlikte

BABAM TEOMAN ERGÜL'ÜN ARDINDAN

Ergül Ailesi Adına

Ozan Ergül

Babamın hayatında Barolar Birliği çok önemli bir yere sahiptir. Dile kolay, 8 yıl seçilmiş bir Yönetim Kurulu üyesi olarak, 11 yıl da atanmış bir kişi olarak doğrudan 19 yıl Barolar Birliği'ne hizmet etmiş bir kişiden söz ediyoruz. Bu nedenle öncelikle değerli hocam TBB Başkanı Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'nun şahsında bu töreni düzenleyen Türkiye Barolar Birliği'ne, ailem adına şükranlarımızı sunuyorum. Ardından, buraya gelen sizlere de teşekkürlerimizi iletiyorum.

Vefat etmiş bir kişinin ardından konuşmak şüphesiz zor. Takdir edersiniz ki, bir evladın babasının ardından konuşma yapması daha da zor. Bununla birlikte, yaşamında çok şey üretmiş ve olumlu karakter özellikleri fazla bir insan için böyle bir konuşma yapmak, bir ölçüde de olsa kolaylaşıyor. Üstelik bunu yaparken samimiyet çizgisinden ayrılmaya da ihtiyaç doğmuyor. Babam Teoman Ergül işte böyle bir insandı: Çok şey üretmiş, sevilen ve saygı duyulan bir birey olmayı başarmıştı. Buradaki varlığınız da, sanırım büyük ölçüde bu söylediklerimi doğruluyor.

Teoman Ergül çalışkan bir insandı. İyi bir hukukçuydu. Savcı olarak meslek hayatına başlamış, daha sonra serbest avukat olarak hukuk alanında hizmet vermişti. Fakülte yıllarındaki başarısını hep sürdürdü ve iyi bir hukukçu olarak anılmayı hep hak etti. Ne de olsa, Ankara Hukuk'un efsane 1959 mezunlarından biriydi. İki tane Yargıtay Birinci Başkanı, onlarca Daire Başkanı, önde gelen pek çok avukat ve profesör çıkarmış bu sınıfın bir üyesi olarak, hukuk alanında saygın bir yer edindi. Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyesi iken, babamı Ceza Kanunu Tasarısı Komisyonuna katılmak üzere sık sık ağabeyim Oben Sabri Ergül ile birlikte Ankara'ya yolcu ettiğimizi hatırlarım. Bir ara Ankara'ya o kadar çok gidip gelmişti ki, bir yıl içinde birkaç çanta eskitmişti. Hukuk-

la ilgili onlarca yazı ve makalenin yanı sıra, bazı ortak imzalı kitaplara ciddi katkısı olmuştu. Hastalığının ilk evrelerinde yayımlanan "Avukatın Savunma Stratejisi" isimli son çalışmasını burada anmak isterim.

Ancak, hukuk dışında ve hatta hukuktan daha üst düzeyde bir tutkusu daha vardı babamın: Tarih. Ona adını da veren teyzesinin kocası ünlü edebiyatçı Murat Uraz'dan etkilendiğini, tarih sevgisi ve tarih alanında yazma isteğini ondan almış olabileceğini söylerdi. Eniştesi yanında, düşün ve edebiyat dergilerinde yazıları çıkan ve şair olan babası Niyazi Ergül'den etkilenmiş olması da muhtemeldir. Küçük yaşta ara vermeden günlerce kitap okumaktan burnu kanayan küçük Teoman'a doktor bir süre kitap okumayı yasaklamıştı. O yıllarda favorisinin Pardayanlar olduğunu söylerdi. Öğretmen olan annesinin manavdan meyve alması için verdiği parayla sahafa gidip dergi koleksiyonu alan bir çocuktan Teoman. Tarihe olan merakı da o yıllarda yeşermeye başlamıştı ve ömrü boyunca artarak devam etti. Hastalığının oldukça ilerlediği bir evrede benden almamı istediği son kitap, Fabio Grassi'nin "Türk İtalyan İlişkilerinde Az Bilinenler" kitabı idi. Bu kitabı, kendisine 69. Yunus Nadi Ödülünü kazandıran "Vahideddin - Mustafa Kemal Ekseninde Milli Mücadele" kitabının yeni baskısında yararlanabileceği bilgiler olup olmadığını görmek için istediğini söylemişti. Artık bu kitabın gözden geçirilmesi de gerçekleştiremeyeceği projeler arasında kaldı. Ne yazık ki, bir süredir üzerinde çalıştığı ve Demokrat Parti Dönemini resmettiği son romanını da bitiremedi. Yarım kalan işlerini elimden gelirse ben bitirmeye çalışacağım.

Tarihe olan tutkusu çok yoğun ve edebiyata olan merakıyla tarih tutkusunu bağdaştırarak tarihi romanlar yazmaya başladı. Henüz Ankara'ya geçmediği, "yurt tuttum" dediği Salihli'de yaşadığı dönemde bir Amerikalı yazarın tarihi yanlışlarla dolu Safiye Sultan romanını okumayı bitirdikten sonra, bana "Oğlum, ben bundan daha iyisini yazarım" dedi. Babamın çalışkanlığını biliyordum, 1991 yılında Yunus Nadi Ödüllerinde övgüye değer bulunan Kurtuluş Savaşında Manisa kitabını evimizin salonunda yıllarca elektrikli daktilosu ile yazdığına şahit olmuşum, ama itiraf edeyim, "daha iyi bir tarihi romanı ben yazarım" ifadesi bana biraz iddialı gelmişti. Ama o oturdu ve 63 yaşındayken ilk romanı olan Nurbanu'yu yazdı. Son derece titiz bir kaynak taramasıyla yazılan bu kitap türünün belki de geniş bir kaynakçaya yer veren ilk örneğiydi. Uzun süre en çok satanlar listesinde kalmayı başardı.

Onun romanlarında tarihi gerçeklere aykırı bir şey bulmanız pek mümkün değildir. Diğer taraftan, eserleri sadece bir roman olarak da görülmemeli, içinde tarih merakı olmayanlar, açık söylemek gerekirse, onun romanlarından uzak durmalıdır. Çünkü romanlarında ciddi bir tarih bilgisi de aktarmayı sever. Gelin görün ki, ödüllü kitabı Milli Mücadele'de yine okurları şaşırtmış, bu kez de roman tadında bir tarih yazımını tercih etmiştir.

Osmanlı Tarihi üzerine geniş bir bilgiye sahip olmasının yanında, Cumhuriyet değerlerine inanmış tüm aydınlar gibi, öteden beri Milli Mücadele dönemini de önemsemiştir. Bu nedenle, "İşgal" ve "Bekleyiş ve Zafer" romanlarını yazmıştır. Bu kitaplarında Milli Mücadele'deki halk unsurunu göstermeye çalışmıştır. Çünkü, ona göre resmi tarih, Mustafa Kemal'i kutsallaştırmaya çalışarak aslında onu yalnızlaştırmış ve böylece ona en büyük zararı vermiştir. "Vahideddin - Mustafa Kemal Ekseninde Milli Mücadele" isimli son tarih kitabı da bu anlayışla kaleme alınmıştır.

Antik dönem tarihi ise onun hep ilgi alanındadır. "Altının Laneti" romanında da bunun izlerini görürsünüz. Mitoloji onu hep büyülemiştir. Mitolojide Manisa da bunu gözleyebilirsiniz. Tarihten o kadar keyifle bahsederdi ki, adeta anlattığı dönemi yaşadığını hissederdiniz.

Onun bir tutkusu da Manisa idi. Romanlarında ve tarih çalışmalarında Manisa önemli bir yere sahip olmuştur. O kadar ki, bugün onun eserlerine atıf yapmaksızın Manisa'nın antik tarihini, Osmanlı Dönemini ve Milli Mücadele sürecini aktarmak neredeyse olanaksızdır. Erzurumlu olduğu için onu milletvekili yapmayan Manisalılar, bu göçmendeki cevheri görüp ondan böyle yararlanmayı uygun görmüş olmalıdır.

Hukuk dışındaki faaliyetlerinin ona bir maliyeti de olmuştur: profesyonel tarihçilerin dahi eserlerinden dolayı tarihçi zannettiği, romanları nedeniyle yazar olarak anılmaya başlanan Teoman Ergül'ün hukukçuluğu arka plana geçmeye başlamıştır. Son dönemde ülkenin hukuk sisteminin ve anlayışının içine düştüğü hazin durumu gerekçe göstererek, bundan şikayetçi olmadığını benimle paylaşmıştır.

Teoman Ergül iyi bir baba, iyi bir ești. Aile içinde son derece demoklattı. Ancak, tüm üretken insanlar gibi kendisine vakit ayırmak konusunda fazla hassastı. Bu nedenle eserlerinin önsözlerinde zaman zaman yaptığı gibi, annem Kamuran Nedret Ergül'ün hakkını teslim etmek gerekir.

Teoman Ergül aynı zamanda iyi bir dosttu. Lise yıllarından bu yana hiç eksilmeyen bir muhabbetle devam ettirdiği dostluklarına yeni kuşakların imrenmemesi elde değil. Ayrıca, çok hoş sohbet ve nüktedan olduğunu da teslim etmek gerekir. Ama bana göre en büyük özelliği, sohbetlerinde her yaşta insanla frekans tutturabilmesiydi.

Babamın bir diğer özelliği ise mütevazılığı idi. Yukarıda özetlemeye çalıştığım işlerden herhangi ikisini yapmayı layıkıyla başaran bir insanın yaşaması muhtemel ego patlamasından onda eser olmamıştır. Bilgiyi üste kendisini alta koyan, gerçek bir araştırmacı dokusuna sahipti. Bilgiyi ve entelektüel birikimi ve bununla bağlantılı başarıları, hiçbir zaman başkalarını ezmek ya da başkalarına üstten bakmak için bir fırsata dönüştürmedi. "Şöhrete kavuştuğum gün hiç dostum kalmadı" diyen yazarın aksine, onun dostlukları niceliksel ve niteliksel olarak arttı. Onun sayesinde başta ailesi olarak biz, pek çok insan, bir roman yazarıyla samimi bir şekilde sohbet etmenin, ödüllü bir yazarla son derece doğal bir iletişim kurabilmenin keyfine vardık.

Gördüğünüz gibi Teoman Ergül anlatmakla bitmez. Ancak konuşmamı bitirmeden önce, madem Barolar Birliği'nin önündeyiz, şunu da söylemek durumundayım. Birlikte çalıştığı ve çok sevdiği, bu nedenle de iki kitabını ayrı ayrı ithaf ettiği iki Başkanı Teoman Evren ve Özdemir Özok'un yanına uğurluyoruz onu. Fakat bu dünyada, kendine has tok sesi ve aksanıyla "Benim iki Teoman ağabeyim var, ne çektim ben bu Teoman ağabeylerimden" diyen sevgili Özdemir Özok Başkanım için biraz kaygılıyım. Çünkü ikinci Teoman ağabeyini de yanına yolluyoruz.

Saygılarımla.

**AİHM KARARLARI IŞIĞINDA YUKK'NDA İDARİ
GÖZETİMİN UYGULANDIĞI MEKÂNLAR
HAKKINDA ORTAK SORUNLAR**
IN THE LIGHT OF CASES OF EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS SPACES WHERE APPLIED ADMINISTRATIVE
DETENTION ACCORDING TO THE THE LAW ON FOREIGNERS
AND INTERNATIONAL PROTECTION

Nimet ÖZBEK*

Özet: Bu çalışma Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'ndan (YUKK) önceki adıyla “yabancı misafirhaneleri”, YUKK uyarınca çıkarılan Kabul, Barınma ve Geri Gönderme Merkezleri Yönetmeliği'nin ifadesiyle kabul barınma ve geri gönderme merkezlerinde idarî gözetim uygulamasına tâbi tutulan yabancıların bu mekânlarda yaşadıkları ortak sorunları ulusal ve insan hakları hukuku bağlamında inceleme amacı taşımaktadır.

Anahtar Sözcükler: Misafirhaneler, Kabul, Barınma ve Geri Gönderme Merkezleri, AİHS, AİHM, YUKK

Abstract: This article examines common problems of foreigners who subject to administrative detention in the named of before the Law on Foreigners and International Protection (LFIP) “guest house”, after the Regulation on LFIP Reception Accomodation and Removal Centres, which is regulated in accordance with LFIP, “Reception Accomodation and Removal Centres”, in the light of national and human rights arrangements.

Keywords: Guest Houses, Reception, Accomodation and Removal Centres, European Convention of Human Rights, European Court of Human Rights, Law on Foreigners and International Protection

* Yrd. Doç. Dr., AÜSBF Siyaset Bilimi Kamu Yönetimi ve Bölümü Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Türk Yabancılar Hukukunda, Yabancılar Hukuku Kodu¹ niteliğindeki sayılabilecek olan ve yabancılara ilişkin hukuksal düzenlemelerimizi yeni baştan yazan,² yabancıların hukukî durumu ve göç konularını sistematik bir düzenlemeye kavuşturmayı amaçlayan Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), 11 Nisan 2014 tarihinde tüm hükümleriyle yürürlüğe girmiştir.³

YUKK, Yabancılar Hukukunun birçok konusuna ek olarak, Türkiye'ye düzensiz göç/ Türkiye'nin düzensiz göçle mücadelesi gibi göç hukukunun başlıca sorunlarına ilişkin temel çerçeveyi çizen, çıkarılış gerekçesi⁴ hukuksal düzenlemelerimizi Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlulaştırılma⁵ amacına örnek olarak gösterilebilecek bir hukuksal düzenlemedir. Bu Kanun ile yabancıların Türkiye'ye girişi⁶

¹ Bu yönde, Dardağan Kibar Esra, "An Overview and Discussion of the New Turkish Law on Foreigners and International Protection", *Perceptions*, Autumm 2013, Vol 18, Number 3, s.125, (Discussion); Soykan, Cavidan; "The New Draft Law on Foreigners and International Protection in Turkey", *Oxford Monitor of Forced Migration*, Vol 2, No 2, November 2012, s.38-39, (Draft Law).

² YUKK'un Yabancılar Hukukumuzda getirdiği yenilikler hakkında bkz. Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.64-66, (YUKH).

³ 4 Nisan 2013 tarih ve 6458 SK, R.G., 11 Nisan 2013, 28615.

⁴ Gerekçe için bkz. <www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0619.pdf>, (24 Ağustos 2014). YUKK'ndan önceki düzenlemelerin Birlik mevzuatına uygunluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tokuzlu, Lami Bertan/Elban, Hasan Kemal/Becker, Hans, "Karşılaştırmalı Avrupa Birliği ve Türk Göç Müktesebatı", (Comparative EU and Turkish Migration Law), International Organization For Migrants and the Turkish Ministry Interior, İstanbul 2008, (AB Türkiye Göç); İlçduygu, Ahmet/Erder, Sema/Gençkaya, Ömer Faruk, Türkiye'nin Uluslararası Göç Politikaları Ulusdevlet Oluşumundan Ulus-Ötesi Dönüşümlere, MiRekoç Proje Raporları 1/2014 TÜBİTAK 1001_106K291, Eylül 2009, Koç Üniversitesi Göç Araştırmaları Merkezi, İstanbul 2014, s.242-260.

⁵ Türkiye'nin düzensiz göç alanındaki hukuksal düzenleme ve uygulamalarının Avrupa Birliği'ni ilgilendiren yönleriyle bu düzenleme ve uygulamaların AB Mevzuatı ile uyumlulaştırılma ile ilgili olarak bkz. Tokuzlu, Lami Bertan, "Türkiye ve Avrupa Birliği Arasında Mülteci Paylaşımı Oyunları", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Der Yayınevi, İstanbul 2012, s.939-954, (Oyunlar); Özçürümez, Saime/ Nazlı Şenses, "Europeanization and Turkey: Studying Irregular Migration Policy", *Journal of Balkan and Near Eastern Studies*, 2011, Cilt 12, Sayı 2, s.233-248; Kemal Kirişçi, "Reforming Turkey's Asylum Policy: Is it Europeanization, UNHCR-ization or ECHR-ization?", KFG Conference on "Faraway, So Close? Reaching beyond the Europeanization Pro/Contra Controversy on Turkey's EU Accession", İstanbul 2011, (Europeanization).

⁶ Aysel Çelikel / Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, Yenilenmiş 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.74-86; Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hu-*

ve Türkiye’de ikameti,⁷ sınır dışı edilmesi⁸ gibi birçok alanda köklü değişiklikler yapılmıştır. YUKK ile Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun⁹ bütünüyle, Pasaport Kanunu’nu da¹⁰ birçok hükmü itibariyle yürürlükten kaldırılmıştır (YUKK m.124/I). Ayrıca, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü adı altında bir kurum kurulmuştur (YUKK m.103-104). YUKK’un Kod niteliğinde bir kanun olduğu kuşkusuz olup Kanun’un esasen, göç alanına odaklandığı görülmektedir. YUKK bakımından söylenmesi gereken bir başka husus da, Kanun’un İdareye çok geniş yetkiler verdiğidir.¹¹

YUKK’un kapsamı oldukça geniştir.¹² Kapsamı bu kadar geniş olan bir Kanun’un uygulanmasına ilişkin Yönetmelik hazırlık aşamasında olmakla birlikte, bu çalışmanın hazırlandığı sırada henüz yayımlanmamıştır. Ancak YUKK uyarınca Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşletirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.¹³ Bu

kuku, Güncellenmiş 5.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.75-94. YUKK’a göre yabancıların vize alma zorunluluğu ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. Barış Teksoy, “6548 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, AÜHFİD, 2013, Cilt 62, Sayı 3, s.855-906.

⁷ Bu konuda bkz. Ekşi, YUKH, s.85-94; Çelikel/Gelgel, s.86-110; Çiçekli, s.95-109; Esra Dardağan Kibar, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti”, Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne Katılım Süreci Bağlamında Düzensiz Göçle Mücadele”, Uluslararası Konferans, Yayımlanmamış Tebliğ, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 15 Kasım 2013, (İkamet).

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, YUKH, s.103-142. Sınır dışı etme konusunda, YUKK Tasarısı ile Avrupa Birliği düzenlemelerinin karşılaştırıldığı bir çalışma için bkz. Esra Dardağan Kibar, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı’nda ve Başlıca Avrupa Birliği Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2012, Cilt 11, No 2, s.53-74, (AB Sınır Dışı); Dardağan Kibar, Discussion, s.118-125; Çiçekli, s.171-182; Çelikel/Gelgel, s.117-125.

⁹ 15 Temmuz 1950 tarih ve 5683 sayılı Kanun, R.G., 24 Temmuz 1950, 7564.

¹⁰ 15 Temmuz 1950 tarih ve 5682 sayılı Kanun, R.G., 24 Temmuz 1950, 7564.

¹¹ Bu yönde bkz. Dardağan Kibar, Discussion, s.126; Teksoy, s.901; Yabancıların Türkiye’ye giriş hakkı bakımından aynı yönde Çelikel/Gelgel, s.75.

¹² Kanun, yabancılarla ilgili iş ve işlemleri; sınırlarda, sınır kapılarında ya da Türkiye içinde yabancıların münferit koruma talepleri üzerine sağlanacak uluslararası korumayı, ayrılmaya zorlandıkları ülkeye geri dönemeyen ve kitlesel olarak Türkiye’ye gelen yabancılara acil olarak sağlanacak geçici korumayı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını kapsar (m.2).

¹³ R.G.,22 Nisan 2014, 28980. Kanun, yabancılarla ilgili iş ve işlemleri; sınırlarda, sınır kapılarında ya da Türkiye içinde yabancıların münferit koruma talepleri üzerine sağlanacak uluslararası korumayı, ayrılmaya zorlandıkları ülkeye geri dönemeyen ve kitlesel olarak Türkiye’ye gelen yabancılara acil olarak sağlanacak geçici korumayı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını kapsar (m.2).

düzenleme, çalışmamızda Yönetmelik olarak anılacaktır. Bu yönetmelikten önce konunun çeşitli yönetmelik, genelge, talimatname ile düzenlendiği belirtilmelidir.¹⁴

YUKK'a göre idarî gözetimin uygulandığı mekânlar, kabul ve barınma merkezleri ile geri gönderme merkezleridir. AİHM'in, YUKK'dan önce "yabancı misafirhaneler", YUKK'dan sonra "kabul, barınma ve geri gönderme merkezleri" olarak adlandırılan kurumlarda, idarî gözetim altında tutulanlarla ilgili olarak Türkiye'yi tazminata mahkûm ettiği birçok kararı bulunmaktadır.

Abdolkhani Karimnia v. Türkiye¹⁵ kararında, Kırklareli Yabancılar Kabul ve İkamet Merkezi'nde (Kırklareli Misafirhanesi) alıkonulan ilgili, alıkonulma nedenlerinin kendisine bildirilmediği savıyla AİHM'e başvurmuş; AİHM, bu savı kabul ederek, Türkiye'nin AİHS'nin 5.maddesini ihlâl ettiği sonucuna ulaşmıştır. Buna karşılık, AİHM'nin Z.N.S. v. Türkiye¹⁶ kararında; mahkeme, Kırklareli Misafirhanesi'nin maddî koşullarının, ilgiliyi, korku ve endişeye sürükleyecek olmasına rağmen, AİHS'nin 3.maddesi anlamında bir hukuka aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir. AİHM, aynı sonuca D.B. v. Türkiye¹⁷, Dbouba v. Türkiye¹⁸, Alipour ve Hosseinzadgan v. Türkiye¹⁹, Moghaddas v.

¹⁴ Yönetmelikten önceki düzenlemeler, Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği (R.G., 29 Nisan 1983,18032); Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (R.G., 20 Kasım 1994, 22127 ve değişiklik yapan Yönetmelik R.G., 27 Ocak 2006, 9938), (1994 Yönetmeliği); 25 Mart 2005 tarihli Başbakanlık oluruyla yürürlüğe giren Türkiye'nin İltica ve Göç Ulusal Eylem Planı; 12 Ağustos 2005 tarih ve 22093-141460 sayılı Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM) Genelgesi ile 22 Haziran 2006 tarih ve İçişleri Bakanlığı'nın 57 Sayılı Uygulama Talimatı'dır, (anılan düzenlemeler için bkz.<http://www.egm.gov.tr/Documents/uygulama_talimat_i_2010_genelge.pdf>, (2 Şubat 2012).

¹⁵ Abdolkhani Karimnia v. Türkiye, 19 Eylül 2009, Başvuru Nu 30471/08. Kararın İngilizce metni için bkz.<[¹⁶ Başvuru Nu 21896/08. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <\[¹⁷ Başvuru Nu 33526/08, 13 Temmuz 2010. Kararın İngilizce metni için bkz. <\\[http://www.goc.gov.tr/icerik/aihm-kararlari_327_345\\]\\(http://www.goc.gov.tr/icerik/aihm-kararlari_327_345\\)>, \\(4 Temmuz 2014\\).\]\(http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=001-94127#{%22fulltext%22:\[%22Z.N.S%20v.%20T%C3%BCrkiye%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}>, \(4 Temmuz 2014\).</p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94127#{%22itemid%22:[%22001-94127%22]}>, (4 Temmuz 2014).</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁸ Başvuru Nu 15916/09, 13 Temmuz 2010. Kararın İngilizce metni için bkz. <http://www.goc.gov.tr/icerik/aihm-kararlari_327_345>, (4 Temmuz 2014).

¹⁹ Başvuru Nu 6909/08, 12792/08 ve 28960/08. Kararın İngilizce metni için bkz.

Türkiye²⁰, Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye²¹ kararlarında da varmıştır. Charahili v. Türkiye²² ile Ranjbar ve Diğerleri v. Türkiye²³ kararlarında, ilgililerin, idarî kararlar misafirhanede alıkonması; alıkonmanın hukuka uygun ve keyfi olmaksızın yapılması konusunda, *Türkiye'nin bir yasal düzenlemeye sahip olmaması* esas nokta olarak dikkate alınmıştır.

Bu çalışma, 2014 yılında verilen AİHM kararları ışığında, YUKK ile yasal temellere kavuşmuş olmasına rağmen, idarî gözetim uygulamasının, idarî gözetimin uygulandığı mekânlarda yaşanmaya devam eden sorunların ulusal hukuka ve insan hakları hukukuna uygunluğunu sorgulama amacı taşımaktadır. Özenle belirtmek gerekir ki, ele alınan AİHM kararları YUKK yürürlüğe girdikten sonra verilmiş olmakla birlikte, başvurular YUKK öncesi dönemde yapılmıştır.

I. Uluslararası Düzenlemelerde İdarî Gözetimin Tanımı, YUKK Uyarınca İdarî Gözetim Uygulamasına Tâbi Yabancılar

A) Uluslararası Düzenlemelerde İdarî Gözetimin Tanımı

İdarî gözetim, gözaltı ve ilgilinin ceza hukuku kapsamı dışında, örneğin güvenlik, terörizm nedenleriyle önleyici alıkonma biçimi olduğu kadar; düzensiz göçü sınırlamak için kişinin devlet tarafından alıkonması olarak tanımlanabilir. BM İşkence, İnsanlık Dışı, Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme²⁴ ve Sözleşme'ye ek

<http://www.goc.gov.tr/icerik/aihm-kararlari_327_345>, (4 Temmuz 2014).

²⁰ Başvuru Nu 46134/08, 15 Şubat 2011. Kararın İngilizce metni için bkz. <http://www.goc.gov.tr/icerik/aihm-kararlari_327_345>, (4 Temmuz 2014).

²¹ Başvuru Nu 32940/08, 41626/08, 43616/08, 13 Nisan 2010. Kararın İngilizce metni için bkz. <http://www.goc.gov.tr/icerik/aihm-kararlari_327_345>, (4 Temmuz 2014). Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Ekşi, N.: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Charahili v. Türkiye Kesmiri v. Türkiye Ranjbar ve Diğerleri v. Türkiye Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye Davalarında 13 Nisan 2010 Tarihinde Verdiği Kararların Türkçe Tercüme ve İngilizce Metinleri, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.45-80, (AİHM Kararları).

²² Başvuru Nu 46605/07, 13 Nisan 2010. Kararın İngilizce metni için bkz. <http://www.goc.gov.tr/icerik/aihm-kararlari_327_345>, (4 Temmuz 2014). Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Ekşi, AİHM Kararları, s.3-22.

²³ Başvuru Nu 37040/07, 13 Nisan 2010. Kararın İngilizce metni için bkz. <http://www.goc.gov.tr/icerik/aihm-kararlari_327_345>, (4 Temmuz 2014). Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Ekşi, AİHM Kararları, s.31-44.

²⁴ Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararı ile çıkarılmış; 26 Haziran 1987'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme metni için bkz. <www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss522.pdf>, (2 Şubat 2012). Türkiye, Sözleşme'yi, 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış; ancak, Sözleşme henüz

Seçmeli Protokol'de²⁵düzenlendiği üzere, “ilgilinin kendi rızasıyla ayrılmasına herhangi bir adli, idarî ya da başka bir yetkilinin talimatıyla izin verilmediği kamusal ya da özel bir yerde tutulması”, “alıkonulma” olarak tanımlanmıştır (m.4/II).

BMMYK Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına İlişkin İlkeler (1999)²⁶'de idarî gözetim, “Başta hapisane, kapalı kamp, gözetim tesisi ya da havaalanı transit bölgesi olmak üzere hareket serbestisinin önemli ölçüde sınırlandırıldığı ve bu sınırlı alanı terk etmenin tek yolunun ülkeyi terk etmek olduğu dar bir şekilde sınırlandırılmış ya da kısıtlanmış bir alana kapatılma” olarak tanımlanmıştır. İlkeler göre idarî gözetim, ayrıksı durumlarda verilmeli (istisnai olmalı) ve açık bir şekilde kanunla düzenlenmelidir. Gözetim ancak, 1.Kimlik tespiti yapmak amacıyla, 2.Ön görüşme yapmak üzere, 3.Seyahat ve kimlik belgelerinin imha edilmesi ya da sahte belgelerin kullanılması, 4.Ulusal güvenlik ve kamu düzeni bakımından risk oluşturması halinde olanaklıdır. Ancak idarî gözetim uygulamasına gidilmeden önce BMMYK İdarî Gözetime Alternatifler²⁷ (2006) ilkelerine uygun davranılmalıdır. Bu alternatifler; “sığınmacının belli sıklıkta rapor vermesi”, “belli bir adreste veya bölgede ikamet etmesi”, “bir garantör ya da kefil gösterme”, “gözetim altında tutulan sığınmacının kefaletle salıverilmesi”, “açık bir barınma merkezinde konaklama” olarak sıralanmıştır.

TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmamıştır. Sözleşme için bkz. R.G., 18 Haziran 2003, 25142. Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz.AAIHE: Seçmeli Protokol, BM İşkenceyi ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme İşkenceyi Önleme Kılavuzu, Çev. Elif Şimşek, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara 2007, s.197-213, (Şimşek).

²⁵ Protokol, BM Genel Kurulu'nun 10 Aralık 2002 tarih ve A/RES/57/199 sayılı kararı ile çıkarılmış; 22 Haziran 2006'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 22 Haziran 2006'da yürürlüğe giren bu Protokol'ü, 16 Eylül 2005'te imzalamış; ancak bu çalışmanın hazırlandığı sırada henüz onaylamamıştır. Protokol'ün resmi olmayan Türkçe çevirisi için bkz. Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt 4, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2004, s.167; Şimşek, s.181-197. Protokol hakkında bkz. Şimşek, s.17-36. Seçmeli Protokol, Paris İlkeleri uyarınca hazırlanmıştır. İlkeler için bkz. <www.ihop.org.tr/dosya/uihk/paris_ilkeleri.pdf>, (2 Şubat 2012). Bu ilkeler, ulusal insan hakları kurumları için bir tavsiyeler bütünü olarak kabul edilirken; bu kurumların özelleşmiş biçimi olan ziyarete dayalı bir önleme mekanizması getirmektedir: Kerem Altıparmak, / Hülya Üçpınar, İşkenceyi Önlemede Ortak Akıl Seçmeli Protokol ve Ziyaret Pratiklerinin Değerlendirilmesi, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara 2008, s.5.

²⁶ İlkeler için bkz. <<http://www.unhcr.org.au/pdfs/detentionguidelines.pdf>>, (5.2.2015).

²⁷ Alternative Detention Of Asylum Seekers And Refugees, <<http://www.refworld.org/docid/4472e8b84.html>>, (10 Kasım 2014).

İdarî gözetim altına alınan kişiler hakkında uyulması gerekli birtakım uluslararası kurallar bulunmaktadır. Mülteciler dahil idarî gözetim altında tutulan kişilere uygulanacak muameleye yönelik olarak, BM Genel Kurulu'nca benimsenen "Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü",²⁸ BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş olan ve "Havana Kuralları" olarak anılan "Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin BM Kuralları",²⁹ "BM Mahkûmlara Muameleyle İlgili Standart Asgarî Kurallar"³⁰ ve BM "Sığınmacıların Tutulmaları Hakkında Uygulanacak Kurallar"³¹ da birtakım standartlar geliştirilmiştir. Anılan düzenlemelerde yer alan standartların altında kalan gözetim koşulları, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele oluşturabilir. Özgürlükten yoksun bırakılma koşullarında, bu tür muamelelerin gerçekleşmesi olasıdır. Bir muamelenin insanlık dışı ya da onur kırıcı addedilebilmesi için, meşru bir muamele ya da cezalandırma biçiminden beklenenin ötesinde bir eziyet ve aşağılamaya yol açması gerekir. Hukuka uygun prosedürler, hukuka aykırı bir tavırla gerçekleştirildiğinde, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele oluşturabilirler.³²

B) YUKK'da İdarî Gözetim

YUKK ile yasal temellerine kavuşan³³ idarî gözetim ele alındığı-

²⁸ BM Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1988 tarihli kuralları için bkz. BM Dok. A/RES/43/173. Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, <<http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm>>, (24 Ağustos 2014). İlkelerde, "Herkes, tutuklandığı anda ve sırasıyla gözaltı veya hapiste tutma işleminin başında, hakları ile ilgili bilgi ve açıklamaların ve bu haklardan nasıl yararlanabileceğinin, tutuklayan, gözaltına alan ya da hapiste tutan yetkili tarafından açıklanması gerektiği" düzenlenmiştir (13. ilke).

²⁹ BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1990 tarih ve 45/113 sayılı kararıyla kabul edilmiş kurallar için bkz. <www.ankarabarasu.org.tr/Merkezler/CHM/tr-TR/.../havana_kurallari.doc>, (24 Ağustos 2014).

³⁰ <<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/876b6--Mahpuslarin-Islahi-Icin-Asgari-Standart-Kurallar.pdf>>, (24 Ağustos 2014).

³¹ UNHCR's Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternative to Detention, UNHCR 2007, s.14-40, <<http://www.unhcr.org/505b10ee9.html>>, (4 Temmuz 2014).

³² "Bu tür uygunsuz muamelelerin, nitelik itibarıyla, özellikle ciddi ve zalimce, sert ve kastî olan "işkence"den ayrı tutulması gerekir": Helsinki Yurttaşlar Derneği, İstenmeyen Misafirler: Türkiye'de "Yabancı Misafirhaneleri"nde Tutulan Mülteciler, Mülteci & Savunuculuk Destek Programı, 2007, <www.hyd.org.tr/staticfiles/files/multeci_gozetim_raporu_tr.pdf>, (24 Ağustos 2014), s.19, (Misafirhaneler).

³³ YUKK öncesi dönemde de idarî gözetim uygulaması bulunmaktaydı. Bu dönemde, YİSHK m.17 uyarınca siyasi sebeplerle Türkiye'ye sığınan yabancılar ve YİSHK m.23 uyarınca memleket dışına çıkarılmalarına karar verilip de pasaport

da, bu uygulamanın koşulları, bu uygulama uyarınca verilen idarî gözetim kararı, hakkında İdarî gözetim kararı verilebilecek olan yabancılar, kararın verilme usûlü, kararın niteliği, süresi ile yargı yoluna ilişkin düzenlemelerin belirtilmesi yararlı olacaktır. YUKK'a göre, hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancıardan "gerekli görülenler" ile "hakkında idarî gözetim uygulanmasına karar verilen uluslararası koruma başvuru sahipleri", idarî gözetim altında tutulabilir.

1. Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Verilenlerden İdarî Gözetim Uygulanması Gerekli Görülenler

YUKK uyarınca sınır dışı etme kararı kararı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır (m.53/I). Sınır dışı etme nedenleri ise Kanun'un 54.maddesinde düzenlenmiştir.³⁴ Kanun'un sınır dışı etmek üzere idarî gözetimi ve gözetimin süresini düzenleyen hükmüne göre, "[hakkında sınır dışı etmek kararı verilen] yabancılar, kolluk tarafından yakalanmaları halinde, haklarında karar verilmek üzere derhal valiliğe bildirilir. Bu kişilerden, sınır dışı etme kararı alınması gerektiği değerlendirilenler hakkında, sınır dışı etme kararı valilik tarafından alınır. Değerlendirme ve karar süresi kırk sekiz saati geçemez" (m.57/I).

tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye'yi terk edemeyenler İçişleri Bakanlığı'nın göstereceği yerde oturmaya mecbur edilmektedirler. Bu hükümlere dayanılarak idarî gözetim altına alınan yabancılar, mülteci misafirhanelerinde ya da jandarma veya polis karakollarında tutuluyorlardı. Bu konuda bkz. Nuray Ekşi, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdarî Gözetim, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.13, (İdarî Gözetim).

34 Sınır dışı etme nedenlerini üç ana gruba ayırmak olanaklı görünmektedir: (i) Güvenlik tedbiri olarak sınır dışı etme (a bendi: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 59.maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler) (ii) Kamu düzenini korumak amacıyla sınır dışı etme (b, ç ve d bentleri: (b) bendi: Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar, (ç) bendi: Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar, (d) bendi: Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar) (iii) Ülkeye giriş, ülkeden çıkış, ülke içinde ikamet ve çalışma izni ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranışların veya bunlarla irtibatlı usulsüzlüklerin yaptırımını olarak sınır dışı etme (c, e, f, g, ğ, h, ı, j bentleri: c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar; e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler; f) İkamet izinleri iptal edilenler; g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlâl edenler; ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler; h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlâl edenler; ı) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler; j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar hakkında sınır dışı edilme kararı verilebilir): Dardağan Kibar, AB Sınır Dışı, s.55; Dardağan Kibar, Discussion, s.119.

YUKK m.57/II'ye göre, hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlâl eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazere-ti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idarî gözetim kararı alınır. Hakkında idarî gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince *geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülür.*

Bu hükümden, hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancıların hepsinin değil; Türkiye'ye usûlsüz giriş yapan ve Türkiye'den usûlsüz çıkış yapanlar ile kamu düzeni/güvenliği ve sağlığı açısından tehdit oluşturanların, idarî gözetim altında tutulabileceği görülmektedir. YUKK, geri gönderme merkezlerinde ilgilinin kalacağı azamî süreyi düzenlemiştir (m.57/III). Bu hükümde, "geri gönderme merkezlerindeki idarî gözetim süresi, altı ayı geçemez. Ancak bu süre, sınır dışı etme işlemlerinin yabancıнын işbirliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması halinde, en fazla altı ay daha uzatılabilir", denilmektedir. Ayrıca, yine aynı hükümde, idarî gözetim kararına karşı yargı yoluna başvuru düzenlenmiştir (m.57/VI). Bu hükme göre, "idarî gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, İdarî gözetim kararına karşı sulh ceza hakimine başvurabilir. Başvuru idarî gözetimi durdurmaz. Dilekçenin idareye verilmesi halinde, dilekçe yetkili sulh ceza hakimine derhal ulaştırılır. Sulh ceza hakimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırır. Sulh ceza hakiminin kararı kesindir. İdarî gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idarî gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hakimine başvurabilir".³⁵

Sonuç olarak hakkında sınır dışı etme kararı verilenlerden gerekli görülenler, 1 yıldan fazla olmamak kaydıyla geri gönderme merkezlerinde tutulabilirler.³⁶ Hakkında sınır dışı etme kararı verilen yabancılar da uluslararası koruma başvurusunda bulunabilirler.

³⁵ Bu konuda bkz. Ekşi, İdarî Gözetim, s.79-116.

³⁶ YUKK'a göre, "1) İdarî gözetime alınan yabancılar, geri gönderme merkezlerinde tutulurlar.

(2) Geri gönderme merkezleri Bakanlık tarafından işletilir. Bakanlık, kamu kurum ve kuruluşları, Türkiye Kızılay Derneği veya kamu yararına çalışan derneklerden göç alanında uzmanlığı bulunanlarla protokol yaparak bu merkezleri işletirebilir.

(3) Geri gönderme merkezlerinin kurulması, yönetimi, işletilmesi, devri, denetimi ve sınır dışı edilmek amacıyla idarî gözetimde bulunan yabancıların geri gönderme merkezlerine nakil işlemleriyle ilgili usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir"

2. İdarî Gözetim Uygulanmasına Karar Verilen Uluslararası Koruma Başvuru Sahipleri

YUKK, kendinden önceki dönemde kullanılan mülteci, sığınmacı kavramlarını “uluslararası koruma” başlığı altında düzenlemiştir. Bu nedenle bu kavramın kısaca açıklanması yerinde olacaktır. YUKK'da, “Uluslararası koruma: Mülteci,³⁷ şartlı mülteci³⁸ veya ikincil koruma³⁹ statüsünü ifade eder” (m.3/I-r)⁴⁰. YUKK'dan önce olduğu gibi, baskı ve

-
- (m.58). Yönetmelik ise geri gönderme merkezini “İdarî gözetim altına alınan yabancıların barındırılmaları ve kontrol altında tutulmaları amacıyla kurulan ve doğrudan işletilen veya kamu kurum ve kuruluşlarıyla, Türkiye Kızılay Derneği veya kamu yararına çalışan derneklerden göç alanında uzmanlığı bulunanlarla protokol yapılarak işlettilen merkezler” olarak tanımlamaktadır (m.3/ç). Göç İdaresi Genel Müdürlüğü verilerine göre, geri gönderme merkezleri; Adana, Antalya, Aydın, Bursa, Çanakkale, Edirne, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Kırıkkale, Kırklareli, Tekirdağ ve Van illerimizde bulunmaktadır: <http://www.goc.gov.tr/icerik3/geri-gonderme-merkezleri_283_286_288> , (4 Temmuz 2014).
- 37 “Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir” (m.61).
- 38 YUKK'daki şartlı mülteci tanımı, YUKK'da öncesi düzenlemelerdeki sığınmacı ile aynıdır. Kanun, şartlı mülteciyi, mülteciden terk farkla düzenlemiştir. Bu fark, şartlı mültecinin Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle geliyor olmasıdır (m.62).
- 39 YUKK ile mülteci ya da şartlı mülteci başvurusunda bulunamayanlara bir olanak daha getirilerek, Yabancılar Hukukumuzda, kanun düzeyinde ilk defa ikincil koruma statüsü düzenlenmiştir. İkincil koruma, YUKK'dan öncesi, İçişleri Bakanlığı'nın 57 sayılı Talimatı düzenlenmiştir. Kanımızca İkincil korumanın YUKK'da düzenleniş biçimi Avrupa Birliği'nde Vasıf Yönergesi (Tam adı Üçüncü ülke uyruklularının ya da vatansız kişilerin mülteci olarak ya da başka şekilde uluslararası korumaya muhtaç kişiler olarak nitelendirilmeleri ve statüleri ve sağlanacak korumanın içeriği için asgarî standartlara ilişkin 29 Nisan 2004 tarih ve 2004/83 EC sayılı Konsey Yönergesi'dir (O.J., 6.8.2004, L 261/19)) ile bire-bir benzerlik göstermektedir.
- 40 YUKK uyarınca tüm yabancılar uluslararası korumadan yararlanamaz. Kanun, bazı kişi gruplarını bu korumadan yoksun kılmaktadır (m.64). Bu kişiler, Kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesini amaçlayan ve oldukça uzun olan bu hükümde yer alan kişi grupları, Cenevre Sözleşmesi'nde belirtilen fiillerden suçlu olduğuna dair ciddi kanaat uyandıranlar BMMYK dışında başka bir halen koruma veya yardım görenler, ikamet ettiği ülke yetkili makamlarınca, o ülke vatandaşlarının sahip oldukları hak ve yükümlülüklerle sahip olarak tanınanlar olarak sıralanmaktadır (m.64/I). “Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturduğuna dair ciddi emareler bulunanlar ve Türkiye'de işlenmesi halinde hapis cezası verilmesini gerektiren suç veya suçları daha önce işleyen ve sadece bu suçun cezasını çekmemek için menşe veya

zulüm nedeniyle Türkiye'den sığınma talep edenler, coğrafi bir ayırma tâbi tutularak, mülteci ya da şartlı mülteci statüsü kazanabilirler. İlgili, Avrupa ülkelerinden birinde gördüğü baskı ve zulüm nedeniyle Türkiye'den yardım talep ederek geliyorsa "mülteci"; Avrupa dışı ülkelerden gördüğü baskı ve zulüm nedeniyle Türkiye'den yardım talep ediyorsa, "şartlı mülteci" statüsü almak için başvuruda bulunmalıdır. Ancak YUKK, kendisinden önceki düzenlemelerden farklı olarak, bu kişileri *sığınmacı* olarak tanımlamamıştır.

Uluslararası koruma başvurusunda bulunacaklar, YUKK'dan önce, Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle başvuru yapıyorlarsa, başvurularını Emniyet Müdürlüklerine bağlı Yabancılar Şube Müdürlüklerinin İltica-Göç Vatandaşlık Büro Amirliklerine yapmak ve kayıt yaptırmak zorundaydı. Bu kişiler için daha sonra BMMYK süreci başlamakta; anılan kişiler, BMMYK tarafından mülakata alınmaktaydı. Bu kişiler, mülteci statüsü kazandıktan sonra BMMYK tarafından ya güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilmekte ya da güvenli menşei ülkeye gönderilmekteydi.⁴¹ YUKK'a göre ise uluslararası koruma başvurusu, illerde valiliklere yapılacak; bu başvurular, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'ne bağlı il müdürlükleri aracılığıyla incelenecektir ve ilgili 30 gün içinde mülakata alınacaktır (YUKK m.65 ve m.75/I). İlgili diğer taraftan da, BMMYK Türkiye Ofisi'nce statünün belirlenmesi amacıyla girişimlerini sürdürecektir.

Yasal olmayan yollardan ülkeye giriş yapan ve Avrupa Birliği üyesi başka bir ülkede sığınma başvurusunda bulunmak üzere yine yasal olmayan yollardan kaçakçıların yardımı ile ülkeyi terk eden/etmeye çalışacak uluslararası koruma başvurusu sahipleri, koruma başvurusunda bulunmadan önce ve sonra YUKK uyarınca idarî gözetim uygulamasına tâbi tutulabilirler. Hakkında sınır dışı etme kararı verilip gerekli görüldüğü için idarî gözetim uygulamasına tâbi tutulanlar, bu süre zarfında uluslararası koruma başvurusunda bulunabilirler.

ikamet ülkesini terk eden yabancı veya vatansız kişiler" (m.64/V) ile "Başvuru sahibinin, uluslararası koruma başvurusu yapmadan önce, Türkiye dışında hangi saikle olursa olsun zalimce eylemler yaptığını düşündürecek nedeni bulunanlar" da, bu korumadan yararlanamayacaktır (m.64/III).

⁴¹ Bu konuda uygulamadan örnekler için bkz. Cavidan Soykan, "Koruma mı Kontrol mü? Türkiye'de 'İdarî Gözetim' ve Sığınma Prosedürü", 3-7 Eylül 2014, Dünya'da Bir Hayalet Dolanıyor, Karaburun Bilim Kongresi, <http://www.kongrekaraburun.org/images/2014/TamMetinler/A5_03_CavidanSoykan.pdf>, (3.11.2014), s.10-12, (Kontrol).

Ancak bu aşamada önemli sorunların bulunduğu bilinmektedir. Geri gönderme merkezlerindeki emniyet yetkililerinin mülteci hukuku ve sığınma prosedürü konusunda bilgi sahibi olmaması, dil problemi nedeniyle sığınma talebini iletmekte yaşanan sıkıntılar ve İdarî gözetim altına alınanların hakları ve sığınma prosedürü konusunda bilgilendirilmemesi gibi sebeplerle uluslararası koruma ihtiyacı içerisinde olan kişiler, koruma rejimi içerisine girmeden sınır dışı tehlikesi ile karşı karşıya kalabilmekte veya kimi geri gönderme merkezlerinin kötü koşulları nedeniyle ülkeyi gönüllü geri dönüş desteği ile terke zorlanabilmektedir⁴² (YUKK m.87). Sınır dışı edilmek üzere idarî gözetim uygulamasına tabi tutulanların uluslararası koruma başvuruları hızlandırılmış prosedüre göre yapılacak; bu kişilerle mülakat üç gün içerisinde gerçekleştirilecektir (YUKK m.79). Bu hükümler de uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesinde sorun yaratabilecek noktalardan biridir.

Bu konudaki en önemli sorun, mülteci statüsünü belirleme aşamasına gelmeden önce yetkililerce ilgiliye bu süreç hakkında bilgi verilmemesidir. Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bağlı İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun hazırladığı rapora göre, Edirne, Kırklareli, Kumkapı'daki üç farklı geri gönderme merkezinde (GGM) görüşülen yabancıların 41%'i uluslararası korumaya erişimde ciddi sıkıntılar yaşadıklarını, 61%'i ise kendilerine idarî gözetim altındayken sığınma prosedürüne dair hiçbir bilgi verilmediğini ifade etmişlerdir.⁴³ Raporda ayrıca, "yeterli sayıda ve çeşitli dillerde tercüman bulunamadığından yasadışı göçmenlerle mülakat yapılamaması, merkezde doktor bulunmadığından yasadışı göçmenlerden çevreye yayılacak muhtemel bulaşıcı hastalıklarla yeterli seviyede mücadele edilememesi, uyruklukları tespit edilen yasa dışı göçmenlerin seyahat belgesi düzenlenmesi için randevu saatinde temsilcilikte olmalarına rağmen temsilciliklerde uzun süre beklemek zorunda kalınması karşılaşılan problemlerin başında gelmektedir" denilmektedir.⁴⁴

⁴² Bu konuda bkz. Soykan, (Kontrol), s.6.

⁴³ <<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/Edirne,%20%20C4%B0stanbul%20ve%20K%C4%B1rklareli%20%20C4%B0llerinde%20Bulunan%20Geri%20G%C3%B6nderme%20Merkezleri%20Hakk%C4%B1nda%20%20C4%B0nceleme%20Raporu.pdf>>, (11.10.2010), (Edirne, Kırklareli, Kumkapı Raporu).

⁴⁴ Edirne, Kırklareli, Kumkapı Raporu, s.5.

Aynı husus, Komisyon'un Edirne Geri Gönderme Merkezi Raporu'nda da tekrarlanmıştır.⁴⁵ Rapor'da "GGM'de bulunan yasa dışı göçmenlerin boş vakitlerini geçirebilecekleri faaliyet alanlarının bulunmaması, GGM'de bulunan yasa dışı göçmenlerin günlük beslenmesi için ayrılan ödenek miktarının ihtiyacı karşılamadığı, havalandırmaya çıkarılmadığı, göçmenlerin yakalandıktan sonra geri gönderme merkezine nakil ve iaşelerine kadarki süreçte insan haklarına uygun bir şekilde bakımı, beslenmesi, taşınması konusunda iyileştirmeler yapılması gerektiği, GGM'ye gelen yasa dışı göçmenlere içinde buldukları durumu açıklayacak, haklarını anlatacak, GGM'de uymaları gereken kuralları içerecek şekilde hazırlanan bilgilendirme broşürlerinin tam olarak verilmediği" belirtilmektedir.⁴⁶ Bu nedenlerle Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle uluslararası koruma talep edenlerin şartlı mülteci statüsü kazanmalarında büyük sorunlar bulunmaktadır.⁴⁷

Uluslararası koruma başvuru sahiplerinin idarî gözetimi, YUKK m.68'de yer almaktadır. Bu hükme göre, başvuru sahipleri, sadece ulus-

⁴⁵ <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/edirne_yasadişi_goc_inceleme_rap.pdf>, (14 Ka- sım 2014), (Edirne Raporu).

⁴⁶ Edirne Raporu, s.16.

⁴⁷ "Türkiye'de Avrupalı olmayan sığınmacılara/ mültecilere tanınan koruma coğrafi sınırlama nedeniyle kalıcı bir çözüm olarak üçüncü bir ülkeye yerleştirme gerekirse de, sığınma rejimi yine de başvuru sayısını özellikle de Avrupa'ya gitmeye çalışırken yakalananlar açısından azaltmaya dönük olarak çalışmaktadır. Bu aşamada normatif olarak sistem iki düzeyde çalışmaktadır. İlki enformel olarak sistem yasadışı sınır dışı ya da zorla sınırdan geri göndermelerle sığınmacıların ülkeye girişini geciktirmeye çalışmaktadır. Uzun gözaltı uygulaması (altı aylık) resmî olarak bu amaca hizmet ederken, insanlık dışı tutulma koşulları potansiyel başvurucular üzerinde resmî olmayan yollardan vazgeçirici bir etki yaratır": Soykan, (Kontrol), s.13.

"Gözaltına alınmasına rağmen sığınma prosedürüne erişmeyi başarmış sığınma başvuru sahibi ve mültecilerle yapılan mülakatlara göre, ülkeye düzensiz yollardan giriş yapan göçmen ve sığınmacıların sınır dışı edilmek üzere gözaltına alınması uygulaması ile normatif düzeyde sığınma rejiminin başvuru sayısının azalması sağlanmaktadır. Sığınmacıların kara ve deniz sınırlarından ülkeye girişleri önce geri itmeler, sonrasında gözaltı uygulaması ile engellenerek, sığınma prosedürüne, diğer bir deyişle uluslararası korumaya erişimleri engellenmiş olur. Bu yolla sığınma rejimi enformel ve formel yollardan başvuru sayısını azaltmış olur. Ülkeye giren yabancı sayısı ne kadar az olursa, ülkeyi terklerini sağlamak da o kadar kolay olacaktır. Hukuk sistemi, düzensiz yollardan seyahat eden mültecileri 'kaçak göçmen' olarak kodlayarak daha sınırdan ulus-devlet hukuku/sığınma rejimi dışında atar. Ulus-devletin sınırlarından içeri giremeyen vatandaş olmayan 'öteki', uluslararası toplumun korumasının da dışında kalmış olur": Soykan, (Kontrol), s.3.

lararası koruma başvurusunda bulunmalarından dolayı idarî gözetim altına alınamaz (m.68/I). Kanun'a göre, uluslararası koruma başvuru sahipleri, ancak şu koşullarla idarî gözetim altına alınabilir:

- a) Kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuyla ilgili ciddî şüphe varsa, bu bilgilerinin tespiti amacıyla,
- b) Sınır kapılarında usûlüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonulması amacıyla,
- c) İdarî gözetim altına alınmaması durumunda başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması halinde,
- ç) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddî tehlike oluşturması halinde" (m.68/II-ikinci cümle).

Kanun, bu uygulamanın tedbir niteliğinde olduğunu açıkça düzenlemiştir: uluslararası koruma başvurusu sahiplerinin idarî gözetim altına alınması ayrıksı (istisnaî) bir işlemdir (m.68/II-ilk cümle). Bir başka deyişle, İdare, her durumda bu uygulamaya gitmek zorunda değildir. YUKK, "İdarî gözetimin her aşamasında, kararı alan makam tarafından, İdarî gözetim sonlandırılarak, 71 inci maddede belirtilen yükümlülüklerin veya başka tedbirlerin yerine getirilmesi istenebilir", hükmünü amirdir (m.68/VI). Valilik, İdarî gözetim yerine başka usûller belirleyebilir. Bu tedbirler yeterli olmadığı takdirde, İdarî gözetim uygulanır" (m.68/IV). Ayrıca, "valilik, başvuru sahibine, kendisine gösterilen kabul ve barınma merkezinde, belirli bir yerde veya ilde ikamet etme zorunluluğu ile istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idarî yükümlülükler getirilebilir" (YUKK m.71/I). Bu hüküm uyarınca, ilgilinin uydu kent⁴⁸ adı verilen illerde ikamet zorunluluğu getirilebilir. İlgili, belli bir ilde ikamet etmeye zorlanarak, birtakım temel haklarından; örneğin, öğrenim özgürlüğünden yoksun kalabilir.⁴⁹ Yine de bu hüküm, ilgilinin kabul ve barınma merkezle-

⁴⁸ Emniyet Genel Müdürlüğü Yabancılar Hudut İltica Dairesi Başkanlığı'na göre, uydu kent sayısı 62'dir. <<http://www.egm.gov.tr/Sayfalar/iltica-goc-islemleri.aspx>>, (4 Temmuz 2014). EGM İltica ve Göç İşleri Dairesi'ne göre, "iltica/sığınma başvurusu inceleme aşamasında olan yabancılar, Bakanlığın uygun göreceği bir ilde serbest ikamete tâbi tutulur. Uydu iller olarak adlandırılan bu iller genelde yabancıların kontrollerinin de zor olmadığı 62 İlimizi kapsamaktadır":<<http://www.egm.gov.tr/Sayfalar/iltica-goc-islemleri.aspx>>, (24 Ağustos 2014).

⁴⁹ Türkiye'ye yasal yollarla gelen; üniversite sınavında başarılı olarak İstanbul'da bir üniversiteyi kazanan, ancak Konya'da zorunlu ikamete tâbi tutulan; YUKK'dan

rinde kalmasının bir zorunluluk olmadığını göstermesi bakımından zikredilmeye değer niteliktedir. YUKK'a göre, idarî gözetimin gerekip gerekmediği bireysel olarak değerlendirilir. Bu belirlemenin nasıl yapılacağı da düzenlenmiştir: (...) ilgilinin idarî gözetim altına alınmadan önce, ikamet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğünün yeterli olup olmayacağı öncelikle değerlendirilir.

Kanun'da idarî gözetimin süresi şu biçimde düzenlenmiştir: Başvuru sahibinin idarî gözetim süresi otuz günü geçemez. İdarî gözetim altına alınan kişilerin işlemleri en kısa sürede tamamlanır. İdarî gözetim, şartları ortadan kalktığı takdirde derhal sonlandırılır (m.68/V). YUKK, ilgiliye, idarî kararın usûlüne uygun tebliği koşulunu getirmektedir. İdarî gözetim kararı, idarî gözetim altına alınma gerekçelerini ve gözetimin süresini içerecek şekilde idarî gözetim altına alınan kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına yazılı olarak tebliğ edilir. İdarî gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kararın sonucu ve itiraz usûlleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisi bilgilendirilir (YUKK m.68/IV). İdarî gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idarî gözetime karşı sulh ceza hakimine başvurabilir (YUKK m.68/VII-1.cümle). Ancak başvuru, İdarî gözetimi durdurmaz (YUKK m.68/VII).

Sonuç olarak YUKK'a göre hakkında sınır dışı etme kararı verilenlerden gerekli görülenler, geri gönderme merkezlerinde ve en fazla 1 yıllığına; hakkında İdarî gözetim uygulanmasına karar verilen uluslararası koruma başvuru sahipleri ise kabul ve barınma merkezlerinde⁵⁰ ve en fazla 30 günü geçmemek şartıyla İdarî gözetime tabi tutulabilirler. Her iki karara karşı yargı yoluna başvurmak olanaklı olup bu konuda yetkili mahkeme sulh ceza hakimlikleri olarak düzenlenmiştir (YUKK m.57/VI ve m.68/VII).⁵¹

önce, sığınmacılık başvurusu kabul edildikten sonra, meme kanseri olduğu için Türkiye'yi terkeden Afganlı (YUKK'dan önceki düzenlemeler uyarınca bir sığınmacı olan) Mozaffari'nin fiilen öğrenim özgürlüğünden yoksun kaldığı yolunda bkz. Zakira Hekmat, "Afgan Mültecilerin Deneyimleri", Mülteci-Der Uydu Kentler İzleme ve Raporlama Projesi (SC-MORE), Ankara 20 Haziran 2014, (Deneyimler).

⁵⁰ Göç İdaresi Genel Müdürlüğü verilerine göre, kabul ve barınma merkezleri; Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kırklareli, Kayseri, Van ve Yozgat İllerimizde bulunmaktadır: <http://www.goc.gov.tr/icerik6/Kabul_%20ve%20Bar%C4%B1nma%20Merkezleri_283_286_287_icerik>, (4 Temmuz 2014).

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, İdarî Gözetim, s.121-130.

II. Uluslararası Düzenlemelere Göre İdarî Gözetim Uygulamasına Tâbi Tutulanların Özgürlük ve Güvenlik Hakkından Yoksun Kalmaları ve AİHM Kararları

A) Genel Olarak Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmanın koşullarının düzenlendiği Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evresel Bildirisine⁵² göre, kimse keyfi olarak alıkonulamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez (m.9). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre, herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir (m.5). Sözleşme'nin bu hükmünde, kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı haller sıralanmıştır. Bu hükümde dikkat çekici özellik, kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının bir mahkeme tarafından verilecek kararla olması gerektiğine yapılan vurgudur. Ayrıca, Sözleşme'de, kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin hükümde yakalama ya da *tutulma* terimlerinin kullanıldığı görülmektedir.

BM Medenî ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşmesi'nin,⁵³ özgürlük ve güvenlik hakkı başlığını taşıyan 9.maddesine göre,⁵⁴ herkes kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak gözaltına alınamaz veya tutulamaz. Hiç kimse hukukun öngördüğü sebepler ve usûller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Sözleşme, tutulanların haklarını da düzenlemektedir (m.10). Bu hükme göre, özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insanî muamele ve

⁵² BM Genel Kurul Sayısı 217 A (III). Bildiri'nin Türkçe çevirisi için bkz. Rona Aybay, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006.

⁵³ Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmış; 49. maddesine uygun olarak, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'yi, 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme için bkz. R.G., 18 Haziran 2003, 25142.

⁵⁴ Bu hükümde, gözaltına alınarak veya tutularak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin, tutulmasının hukukiliği hakkında hemen karar verebilecek ve eğer tutulması hukukî değilse, salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahip olduğu da düzenlenmiştir (m.9/IV). BM Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin ilkeler Bütünü'nde, Herkes, tutuklandığı anda ve sırasıyla gözaltı veya hapiste tutma işleminin başında, hakları ile ilgili bilgi ve açıklamaların ve bu haklardan nasıl yararlanabileceğinin, tutuklayan, gözaltına alan ya da hapiste tutan yetkili tarafından açıklanması gerektiği düzenlenmiştir (13.ilke). İlkeler için bkz. BM Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1988 tarihli BMGK, BM Dok. A/RES/43/173. Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment <[http:// www.un.org/ documents /ga/ res/43/a43r173.htm](http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm)>, (24 Ağustos 2014).

insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygı görme hakkına sahiptir.

BM İşkence, İnsanlık Dışı, Küçük Düşürücü Muamele veya Ceza-ya Karşı Sözleşme⁵⁵ ve Sözleşme'ye ek Seçmeli Protokol'de,⁵⁶ özgürlüğünden yoksun bırakılma, kişinin her türlü gözetim ya da hapsedme ya da kişinin kendi rızasıyla ayrılmasına herhangi bir adli, İdarî ya da başka bir yetkilinin talimatıyla izin verilmediği kamusal ya da özel bir yerde tutulması olarak tanımlandığından (m.4/II) kabul, barınma ve geri gönderme merkezlerinin, Seçmeli Protokol'de tanımlanan, ilgilinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı alıkonulma yeri olduğu kuşkusuzdur.⁵⁷

B) 2014 Yılında Verilen AİHM Kararları ve İhlâl Edildiği Tespit Edilen AİHS Hükümleri

AİHM kararlarında, İdarî kararlar, YUKK'un deyimiyle İdarî gözetim kararıyla, bu kurumlarda kalma, alıkonulma (*detention*) olarak tanımlanmaktadır. Bu terimin seçilmesi şaşırtıcı değildir. BM İşkence, İnsanlık Dışı, Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme⁵⁸ ve Sözleşme'ye ek Seçmeli Protokol'de⁵⁹ düzenlendiği üzere, ilgilinin kendi rızasıyla ayrılmasına herhangi bir adli, İdarî ya da başka bir yetkilinin talimatıyla izin verilmediği kamusal ya da özel bir yerde tutulması, alıkonulma olarak tanımlanmıştır (m.4/II).

1. AİHS'nin 3.maddesi: Alıkonma Koşullarının İşkence ve Kötü Muamele Yasağına Aykırılık Oluşturması

YUKK uyarınca çıkarılan Kabul, Barınma ve Geri Gönderme Merkezleri Yönetmeliği'ne göre, bu merkezler "a) Yaşam hakkının korunması, b) İnsan odaklı yaklaşım, c) Refakatsiz çocuğun yüksek

⁵⁵ Bkz. dn.24.

⁵⁶ Bkz. dn.25.

⁵⁷ Şimşek, s.32 ve s.84; Her ne kadar Yönetmelik 2014'te çıkarılmış olsa da YUKK öncesi dönemde yapılmış bir çalışmada da idari gözetim uygulamasına tabi tutulan kişiler bakımından idari gözetim uygulamasının bir alıkonulma olduğu yolunda bkz. Association for Prevention of Torture, Establishment and Designation of National Preventing Mechanism, Çev. Hülya Üçpınar/Osman Murat Ülke, İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara 2008, s.110-111.

⁵⁸ Bkz. dn.24.

⁵⁹ Bkz. dn.25.

yararının gözetilmesi, ç) Özel ihtiyaç sahiplerine öncelik tanınması, d) Kişisel bilgilerin gizli tutulması, e) Yapılacak işlemlerde ilgililerin bilgilendirilmesi, f) Barınanların sosyal ve psikolojik açıdan güçlendirilmesi, g) Barınanların inanç ve ibadet özgürlüklerine saygı gösterilmesi, ğ) Barınanlara dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin hizmet verilmesi esaslarına göre çalışacaktır” (m.4/I). Bununla birlikte, AİHM'in 2014 yılında verdiği bazı kararlarda, kabul barınma ve geri gönderme merkezlerinde yaşam koşullarının, AİHS'nin 3.maddesine aykırılık oluşturduğu kabul edilmiştir.

AİHS'nin 3.maddesinde işkence ve kötü muamele yasaklanmıştır. Bu hükme göre, “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tâbi tutulamaz.”

a) Yarashonen Kararı⁶⁰

Tüberküloz hastası olan Rus vatandaşı Yarashonen, pasaportu olmadığı ve Türkiye'ye yasal olmayan yollardan giriş yaptığı gerekçesiyle, gözaltına alınarak beş ay 27 gün tutulduğu Kumkapı Misafirhanesi'nin aşırı kalabalık olduğunu, 40 metrekairelik odadaki 15 yatağı, 24-45 arası kişiyle paylaştıklarını; kalabalığın pisliğe ve bulaşıcı hastalıklara neden olduğunu;⁶¹ oda koşullarında büyük bir hijyen problemi olduğunu iddia etmiştir. İnsanlar, sürekli bulaşıcı hastalıklara yakalanmaktadır.⁶² Yarashonen'e göre, bina böceklerle doludur;

⁶⁰ 24 Haziran 2014 tarih ve 72710/11 başvuru numaralı Yarashonen kararının İngilizce metni için bkz. <[⁶¹ Helsinki Yurttaşlar Derneği Misafirhaneler Raporu'na göre, sağlıkla ilgili bildirilen uygulamalar ilişkin olarak “misafirhanelerdeki sağlık hizmetleri genelde yetersizdir. Fiziksel ve ruhsal sağlıkları için tedavi hizmetlerinin önünde polisin bu hizmetleri tamamen reddetmesi, tedavinin ve ilaç fiyatlarının çok yüksek olması ve gerekli çevirmenlerin eksikliği gibi engeller bulunmaktadır. Yetersiz şartlar altındaki gereksiz derecede uzun alıkonma süreleri depresyon ve tecrite yol açmıştır”: Misafirhaneler, s.45.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?x#{%22fulltext%22:%5B%22yarashonen%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145011%22%5D}>”, (5.2.20015).</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁶² BM Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (bkz.dn.53), gözetim altındakilere, gerekli olduğunda ücretsiz tıbbî hizmet sunulması gerektiğini ifade eder (24.ilke).Fakat Helsinki Yurttaşlar Derneği Misafirhaneler Raporu'ndaki bulgular, tıbbî hizmetlerin bu standardın altında kaldığını göstermektedir. “İdarî gözetim altındakiler kendilerine nezaret eden polis memurlarının düzenli olarak sağlık sorunlarını görmezden geldiğini, bir doktor tarafından muayene edilme taleplerinin geri çevrildiğini bildirmişlerdir. Bazı

yemekler çok kötüdür; açık havada egzersiz yapmak yasaktır.⁶³ AİHM, Yaroshonen kararında, kişi başına düşen 2 metrelik alanın bile, başlı başına AİHS'in 3.maddesindeki özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir.⁶⁴

Bu kararda AİHM, ayrıca, özgürlüğünden yoksun kılınan yabancıların açık havaya çıkışının engellenmesinin bir ceza olarak hücre cezası niteliğinde olsa dahi⁶⁵ bu durumun yetkili makamların takdir yetkisine bırakılmayacağına hükmetmiştir.

AİHM'e göre başvuru sahibi, müebbet hapis cezasına mahkûm olmuş hükümlünün koşullarından bile daha ağır koşullarda gözaltında tutulmuştur.⁶⁶ Ayrıca karara göre, ilgilinin aşırı kalabalık, hijyenden yoksun şekilde,⁶⁷ bulaşıcı hastalıkların kol gezdiği, ilgilinin tedavisi-

durumlarda, ciddi sağlık sorunları haftalar boyunca teşhis edilmeden sürmekte, bu da durumun ilerlemesine ve kamu sağlığına yönelik bir tehdit oluşmasına yol açmaktadır. Ayrıca, gözetim altındakilerin tıbbi yardımı, neredeyse her zaman kendi ceplerinden karşılaması gerekmektedir ve bu fiyatlar oldukça fahiştir. Misafirhanelerde akıl sağlığı hizmeti sunulmamaktadır; oysa görüşülenlerin tamamı gözetim sürelerinin uzamasının yıkıcı psikolojik etkilerine maruz kaldıklarını belirtmiştir": Misafirhaneler, s.23.

⁶³ Yarashonen Kararı, p.17-20.

⁶⁴ Yarashonen Kararı, p.77.

⁶⁵ AİHM kararında, kişi başına düşen 4.60 TL'lik yemek ücreti verilmesinin yetersiz olduğuna; 58 m² odada 30 yatağın bulunmasının genişlik ve donanım bakımından uygun olmadığına; açık havaya "hava güzel olunca" çıkılabilmemesinin hukuka uygun olmadığına hükmedilmiştir. AİHM, diğer yabancı misafirhanelerinde -Ağrı, Edirne-Tunça, İstanbul-Kumkapı, Konya ve Van'da- bulunan yabancıların, hiç değilse günde bir saat dışarı çıkabilmelerine burada da olanak tanınması gerektiğine vurgu yapmıştır.

⁶⁶ Yarashonen Kararı, p.78.

⁶⁷ BM Mahkûmlara Karşı Muamelenin Standart Asgarî Kuralları'na göre gözetim altında tutulanlar kendilerine ait ayrı bir yatak, yeterli temiz çarşaf ve nevresim sağlanması ve bunların sık sık değiştirilmesinin sağlanması hakkına sahiptir (m.19). Kurallarda düzenlenen bir başka hükme göre, Yatakhanelerin sağlıklı ilgili bütün koşulları karşılaması gerekir; havalandırma koşullarına, özellikle de içerideki havanın miktarına, odalardaki asgarî boş alana, aydınlatma, ısıtma ve havalandırmaya gerekli özen gösterilmelidir (m.10). Helsinki Yurttaşlar Derneği Misafirhaneler Raporu'na göre, görüşülen kişiler sık sık aşırı kalabalıktan, yatak ve nevresim sayısının tümüyle yetersiz olmasından yakınmıştır. Görüşmecilerin birçoğu gözetim tesislerinde yerlerde uyuduklarını belirtmişlerdir: Misafirhaneler, s.21. BM Tutuklulara Karşı Muamelenin Standart Asgarî Kuralları'na göre, gözetim tesislerin tuvalet ve duşların yeterli ve temiz olması gereğine işaret eder. Gözetim altındakilerin kişisel hijyenlerin koruyabilmek için gerekli olan sıklıkta, hava durumuna uygun bir sıcaklıkta duş alması mümkün olmalıdır (m.12 ve m.13). Kurallar için bkz. <<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/876b6--Mahpusların-İslahi-İcin-Asgarî-Standart-Kurallar.pdf>>, (24 Ağustos 2014). Oysa gözetim altındakiler haftada bir duş alabildiklerini belirtmiştir, ancak

dürerek, tedavi olabilmek amacıyla Türkiye'ye yasal yollardan gelen Filistinli 26 yaşındaki bir sığınmacı (İslam Haslem Asalya) olup Türkiye'ye geldikten sonra fizyoterapist olan Türk vatandaşı ile evlenmiştir. Asalya hakkında sınır dışı etme kararı verilerek⁷² Asalya Kumkapı Misafirhanesi'ne konulmuştur. Asalya, 12 ve 18 Ağustos 2009 tarihleri arasında Kumkapı Misafirhanesi'nde kalmıştır.

AIHM, Asalya'nın Kumkapı Misafirhanesi'nde alıkonma sürecindeki, masada uyumak zorunda bırakılmak ve bir yabancı'nın yardımı olmaksızın tuvalet ihtiyacının karşılanmasındaki zorluklar hakkında bu uygulamaların, ilgiliye yapılmış insan onuruna aykırı bir davranış olduğunu tespit etmiştir.⁷³ AIHM, ayrıca Asalya'nın nispeten kısa bir süre için de olsa alıkonması ve bu süreçte ilgiliye keyfî davranılmasının, ilgilinin manevî ızdırabını şiddetlendirdiğini tespit ederek, Türkiye'nin AIHS m.3'e aykırı biçimde ilgiliyi küçük düşürücü muameleye maruz bıraktığına karar vermiştir.⁷⁴ AIHM'e göre, bir insan yaşamının asgarî gereklerinden olan günlük ihtiyaçları ile yatakta uyuma konusunda, Kumkapı Misafirhanesi yetkilileri, Asalya'nın eşinin yardımına başvurabilirken; felç geçiren bir kişinin sert bir masada uyumaya zorlanması kabul edilemez.⁷⁵ Asalya, AIHS m.3'e dayanarak Kumkapı Misafirhanesi'ndeki alıkonma koşulları bakımından, özellikle kendisi gibi tekerlekli sandalyeye bağlı kişiler yönünden yetersiz koşullar, asansör ve engelliler için tuvalet olmayışından şikayetçi olmuş, mevcut sağlık durumu yüzünden yaşadığı zorluklardan kurtulmak isteminde bulunmuştur. Asalya, hassas konumda olan sığınmacılardan biridir. Hassas konumdaki sığınmacılar, işkence ve travma mağdurlarını, refakatsiz küçükleri, yaşlıları, engellileri, tıbbî yardıma ihtiyacı olanları, özel ihtiyaçları olan kadınları içerir.⁷⁶

⁷² Başvuru sahibi, sınır dışı etme kararına karşı yargı yoluna başvurabilmiştir. Sınır dışı etme kararına karşı verilen mahkeme kararları, AIHM tarafından ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Bkz. Asalya kararı, p.75. AIHM, ayrıca karara konu olayda ilgili hakkında tedbir kararı vermiştir: Asalya kararı, p.27-33.

⁷³ Asalya kararı, p.49.

⁷⁴ Asalya kararı, p.51-54.

⁷⁵ Asalya kararı, p.50-53.

⁷⁶ BM Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için İlkeler Bütünü (bkz.dn.60), 5/II ve 31.ilke; BM Mahkûmlara Karşı Muamelenin Standart Asgarî Kuralları (bkz.dn.66), m.23/I; Avrupa Birliği, Konsey Yönergesi, 2003/9/EC/ of 27 Ocak 2003; Sığınma İsteyenlerin Ülkeye Kabulüne ilişkin Asgarî Standartları Belirleyen AB Komisyonu Konsey Yönergesi, 6 Şubat 2003, 2001/0091, Yönerge için bkz. <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/ref>

Alıkoymaya Dair BMMYK Kılavuzu, Kılavuz 7'ye göre,⁷⁷ devlet hassas konumdaki sığınmacıların gözetim altına alınmasının alternatiflerini faal olarak değerlendirmelidir. Bu kişiler ancak uzman bir tıp doktorundan, gözetim altında tutulmalarının sağlık ve sıhhatlerini olumsuz etkilemeyeceği,⁷⁸ tıbbî ve/veya sosyal desteğin, izlemenin düzenli olarak mümkün olacağı yönünde bir belge alınması halinde gözetim altına alınabilirler.

c) Ramiz Aliev Kararı⁷⁹

Ramiz Aliev onun hakkında verilmiş bir yakalama veya tutuklama kararı olmamasına rağmen, Fatih Polis Karakolu'nda 2 metrelik odada, basit temel ihtiyaçların (yatak, yastık, yorgan, havalandırma, ısıtma, uyumak için yeterli koşullar) bulunmadığı; yeterli yemeğin verilmediği; dışarıya çıkışına izin verilmediği bir hücrede kendisiyle birlikte 7 kişi ile beraber 8 gün süreyle idarî gözetim altında tutulmuştur. AİHM, Aliev tarafından yapılan başvuruda, Aliev'in bu durumunun Avrupa Komitesince kabul edilen İşkence, İnsanlık Dışı veya Kötü Muamele ve Cezalandırmaya İlişkin Standartlarına ve bu arada AİHS m.3'te düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağına aykırı olduğuna hükmetmiştir.

world/rwmain?docid=3ddcfda14]>, (24 Ağustos 2014), m.17-20; BM Genel Kurulu, Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Küçüklerin Korunması için BM Kuralları, <<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/619b9--Ozgurlugunden-Yoksun-Birakilmis-Kucuklerin-Korunmasi-Icin-Kurallar.pdf>>, (28.2.2015), 17. ilke.

⁷⁷ <<http://www.unhcr.org.tr/?content=329>>, (30 Ağustos 2014).

⁷⁸ YUKK uyarınca çıkarılan Kabul, Barınma ve Geri Gönderme Merkezleri Yönetmeliği, karara konu olan olaydan önce çıkarılmış olsaydı, Asalya, geri gönderme merkezlerinde, idarî gözetim uygulanmasına karar verilenlerin acil ve temel sağlık hizmetlerden yararlanabileceği hükmüne (m.59/I-a) dayanabilirdi. Ayrıca, Asalya, SHÇEK'in 2010 yılında çıkardığı Genelge kapsamına girdiğinden, Asalya hakkında idarî gözetim uygulanarak Kumkapı Misafirhanesi'nde alıkonmak yerine, SHÇEK'nda barındırılabilirdi. Çünkü anılan Genelge'den yararlanabilecek olanlar arasında sığınmacılar, refakatsiz küçükler, fiziksel engelliler ve yaşlılar da bulunmaktadır. Genelge için bkz. <http://madde14.org/index.php?title=SH%C3%87EK_2010_Genelgesi_%28S%C4%B1%C4%9F%C4%B1nmac%C4%B1/_m%C3%BCltecilere_ait_i%C5%9Flemler%29>.

⁷⁹ 21 Eylül 2011 tarih ve 30518/11 başvuru no.lu Ramiz Aliev kararının İngilizce metni için bkz. <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22fulltext%22%3A%2230518/11%22%5D,%22documentcollectionid%22%3A%2222GRA%22%5D,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22%3A%222001-147273%22%5D%7D>>, (23.2.2015).

2. AİHS'nin 5. Maddesi: İlgilinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkına Aykırılık

AİHS'nin 5. maddesinde kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkı düzenlenmiştir.⁸⁰ AİHS'ye ek 4 Nolu Protokol⁸¹ m.2'de ise serbest dolaşım özgürlüğü düzenlenmiştir. AİHM, AİHS m.5'i uygularken, "bireyin mevcut durumu"nu, birçok hususu değerlendirerek ele almaktadır. Bu değerlendirmede "ilgiliyi özgürlüğünden yoksun bırakan eylemin türü, süresi, etkiler ve bu tedbirin uygulanma biçimi" gibi birçok ölçüte başvurulmaktadır.⁸² Ayrıca, AİHM birkaç saat bile olsa, ilgilinin hareket ya da özgürlüğünden yoksun kılınıp kılınmadığı,⁸³ bu durumun birey üzerinde ne gibi fiziksel ve ruhsal etki yarattığı (uçranılan sıkıntı)⁸⁴ gibi ölçütleri de kullanılmaktadır.

⁸⁰ Bu hükme göre,
 "1.a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;
 b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;
 c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;
 d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usûlüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;
 e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya ser-serilerin yasaya uygun olarak tutulması;
 f) Kişinin, usûlüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması".
 Bu hükmün (f) bendi hakkında sınırdışı etme kararı verilenlerin idarî gözetimine olanak sağlar görünmektedir.

⁸¹ <<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/199a4--Insan-Haklari-ve-Ana-Hurriyetlerin-Korunmasına-Dair-Avrupa-Sozlesmesi%E2%80%99ne-Ek-Birinci.pdf>>, (28.2.2015).

⁸² Austin and other v. United Kingdom, Başvuru Nu:39692/09, 40713/09 ve 41008/09, 15 Mart 2012, p.57.

⁸³ Nolan and K v. Russia, Başvuru Nu:2512/04, 12 Şubat 2009, p.93-96, Foka v. Turkey, Başvuru Nu:28940/95, 24 Haziran 2008.

⁸⁴ H.L. v. United Kingdom, 2004; Guzaardi v. Italy, Başvuru Nu:7367/76, 6 Kasım 1980, p.93.

AİHM idarî gözetimle ilgili verdiği bazı kararlarında,⁸⁵ havaalanı transit bölgesinde İdarî gözetim uygulamasına maruz kalmış sığınmacı başvuru sahiplerinin yaptığı başvuruda ileri sürdükleri AİHS m.5'e aykırılık savını kabul etmiştir. AİHM'nin Amuur v.France kararında AİHM, yetkili makamların AİHM'e başvuru sahiplerinin herhangi bir uçağa binerek ülkeyi terk edebilecekleri ve özgürlüğünden yoksun kalmayacaklarına ilişkin savını reddetmiştir.

AİHM'e göre, Polis Merkezinde yaklaşık iki saat tutulma ya da apartman dairesinde alıkoyma, AİHS m.5'e aykırıdır. Rantsev kararına konu olan olayda, ikamet ve çalışma iznine aykırılık nedeniyle Kıbrıs'taki bir Rus göçmen, Polis Karakolu'nda yaklaşık iki saat tutulmuş, ardından salıverilerek, çalıştığı gazino sahibince, gazinoda çalışan işçilerin kaldığı bir apartman dairesine götürülmüş, buradan çıkışına izin verilmeyerek ertesi sabah apartman önünde ölü bulunmuştur. AİHM, ilgiliye yapılan eylemleri m.5'e aykırı bulmuştur.⁸⁶

AİHM'in idarî gözetim uygulaması bakımından Avrupa Birliği Hukuku'nda kabul edilen,⁸⁷ ilgiliye "diğer etkili ama daha az zorlayıcı önlemler uygulanmadığı takdirde" idarî gözetimin olanaklı bulunduğuna ilişkin uygulamasını temel aldığı da görülmektedir. Avrupa Birliği hukukunda İdarî gözetim, son başvurulacak çaredir ve İdarî gözetimden önce mutlaka tüm alternatiflerin tüketilmesi gerekir. Bu alternatifler; polis veya göç idaresine düzenli aralıklarla bilgi verme yükümlülüğü, pasaport ya da pasaport yerine geçen belgeleri teslim etme yükümlülüğü, belli bir yer ya da adreste oturma yükümlülüğü, kefil gösterme çalışma yükümlülüğü ya da elektronik izleme olabilir.⁸⁸ Ancak hemen belirtelim ki, İdarî gözetimden önce uygulanabilecek alternatiflerin AİHS'ne ek 4.Protokol'ün 2.maddesinde düzenlenen dolaşım özgürlüğüne aykırılık oluşturması olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın doğmaması için, dolaşım özgürlüğüne getirilen sınırlamanın mutlaka zorunlu ve bu hükmün amaçlarına uygun ve orantılı olması gerekir.⁸⁹

⁸⁵ Amuur v. France, Başvuru Nu:19776/92, 25 Haziran1996; Riad and İdiab v. Belçicum, Başvuru Nu: 29787/03 ve 29810/03, 24 Şubat 2008.

⁸⁶ Rantsev v. Cyprus and Russia, Başvuru Nu: 259/04, 4 Şubat 2010, p.314-325.

⁸⁷ Bu konu, ReceptionCondition Directive (2013/33/EU) m.8/II, Dublin Regulation m.18/II ve Return Directive 15/I'de düzenlenmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Handbook on European Law Relatingto Asylum, Bordersand Immigration, European Court of Human Rights, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2013, s.146-147.

⁸⁸ Handbook on European Law, s.147.

⁸⁹ Handbook on European Law, s.147.

Asalya kararında, AİHM, “bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması olanaklıdır” hükmünde (AİHS m.5/I) yer alan “usulüne uygunluk” ilkesine aykırılık bulunduğu hükmetmiştir. Zira AİHM’e göre, ilgilinin İdarî gözetim altına alınmasına ilişkin açık yasal hükümler bulunmamaktadır. Bu nedenle idarî gözetim yasal olmayıp bu durum AİHS m.5/I’ye aykırılık oluşturur. Ayrıca AİHS m.5/IV, ilgiliye özgürlüğünden yoksun bırakan işleme itiraz ve iptali için etkin başvuru yolunu içermektedir. Asalya kararında bu hükümde düzenlenen ilgili hakkında verilen özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa süre içerisinde karar verilmesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde ilgilinin, serbest bırakılması için mahkemeye başvurma hakkına sahip olduğuna ilişkin hükme de aykırılık bulunmuştur. Aynı şekilde, Yarashonen kararında da açık yasal hükümler bulunmadığı halde ilgilinin İdarî gözetim uygulaması ile özgürlüğünden yoksun bırakılması AİHS m.5/I’ye aykırı bulunmuştur.

AİHS m.5/II, ilgili özgürlüğünden yoksun bırakıldığı zaman bu işlemin sebeplerinin ilgiliye bildirilmesi gerektiğini düzenler. Yarashonen kararında, AİHM, hem idarî gözetim uygulamasının sebepleri hakkında bilgi verilmemesi hükmüne aykırılık; hem de, İdarî gözetim karşı etkin başvuru yolunun bulunması gerektiğine ilişkin hükümlere aykırılık bulunmuştur.

Gürcistan uyruklu olduğunu iddia eden ancak bu durumu Gürcistan yetkililerince doğrulanamayan Ramiz Aliev, bir yıl içinde değişik nedenlerle üç kez gözaltına alınmıştır. Önce Yunanistan’a yasal olmayan yollardan girerken gözaltına alınarak Edirne Tunca Kabul ve Barınma Merkezi’nde, ardından Kırklareli Gaziosmanpaşa Kabul ve Barınma Merkezi’nde alıkonulmuştur. Aliev, ardından sığınmacılık başvurusunda bulunmuş; sığınmacılık statüsü tamamlandıktan sonra, Kırklareli’nde geçici ikamet izni verilerek serbest bırakılmıştır. Aliev, serbest bırakıldıktan sonra Kırklareli yerine İstanbul’a gitmiş hırsızlık suçlamasıyla gözaltına alınmış; Aliev’in serbest bırakılmasına ilişkin belge mahkemeye ulaştırılmamıştır. Ancak Aliev, hakkında verilmiş bir sınır dışı etme kararı olmamasına rağmen bir haftadan fazla, yetersiz yemeğin verildiği, yatağın ve battaniyenin bulunmadığı, birçok kişinin kaldığı elverişsiz, sağlık koşullarına aykırı küçük bir hücrede tutulmuştur. Buradan da, hakkında sınır dışı etme işlemi devam

ederken Kumkapı Geri Gönderme Merkezine gönderilip orada 1 hafta tutulmuştur. Aliev, Gaziosmanpaşa Kabul ve Barınma Merkezi'nde iki merkez yetkilisi tarafından dövülmüş; yetkililer ise ilgilinin diğer gözetim altında tutulanların kaba davranışlarını önlemek amacıyla yönetim ofisine götürülürken başını radyatöre çarptığını savunmuşlardır. Aliev ise merkez yetkilisinin kendisini kısıkrak yakaladığı ve başını duvara çarptığı ve bu nedenle radyatöre çarptığını bu sırada olayın şokuyla kolonya içtiğini iddia etmiştir. Aliev, götürüldüğü Kırklareli Devlet Hastanesi'nde sol gözünde ciddi yaralanmaya bağlı görme kaybı nedeniyle ameliyat edilmiştir. Kırklareli Savcılığının merkez yetkilileri aleyhine başlattığı soruşturmada yetkililer delil yeterliliğinden serbest bırakılmıştır.

Bu kararda da AİHM, açık yasal hükümler bulunmadığı halde ilgilinin idarî gözetim uygulaması ile özgürlüğünden yoksun bırakılmasını AİHS m.5/I'e; ilgilinin özgürlüğünden yoksun bırakma nedenlerinin kendisine bildirilmemesini AİHS m.5/II'yeve özgürlüğünden yoksun bırakılan ilgilinin hem yargıç önüne çıkarılmasını ve makul süre içerisinde yargılanmaya hakkı bulunduğunu düzenleyen AİHS m.5/III'e aykırı bulmuştur. Ayrıca idarî gözetimin hukuka uygunluğu konusunda yasal incelemeye yönelik bir hüküm bulunmamasını AİHS m.5/IV'e, haksız yere idarî gözetim altında tutulanlara tazminat ödenmesine yönelik bir hüküm bulunmamasını da AİHS m.5/V'e aykırı bulmuştur.

Uktam Musaev kararına⁹⁰ konu olan olayda, Uktam Musaev, adam öldürmeye ilişkin başlatılan bir soruşturma sırasında tutuklanmış, İstanbul Yedikule Emniyet Genel Müdürlüğü'ne götürülmüştür. Tanık ifadelerine rağmen serbest bırakılmayan Musaev, Fatih Polis Karakolu'na götürülerek 5 gün gözaltına konularının konulduğu hücrede kalmıştır. Oradan da Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ne götürülmüştür. Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde, 30-35 metrelik odada 24-25 kişiyle kaldığı, aşırı kalabalığa ek olarak, hijyen sorunları yaşandığı binanın böceklerle dolu olduğu, yemeklerin nitelik ve nicelik bakımından zayıf olduğu ve dışarı çıkmanın yasak olduğundan ba-

⁹⁰ Başvuru nu 7572411 olan kararın İngilizce metni için bkz. <

hisle AİHM'e bu başvuruyu yapmıştır. Musaev, daha sonra sığınmacılık başvurusunda bulunmuş, Aksaray ilinde sığınmacı başvurusu kabul edilene kadar geçici ikamet izni verilmiştir. Musaev, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde 19 gün kalmıştır.

Kararın konusu Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki koşullar olup bu kararda da AİHM, açık yasal hükümler bulunmadığı halde ilgilinin idarî gözetim uygulaması ile özgürlüğünden yoksun bırakılmasını AİHS m.5/I'e; ilgilinin özgürlüğünden yoksun bırakma nedenlerinin kendisine bildirilmemesini AİHS m.5/II'ye ve özgürlüğünden yoksun bırakılan ilgilinin hemen yargıç önüne çıkarılmasını ve makul süre içerisinde yargılanmaya hakkı bulunduğunu düzenleyen AİHS m.5/III'e aykırı bulmuştur. Ayrıca idarî gözetimin hukuka uygunluğu konusunda yasal incelemeye yönelik bir hüküm bulunmaması, AİHS m.5/IV'e aykırı bulunmuştur.

3.AİHS'nin 13.Maddesi: Etkili Başvuru Yolunun Bulunmaması

AİHM'in AİHS m.5 ile bağlantılı olarak AİHS m.13'ü ele aldığı söylenebilir. Asalya, Yarashonen ve Ramiz kararlarında ilgililerin idarî gözetim kararına karşı yargı yoluna başvuru olanağına sahip olmaması, AİHS m.13'te yer alan etkin başvuru yolunun bulunmaması hükmüne aykırı bulunmuştur.

III. İnsan Hakları Kurumlarının Misafirhanelere İlişkin Raporları

1.İnsan Hakları Kurumu'nun Kumkapı Misafirhanesi Raporu

Kumkapı Misafirhanesi'nde (İstanbul Geri Gönderme Merkezi) tutulanların açık havaya çıkarılmadığı ve insanca yaşam koşullarının sağlanmadığına ilişkin duyular üzerine İnsan Hakları Kurulunun mültecilerle ilgili çalışma yapan sivil toplum kuruluşları temsilcilerinin de katılımıyla ziyaret edilerek Kurum tarafından bir rapor hazırlanmıştır.⁹¹ Zira Türkiye İnsan Hakları Kurumu, her türlü alıkoyma yerinin düzenli ziyaretler yoluyla denetlenmesine ilişkin "İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Ceza-ya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İhtiyari Protokol'de ön-

⁹¹ <<http://www.tihk.gov.tr/www/files/5476057c62b42.pdf>>, (4.2.2014), (Kumkapı Raporu).

görülen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere ulusal önleme mekanizması olarak belirlenmiş durumdadır.

Kurumca Kumkapı Misafirhanesi'nde kalanlarla ilgili görüşmeler yapılmıştır. Kurumun hazırladığı Rapor'da,

“Kumkapı Misafirhanesi'nin, 300 veya üzerinde kişinin kalması için uygun nitelikte olmadığı;

İltica başvurusunda bulunanların kural olarak idarî gözetim altında bulundurulmalarına gerek olmadığından, bu kişilerin, başvuruları açıklığa kavuşturuluncaya kadar geri gönderme merkezlerinde değil, ayrı bir barınma evinde tutulması;

Merkezde tutulan kişilerin düzenli olarak açık havaya/bahçeye çıkabilmesi olanağının sağlanması;

Geri Gönderme Merkezlerine ilişkin denetleme mekanizması kurularak iltica ve göç alanında uzman sivil toplum kuruluşlarının geri gönderme merkezlerinde danışmanlık hizmetleri sağlanmasına imkân verilmesi gerektiği;

AİHM'in Asalya kararı uyarınca Merkezde kalabilecek olan engelli ve özel ihtiyaç sahibi bireyler için gerekli fiziki şartlar ve psiko-sosyal ortam sağlanması;

Özel ihtiyaç sahibi kişilerin (hamile, hasta, çocuk gibi) durumlarına özen gösterilmesi ve ihtiyaçları sağlanması ve bu kişilerin ihtiyaçlarının giderilmesi;

Merkezde tutulan kişilerin düzenli olarak açık havaya/bahçeye çıkabilmesi sağlanması;

Hijyen sorununun çözülmesi;

Sivil toplum kuruluşlarının, Merkezde tutulanlara ulaşmalarına imkân sağlanması gerektiği;

Sağlık hizmetlerinin yeniden düzenlenerek, Merkez'e giriş testleri kapsamında kan testleri ile yetinilmeyip, tüberküloz ve diğer hava yolu ile geçen bulaşıcı hastalıkların tespit ve tedavisi için gerekli girişimler yapılması;

Merkez'e girişte ayrıntılı bir sağlık muayenesi yapılarak “bulaşıcı hastalıklara sahip kişiler”in, karantina yönünden hekim tarafından değerlendirilmesi gerektiği”

sonuçlarına ulaşılarak çözüm önerileri sıralanmıştır.⁹² İnsan Hakları Kurumu Rapor’unda, ayrıca, Kumkapı Misafirhanesi’nde kalan yabancıların iletişim olanaklarına sahip olması gerektiği vurgulanmıştır.⁹³ Ayrıca, Rapor’da burada kalanlara bilgilendirme yapılmadığı şikayetleri üzerine merkezlerde bulunan kişileri durumları hakkında bilgilendirme yapılması gerektiği⁹⁴ çözüm önerisi olarak sunulmaktadır.

Rapor’a göre, “AİHM içtihadına göre, kötü muamelenin [AİHS] 3.madde kapsamına girebilmesi için asgarî düzeyde şiddet aranmaktadır. Bu bağlamda, aşırı kalabalık, ısınma, sağlık, uyku, yemek, dinlenme ve dış dünyayla iletişime yönelik hizmetlerin yetersizliğini insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleyle eşdeğer görmektedir. AİHM’in Türkiye’deki cezaevi şartlarına ilişkin son dönemlerdeki başvurularda 3.maddenin ihlâlini tespit etmediği gerçeği, İstanbul Geri Gönderme Merkezindeki sorunların ne derece acil olarak çözülmesi gerektiğini göstermektedir”⁹⁵

2. İnsan Hakları Kurumu’nun İstanbul, Edirne ve Kırklareli İllerinde Bulunan Geri Gönderme Merkezlerine İlişkin Raporu

Rapor’da Edirne Geri Gönderme Merkezi’nde kalanların sıkıntılı ve mutsuz olmaları, boş vakitlerini geçirebilecekleri ve serbestçe dolaşabilecekleri alanların çok sınırlı olmasına bağlanmıştır. Merkezde kalanların kaçmalarına fırsat verilmeyecek şekilde güvenlik önlemleri alınarak açık havaya çıkışlarının sağlanması ve odalarında gün boyu kilitli tutulması uygulamasına son verilmesi gerektiği sonucuna ula-

⁹² Kumkapı Raporu, s.49-51.

⁹³ Rapor’a göre, “Merkezde tutulanların kamerasız cep telefonlarını kullanmalarına izin verilmelidir. Umumi telefonlar ortak alanlardan kaldırılarak, mahremiyeti sağlayacak özel kabinlere yerleştirilmeli ve sayısı artırılmalıdır. Merkezde tutulanlara dışarıdan aramaları imkân sağlayacak telefonlar sağlanmalıdır”, s.51.

⁹⁴ Merkezde tutulan herkese yasal hakları ve başvurabileceği idarî ve yargısal makamlar konusunda, anlayacakları bir dilde, gerekli bilgilendirme yapılmalıdır. Merkeze gelenlere, sahip oldukları haklara ve gerektiğinde ulaşabilecekleri baro ve sivil toplum kuruluşlarına ilişkin bilgilendirici broşürler imza karşılığı verilmelidir. Sivil toplum kuruluşlarının, Merkezde tutulanlara ulaşmalarına imkân sağlanmalıdır. Tercüme hizmeti, devletin ya da sivil toplum örgütlerinin sunduğu eğitilmiş ve güvenilir tercümanlar aracılığı ile verilmeli ve bu konuda gerekli tedbirler alınmalıdır: Kumkapı Raporu, s.50.

⁹⁵ Kumkapı Raporu, s. 47.

şılmıştır. Ayrıca Merkez'e gelen yasa dışı göçmenlere içinde buldukları durumun ve haklarının anlayacağı dillerde ve tüm dillerde açıklanması vurgulanmıştır.⁹⁶

Kırklareli Geri Gönderme Merkezi ile ilgili olarak Merkezin şehir merkezi dışında olduğu belirtilerek, Merkezde bulunan barınma yerleri fizikî açıdan oldukça bakımsız ve eski bulunmuş, bu yerlerin hijyen koşulları açısından iyi durumda olmadıkları görülmüştür. Özellikle erkeklere ayrılan koğuşların duvarlarının yıllardır boyanmadığı, çarşafalarının günlerdir değiştirilmediği, tuvalet ve banyolarının temiz olmadığı görülmüştür. Bu minvalde en azından koğuşların duvarlarının belirli aralıklarla boyanması gerektiği düşünülmektedir. Yasa dışı göçmenlere, Merkeze geldiklerinde temizlik malzemesi olarak sadece sabun verildiği, diğer ihtiyaçların ise kantinden para ile karşılandığı bilgisi edinilmiştir. Ancak bu durumun hijyen açısından sıkıntılar yarattığı düşünülmektedir. Bu nedenle deterjan, çamaşır suyu, tuvalet kağıdı vb. temizlik malzemelerinin kişilere ücretsiz verilmesi, sağlıklı ve temiz bir ortamda yaşamak için zorunluluk arz etmektedir. Banyolarda yer alan duşlarda olmayan duş başlıklarının acilen takılması ve bozuk olan tuvaletlerin ise en kısa sürede onarılması gerekmektedir. Ayrıca kıyafeti olmayan kişilere kıyafet yardımı yapılmalı, çarşaf ve havlular belirli aralıklarla değiştirilmeli ve yıkanmalıdır. Bunların yanı sıra Merkezde yaşanan temizlik sorunun aşılması amacıyla ortak kullanım alanların temizlik ihtiyacının dışarıdan hizmet satın alınması suretiyle giderilebileceği düşünülebileceği önerilmektedir.⁹⁷ Rapor'da, Merkezin, oldukça eski bir geçmişe sahip olduğundan su, kanalizasyon ve ısınma altyapısında yaşanan sıkıntıların acil olarak giderilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Kumkapı Geri Gönderme Merkezi ile ilgili olarak Merkezin şehir içinde olmasına rağmen Merkezde barınanların havalandırmaya çıkamaması önemli bulunmuştur. Rapor'a göre, "Geri gönderme merkezinin yasa dışı göçmenler için hapisneden farksız hale gelmemesi için en temel hakları olan yaşama hakkının bir uzantısı niteliğindeki bu haktan haftanın her günü diledikleri zaman yararlanmaları sağlanmalıdır. Bunun için Merkezde bulunan personel sayısının artırılması ve yasa dışı göçmenlerin kaçmalarını önleyici mekanizmaların geliş-

⁹⁶ Edirne, Kırklareli, Kumkapı Raporu, s.17.

⁹⁷ Edirne, Kırklareli, Kumkapı Raporu, s.18.

tirilmesi, gerekirse Merkezin şehir dışında daha sakin ve geniş bir alana taşınması" önerilmektedir.⁹⁸ Bundan başka Merkezde bunların sağlık sorunlarına değinilerek yalnızca haftada bir gün değil haftanın her günü hizmet verecek bir doktorun bulunması,⁹⁹ şüphe altında oldukları suçun türüne bakılarak ve farklılaşmaya gidilerek koğuşlara yerleştirilmesinin ceza hukukunun temel ilkelerinden kabul edildiği belirtilerek bir sınıflandırma yapılması gerektiği önerilmektedir.¹⁰⁰

Edirne, Kırklareli, Kumkapı Raporu'nda, Geri gönderme merkezlerinde bulunan yasa dışı göçmenlere ne tür muameleler uygulanacağı ve geri gönderme merkezlerinin işleyişi hakkında tüm geri gönderme merkezlerinde yeknesaklığı sağlayacak bir düzenleme bulunmadığı vurgulanmıştır. Belirtmek gerekir ki Rapor, YUKK yürürlüğe girmeden önce hazırlanmıştır. Ancak Rapor'da yer alan "Geri gönderme merkezine gelen yasa dışı göçmenlerin uyruklarının tespitinde beyanları esas olduğundan, doğru beyanda bulunup bulunmadıklarının yapılacak mülakatlarda tercümanlar aracılığıyla denetlenmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra yasa dışı göçmenlerle iletişimin sağlanmasında da tercümanların önemi büyüktür. Raporda yer alan geri gönderme merkezlerinde farklı dillerden tercümanlar görevlendirilmesi büyük önem arz etmektedir" ifadesi, kanımızca önemlidir. Çünkü yukarıda da açıklanan AİHM kararlarından anladığımız kadarıyla kişilerin kendi dillerini bilen tercüman eksikliği hâlâ merkezlerde yaşanan ortak sorunlar arasında yer almaktadır.

Sonuç

YUKK ve YUKK uyarınca çıkarılan Kabul, Barınma ve Geri Gönderme Merkezlerine İlişkin Yönetmelik, AİHM kararlarında Türkiye'nin idarî gözetime ilişkin yasal düzenlemesinin bulunmadığı savını ortadan kaldıracak niteliktedir. Ancak idarî gözetimin uygulandığı mekânlara ilişkin sorunlar, Anayasa ve insan hakları hukukuna aykırılık oluşturabilecek potansiyele sahiptir.

Anayasa'nın 9.maddesine göre, "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır". İdarî gözetim kararı valilik tara-

⁹⁸ Edirne, Kırklareli, Kumkapı Raporu, s.20.

⁹⁹ Edirne, Kırklareli, Kumkapı Raporu, s.21.

¹⁰⁰ Edirne, Kırklareli, Kumkapı Raporu, s.19.

findan alınmakta ve kişi özgürlüğünden yönetsel bir makam kararıyla yoksun kalmakta olduğundan, bu hükme aykırılık olup olmadığı İnsan Hakları, Ceza ve İdare Hukukçuları tarafından sorgulanmalıdır. Her ne kadar idarî gözetim, ceza hukuku anlamında bir yakalama veya tutuklama değilse de, kişinin özgürlüğünden yoksun kılınmasına ilişkin bir kararın bağımsız mahkemelerce verilmesinin gerekli olduğu kuşkusuzdur.

Anayasa'nın 17.maddesinin II. fıkrasına göre, "kimse, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz". Kabul, barınma ve geri gönderme merkezlerindeki koşullar bakımından bu hükme aykırılık bulunmaktadır. Kabul Barınma ve Geri Gönderme merkezlerinin aşırı kalabalık ve hijyenden yoksun oluşu, yemek ve sağlık hizmetlerinin verilmesindeki yetersizlikler, dışarıya çıkış olanağının tanınmaması, hem AİHS m.3'e hem de Anayasa'nın bu hükmüne aykırılık oluşturmaya devam edecektir.

Anayasa'da düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı (m.19) ile AİHS m.5 arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. AİHS m.5/I'de kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağına ilişkin hüküm, Sözleşmeye taraf olan her ülkenin iç hukuk düzenlemelerinde bu zorunluluğa uygun davranmasını gerektir.¹⁰¹ Her iki hüküm birlikte ele alındığında, iç hukuk düzenlemelerinde özgürlükten yoksun kılınma hallerinin net olarak tanımlanması ve uygulamanın da öngörülebilir olması gerekir. AİHS m.5/I-f'de "Kişinin, usûlüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması", özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlanabileceği haller olarak sayılmıştır. Bu nedenle ilgilinin sınır dışı etme işlemi nedeniyle idarî gözetim altında tutulması, AİHS m.5'in sözel yorumuna göre özgürlük ve güvenlik hakkına aykırılık oluşturmaz.

Anayasa'nın 19.maddesine göre, "kimse kişi özgürlüğünden yoksun kılınamaz. Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin

¹⁰¹ M.Emin Akgül, "Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Bağlamında AİHS ve Anayasa Hükmüleri Çatışmasında Öncelikli Uygulama Sorunu", *TBB Dergisi*, 2010, Sayı 87, s.123.

yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; *usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz*".

Bu hükümde "yakalanma" ve "tutuklanma"dan söz edilmektedir. Bu kurumlar, ceza hukukuna özgü kurumlardır. İdarî gözetim kararı ise ilgili yabancıнын yakalanması ve tutuklanması değildir; ancak ilgili özgürlüğünden yoksun kalmaktadır. Ayrıca, Anayasa'nın 38.maddesinin son fıkrasına göre, "idare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz". İdarî gözetim kararıyla ilgili, idarî makamların verdiği bir kararla özgürlüğünden yoksun kalmaktadır. Bu durumda Anayasa'nın 19.maddesi ile 38.maddesinin son fıkrasının birlikte ele alınarak yorumlanması gerekir. Anayasa'nın 19.maddesinin Anayasa'nın m.38/son fıkrasının bir ayrıksı halini düzenlediği yorumu kabul edilecek¹⁰² olsa bile, tedbir niteliğinde olan idarî gözetimin, YUKK'nda koşulları gerçekleşmeksizin her olayda uygulanması hali Anayasaya aykırılık oluşturacaktır.

Uygulamada idarî gözetim altına alınan kişilere bu uygulama hakkında bilgi verilmemektedir.¹⁰³ Benzer şekilde, idarî gözetim kararına sulh ceza mahkemesinde itiraz etme olanağı tanınmıştır. Ancak bu mahkemenin vereceği kararın kesin olması, ceza yargılamasındaki tutuklulara tanınan başka bir üst dereceli mahkeme başvuru olanağının bu yabancılara tanınmamasının, başlı başına AİHS m.5/II'ye aykırılık oluşturup oluşturmayacağı tartışılabilir.

Anayasa'nın 90.maddesinin son fıkrasına göre, "usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlükleri düzenleyen milletlere-

¹⁰² "Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde tedbir niteliğinde bir önlem olarak sınır dışı hallerinde idarenin idarî gözetim uygulaması, kanunda belirtilen şartlara uygun olması kaydıyla, Anayasaya aykırı olmayacaktır": Ekşi, İdarî Gözetim, s.9.

¹⁰³ Edirne ili Yasadışı Göç İnceleme Raporu için bkz.<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/edirne_yasadisi_goc_inceleme_rap.pdf>, (5.2.2015).

rası kanun hükümlerinin çatışması halinde milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır". AİHS içtihatları, taraf olunan BM İşkence, İnsanlık Dışı, Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme ve Sözleşme'ye Ek Protokol ve idarî gözetim altında kalacak olanlara yönelik kurallar bütünü birlikte değerlendirildiğinde her ne kadar YUKK ile yasal temellere kavuşmuş olsa da idarî gözetim uygulamasının, taraf olduğumuz bazı milletlerarası sözleşmelere aykırılık oluşturma potansiyeli taşıdığı görülmektedir. Bu durumda Anayasa'nın 90.maddesinin son fıkrası uyarınca milletlerarası sözleşmelerin esas alınması gereklidir.¹⁰⁴

Anayasa'nın 16.maddesine göre, "yabancıların hakları milletlerarası hukuka uygun ve kanunla sınırlanabilir". İdarî gözetimin YUKK ile düzenlenmesi, yabancıların özgürlüğünden yoksun kılınması sonucunu doğursa da idarenin diğer düzenleyici işlemleri karşısında kanunla sınırlama ölçütüne aykırılık oluşturmuyor denilebilir. Ancak milletlerarası hukuka uygunluk bakımından çeşitli sorunlar bulunmaktadır.

YUKK'nda geri gönderme merkezlerinde kalacak olan kişilere talepleri üzerine avukat sağlanacağı belirtilmişse de adli yardım sağlanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kişiler çoğunlukla, kimlik belgeleri bulunmadıkları için adli yardım erişme olanağından yoksundur. İdarî gözetim altında tutulacak olanlara yasal temsilcisi, avukat noter ve BMYYK temsilcisi ile görüşme olanağı sağlanmış; ancak danışmanlık ve hukuksal yardım desteğine erişimlerini sağlayacak Helsinki Yurttaşlar Derneği gibi sivil toplum örgütleriyle görüşebilme olanağı tanınmamıştır. Oysa bu kişiler, özellikle uluslararası koruma başvuru sahipleri, sivil toplum kurullarının desteğiyle danışmanlık ve hukuksal yardım desteğine erişebilmektedirler.

Kaynakça

AAİHE: Seçmeli Protokol, BM İşkenceyi ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme İşkenceyi Önleme Kılavuzu, Çeviren: Elif Şimşek, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara 2007, (Şimşek).
Akgül M.E., "Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Bağlamında AİHS ve Anayasa Hükümleri

¹⁰⁴ Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz.Akgül, s.134-137.

- Çatışmasında Öncelikli Uygulama Sorunu”, *TBB Dergisi*, 2010, Sayı 87, s.121-149.
- Aybay R., Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006.
- Altıparmak, K./Üçpınar H., İşkenceyi Önlemede Ortak Akıl Seçmeli Protokol ve Ziyaret Pratiklerinin Değerlendirilmesi, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara 2008.
- Association for Prevention of Torture, Establishment and Designation of National Preventing Mechanism, Çev. Üçpınar Hülya / Ülke Osman Murat, İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara 2008.
- Çiçekli B., Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Güncellenmiş 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Dardağan Kibar E., “An Overview and Discussion of the New Turkish Law on Foreigners and International Protection”, *Perceptions*, Autumn 2013, Vol 18, Number 3, s.109-128, (Discussion).
- “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye’de İkameti”, “Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne Katılım Süreci Bağlamında Düzensiz Göçle Mücadele”, Uluslararası Konferans, Yayımlanmamış tebliğ, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 15 Kasım 2013, (İkamet).
- Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı’nda ve Başlıca Avrupa Birliği Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2012, Cilt 11, No 2, s.53-74, (AB Sınır Dışı).
- Ekşi, N.: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, (YUKH).
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Charahili v. Türkiye Kesmiri v. Türkiye Ranjbar ve Diğerleri v. Türkiye Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye Davalarında 13 Nisan 2010 Tarihinde Verdiği Kararların Türkçe Tercüme ve İngilizce Metinleri, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, (AİHM Kararları).
- 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdarî Gözetim, Beta Yayınları, İstanbul 2014, (İdarî Gözetim).
- Gemalmaz Semih, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt 4, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2004.
- Handbook on European Law Relating to Asylum, Borders and Immigration, <http://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders-2nd-ed_en.pdf>, (24 Temmuz 2014).
- Helsinki Yurttaşlar Derneği, İstenmeyen Misafirler, Türkiye’de “Yabancı Misafirhaneleri”nde Tutulan Mülteciler, Mülteci & Savunuculuk Destek Programı, 2007, <www.hyd.org.tr/staticfiles/files/multeci_gozetim_raporu_tr.pdf>, (24 Ağustos 2014), (Misafirhaneler).
- Hekmat Zakira, “Afgan Mültecilerin Deneyimleri”, Mülteci-Der Uydükentler İzleme ve Raporlama Projesi (SC-MORE), Ankara 20 Haziran 2014.
- İçduygu A./Erder S./Gençkaya, Ö. F., Türkiye’nin Uluslararası Göç Politikaları Ulusdevlet Oluşumundan Ulus-Ötesi Dönüşümlere, Mi Rekoç Proje Raporları 1/2014 TÜBİTAK 1001_106K291, Eylül 2009, Koç Üniversitesi Göç Araştırmaları Merke-

- zi, İstanbul 2014, s.242-260.
- Kirişçi K., "Reforming Turkey's Asylum Policy: Is it Europeanization, UNHCR-ization or ECHR-ization?", KFG Conference on "Faraway, So Close? Reaching beyond The Europeanization Pro/ContraControversy on Turkey's EU Accession, İstanbul 2011, (Europeanization).
- Özbek N., "Biz Çok Konukseverizdir: AİHM'nın Sınır Dışı Etmeye İlişkin Asyalya Kararı Üzerine", <<http://www.bianet.org/bianet/siyaset/155099-cok-konukseverizdir-aihm-sinir-disi-edilme-asalya-karari>>, (22.4.2014).
- Özçürümez S./Şenses N., "Europeanization and Turkey: Studying Irregular Migration Policy", Journal of Balkan and Near Eastern Studies, 2011, Cilt 12, Sayı 2, s.233-248.
- Özkan Işıl, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Soykan C., "The New Draft Law on Foreigners and International Protection in Turkey", Oxford Monitor of Forced Migration, November 2012, Vol 2, No 2, November 2012, s.38-47, (Draft Law).
- "Koruma mı Kontrol mü? Türkiye'de 'İdarî Gözetim' ve Sığınma Prosedürü", 3-7 Eylül 2014, Dünya'da Bir Hayalet Dolanıyor, Karaburun Bilim Kongresi, <http://www.kongrekaraburun.org/images/2014/Tam_Metinler/A5_03_CavidanSoykan.pdf>, (3.11.2014), (Kontrol).
- Teksoy B., "6548 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu", AÜHFD, 2013, Cilt 62, Sayı 3, s.855-906.
- Tokuzlu L.B./Elban H. K./Becker H., "Karşılaştırmalı Avrupa Birliği ve Türk Göç Müktesebatı", (Comparative EU and Turkish Migration Law), International Organization For Migrants and the Turkish Ministry Interior, İstanbul 2008, (AB Türkiye Göç).
- Tokuzlu, L. B., "Türkiye ve Avrupa Birliği Arasında Mülteci Paylaşımı Oyunları", Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Der Yayınevi, İstanbul 2012, s.939-954, (Oyunlar).
- UNHCR's Guidelines on Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum Seekers and Alternative to Detention, UNHCR 2007.

İDARİ YARGI MERCİLERİNCE VERİLEN KARARLARA KARŞI YAPILAN BİREYSEL BAŞVURULARDA BAŞVURU SÜRESİ

TIME LIMIT FOR INDIVIDUAL APPLICATIONS AGAINST THE JUDGMENTS OF ADMINISTRATIVE JUDICIAL ORGANS

Sinan ÇINAR*

Özet: 6216 sayılı Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde bireysel başvuru süresi, otuz gün olarak belirlenmiş ancak ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiştir. Başvuru süresi ile ilgili olarak uygulamada ortaya çıkan sorunlar; Anayasa Mahkemesi'nce, ilgili usul kanunları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları doğrultusunda çözüme kavuşturulmaktadır. Başvuru yollarının tamamının tüketilmesi sonucu idari yargı mercileri tarafından verilen nihai kararlara karşı, kural olarak tebliğ ya da öğrenme tarihinden itibaren başvuru süresi hesaplanmaktadır.

Türk hukukunda idari yargı mercilerince verilen kararlara karşı yapılan bireysel başvurularda başvuru süresinin ne şekilde belirleneceğinin incelendiği bu çalışmada, bireysel başvuru süresinin amaç ve özellikleri genel olarak açıklanmış, olağan ve olağanüstü kanun yolları tüketicikten sonra yapılacak bireysel başvurulara ilişkin olarak başvuru süresinin hesaplanmasında ortaya çıkan sorun ve çözüm yollarının ortaya konulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Başvuru süresi, idari yargı, kanun yolları, başvuru yollarının tüketilmesi, nihai karar.

Abstract: According to the Law No. 6216 and Internal Regulation of the Constitutional Court, the general rule for the time limit of individual application is 30 days, but there is no detailed legal arrangement at all. The problems arising from the application time are resolved through the related procedural laws and the case law of European Court of Human Rights (ECHR). As a general rule, following the exhaustion of all legal remedies, the starting point of the time limit for individual application is the date of notification of the applicant or it is the date the applicant becomes aware of the final judgments of the administrative judiciary organs.

This study analyzes how the time limit for individual application shall be calculated for the applications to be filed against the judgments of administrative judicial organs in Turkish law, and it explains the purpose and features of 30-days period. The aim of this article is to identify the existing and potential problems that may arise in the calculation of the time limit for individual applications to be filed after the exhaustion of ordinary and extraordinary legal remedies.

Keywords: Time limit for application, administrative judiciary, legal remedies, exhaustion of legal remedies, final judgment.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü/Hakimi, Doktora Öğrencisi

Giriş

12/9/2010 tarihinde yapılan referandum sonucu kabul edilen 5982 sayılı Kanun¹ ile 1982 Anayasası'nın bazı maddeleri değiştirilmiş, bu kapsamda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları inceleme görev ve yetkisi verilmek suretiyle bireysel başvuru yolu, iç hukukumuzda yeni bir mekanizma olarak yerini almıştır.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince giderilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği bireysel başvuruda bulunabilmek için kural olarak öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi, olağan kanun yolları tüketildikten sonra, süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunulması gerekir.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un² 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca bireysel başvurunun başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün³ 64. maddesinin değişik (1) numaralı fıkrasında aynı husus tekrarlanmıştır.⁴

Bu nedenle, başvuru konusu hak ihlalinin genel itibarıyla idarenin işlem veya eyleminden kaynaklanması durumunda öncelikle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda⁵ yer verilen usule uygun olarak iptal veya tam yargı davası açılarak ihlalin ortadan kaldırılması yoluna gidilmelidir.

¹ Belirtilen kanun, 13/5/2010 tarih ve 27580 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve referandum sonucu yürürlüğe girmiştir.

² Çalışmada, "6216 sayılı Kanun" olarak kısaltılmıştır.

³ Çalışmada, "İçtüzük" olarak kısaltılmıştır.

⁴ 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrasında; "Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretini kaktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvurucunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder." düzenlemesine yer verilmiştir. İçtüzük'ün 64. maddesinin değişik (1) numaralı fıkrasında ise başvuru süresi; "Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir." şeklindeki ifadeyle düzenlenmiştir.

⁵ Çalışmada, "2577 sayılı Kanun" olarak kısaltılmıştır.

Başvuru konusu idari uyuşmazlık ile ilgili olarak nihai karar verilmesine rağmen halen hak ihlalinin idari yargı mercilerince giderilmemesi veya yargısal süreç sırasında hak ihlali oluştuğunun ileri sürülmesi durumunda başvuru süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır.

Çalışmada, öncelikle bireysel başvuru süresi ile ilgili genel ilke ve açıklamalara yer verilecek, bu kapsamda başvuru süresinin başlangıcı, sona ermesi ve hesaplanmasına ilişkin açıklamalar yapılacak, daha sonra idari yargı mercileri tarafından verilen kararlara karşı bireysel başvuruda bulunulması durumunda başvuru süresinin ne şekilde hesaplanacağı hususu, ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

1. BİREYSEL BAŞVURU SÜRESİ

1.1. Genel Olarak Başvuru Süresi

Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup, bu devletin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır.⁶

Başvurucular tarafından, zorunlu kanun yolları tüketildikten sonra, yasal süresi içerisinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması gerekmektedir. Nitekim bireysel başvurunun kabul edilebilirlik şartlarından biri de başvuru süresidir.

Bireysel başvuru sistemi, 23/9/2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamış olup,⁷ bu tarihten sonra kesinleşen nihai karar veya işlemlere karşı yapılacak bireysel başvurular, belli bir süre ile sınırlandırılmıştır.

⁶ AYM kararı, Başvuru No: 2013/1205, 17/9/2013, § 29.

⁷ Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda, Mahkemenin yetkisinin zaman bakımından sınırlandırılması gerekliliğine vurgu yapmıştır. Kararda; "...Anayasa Mahkemesi, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler. Dolayısıyla Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvurularla sınırlıdır. Kamu düzenine ilişkin bu düzenleme karşısında, anılan tarihten önce kesinleşmiş nihai işlem ve kararları da içerecek şekilde yetki kapsamının genişletilmesi mümkün değildir." gerekçesine yer verilmiştir. AYM kararı, Başvuru No:2012/832, 12/2/2013, § 14.

1.2. AİHS ve Karşılaştırmalı Hukukta Başvuru Süresi

AİHS'in 35. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca; uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde AİHM'e başvurulabilir. Şikâyet konusu ihlali gidermeye yetkili ve etkili iç hukuk yollarını tüketen nihai karardan sonra altı aylık süre içerisinde başvuru yapılabilir.⁸

Altı ay kuralının amacı, hukuksal güvenliği sağlamak, Sözleşme'yi ilgilendiren sorunlara ilişkin davaların makul bir sürede incelenmesini güvence altına almak ve yetkililerin ve bireylerin uzun bir süre belirsizlik içinde kalmalarını önlemektir.⁹ Başvuru süresi, her başvurunun koşullarına göre yorumlanmakta ve uygulanmaktadır.¹⁰

Hak düşürücü süre niteliğinde olan AİHM'e başvuru süresi, kamu düzeni ile ilgili sayılmakta ve Mahkemece re'sen incelenmektedir.¹¹ Doktrinde bu süre, uzun olduğu için eleştirilmektedir.¹² AİHS'e ek 15 nolu protokol ile AİHM'e başvuru süresi dört ay olarak yeniden belirlenmiş ancak ilgili protokol henüz yürürlüğe girmemiştir.¹³

⁸ Uğur Erdal-Özgür Heval Çınar, "AİHM'e yapılan başvurularda Altı Ay Kuralı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Haziran 2008, Sayı:54, s.50.

⁹ AİHM kararı, P.M./Birleşik Krallık, Başvuru No:6638/03, 24/8/2004. AİHM, konu ile ilgili olarak bir kararda başvuru süresinin amacını, hukukun güvenliğini artırmak ve AİHS uyarınca benzer konuların ortaya çıktığı davaların makul süre içerisinde görülmesini sağlamak, ayrıca yetkili makamları ve diğer ilgili kişileri, uzayan süre boyunca belirsizlik altında kalmaktan korumak olarak belirlemiştir. AİHM kararı, Bulut ve Yavuz/Türkiye, Başvuru No:73065/01, 28/5/2002. Başka bir kararda ise başvuru süresinin amacı, "Bu kural, Sözleşme organlarının gerçekleştirilen denetimin zaman açısından sınırlarını çizmekte ve gerek bireylere gerekse devlet yetkililerine söz konusu denetimin hangi süreden sonra artık mümkün olmayacağını belirtmektedir." olarak açıklanmıştır. AİHM kararı, Tahsin İpek/Türkiye, Başvuru No:39706/98, 7/11/2000.

¹⁰ Levent Akçaoğlu-Uğur Erdal-Özgür Heval Çınar, "Hukuk ve İdare Hukuku Davaları-AİHM'e Yapılan Başvurularda Altı Ay Kuralı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Temmuz 2008, Sayı:55, s.31.

¹¹ Erdal Uğur-Hasan Bakırcı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi Uygulama El Kitabı, OMCT El Kitapları Serisi, C.1, 2006, s.91.

¹² Ömer Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.221.

¹³ 24/6/2013 tarihi itibarıyla imzaya açılan protokol, 13/9/2013 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmış ise de protokolün sözleşmeci devletlerin tamamının imzalamasından üç ay sonra yürürlüğe gireceği öngörüldüğünden, protokol henüz yürürlüğe girmemiştir.

İspanya'da üç ay, Avusturya'da altı hafta, Macaristan'da ve Slovenya'da altmış gün olarak belirlenen başvuru süresi; Almanya'da, mahkeme kararı veya idari işlem nedeniyle yapılacak başvurularda bir ay, yasa maddesi nedeniyle yapılacak başvurularda ise bir yıl olarak belirlenmiştir.¹⁴

1.3. Bireysel Başvuru Süresinin Amacı

Bireysel başvuru, süre koşuluna bağlanmıştır. Başvuruların belli bir süre içerisinde yapılmasının kurala bağlanması sonucu, yargı kararlarının kesinliği ve hukuk güvenliği ilkelerinin korunduğu söylenebilir.¹⁵

6216 sayılı Kanun'un gerekçesinde bireysel başvurunun belirli bir süre ile sınırlandırılmasının gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır.

"Bireysel başvurunun kişisel ve güncel bir temel hak ihlalinin ortadan kaldırılmasına yönelik bir anayasal kurum olması, başvuruların belli bir sürede yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bireysel başvurunun gerçek bir güvence teşkil edebilmesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilir nitelikte olmasıyla yakından ilintilidir. Bu nedenle başvurunun, kanun yollarını tüketen nihai işlemin başvurucaya tebliğ edildiği tarihten veya kanun yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten başlayarak otuz gün içinde yapılması öngörülmüştür."

Başvuru süresi ile bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesince incelenmesinin süre yönünden sınırları belirlenerek ihlal konusu temel hak ve hürriyetlerin hangi süreler içerisinde incelenebileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Bu durum, ayrıca ihlal iddialarının kamu veya bireyler yönünden uzun süre belirsizlik içinde kalması yönündeki sakıncaları ortadan kaldırmaktadır.¹⁶

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız Özcan Özbey, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s.335-337, Ebru Karaman, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.234-236, Atilla Nalbant, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru", AİHM ve Türkiye-II Uluslar arası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2010, s.235-236.

¹⁵ Musa Sağlam, "Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu (Bir Reform Önerisi)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2005, Sayı:60, s.160.

¹⁶ Atilla Nalbant, a.g.m., s.235-236.

AIHM'e başvuru için altı aylık bir süre öngörülmüş olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesine yapılacak başvurularda bu süre, belirtilen süreye kıyasen oldukça kısa tutulmuştur. Doktrinde, başvuru süresinin daha soğukkanlı düşünerek nitelikli bir başvuru dilekçesi hazırlamak isteyen başvuru sahipleri için yetersiz olduğu ileri sürülmektedir.¹⁷ Başvuru süresinin idari yargıda iptal davalarında dava açma süresi olarak kabul edilen altmış gün olarak belirlenebileceğinden bahisle bu sürenin iç hukuk yolları bakımından oldukça kısa olduğu yönünde eleştirilmektedir.¹⁸

Başvuru süresinin uzun bir süre olarak belirlenmesi, hukuk güvenliğinin zedelenmesine, insan hakları konusundaki sorunların uzun bir süre çözümsüz olarak beklemesine ve davaların adil bir şekilde incelenmesini güçleştirmesine sebep olabilir. Bu şekilde başvuru süresinin belirli bir süre ile sınırlandırılması, hukuki ilişkilerdeki belirliliğin sağlanması açısından önemlidir.¹⁹

Ayrıca, bireysel başvuruda bulunabilmek için yargısal başvuru yollarının tüketilmesi koşulu arandığından, bireysel başvuruların tamamına yakın bir bölümü yargı kararları kesinleştikten sonra yapılmaktadır. Bu bakımdan nihai karardan sonra işlemeye başlayacak olan otuz günlük süre, kişilerin başvuruda bulunup bulunmayacaklarını değerlendirmeleri ve başvuruda bulunmaları halinde şikâyetlerini ve delillerini belirlemeleri açısından yeterlidir.²⁰

Kaldı ki 6216 sayılı Kanun ve İktüzük'te, haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuruda bulunamayanların, mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvuruda bulunabilecekleri belirtilerek, başvuru hakkı-

¹⁷ Öykü Didem Aydın, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, 2011, Sayı:4, s.155 vd; İbrahim Şahbaz, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*:201, Ankara 2011, s.99; Ersan Şen-Bilgehan Özdemir, "Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", *Terazi Dergisi*, Sayı:5, Mart 2011, s.85.

¹⁸ Işıl Karakaş, "Anayasa Şikâyeti ve AIHM" AIHM ve Türkiye-II Uluslararası Sempozyum, *Türkiye Adalet Akademisi Yayınları*, Ankara 2010, s. 42.

¹⁹ Hüseyin Ekinci-Musa Sağlam, *Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014, s.80.

²⁰ Hüseyin Ekinci, "Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü", *Bireysel Başvuru, "Anayasa Şikâyeti" HUKAB Sempozyum Serisi 1*, HUKAB Yayınları, 2011, s.145; Hakan Atasoy, "Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2012, s. 81.

nın sırf usulü bir gerekçeyle kaybedilmesinin önüne geçecek önemli bir güvenceye de yer verilmiştir.²¹ Nitekim AİHM de Uzun/Türkiye kararında, Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurular için öngörülen otuz günlük sürenin makul olduğunu belirtmiştir.²²

Sonuç olarak otuz günlük başvuru süresi ile başvuruculara, başvuruda bulunup bulunmamayı değerlendirme ve bu süre içerisinde ileri sürülecek şikâyet ve somut delilleri ortaya koyma yönlerinden yeterli zaman sunulmaktadır.²³

1.4. Başvuru Süresinin Özellikleri

6216 sayılı Kanun'un "Bireysel başvuru usulü" kenar başlıklı 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca, bireysel başvuruların, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekmektedir.

Başvuru süresi hak düşürücü süre niteliğinde olup usulü karşılığı "itiraz" kavramı ile açıklanabilir.²⁴ Bu nedenle, başvuru süresi kesin ve kamu düzenine ilişkin olup bireysel başvurunun bütün aşamalarında Anayasa Mahkemesi'nce re'sen dikkate alınmaktadır.²⁵

Başvurunun süresinde yapıldığını ispat yükü başvurucuda olup bu hususu kanıtlayan bilgi ve belgelerin başvuru tarafından mahkemeye sunulması gerekir. Aksi takdirde başvurunun esası incelenmesizin ön inceleme aşamasında başvurunun reddine karar verilebilir.

²¹ Okan Taşdelen, "Biri Sizi Gözetliyor: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Penceresinden Bireysel Başvuru Hakkı", HUKAB Yayınları, Sayı:2, Temmuz-Eylül 2012, s.9.

²² "...Otuz günlük başvuru süresi, ilk bakışta makul bir süredir ve ilgili şahsın başvurusunu olağan süreç içerisinde yapamaması durumunda geçerli bir mazeret sunulması halinde olağandışı bir durum olarak 15 günlük bir ek süre bulunmaktadır." AİHM kararı, Başvuru No:10755/13, 30/04/2013, §57.

²³ İbrahim Çınar-Sinan Çınar, "Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi İle Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2014, Sayı:4, s.284.

²⁴ Tolga Şirin, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2013, s.537.

²⁵ Bkz. AYM kararı, Başvuru No:2012/947, 12/2/2013, AYM kararı, Başvuru No:2013/2001, 16/5/2013, AYM kararı, Başvuru No:2013/1582, 7/11/2013, § 19, Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Belousof ve Diğerleri/Yunanistan, Başvuru No: 66296/01, 27/5/2004, § 38.

Başvurunun süresinde olmadığı hususunun; ön inceleme aşaması geçtikten ancak nihai karar verilmeden önce herhangi bir aşamada Anayasa Mahkemesi'nce re'sen tespit edilmesi durumunda da, komisyon veya bölüm tarafından süreaşımı nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilebilir. Bu hususun, Adalet Bakanlığı görüşünde belirtilmesi zorunluluğu yoktur. Ancak başvurunun süresinde olup olmadığı konusu, başvuru ve Adalet Bakanlığı arasında tartışmalı ise başvurunun süresinde yapılmadığı hususunun Bakanlık tarafından ispatı gerekir.

Kural olarak işlemeye başlayan sürenin durması veya kesilmesi söz konusu değildir. Ancak mazerete dayalı başvurularda başvuru süresinin durması söz konusu olup bu husus daha sonra ayrıntılı olarak irdelenecektir.

Bireysel başvuruda bulunabilmek için, etkili ve mevcut başvuru yollarının tüketilmesi ve süresi içinde başvuru yapılması gerekir. Etkisiz olan bir başvuru yolunun tüketilmesi için geçirilen zaman, bireysel başvuru süresini durdurmayacaktır. Başvurucunun, şikâyetine ilişkin etkin bir çözüm sunma yetkisi veya ehliyeti olmayan, süreci uzatacak nitelikte veya yetersiz kurum ya da organlara yapılan başvuru, işlemeye başlayan başvuru süresini etkilemez.

Bu bağlamda, bireysel başvuruda bulunulmadan önce Cumhurbaşkanlığı, Adalet Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, İnsan Hakları Kurumu, Kamu Denetçiliği Kurumu,²⁶ TBMM Dilekçe

²⁶ 29/06/2012 tarih ve 28338 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 1. maddesinde kurumun amacı, kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak olarak belirtilmiş ve kurum kararlarının yargısal nitelikte olmadığı vurgulanmıştır.

Aynı Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kural olarak kuruma başvuruda bulunulabilmesi için, 2577 sayılı Kanun'da öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gerektiği vurgulanmış, (8) numaralı fıkrasında ise dava açma süresi içinde yapılan başvurunun, idari yargıda işlemeye başlamış olan dava açma süresini durduracağı belirtilmiştir.

Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvurunun, sadece idari yargıda dava açma süresini durdurduğu ve kurum kararlarının öneri niteliğinde olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde, idari yargı mercilerince verilen kararlara karşı kuruma başvuru yapılmasının işlemeye başlayan bireysel başvuru süresini etkilemeyeceği düşünülmektedir.

Komisyonu ya da İnsan Hakları İnceleme Komisyonu gibi yargısal olmayan kurumlara başvuruda bulunularak yargı yetkisi kapsamında kalan hususların şikâyet konusu yapılmasının başvuru süresine etkisi yoktur.

Bu tür idari kurumların bireysel başvuru konusu hak ihlalini incelemeye ve gerektiğinde ihlali ortadan kaldırmaya yetkili olmamaları, yapılan başvurunun etkisizliğini ortaya koymaktadır.²⁷ Bu nedenle, belirtilen nitelikte yapılan başvurular etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilmemektedir.²⁸

Tüketilen yolun, Mahkeme önündeki şikâyete konu olan duruma çözüm getirme, ihlale konu hususun düzeltilmesini ve ihlalin ortadan kaldırılmasını sağlayabilme özelliğine sahip olması gerekmektedir.²⁹ Bu özelliğe uygun olmayan başvuru, işlemeye başlayan başvuru süresini durdurmaz veya kesmez. Örneğin, idari yargı mercilerinden talep edilebilecek bir hususun, idari yargı mercileri tarafından bu

²⁷ Hüseyin Ekinci-Ali Bahadır, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Altı Ay Kuralı", Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2012, s.349.

²⁸ Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili olarak bir kararında, "...Başvurucunun, Adalet Bakanlığına, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna ve Kamu Denetçiliği Kurumuna konuyla ilgili ilettiği şikâyetler de bireysel başvuru incelemesinde dikkate alınan olağan kanun yolları değildir." gerekçesiyle başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. AYM kararı, Başvuru No: 2013/7889, 14/3/2014; Mahkeme 31/7/2014 tarih ve 2013/9826 başvuru numaralı kararında ise, "...anılan uyuşmazlığın çözümünde gerek Cumhuriyet Başsavcılığı, gerekse Kamu Denetçiliği Kurumu olağan merciler olmadığından söz konusu uyuşmazlığın çözümü açısından bu mercilere başvurunun bireysel başvuruda dikkate alınması mümkün değildir." gerekçesiyle yine başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemezlik yönünden reddetmiştir.

²⁹ Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili olarak verdiği bir kararında, "Tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanımları gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi gerekir" görüşüne yer vermiştir. AYM kararı, Başvuru No:2012/239, 2/7/2013, § 29.

Mahkeme konu ile ilgili farklı bir kararda ise "...başvuru yollarının tüketilmesi kuralı mutlak nitelikte olmayıp bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken her somut başvurunun kendine özgü koşullarının da göz önüne alınması zorunludur. Bu anlamda yalnızca hukuk sisteminde bir takım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulanma şartları ile başvurucunun kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvurucunun başvuru yollarının tüketilmesi noktasındaki yükümlülükleri başvurunun özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir." ilkelerine yer vermiştir. AYM kararı, Başvuru No:2014/4705, 29/5/2014.

konuda bir karar verilmesine rağmen, suç duyurusu yoluyla Cumhuriyet Savcılığı aracılığı ile giderilmeye çalışılması durumunda, suç duyurusu başvurusu, işlemeye başlayan başvuru süresini durdurmayacaktır.

Aynı doğrultuda nihai kararı veren makama mükerrer başvuru yapılması da işlemeye başlayan süreyi durdurmaz veya başvuru sahiplerine yeni bir başvuru hakkı kazandırmaz. Örneğin 2577 sayılı Kanun'un mülga 54. maddesi uyarınca Danıştay Dava Daireleri ve İdarî veya Vergi Dava Daireleri Genel Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar ile Bölge İdare Mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlar hakkında, bir defaya mahsus olmak üzere karar düzeltme talebinde bulunulabileceği belirtilmiş olup karar düzeltme talebi hakkında bir defa karar verildikten sonra yeniden bu yola başvurulması, işlemeye başlayan başvuru süresi durdurmaz, sona eren başvuru süresini canlandırmaz.

Otuz gün kuralının her bir başvurunun koşullarına uygun olarak yeniden yorumlanması ve uygulanması gerekir. Örneğin bir başvuru birden fazla ihlal iddiası içeriyor ise başvuru süresinin her bir şikâyet yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Önemle vurgulamak gerekir ki başvuru süresinin, somut başvuru açısından şikâyet konusu nihai süreç göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edilmesi gerekir.³⁰

³⁰ "Karar düzeltme yolu açık olan bir hükme yönelik olarak, etkili görmedikleri için bu yola başvurmayan başvuru sahipleri, temyiz onama kararını öğrendikleri tarihte ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri kararı öğrenmiş olup, karar düzeltme yoluna başvurmayarak, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını kullanmışlarsa, buna ilişkin süreye riayet etmeleri beklenir. Her ne kadar derece mahkemesi kararı, karar düzeltme süresi sonunda kesinleşmekte ise de başvuru sahipleri bu yola başvurmadığında, temyiz onama kararı ile ihlale neden olduğunu ileri sürdükleri kararı öğrendiklerine göre, bu tarihten itibaren 30 gün içinde başvuruda bulunmaları gerekir. Aksi düşünüldüğü takdirde, davacı veya davalı sayısı çok olan dava dosyalarında temyiz onama kararının tüm taraflara tebliğinden sonra başvuru sahipleri dışında karar düzeltme yoluna başvurulmuşsa bu istemin sonucunun beklenerek hükmün kesinleşmesi şartının dikkate alınması, başvuru sahipleri için farklı ihlalleri gündeme getirebilir. Karar düzeltme yolunu etkili bir yol olarak görmeyen başvuru sahipleri bireysel başvuruda bulunma yolunu tercih etmişlerse bireysel başvuruya ilişkin süreye riayet etmelidirler". AYM kararı, Başvuru No:2013/1936, § 23.

2. BAŞVURU SÜRESİNİN HESAPLANMASI

Otuz gün kuralı 6216 sayılı Kanun ve İÇtüzük'te genel olarak ifade edilmiş, ancak başvuru süresinin başlangıcı, sona ermesi ve hesaplanmasına dair ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiştir.

Diğer taraftan, İÇtüzük'ün "*Genel hükümlerin uygulanması*" başlıklı 84. maddesinde bireysel başvuruların incelenmesinde, kararların infazında 6216 sayılı Kanun ve İÇtüzük'te hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümlerinin uygulanacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu nedenle, başvuru süresinin ne zaman başlayacağı ve sona ereceği, sürenin hesaplanması gibi konularda ortaya çıkan sorunların, Anayasa Mahkemesi içtihatları ve ilgili usul kanunları hükümleri³¹ dikkate alınarak çözülmesi gerekmektedir.

2.1. Başvuru Süresinin Başlangıcı

6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru usulü*" kenar başlıklı 47. maddesinin (5) numaralı fıkrasında; bireysel başvuruların, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemiş ise, ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerektiği belirtilmiştir. İÇtüzük'ün 64. maddesinin değişik (1) numaralı fıkrasında da, aynı husus tekrarlanmıştır.

2.1.1. Başvuru Süresi ile İlgili Mevcut Düzenleme

2.1.1.1. 6216 Sayılı Kanun

6216 sayılı Kanun uyarınca, başvuru süresi; başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır.

³¹ 2577 sayılı Kanun'un 8. maddesinde süreler ile ilgili genel esaslar şu şekilde belirlenmiştir.

"1. Süreler, tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar.

2. Tatil günleri süreler dâhildir. Şu kadarki, sürenin son günü tatil gününe rastlarsa, süre tatil gününü izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzar.

3. Bu Kanunda yazılı sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa bu süreler, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılır."

Herhangi bir idari veya yargısal başvuru yolu öngörülme- yen başvurularda, ihlalin öğrenme tarihi dikkate alınarak başvuru süresi hesaplanacağından, bu durumda başvuru süresi kolayca hesap edilebilir.

Uygulamada genellikle başvuru konusu nihai kararın verildiği tarih ile bu kararın taraflara tebliğ edilerek açıklandığı tarih farklı olmaktadır. Başvuru süresinin, başvuru konusu nihai kararın verildiği tarih göz önünde bulundurulmak suretiyle hesaplanarak belirtilen düzenlemenin dar bir şekilde yorumlanması, başvurucuların mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.³²

Bu nedenle, başvuru yolu öngörülen uyuşmazlıklar ile ilgili olarak, başvuru yolları tüketildikten sonra başvuru yapılabileceğine ilişkin kanuni düzenlemenin, geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği düşünülmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de konu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında; bireysel başvuru süresinin, başvuru yollarının tüketildiği tarih dikkate alınmak suretiyle hesaplanarak nihai karar tarihinin esas alınmasının; başvurucunun ya bu kararı öğrendiği tarihten itibaren otuz günlük süre geçmiş olacağından başvuru hakkı engellenerek hiç başvuru yapamaması ya da başvuru için az bir süre kalması nedeniyle bu hakkın kullanımının sınırlandırılması sonucunu doğuracağı gerekçesine yer vermiştir.³³

Bu itibarla, kanun metninde yer verilen “*başvuru yollarının tüketildiği tarih*” ibaresinin geniş anlamda yorumlanması ve başvuru süresinin başlangıç tarihi olarak nihai karar veya işlem tarihi değil, nihai karar veya işlemin; başvurucu, başvurucu vekili veya kanuni temsilcisine tebliğ ya da ilgili kanunda öngörülen hallerde tefhim³⁴ veya öğrenme tarihinin esas alınması gerektiği düşünülmektedir.³⁵

³² Örneğin, başvuru konusu nihai karar olan Danıştay onama kararının verildiği tarih ile kararın imzalandıktan sonra taraflara tebliğ edildiği tarihin farklı olması durumunda, nihai kararın tüketildiği tarih başvuru süresinin başlangıcı olarak kabul edilir ise başvurucu nihai karardan haberdar oluncaya kadar başvuru süresi sona erebilecektir. İşte bu durum, süreaşımı nedeniyle başvurunun incelenmemesi şeklinde başvurucu mağduriyetine sebebiyet verecektir.

³³ AYM kararı, Başvuru No:2013/2001, 16/5/2013, § 16.

³⁴ Tefhim, verilmiş olan kararın veya hükmün, duruşmada hazır bulunan taraflara yargıç tarafından sözle bildirilmesi olarak tanımlanmıştır. Ayrıntı için bkz Ejder Yılmaz, (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.679.

³⁵ AYM kararı, Başvuru No:2013/363, 4/ 9/2013, § 19.

2.1.1.2.İçtüzük

İçtüzük'ün "*Başvuru süresi ve mazeret*" başlıklı 64. maddesinde bireysel başvuru süresinin başlangıcına ilişkin olarak "*başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği*" tarihten söz edilmektedir. Madde metninde kanun hükmünden farklı olarak "*kesinleşme*" kavramından bahsedilmektedir. Madde metni geniş bir şekilde yorumlanır ise, başvuruya konu kararın kesinleştiği tarih, bireysel başvuru tarihi olarak kabul edilebilir.

Madde metninde, başvuru yollarına ilişkin kararın kesinleştiği tarihten itibaren yasal süresi içerisinde bireysel başvuruların yapılabileceği ibaresi, karışıklığa sebebiyet vermektedir. Çünkü nihai kararın başvurucuya tebliğ tarihi ile kararın kesinleşme tarihi farklı olabilir.

Anayasa Mahkemesi, "*başvuru yollarının tüketilme ve kesinleşme tarihi*" ibaresini, nihai kararın başvurucuya tebliğ edildiği ya da bu kararın başvurucunun erişimine açıldığı, diğer bir ifade ile başvurucu tarafından öğrenildiği tarih olarak yorumlamaktadır.³⁶

Nitekim Mahkeme içtihadı doğrultusunda İçtüzük'te değişiklik yapılarak İçtüzük'ün 64. maddesinde yer verilen "*ve buna ilişkin kararın kesinleştiği*" ibaresi madde metninden çıkarılmış ve değişiklik 5/3/2014 tarihli ve 28932 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.³⁷ Böylece, 6216 sayılı Kanun, İçtüzük ve mahkeme içtihatları arasında uyum sağlanmıştır.

Bu nedenle, başvuru yollarının tamamının tüketilmesi sonucunda verilen nihai karar kesinleşme tarihi dikkate alınmak suretiyle başvuru süresi hesaplanmaz.

2.1.2. Hesaplanma Usulü ve Yöntemi

Yukarıda değinildiği üzere başvuru konusu nihai kararın tebliğ, öğrenme veya tefhim tarihinden itibaren bireysel başvuruda bulunulması gerekir ancak başvuru süresinin hangi yöntem dikkate alınarak hesaplanacağı hususu ilgili mevzuatta açık bir şekilde belirtilmemiştir.

³⁶ AYM kararı, Başvuru No:2013/2001, 16/5/2013, § 16.

³⁷ <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140305.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140305.htm>

Kural olarak başvuru hangi yöntemle nihai karardan yeterince bilgi sahibi olmuş ise bu yöntem suretiyle başvuru süresi hesaplanır. Diğer taraftan, İktüzük'ün 59. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinde, nihai karar ya da işlem başvuru tebliğ edilmişse tebliğ belgesinin başvuru formuna eklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle, ilgili usul mevzuatı uyarınca başvuru konusu nihai kararın başvuru veya vekiline tebliği zorunlu ise kural olarak başvuru süresi, nihai kararın başvuru tebliği ile birlikte başlar.

2577 sayılı Kanun'da; derece mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay tarafından verilecek kararların ilgililere tebliğ edileceği belirtilmiş, Kanun'un 60. maddesinde ise Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerine ait her türlü tebliğ işlerinin, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla idari yargı mercilerince verilen nihai kararlara karşı yapılacak bireysel başvurularda, başvuru süresi kural olarak tebliğ tarihi nazara alınarak hesaplanır.

2577 sayılı Kanun'da, mahkeme kararlarının tefhimi ile ilgili olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, idari yargı mercilerince verilen kararlara karşı tebliğ veya öğrenme tarihinden başvuru süresi hesaplanır.

Başvuru süresinin, nihai kararın tebliğ tarihi dikkate alınarak hesaplanması için başvurucuya 7201 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta belirlenen usule uygun olarak yapılmış geçerli bir tebligatın varlığı şarttır.

Tebligat, başvuru avukatına yapılmış ise, başvuru süresi vekile yapılan tebligat ile başlar. Başvurucunun nihai karardan daha sonra haberdar olmasının sürenin başlangıcına bir etkisi yoktur.³⁸ Ancak, başvuru kararın bir örneğini tebliğ tarihinden önce aldığı ve kararın öğrenildiği sabit olursa, otuz günlük süre; tebliğ tarihinden değil, nihai karar örneğinin alındığı ya da kararın öğrenildiği tarihi izleyen günden itibaren başlar.³⁹

Başvuru konusu nihai kararın tebliğ imkânı bulunmuyorsa yahut mevzuatta tebliğe ilişkin hükümler yer almasına rağmen tebligat henüz

³⁸ AYM kararı, Başvuru No:2012/1075, 12/2/2013.

³⁹ AİHM kararı, Koç ve Tosun/Türkiye, Başvuru No:23852/04, 13/11/2008.

fiilen yapılmamış veya tebligat usulsüz ise, otuz günlük sürenin tarafların ya da temsilcilerinin kararın içeriğini mutlaka öğrenme olanağına kavuşacakları tarihten itibaren başladığı kabul edilir. Belirtilen durumlarda, öğrenme tarihi, tebliğ tarihi olarak kabul edilerek başvuru süresi hesaplanacağından öğrenme tarihinin başvuru formuna yazılması, öğrenme tarihine dayanak belgenin de forma eklenmesi gerekir.⁴⁰

Başvuru süresinin başlangıç tarihi belirlenir iken, başvuru sahibinin nihai karardan yeterince bilgi sahibi olup olmadığı hususu da değerlendirilmelidir.⁴¹ Bu noktada, nihai kararın tebliğinin öngörüldüğü hallerde tebliğ tarihinin, tebliğ şartı öngörülme hallerde ise başvuru sahibinin kararın içeriğini kesin olarak öğrenebildiği tarihin esas alınması gerekir.⁴²

Bireysel başvuru süresi nihai kararın tebliğ veya öğrenme tarihinden itibaren hesaplanmaya başladığından, nihai kararın derece mahkemesince tanzim edilen kesinleşme şerhi ile nihai kararın kesinleştirildiği tarih dikkate alınmak suretiyle bireysel başvuru süresinin hesaplanması mümkün değildir.⁴³ Nihai karar tebliğ edildikten veya herhangi bir şekilde öğrenildikten sonra bireysel başvuru süresi işlemeye başlayacağından, daha sonra başvuru tarafından aynı nihai kararın kalemde ikinci defa tebliği, işlemeye başlayan başvuru süresini canlandırmaz.⁴⁴

Bireysel başvuru süresi gün olarak belirlenmiş olup nihai kararın tebliğ veya öğrenildiği gün hesaba katılmaz, bu tarihi izleyen günden itibaren hesaplama yapılır. Hafta sonu ve resmî tatil günleri, süreye dâhildir.

⁴⁰ Bireysel başvuru formunun üçüncü bölümünde, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği veya başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihin açık bir şekilde belirtilmesi, başvuru mazeret nedeniyle süresi içinde yapılamamışsa mazeret nedeninin açık bir şekilde yazılması, mazeretin başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirtilmesi gerekir.

Ayrıca, başvuru formuna, başvuru konusu nihai karar veya işlem tebliğ edilmişse tebliğ belgesi, öğrenme üzerine başvuru yapılmış ise öğrenme tarihini gösteren belgenin eklenmesi zorunludur. Aksi takdirde başvuru idari yönden reddedilebilir. Şirin, a.g.e., s.541.

⁴¹ AYM kararı, Başvuru No: 2013/1582, 7/11/2013, § 21, Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz Worm/Avusturya, Başvuru No: 22714/93, 29/8/1997, § 33; Papachelas/Yunanistan, Başvuru No: 31423/96, 25/3/1999, § 30.

⁴² AYM kararı, Başvuru No:2012/987, 12/9/2013.

⁴³ AYM kararı, Başvuru No:2013/2371, 24/10/2013.

2.3. Başvuru Süresinin Sona Ermesi

2.3.1. Başvuru Tarihinin Belirlenmesi

6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve İktüzük'ün 63. maddesinin (1) numaralı fıkrasında; bireysel başvuruların mahkemelere veya yurt dışı temsilciliklerine ya da bizzat Anayasa Mahkemesine yapılabileceği öngörülmüştür. Bu üç yöntem dışında başvuru usulü öngörülmemiştir.

Başvuru yapılabilecek yerler sınırlı bir şekilde sayılarak başvuruların daha titiz ve özenle yapılmasının sağlanması ile şüpheli ve gereksiz başvuruların kayda alınmaması amaçlanmıştır.⁴⁵

Belirtilen usule uygun yapılan her bir başvuru, bireysel başvuru bürosu tarafından numara verilmek suretiyle kayda alınmaktadır.

Yukarıda belirtilen usuller dışında Anayasa Mahkemesi'ne posta, faks, elektronik posta, mektup, telgraf, elektronik iletişim araçları vb. yollarla bireysel başvuru yapılmasına imkân bulunmamaktadır.⁴⁶ Belirtilen iletişim araçları ile gönderilen bireysel başvuru evrakları Mahkemece kayda alınmamakta, muhabere numarası verilmek suretiyle bu evraklar başvurucuya iade edilmektedir.⁴⁷

Öncelikle bireysel başvuru, şahsen Anayasa Mahkemesi'ne yapılabilir. Başvurucular tarafından önceden hazırlanan başvuru formu veya dilekçesi ile başvuru yapılabileceği gibi mahkemede başvuruculara sunulan bireysel başvuru formu örneği doldurularak da başvuru yapılabilir.⁴⁸

⁴⁵ Özbey, a.g.e., s.305.

⁴⁶ İktüzük'ün 63. maddesinin (5) numaralı fıkrasında genel kurulun; elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak başvuru yapılabilmesine ilişkin karar alabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla genel kurul tarafından belirtilen yönde karar alınması durumunda elektronik ortamda güvenli elektronik imza kullanılarak başvuru yapılması mümkün olabilecektir. Ancak henüz böyle bir usul ile ilgili karar alınmadığından bu yöntemle başvuru yapılması mümkün değildir.

⁴⁷ İade edilen form, dilekçe veya eki belgelerin usulüne uygun şekilde yeniden gönderilmesi durumunda ise başvuru evrakları bireysel başvuru bürosu tarafından kayda alınmakta ve usulüne uygun olarak yapılan tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilmektedir.

⁴⁸ Başvurucuyu temsilen kanuni temsilcisi veya vekil aracılığı ile de doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılabilir. Başvurucunun vekil ile temsil edilmesi durumunda, doğrudan vekil kılınan avukat veya stajyeri tarafından başvuru evrakları teslim edilebilir.

Başvuru formu ve eklerinin herhangi bir mahkeme⁴⁹ ya da yurt dışı temsilcilik aracılığıyla gönderilmesi de mümkündür.⁵⁰

İçtüzük'ün "Başvurunun yapılabileceği yerler" başlıklı 64. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "Usulünce hazırlanan başvuru formu, harç tahsil makbuzuyla birlikte yukarıda belirtilen yerlere teslim edildiğinde başvurucu ya da temsilcisine alındı belgesi verilir ve bu tarih, başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilir." hükmüne yer verilmiştir.

Bu nedenle, başvuru formunun bireysel başvuru formunu ilgili yerlere teslim ettiği ve başvurucuya alındı belgesinin verildiği tarih, bireysel başvuru tarihi olarak kabul edilir.

Başvuru evrakları ilgili yerlere teslim edilmesine rağmen ilgili birimlerce evrakların hemen kayda alınmaması, başvuru formuna alındı belgesinin daha sonra verilmesi veya hiç verilmemesi durumlarında, evrakların ilgili makamlara teslim edildiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilmelidir.

Başvuru harcının ödendiği tarih ile başvuru evraklarının kayda alınarak alındı belgesinin tanzim edildiği tarihin farklı olması durumunda alındı belgesinin tanzim edildiği tarih dikkate alınarak başvuru süresi hesaplanır.⁵¹

2.3.2. Başvuru Süresinin Sona Ermesi

Başvuru konusu nihai kararın tebliğ veya öğrenme tarihini izleyen tarihten itibaren işlemeye başlayan başvuru süresi, otuzuncu günün mesai saati sonunda sona erer.

Başvuru süresinin son gününün hafta sonuna veya resmi tatil gününe rastlaması hâlinde süre, tatili takip eden ilk iş günü çalışma

⁴⁹ HSYK Genel Kurulu'nun 19/9/2012 tarihli ve 493 sayılı kararıyla, Mahkemelerce bireysel başvuru formlarının alınmasında ve gönderilmesinde izlenecek usul ve yöntem belirlenmiş ve karar tüm teşkilata duyurulmuştur. 24/2/2014 tarih ve 7349 sayılı HSYK duyurusunda ise bireysel başvuruların Mahkemelerce kayda alınması sırasında karşılaşılan sorunlar ile ilgili ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

⁵⁰ Bireysel başvuru evrakını teslim alan mercilerin, başvuru formu ve eklerine ilişkin usule, kabul edilebilirliğe ya da esasa ilişkin herhangi bir inceleme ya da değerlendirme yapma yetkileri bulunmamaktadır. Örneğin ilgili mercilerce başvurunun süresinde olmadığı, başvuru harcının ödenmediği tespit edilse dahi evrakların kayda alınarak Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi gerekir.

⁵¹ AYM kararı, Başvuru No:2013/2465, 21/7/2014.

saati sonunda biter.⁵² Başvuru süresinin son gününün idari izin gününe rastlaması durumunda; bu süre içerisinde başvuruları kayda alan mercilerce (Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru bürosu ile diğer mahkemelerin evrak kaydına yetkili birimleri) evrak kabulüne yetkili nöbetçi memur bırakılarak başvuru formları kayda alınabileceğinden, başvuru süresinin uzamayaacağı düşünülmektedir.

Bireysel başvuru süresinin başlangıç tarihi ile başvurunun yapıldığı tarih arasındaki sürenin otuz günü geçmesi durumunda başkaca bir inceleme yapılmaksızın başvuru ön inceleme aşamasında idari ret kararı verilmek suretiyle reddedilir.⁵³

2.4.Mazeret

Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekmekte ise de mevzuatta başvurucu mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu yapamadığı takdirde, başvurucuya mazeretinin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilmesine olanak tanınmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nce başvurucunun mazeretinin kabul edilebilmesi için, başvurucunun bireysel başvuru süresi içerisinde başvuru yapamamış olması, sürenin mazeret nedeniyle kaçırılmış olması, mazeretin ortaya çıkmasında başvurucunun kabul edilemez kusurunun olmaması, mazeret ile başvuru yapamama arasında uygun illiyet bağının olması şartlarının bir arada bulunması gerekir.

6216 sayılı Kanun'un 47. maddesi ve İktüzük'ün 64. maddesinde sadece başvurucunun haklı mazeretten yararlanabileceği belirtilmekte ise de Mahkeme, temsil veya vekâlet yoluyla yapılan başvurularda temsilci veya avukatın da haklı mazeretlerinin dikkate alınması gerektiği görüşündedir.⁵⁴

⁵² Almanya Anayasa Mahkemesi'ne, başvurunun son günü saat 24:00'e kadar yapılan başvurular süresinde kabul edilmektedir. Şirin, a.g.e., s.543.

⁵³ AYM kararı, Başvuru No:2013/1512, 13/11/2013.

⁵⁴ "Temsilci veya avukatın haklı mazeretinin dikkate alınmaması, başvuru süresinin kaçırılmasında hiçbir kusuru bulunmayan ve bu kişiler aracılığıyla bireysel başvuru yapan başvurucular açısından mahkemeye erişimi baştan engelleyebileceğinden, hakkın, telafisi imkânsız bir şekilde kaybına neden olabilir." AYM kararı, Başvuru No:2013/6325, 15/4/2014, § 21.

İçtüzük'ün 64. maddesinin (2) numaralı fıkrasında mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazeret kavramına yer verilmiş olup, hangi hâllerin haklı mazeret olduğunun önceden belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle Mahkeme, ileri sürülen mazeretin haklı olup olmadığını her başvuruda, ileri sürülen mazeretin ve olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirmektedir.⁵⁵

İlgili mevzuatta Anayasa Mahkemesinin adli tatile tabi olduğu yönünde bir hüküm bulunmadığından Mahkeme, adli tatil süresi içerisinde de yargısal faaliyetlerine devam etmektedir.⁵⁶ Bu sebeple bireysel başvuru açısından adli tatil hükümleri süre hesabında dikkate alınmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de, adli tatil süresi içerisinde nihai kararın tebliğ edilmiş olmasını bireysel başvuru yapmasını engeller nitelikte bir husus olarak kabul etmemekte ve bu durumu haklı mazeret olarak değerlendirmemektedir.⁵⁷ Başvuru konusu nihai karar tebliğ edildikten sonra başvuru süresinin adli tatil süresi içerisinde sona ermesi, işlemeye başlayan başvuru süresini durdurmaz.

3. İDARİ YARGI MERCİLERİ TARAFINDAN VERİLEN KARARLAR ÜZERİNE BAŞVURU SÜRESİ

Yukarıda değinildiği üzere, idari yargı mercilerine başvuru yapılmak suretiyle başvuru yolları tüketilmesine rağmen hak ihlallerinin giderilmemesi durumunda nihai kararların tebliğ veya öğrenme tarihinden itibaren başvuru süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır. İdari yargı mercileri tarafından verilen kararlara karşı başvuruda bulunabilmek için başvuru yollarının tamamının tüketilmesi gerekir. Ancak bazı hak ihlallerine konu uyuşmazlıklara ilişkin nihai karar doğrudan yerel mahkeme tarafından verilir iken, bazı

⁵⁵ Mahkeme, ağır hastalık kapsamında olmayan ve basit rahatsızlıklara bağlı olarak verilen sağlık raporları mazeret kapsamında değerlendirilmemektedir. "Başvurucunun avukatı tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalığına ilişkin sağlık kurulu raporunda, hastalığın ağır hastalık olduğuna dair bir tespiti yer verilmediği gibi hastane veya sağlık kuruluşlarında yatarak tedavisinin yapılması yönünde bir tanının da konulmadığı görülmekle, avukat tarafından mazeret olarak ileri sürülen hastalığın haklı mazeret olarak değerlendirilmesi mümkün değildir." AYM kararı, Başvuru No:2013/6325, 15/4/2014, § 28.

⁵⁶ Bu husus ayrıca Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği tarafından Mahkemeye ait resmi internet sitesinden kamuoyuna duyurulmuştur <http://www.anayasa.gov.tr/Haber/detay/114/> Erişim tarihi: 14/12/2014.

⁵⁷ AYM kararı, Başvuru No:2013/7168, 15/10/2014.

uyuşmazlıklar yönünden bu kararlar bölge idare mahkemesince, bazı uyuşmazlıklar bakımından ise Danıştay tarafından verilebilmektedir.

3.1.Kesin Kararlar

AIHS'e ek 7 nolu protokolün 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkına yer verilmiş, aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında ise, bu hakkın istisnasına yer verilmiştir. AIHM, iki dereceli yargılanma hakkını mutlak bir şekilde yorumlamamaktadır. Örneğin Mahkeme, mahkemelerin önüne çok sayıda daha az önemli dava gelip iş yükünü arttırmamak gibi meşru bir amaç ile temyiz yoluna başvuru için getirilen parasal sınırlamanın adil yargılanma hakkını zedelediği görüşündedir.⁵⁸

Diğer taraftan, iki dereceli yargılanma hakkı; Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmadığı gibi, AIHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına da girmemektedir.⁵⁹ Kaldı ki idari ve medeni yargı konuları zaten protokol kapsamında değildir.

İdari yargıda, ilk derece mahkemesince verilen bütün kararlara kanun yolları açık değildir. Bazı uyuşmazlıklar, ilk derece mahkemesi aşamasında kesin olarak çözümlenmektedir. Bu nedenle, idari yargıda iki dereceli yargılama zorunlu olmayıp, bu durum mutlak bir şekilde uygulanmamaktadır.

2577 sayılı Kanun'un mülga 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasında idari ve vergi mahkemelerinin tek hâkimli olarak verdiği nihai kararlara; 46. maddelerinin (1) numaralı fıkrasında ise Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerince verilen nihai kararlara, "*başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi*" itiraz veya temyiz yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. Yine aynı Kanun'un "İstinaf" başlıklı değişik 45. maddesinde, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, "*başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi*", mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, istinaf yoluna başvurulabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.

⁵⁸ AIHM kararı, Canbaz/Türkiye, Başvuru No:3564/06, 13/9/2011.

⁵⁹ AYM kararı, Başvuru No:2012/1334, 17/9/2013, § 40.

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine göre, ilk derece mahkemelerince verilen bütün nihai kararlara karşı (özel kanunlarda bu kararların kesin olduğu belirtilse bile) itiraz, temyiz veya istinaf yoluna gidilebilir. Ancak uygulamada, özel kanunlarında idare veya vergi mahkemeleri tarafından verilen kararların kesin olduğu belirtilmiş ise yukarıda belirtilen kanun hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, ilk derece mahkemelerince verilen kesin kararlara karşı kanun yollarının kapalı olduğu kabul edilmekte⁶⁰ ve kesin olarak verilen kararlara karşı itiraz veya temyiz yoluna gidilmiş ise bu talepler incelenmeksizin reddedilmektedir.⁶¹

Bu bağlamda, idari yargıda başvuru konusu mahkeme kararı kesin olarak verilmiş ve bu karara karşı yargı yolu kapatılmış ise bireysel başvuru, yerel mahkeme kararının tebliğ veya öğrenme tarihinden itibaren başlayacaktır. Bu nedenle özel kanunlarında kesin olduğu belirtilen derece mahkemesi kararlarına karşı bu kararların tebliği üzerine süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır.

Öte yandan, 2577 sayılı Kanun'un değişik 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı açık bir şekilde belirtildiğinden, bu yönde verilecek kararlara karşı da, süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır.

⁶⁰ Özel kanunlarda yer verilen bu yöndeki düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmektedir. Örneğin mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasında idare mahkemesince verilen kararın kesin olduğu belirtilmiş, bu yöndeki itiraz istemi Anayasa'nın 2, 36, 125 ve 155. maddelerine aykırı bulunmayarak reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 23/5/2001 tarih ve E:2001/232, K:2001/89 sayılı kararı.

⁶¹ Kayseri Bölge İdare Mahkemesi'nin 11/11/2013 tarih ve E. 2013/984, K. 2013/1162 sayılı kararı ile "...2559 sayılı Yasa uyarınca verilen idari para cezalarına karşı yapılan itiraz üzerine idare mahkemelerince verilen kararlar kesin olduğundan, anılan yasa maddesi uyarınca verilen uyuşmazlık konusu idari para cezasını iptal eden Kayseri 1. İdare Mahkemesi'nin 22/03/2013 tarih ve E:2012/939 K:2013/240 sayılı kararına karşı yapılan itirazın incelenmeksizin reddi gerekmektedir." gerekçesiyle itirazın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir. Aynı yönde Danıştay 10. Dairesi 6/11/2012 tarih ve E. 2012/7796, K. 2012/5441 sayılı kararı ile "...1380 sayılı Kanun uyarınca verilen para cezalarına yapılan itiraz üzerine İdare Mahkemesince verilen kararlar kesin olduğundan, bu kararların temyizden incelenmesine hukuki olanak bulunmamaktadır." temyiz talebini incelenmeksizin reddetmiştir.

İdari yargı mercilerince verilen kesin kararlara karşı olağan ve olağanüstü herhangi bir yargı yoluna başvuru yapılması, işlemeye başlayan başvuru süresini durdurmaz veya kesmez. İtiraz, temyiz veya istinaf yolu kapalı olan bir karara karşı itiraz, temyiz ya da istinaf yoluna gidilmesi, derece mahkemesince kesin olarak verilen karar nedeniyle yapılacak bireysel başvuru süresini uzatmayacaktır.

3.2.Kanun Yolları Tüketildikten Sonra Yapılan Başvurular

Kanun yolu kavramı, davanın tarafına, kendi aleyhine olduğunu düşündüğü ve henüz kesinleşmemiş bir ilk derece mahkemesi kararının üst derece mahkemesinde incelenmesini talep etme hakkını veren bir hukuki imkânı ifade etmektedir.⁶² Diğer bir tanıma göre kanun yolu, davanın taraflarına yanlış olduğu düşünülen ilk derece mahkemesi kararlarının üst mahkemede tekrar incelenmesi sağlayan hukuki imkândır.⁶³

Kanun yolu kavramı geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. Geniş anlamda kanun yolu, yanlış olan ya da yanlış olduğu düşünülen bütün yargısal kararların bir daha gözden geçirilmesini sağlayan her türlü yol olarak tanımlanabilir. Bu gözden geçirme genel olarak üst derece mahkemelerde yapılmaktadır ancak ilk derece mahkemelerinde de bu işlem yapılabilir. Dar anlamda kanun yolu ise, ilk derece mahkemelerinin sadece nihai kararlarının bir daha gözden geçirilmesini ifade etmektedir.⁶⁴

Kararların niteliğine ve içeriğine göre başvurulacak kanun yolları doktrinde, olağan kanun yolları ve olağanüstü kanun yolları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁶⁵

⁶² H. Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukuku Esasları II, İstanbul 2001, s.13, Saim Üstüdağ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, C.I-II, s.817, H. Aydın Tuncay-Orhan Özdeş-Recep Başpınar, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1986, s.721.

⁶³ Ramazan Çağlayan, İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları), Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.19.

⁶⁴ Necip Bilge, Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme, Ankara 1973, s.3, Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2000, s.1029.

⁶⁵ Zehra Odyakmaz-Ümit Kaymak-İsmail Ercan, İdari Yargı, İkinci Sayfa Yayıncılık, İstanbul 2006, s.262.

3.2.1. Olağan Kanun Yolları

Yargı yerlerince verilen nihai kararların şekli anlamda kesinleşmesini önleyen kanun yollarına olağan kanun yolu denilmektedir. Olağan kanun yoluna başvurmak, kararın şekli anlamda kesinleşmesini, kanun yolu incelemesinin sonuna kadar ertelemektedir.

İdari yargıda olağan kanun yolları itiraz, temyiz ve karar düzeltme yoludur. İtiraz kanun yoluna 2577 sayılı Kanun'un 6545 sayılı Kanun ile değişmeden önceki hali ile 45. maddesinde, temyiz kanun yoluna 46. maddesinde, karar düzeltme kanun yoluna ise mülga 54. maddesinde yer verilmiştir.

Bununla birlikte, 2577 sayılı Kanun'un bazı maddelerinde 6545 sayılı Kanun⁶⁶ ile değişiklik yapılmış ve yeni düzenleme ile idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlara karşı⁶⁷ temyiz yoluna başvurmadan önce mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine istinaf başvurusunda bulunulması gerektiği düzenlemesine yer verilmiştir.

Aynı Kanun'un değişik 46. maddesinde ise Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin bazı davalar hakkında istinaf üzerine verdikleri kararların, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Danıştay'da temyiz edilebileceği belirtilmiştir.

Böylece, 6545 sayılı Kanun ile idari yargıda olağan kanun yolları istinaf ve temyiz olarak yeniden belirlenmiş, genel olarak iki dereceli, bazı konularda ise üç dereceli yargılama sistemi öngörülmüş, ayrıca itiraz ve karar düzeltme kanun yolları kaldırılmıştır.

Ancak 6545 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile 2577 sayılı Kanun'a eklenen geçici 8. maddesinde, *"Bu Kanunla idari yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler, 2576 sayılı Kanunun, bu Kanunla değişik 3 üncü maddesine göre kurulan bölge idare mahkemelerinin tüm yurtda görevi başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanır. Bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanır."* düzenlemesine

⁶⁶ 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 28/06/2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁷ Belirtilen maddede, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı belirtilerek istinaf kuralına istisna getirilmiştir.

yer verilmiş olup, henüz yeni kurulan bölge idare mahkemeleri göreve başlamadığından, belirtilen kanun ile getirilen istinaf ve buna bağlı temyiz kanun yolu düzenlemesi yürürlüğe girmemiştir.

İş bu çalışmada öncelikle halen yürürlükte bulunan itiraz, temyiz ve karar düzeltme olağan kanun yollarına ilişkin olarak değerlendirme yapılacak, ardından 6545 sayılı Kanun ile olağan kanun yolu olarak öngörülen istinaf ve temyiz kanun yolları ile ilgili olarak açıklama yapılacaktır.

3.2.1.1.6545 sayılı Kanun'dan Önce Olağan Kanun Yolları

3.2.1.1.1.İtiraz

İtiraz; idare ve vergi maddelerinin tek hâkimle verdikleri nihai kararlar⁶⁸ ile 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sayılan uyuşmazlıklarda,⁶⁹ idare ve vergi mahkemelerinin kurul

⁶⁸ 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, uyuşmazlık miktarı yirmibeşbin Türk Lirasını aşmayan; konusu belli parayı içeren idarî işlemlere karşı açılan iptal davaları ile tam yargı davalarının idare mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalara ilişkin uyuşmazlıklardan kaynaklanan toplam değeri yirmibeşbin Türk Lirasını aşmayan davaların ise vergi mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümleneceği düzenlemesine yer verilmiştir.

⁶⁹ Belirtilen düzenleme ile idare ve vergi mahkemelerinin;
a) İlk ve orta öğretim öğrencilerinin sınıf geçme, not tespiti, kayıt, nakil, ilişik kesme ve disiplin cezalarına ilişkin işlemler ile yükseköğretim öğrencilerinin sınıf geçme ve notlarının tespitine ilişkin işlemlerden,
b) Valilik, kaymakamlık ve yerel yönetimler ile bakanlıkların ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının taşra teşkilâtındaki yetkili organları tarafından kamu görevlileri hakkında tesis edilen geçici görevlendirme, ikinci görev, vekâleten atama, görev ve unvan değişikliği içermeyen il içi naklen atama, görevden uzaklaştırma, yolluk, lojman ve izinlerine ilişkin idari işlemlerden,
c) Kamu görevlilerine uyarma ve kınama cezası verilmesine ilişkin işlemlerden,
d) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının üyeleri hakkında verdiği mesleki faaliyeti sona erdirmeyen her türlü disiplin ve sınav işlemlerinden,
e) Asker ailelerine yardım ile ilgili işlemlerden,
f) 2/7/1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanunun uygulanmasından,
g) 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlarla ilgili uygulamalardan,
h) 4/12/1984 tarihli ve 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından,
ı) 9/10/2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen nihai kararlar itiraza tabi kılınmıştır.

halinde verdiği nihai kararların hukuka uygunluğunun denetlendiği bir kanun yoludur. Bu yola başvurulduğunda, itiraza konu olan mahkeme kararı kesinleşmez. İtiraz yolu, niteliği itibarıyla “*temyiz*” yoluna benzese de ayrı bir kanun yolu olarak düzenlenmiştir.⁷⁰

İtiraz kanun yolu Anayasa Mahkemesi tarafından etkin bir başvuru yolu olarak görüldüğünden idare veya vergi mahkemesince verilen ve itiraza tabi olan kararlara karşı kural olarak itiraz kanun yolu tüketildikten ve bu karar başvurucuya tebliğ edildikten sonra bireysel başvuruda bulunulmalıdır. İlk derece mahkemesi kararına karşı itiraz yolu açık ise kural olarak bu yolun mutlaka tüketilmesi gerekir. Ancak başvuru, itiraz yolunu etkili yol olarak görmedikleri için itiraz kanun yoluna başvurmadan doğrudan başvuruda bulunmuş ise, derece mahkemesince verilen kararın nihai karar olarak kabulü gerekeceğinden, bu kararın öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulması zorunludur.⁷¹

İtiraz sonucunda verilen kararlar üzerine karşı bireysel başvuruda bulunabilmek için karar düzeltme kanun yoluna başvuru zorunluluğu yoktur. Başvurucuların, etkili yol olarak görmedikleri karar düzeltme yoluna başvuramaları durumunda, itiraz sonucunda verilen kararlar başvuru yollarını tükettikleri ve kararın kesinleştiği sonucuna varıldığından, itiraz kararının tebliğ veya öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunmaları gerekir.⁷²

Bununla birlikte başvuru, itiraz talebinin reddi üzerine karar düzeltme talebinde bulunmuş ise karar düzeltme talebinin sonucunu bekleyerek bireysel başvuruda bulunmalıdır. Karar düzeltme kanun yoluna başvuru yapılmasına rağmen bu talebin sonucu beklenilmeksizin bireysel başvuruda bulunulmuş ise başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle başvuru reddedilir.

İdare ve vergi mahkemelerince verilen itiraz yolu açık kararlara karşı, itiraz kanun yoluna gidilmemesi durumunda, derece mahkeme-

⁷⁰ Kemal Gözler, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa 2005, s.337.

⁷¹ Ancak bu durumda itiraz kanun yolunun etkili bir yol olup olmadığı Anayasa Mahkemesi’nce değerlendirilecek olup itiraz yolunun ilgili başvuru konusu yönünden etkili bir yol olduğu sonucuna varılır ise başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verilebilir.

⁷² AYM kararı, Başvuru No: 2013/1936, 17/9/2013, § 24.

since verilen kararın tebliğ tarihine itiraz süresi de eklenmek suretiyle bireysel başvuru süresinin hesaplanması mümkün değildir.⁷³

Bölge idare mahkemesinin itiraz üzerine vermiş olduğu kararlara karşı ancak karar düzeltme kanun yoluna gidilebilir ve karar düzeltme talebi, itiraz hakkında karar veren Bölge idare mahkemesi tarafından incelenir. İtiraz veya karar düzeltme sonucunda verilen kararlara karşı temyiz yoluyla Danıştay'a başvurulamaz. Danıştay'a bu yönde başvuru yapılması durumunda talebin incelenmeksizin reddine karar verilir⁷⁴ ve bu yöndeki başvurunun işlemeye başlayan süreye etkisi olmaz.

İtiraza tabi kararların temyiz edilmesi halinde, Danıştay görevsizlik kararı verip dosyayı görevli ve yetkili bölge idare mahkemesine göndermektedir.⁷⁵ Aynı durum, görevli olmayan bölge idare mahkemesine yapılan itiraz başvurusu için de geçerlidir. Belirtilen hallerde, nihai karar

⁷³ AYM kararı, Başvuru No. 2013/1584, § 27.

⁷⁴ Danıştay 5. Dairesinin 20/9/2011 tarih ve E. 2010/7150, K. 2011/4717 sayılı kararında, "Dosyanın incelenmesinden; davacı tarafından Aydın Bölge İdare Mahkemesi'nin 7.4.2010 tarihli, E:2010/447, K:2010/460 sayılı kararının iptali ile yargılamanın yeniden yapılarak 1.000.-TL maddi, 1.000.-TL manevi zararın yasal faizi ile birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılan davada; Danıştay Beşinci Dairesi'nce verilen 8.6.2010 günlü, E:2010/3254, K:2010/3795 sayılı kararla, bölge İdare Mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri yargısal kararlar, iptal davasına konu olabilecek idari işlem niteliği taşımadıklarından bu iptal isteminin incelenmesine olanak bulunmadığı gibi, temyizen incelenmesine olanak bulunmayan söz konusu karar kaldırılarak yargılamanın yeniden yapılmasına da olanak bulunmadığı gerekçesiyle istemin incelenmeksizin reddine hükmedildiği, görülmekte olan uyuşmazlıkta ise davacı tarafından anılan kararın düzeltilmesi isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır.

⁷⁴ Olayda, Danıştay Beşinci Dairesi'nce verilen 8.6.2010 günlü, E:2010/3254, K:2010/3795 sayılı karar, 2577 sayılı Yasa'nın 54. maddesi kapsamında "temyiz üzerine verilen" bir karar olmayıp, anılan kararın, karar düzeltme istemine konu edilmesi yasal olarak mümkün değildir." tespitlerine yer verilerek davacı talebi reddedilmiştir.

⁷⁵ Danıştay 2. Dairesinin 27/11/2006 tarih ve E. 2006/3170, K. 2006/3557 sayılı kararıyla, "Öğretmen olan davacının, naklen atanma nedeniyle tarafına yolluk ödemesi için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 6.2.2006 günlü Denizli-Kale İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü işleminin iptali ve yolluğunun yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açtığı davada Denizli İdare Mahkemesince verilen 24.4.2006 günlü, E:2006/877, K:2006/884 sayılı kararın temyizen incelenerek bozulması İstenilmiş ise de; işlemi tesis eden makam ve işlemin konusu bakımından uyuşmazlığın 45. maddenin l/b fıkrası kapsamında olması nedeniyle, temyizen Danıştay'da incelenmesine olanak bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin görev yönünden reddine ve 2577 sayılı Yasanın değişik 45/1. maddesinin son bendi uyarınca dosyanın Denizli Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesine..." gerekçesiyle dosya, itiraz istemi hakkında bir karar verilmek üzere ilgili Bölge İdare Mahkemesi'ne gönderilmiştir.

görevli ve yetkili bölge idare mahkemesince verilecek olup bu kararın tebliği üzerine süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunabilir.

3.2.1.1.2.Temyiz

Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin itiraz yolu öngörülme-yen nihai kararlarına karşı temyiz yoluna gidilebilir. Bu durumda ilgili kararların hukuka uygunluğu Danıştay tarafından denetlenir. Temyiz yolunda, hüküm mahkemesince incelenen olgular, kural olarak, yeniden inceleme konusu yapılmaz. Fakat karardan sonra, ortaya çıkan ve hükmü etkileyecek nitelikte olan olgular, temyiz aşamasında da ileri sürülebilir.⁷⁶

İtiraza tabi olmayan bütün idare veya vergi mahkemelerince verilen nihai kararlar ile Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlar temyize tabidir. Temyiz kanun yolu Anayasa Mahkemesi tarafından etkin bir başvuru yolu olarak görüldüğünden idare veya vergi mahkemesince verilen ve temyize tabi olan kararlara karşı kural olarak temyiz kanun yolu tüketilmelidir.⁷⁷

Danıştay dava daireleri, idare veya vergi mahkemelerince verilen kararların temyiz edilmesi durumunda Danıştay tarafından verilecek karara karşı otuz günlük süre içerisinde bireysel başvuruda bulunulması gerekir.

Başvurucuların, etkili yol olarak görmedikleri temyiz yoluna başvurmamaları durumunda, derece mahkemesince verilen kararın nihai karar olarak kabulü gerekeceğinden, bu kararın öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulması zorunludur.⁷⁸ Örneğin derece mahkemesince verilen kararın tebliği üzerine, etkili bir yol olarak görülmediği için karar temyiz edilmeksizin doğrudan bireysel başvuruda bulunulmuş ise bireysel başvuru süresi, derece mahkemesi kararının başvuru-cuya tebliğ tarihini izleyen günden itibaren hesaplanır. Temyiz yolunun etkili bir yol olup olmadığı her başvuru açısından ayrıca değerlendirilir ve temyiz yolunun etkili olduğu sonucuna varılır ise başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı verilir.

⁷⁶ Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, Turhan Yayınevi, Ankara 2005, s.490.

⁷⁷ AYM kararı, Başvuru No:2013/7324, 20/3/2014.

⁷⁸ AYM kararı, Başvuru No: 2013/7521, 4/12/2013, § 39.

Bireysel başvuruda bulunabilmek için temyiz başvuru sonucunun beklenilmesi ve temyiz incelemesine dair öngörülen bütün yöntem, biçim, süre ve diğer koşullara uygun hareket edilmesi gerekir. Temyiz kanun yoluna başvurulduktan sonra örneğin temyiz talebinden feragat edilerek kararın kesinleştirilmesi durumunda başvuru yollarının usulüne uygun olarak tüketildiğinden bahsedilemez. Yine temyiz yoluna süresi içerisinde başvurulmaması nedeniyle temyiz talebinin süreaşımı nedeniyle reddi durumunda da başvuru yollarının tüketildiğinden bahsedilmez. Bu durumda, nihai karar derece mahkemesi kararı kabul edilir ve bu kararın tebliğ tarihi dikkate alınarak başvuru süresi hesaplanır. Önemle vurgulamak gerekir ki süre hesabı bu şekilde yapılır ancak böyle bir durumda öncelikle başvuru yollarının usulüne uygun bir şekilde tüketilmediği gerekçesiyle başvuru reddedilir.

İdare ve vergi mahkemelerince verilen temyizi mümkün karar üzerine başvuru tarafından, temyiz kanun yoluna gidilmemesi durumunda, derece mahkemesince verilen kararın tebliğ tarihine temyiz süresi de eklenmek suretiyle bireysel başvuru süresinin hesaplanması mümkün değildir.⁷⁹

Yine başvuru yapanın, etkili yol olarak görmedikleri karar düzeltme yoluna başvurmadıkları durumunda, temyiz onama kararıyla başvuru yollarını tükettikleri sonucuna varıldığından, temyiz kararının tebliğ veya öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunmaları gerekir.⁸⁰

3.2.1.1.3. Karar Düzeltme

2577 sayılı Kanun'un mülga 54. maddesinde, Danıştay dava daireleri ile İdari veya Vergi Dava Daireleri Genel Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar ile Bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlara karşı bir defa karar düzeltme kanun yoluna gidilebileceği belirtilmiştir.

Bölge idare mahkemesi veya Danıştay tarafından itiraz veya temyiz üzerine verilen kararlara karşı bireysel başvuruda bulunabilmek

⁷⁹ AYM kararı, Başvuru No:2013/1584, 15/11/2013, § 27.

⁸⁰ AYM kararı, Başvuru No: 2013/1936, 17/9/2013, § 24.

için karar düzeltme kanun yoluna başvuru zorunluluğu yoktur. Ancak idari davalarda karar düzeltme yoluna başvurulmuş ise bireysel başvuruda bulunabilmesi için öncelikle bu talebe ilişkin kararın beklenerek bu yolun tüketilmesi gerekir.⁸¹ Diğer bir ifadeyle, karar düzeltme kanun yoluna başvurulduktan sonra bu kararın sonucunun beklenilmesi gerekir.

Karar düzeltme talebi hakkında Bölge idare mahkemesi veya Danıştay'ca karar verilmeden bireysel başvuruda bulunulması durumunda, başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle başvurunun reddine karar verilir.⁸² Karar düzeltme talebi hakkında karar verildikten sonra başvuru süresi içerisinde yeniden bireysel başvuruda bulunulabilir. Başvurunun kabul edilebilirliği hakkında karar verilmeden önce karar düzeltme başvurusu sonuçlanmış ise başvuru yollarının tüketildiği kabul edilmeli⁸³ ve diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden başvuru incelenmelidir.

Karar düzeltme kanun yoluna gidilmiş ise, karar düzeltme usulü ile ilgili olarak öngörülen bütün koşullar yerine getirilerek başvuru yapılmalıdır. Örneğin karar düzeltme talebinden feragat edilerek kararın kesinleştirilmesi veya karar düzeltme talebinin usulüne aykırı yapıldığı gerekçesiyle reddi durumunda başvuru yollarının usulüne uygun olarak tüketildiğinden bahsedilemez.⁸⁴

Karar düzeltme yolu kapalı olan bir karara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesi, başvuru yollarının itiraz/temyiz kararının tebliği tarihi itibarıyla tüketilmesini engellemediğinden, belirtilen yola başvurulmasının kararın kesinliğine bir etkisi bulunmamaktadır.⁸⁵

⁸¹ AYM kararı, Başvuru No:2013/1936, 17/9/2013, § 23, AYM kararı, Başvuru No:2012/403, 26/3/2013, § 20.

⁸² AYM kararı, Başvuru No:2014/5424, 30/9/2014.

⁸³ AYM kararı, Başvuru No:2013/852, 6/3/2014.

⁸⁴ "Bir kanun yoluna başvurulmuş olması tek başına bu yolun tüketildiği anlamına gelmez. Bir kanun yolunun tüketildiğinden söz edilebilmesi için öncelikle yapılan başvurunun sonucunun beklenmesi ve inceleme süresince öngörülmüş olan yöntem, biçim, süre ve diğer koşullara uygun hareket edilmesi gerekir. Başvurucunun, etkili ve sonuç almaya yeterli görerek başvurduğu bir kanun yolunun sonucunu beklemezsiniz, karar düzeltme talebinden feragat etmek suretiyle bu süreci kendi iradesiyle sona erdirdiği ve böylece olağan kanun yollarını usulüne uygun bir şekilde tüketmeden bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır." AYM kararı, Başvuru No:2012/26, § 26.

⁸⁵ AYM kararı, Başvuru No: 2013/2262, § 16.

3.2.1.2.6545 sayılı Kanun'dan Sonra Olağan Kanun Yolları

3.2.1.2.1.İstinaf

İstinaf kanun yolu, ilk derece mahkemesi ile temyiz incelemesi arasında, ikinci derece bir yargı yoludur. İstinaf kanun yolunun uygulanması durumunda, ilk derece mahkemesi sıfatıyla idare veya vergi mahkemesi kararından sonra, karar önce istinaf denetimine tabi tutulacak, istinaf denetiminden sonra temyiz yolu açıksa Danıştay'da temyize başvurulabilecektir.

2577 sayılı Kanun'un, kanun yollarına ilişkin maddeleri 6545 sayılı Kanun ile değiştirilerek, itiraz ve karar düzeltme kanun yolu mekanizmaları kaldırılmış, bölge idare mahkemeleri istinaf mercii olarak yeniden yapılandırılmıştır. Böylece, Danıştay'a yapılacak temyiz başvurusundan önce tüketilmesi zorunlu bir kanun yolu daha tesis edilmiştir. Dolayısıyla, yeni düzenleme ile kural olarak ilk derece mahkemesi kararlarına karşı doğrudan temyiz yoluna başvurma olanağı kaldırılmıştır.

İstinaf kanun yolunun niteliği ve işlevi ile Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararları birlikte değerlendirildiğinde, istinaf kanun yolunun etkin bir başvuru yolu olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Dolayısıyla idare veya vergi mahkemesince verilen ve istinafa tabi olan kararlara karşı kural olarak istinaf kanun yolu tüketildikten sonra başvuru süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır.

2577 sayılı Kanun'un değişik 45. maddesinde, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla bu yöndeki kararlara karşı istinaf kanun yoluna gidilmesi halinde istinafın etkisiz bir yol olacağı düşünülmektedir. Bu durumda, başvuru süresi ilk derece mahkemesince verilecek kararın tebliğ tarihi dikkate alınarak başlayacaktır.

Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi üzerine verdikleri bütün kararlar için temyiz kanun yolu öngörülmemiştir. 2577 sayılı Kanun'un değişik 46. maddesinde hangi kararlara karşı temyiz kanun yoluna gidilebileceği

açık bir şekilde belirtildiğinden⁸⁶ madde metninde yer verilmeyen kararlar, istinaf kanun yolunun tüketilmesi ile birlikte kesinleşecektir. Bu durumda istinaf aşamasında kesinleşen kararlara karşı temyiz yoluna gidilmesinin işlemeye başlayan başvuru süresine etkisi olmayacaktır.

Yine 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinde ivedi yargılama usulünün uygulanacağı davalar⁸⁷ ile 20/B maddesinde merkezî ve ortak

⁸⁶ Madde metninde temyize tabi kararlar;

- a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları
- b) Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar
- c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları
- d) Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları
- e) Müşterek kararnameyle yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri ile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları
- f) İmar planları, parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar
- g) Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar ile 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun uygulanmasından doğan davalar
- h) Maden, taşocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar.
- ı) Ülke çapında uygulanan öğrenim ya da bir meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar
- i) Liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akaryakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı boru hattı gibi kıyı tesislerine işletme izni verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar
- j) 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanunun uygulanmasından ve 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan davalar
- k) 6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar
- l) 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar.
- m) Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar olarak sayma yoluyla belirlenmiştir.

⁸⁷ Belirtilen maddede ivedi yargılama usulünün uygulanacağı davalar;

- a) İhalede yasaklama kararları hariç ihale işlemleri
- b) Acele kamulaştırma işlemleri
- c) Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları
- d) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri
- e) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar
- f) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılacak davalar olarak belirlenmiştir.

sınavlara ilişkin yargılama usulünün uygulanacağı davalarda⁸⁸ verilecek nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla belirtilen nitelikteki özel yargılama usulünün uygulandığı davalarda istinaf kanun yolu öngörülmediği için bu uyuşmazlıklarda istinaf kanun yoluna gidilmesi, işlemeye başlayan başvuru süresine etki etmeyecektir.

3.2.1.2.2. Temyiz

2577 sayılı Kanun'un değişik 46. maddesinde, Danıştay dava daireslerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalar ile bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi üzerine verdikleri kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir.

Madde metninde, ilk derece mahkemelerince verilecek bazı kararlara karşı temyiz kanun yoluna gidilebileceği açık bir şekilde belirtildiğinden, sadece istinafa tabi olduğu belirtilen kararlar, istinaf kanun yolunun tüketilmesi ile birlikte kesinleşecektir. Sadece istinaf yolu öngörülen idari uyuşmazlıklarda, istinaf aşamasında verilen karar ile başvuru yolları tüketilmiş sayılacağından, bu kararların tebliği üzerine başvuru süresi işlemeye başlayacaktır. Dolayısıyla temyiz yolu öngörülmeyen bu kararlara karşı bu yola başvurulması, işlemeye başlayan başvuru süresine etki etmeyecektir.

2577 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler ile idare ve vergi mahkemelerince verilecek bazı kararların kesin olduğu, bazı kararlara karşı sadece istinaf kanun yoluna gidilebileceği, bazı kararlara karşı ise hem istinaf hem de temyiz yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. İdari yargı mercilerince verilen ve sadece istinaf kanun yolu öngörülen (temyiz yolu kapalı) kararlara karşı istinaf kanun yolunun tüketilmesi gereken etkili bir başvuru yolu olduğu yukarıda incelenmişti. İstinaf incelemesi sonucunda verilen kararların tebliği üzerine başvuru tarafından doğrudan bireysel başvuruda bulunulup bulunulamayacağı, istinaf talebi hakkında verilen karara karşı temyiz yoluna başvurunun tüketilmesi gerekli bir yol olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

⁸⁸ Merkezî ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünün uygulanacağı davalar, Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezî ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalar olarak belirlenmiştir.

İdare veya vergi mahkemelerince verilen kararlar üzerine başvurular tarafından istinaf kanun yolu tüketildikten sonra temyiz kanun yoluna başvuru imkânının öngörülmesi, bu tür uyuşmazlıklarda üç dereceli yargılama sisteminin benimsendiğini göstermektedir. İstinaf kanun yolunu tüketen başvurulardan, temyiz kanun yolunu tükettikten sonra bireysel başvuruda bulunmalarını istemenin, bireysel başvuru amacına uygun olmayacağı düşünülmektedir.

Kanaatimce, mevcut uygulamada itiraz/temyiz kanun yolu tüketildikten sonra karar düzeltme kanun yoluna başvuru zorunlu bulunmadığı gibi aynı gerekçelerle istinaf sonrası temyiz yolunun da tüketilmesi ihtiyari bir başvuru yolu olarak kabul edilmelidir. Temyiz yoluna gitmeyen başvurulardan nihai karar istinaf kararı, bu yolu tüketen başvurulardan yönünden ise nihai karar, Danıştay temyiz kararı olarak kabul edileceğinden bu kararların tebliği dikkate alınarak başvuru süresi hesaplanacaktır.

Bununla birlikte, ivedi yargılama usulünün uygulanacağı davalar ile merkezî ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünün uygulanacağı davalarda, istinaf kanun yolu öngörülmemiş olup bu kararlara karşı sadece temyiz yoluna başvurulabileceği belirtildiğinden, belirtilen başvurular açısından temyiz kanun yoluna gidilmesinin etkili bir başvuru yolu olarak kabulü gerekir. Dolayısıyla, temyiz yolu başvurulardan tarafından tüketilmeli ve sonucunda verilen kararın tebliğinden itibaren süresi içerisinde de bireysel başvuruda bulunulmalıdır.

3.2.2.Olağanüstü Kanun Yolları

Yukarıda da değinildiği üzere, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması için olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekir. Bu bağlamda, başvurulardan tüketilmesi zorunlu olmayan olağanüstü kanun yoluna gitmeleri beklenmemektedir. Dolayısıyla olağan kanun yolları tüketildikten sonra başvurulardan tarafından olağanüstü kanun yoluna gidilmesi üzerine verilen kararların başvuru süresinin hesabına bir etkisi bulunmamaktadır.

İdari yargıda olağanüstü kanun yolları, yargılanmanın yenilenmesi ve kanun yararına temyiz (bozma) dir.

3.2.2.1.Yargılanmanın Yenilenmesi

Kural olarak, başvuru konusu karar kesinleştikten sonra aynı konuda, aynı sebebe dayanılarak ve aynı taraflar arasında yeni bir dava açılmaz. Ancak, ağır yargılama hataları yapılarak hukuka aykırı karar verilmiş olabilir. İşte bu ihtimal göz önüne alınarak olağanüstü bir kanun yolu olarak yargılamanın yenilenmesi mekanizması öngörülmüştür.⁸⁹ Olağanüstü bir kanun yolu olması nedeniyle bu yola ancak kesinleşmiş hükümler aleyhine başvurulabilmektedir.

2577 sayılı Kanun'un 53. maddesinde yargılanmanın yenilenmesi sebepleri ile bu talebin incelenme usulüne yer verilmiştir. Aynı maddede ayrıca yargılanmanın yenilenmesi talebinde bulunma süresi her bir sebep açısından ayrıca belirlenmiştir.

Mahkeme kararlarının kesinleşmesinden itibaren çok uzun süreler sonra bile mümkün bir başvuru yolu olan yargılamanın yenilenmesi, asıl davaya ilişkin ihlallerin giderilmesi bakımından etkin ve yeterli bir yol olarak görülmemektedir. Yargılamanın yenilenmesinin tüketilmesi gerekli bir kanun yolu olarak kabul edilmesi, başvuru süreleri bakımından hukuki belirsizlik nedeni olabileceği gibi, başvuru sürelerine dair kuralın dolanmasına yol açabilecektir. Bu nedenlerle AİHM, yargılamanın yenilenmesi yolunu prensip olarak etkili bir yol görmemektedir.⁹⁰

Anayasa Mahkemesi de yargılanmanın yenilenmesini asıl davaya ilişkin olarak etkin ve tüketilmesi gerekli bir başvuru yolu olarak görmemektedir. Bu nedenle, başvuru hakkında verilmiş ve kesinleşmiş bir karar hakkında yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulması, asıl kararın kesinliğini etkilemez ve bu kararın kesinleşme süresini uzatmaz.⁹¹ Bununla birlikte yargılanmanın yenilenmesine ilişkin talep

⁸⁹ Çağlayan, a.g.e.s.22-23.

⁹⁰ Bkz AİHM kararları, Berdenishvili/Rusya, Başvuru No:31697/03, 29/1/2004; Riedl-Riedenstein ve diğerleri/Almanya, Başvuru No:48662/99, 22/1/2002; Babinsky/Slovakya, Başvuru No:35833/97, 11/1/2000; Philip Leach, Taking a Case to the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 3. Baskı, 2011, Oxford, s. 141; Francis G. Jacobs-Robin C.A. White-Clare Ovey, The European Convention on Human Rights, 5.Baskı, Oxford Press, Oxford, s. 38. Aktaran Ekinçi-Bahadır, a.g.m., s.351.

⁹¹ Ekinçi-Sağlam, a.g.e.,s.88-89, Hüseyin Turan, "Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi", *Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2014, Sayı:17, s.131-132.

yerinde görülerek yeni bir karar verilir ise bu aşamada yargılanmanın yenilenmesi yolu, etkili bir başvuru mekanizması haline gelmektedir.

Anayasa mahkemesi, yargılanmanın yenilenmesi kanun yolu tüketildikten sonra yapılan bireysel başvuruları, talep edilen kararın kesinleşme tarihi açısından ikili bir ayrıma tabi tutularak incelemektedir. Yargılanmanın yenilenmesi talebine konu asıl davaya ilişkin yargısal süreç, yargılanmanın yenilenmesi talebine dair yargısal süreçten ayrı olarak kabul edilebilirlik incelemesi açısından değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda başvuru, hem yargılanmanın yenilenmesine dair yargısal süreci hem de kesinleşmiş asıl davaya ilişkin süreci aynı başvuru dosyasında birlikte başvuru konusu yapmış ise her iki süreç kabul edilebilirlik incelemesi bakımından ayrıca değerlendirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yargılanmanın yenilenmesi talebi ile birlikte yapılan başvurularda, genellikle asıl davaya ilişkin ihlal iddialarını, süreaşımı nedeniyle incelememektedir.⁹² Yargılanmanın yenilenmesi talebinin reddine dair karara karşı süresi içerisinde başvuru yapılmasına rağmen asıl dava yönünden süresi içerisinde başvuru yapılmadığı tespit edilmiş ise başvuru konusu asıl dava yönünden başvuru süreaşımı nedeniyle kabul edilemez bulunarak reddedilmektedir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, AİHM'den farklı olarak yargılanmanın yenilenmesi sürecinde verilen nihai karar başvuru konusu yapılmışsa, bu aşamada örneğin adil yargılanma hakkına ilişkin şikâyetleri asıl davadan bağımsız olarak inceleme konusu yaparak karar vermektedir⁹³.

Daha önce başvurulduğu ve reddedildiği için başarılı olunmayacağı belli olan yargılanmanın yenilenmesi başvuru yoluna, yeni bir husus ileri sürülmeksizin, tekrar başvurularak Anayasa Mahkemesine başvuru için öngörülen otuz günlük sürenin tekrar başlatılmasının kabul edilmesi mümkün değildir.⁹⁴

⁹² Ekinci-Sağlam, a.g.e.,s.88.

⁹³ AYM kararı, Başvuru No:2013/4413, 21/11/2013.

⁹⁴ Benzer yöndeki kararlar için bakınız. AYM kararı, Başvuru No:2012/829, 5/3/2013, AYM kararı, Başvuru No:2013/7759, 23/7/2014.

3.2.2.2.Kanun Yararına Temyiz (Bozma)

2577 sayılı Kanun'un 51. maddesi uyarınca, idare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Danıştay Başsavcısı tarafından kanun yararına temyiz olunabilmektedir. Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozulmakta ve bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmamaktadır.⁹⁵

İdari yargıda tüketilmesi gereken son başvuru yolu itiraz veya temyiz aşamasıdır. İtiraz veya temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı kanun yararına temyiz yolu, sadece Danıştay Başsavcısına tanınmıştır. Dolayısıyla başvuru kanun yararına temyiz yoluna gidilmesi istemi, sadece Danıştay Başsavcısının takdirine harekete geçirmeye yönelik bir talep olup, bu yöndeki başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin onama kararından sonra kanun yararına temyiz talebinde bulunulmasının esas kararın kesinliği ile bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Başvuru süresi yine nihai kararın tebliğ tarihi dikkate alınarak belirlenir.⁹⁶

Bununla birlikte Danıştay Başsavcısının kanun yararına temyiz yetkisini kullanması üzerine Bölge idare mahkemesi veya Danıştay dairesince talebin yerinde görülerek yeni bir karar verilir ise kanun yararına temyiz yolu etkili bir başvuru mekanizması haline gelmektedir.⁹⁷ Bu durumda kanun yararına temyiz talebi ile ilgili olarak verilen nihai

⁹⁵ Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.1058-1059.

⁹⁶ AYM kararı, Başvuru No: 2013/781, 26/3/2013, § 18.

⁹⁷ Benzer yöndeki bir kararda, "...Temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi" nin bir olağanüstü kanun yolu olarak düzenlendiği açıktır. Ancak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısınca bu yetki kullanılmış ise, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca Daire kararının kaldırılabilme ihtimali de görmezden gelinemez. Dairenin onama kararının kaldırılması üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen bozma kararı doğrultusunda ilk derece mahkemesine yeni bir karar verilecektir. Olağanüstü bir kanun yolu olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisinin, somut olayda geldiği aşama dikkate alındığında etkili olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu durumda, aynı dava sürecinin farklı düzlemlerde hem Anayasa Mahkemesince hem de Yargıtay

karara karşı başvuru süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunulması mümkündür.

3.3.6384 Sayılı Kanun Uyarınca Verilen Kararlar

AİHM, “Ümmühan Kaplan/Türkiye” kararında,⁹⁸ Türkiye’nin AİHS’in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve 13. maddesi bağlamındaki makul süre aşımı şikâyetleri hakkında yeterli ve uygun bir tatmin sağlayabilecek bir iç hukuk yolu oluşturması gerektiğine karar vermiştir. AİHM bu iç hukuk yolunun, kendisine sunulacak olan benzer başvuruların yığılmasını engellemek amacıyla, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılması tarihine kadar (23/9/2012) yapılacak olan ve kendi önünde halen derdest olan başvurularla ilgili olduğunu da vurgulamıştır.

Belirtilen AİHM kararı doğrultusunda, 6384 sayılı “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Olan Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun”la yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı veya mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla ve 23/9/2012 tarihi itibarıyla AİHM’e yapılmış başvurulara bakmakla görevli İnsan Hakları Tazminat Komisyonu kurulmuştur.⁹⁹

Tazminat komisyonun zaman bakımından yetkisinin belirlendiği 23/3/2013 tarihten önceye ilişkin özellikle uzun süreli yargılama veya mahkeme kararlarının uygulanmamasına dair şikâyetler, öncelikle tazminat komisyonuna başvuru yapılmak suretiyle incelenmektedir. Belirtilen kanunun 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, Komisyon kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz yoluna gidilebileceği ve itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu belirtilmiştir.

Ceza Genel Kurulunca yargısal incelemeye tabi tutulması, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurudaki ikincil nitelikteki rolüne uygun olmayacağından, başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarının öncelikle derece mahkemelerince incelenmesi gerekmektedir.” gerekçesine yer verilmiştir. AYM kararı, Başvuru No:2014/9044, 5/11/2014,

⁹⁸ AİHM kararı, Ümmühan Kaplan/Türkiye, Başvuru No: 24240/07, 20/3/2012, § 75.

⁹⁹ 16/3/2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 10/2/2014 tarih ve 2014/5917 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile tazminat komisyonunun zaman bakımından yetkisi 6 ay uzatılarak 23/3/2013 olarak yeniden belirlenmiştir.

6384 sayılı Kanun ile getirilen başvuru yolu, AİHM tarafından da tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmektedir. Komisyon'un görev alanına giren hususlarda aldığı karara karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesine yapılan itiraz üzerine verilen kararın ardından süresi içinde Anayasa Mahkemesine yapılan başvurular, başvuruya konu kamu gücü işlem, eylem ve ihmali 23/9/2012 tarihinden önce kesinleşmiş olsa da 6384 sayılı Kanun ile getirilen sistemin iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi nedeniyle bu Kanun uyarınca Komisyonun yetki alanına giren şikayetler bakımından Anayasa Mahkemesinin konu ve zaman bakımından yetkisi dâhilinde kabul edilerek incelenir.¹⁰⁰

Bu nedenle, Komisyon kararlarına karşı itiraz kanun yolu tüketilmesi gereken etkin bir yol olarak görüldüğünden, Ankara Bölge İdare Mahkemesine yapılan itiraz incelemesi sonucunda verilen kararın tebliği üzerine süresi içinde Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmalıdır.¹⁰¹

3.4.4483 Sayılı Kanun Uyarınca Verilen Kararlar

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Hakkında Kanunda, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili merciler belirtilmiş ve izlenecek usul ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

İlgili kanun uyarınca Cumhuriyet Başsavcılığı; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde bu durumu ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler. Soruşturma izni vermeye yetkili makamlar tarafından yapılan ön inceleme üzerine verilen kararlara karşı itiraz sistemi öngörülmüş

¹⁰⁰ AYM kararı, Başvuru No: 2013/9785, 17/7/2014, § 18-30.

¹⁰¹ Konu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi bir kararında, "Başvuru konusu olayda, Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 22/1/2014 tarih ve E.2013/321, K.2014/174 sayılı itirazın reddine dair kararı kesin olarak verilmiştir. Kesin nitelikteki bu karar, başvurucuya 5/3/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bireysel başvuruda aranan otuz günlük sürenin bu tarih dikkate alınarak başlatılması gerekmektedir. Bu tarihe göre başvurucunun otuz günlük sürenin en son günü olan 4/4/2014 tarihinde başvuru yapması gerekirken 7/4/2014 tarihinde yapılan başvuruda süre aşımı bulunduğu sonucuna varılmıştır." gerekçesiyle başvuruyu, süreaşımı nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. AYM kararı, Başvuru No:2014/5009, 21/7/2014, § 28-29.

olup, itirazlar Bölge idare mahkemesi veya Danıştay 1. Dairesi tarafından incelenir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.

Anayasa Mahkemesi, soruşturma izni kararlarına karşı itiraz yoluna gidilmesini, etkin ve tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olarak kabul etmektedir. Bu nedenle, Memurlar ve kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlara ilişkin sürecin şikâyet konusu yapılarak bireysel başvuruda bulunulabilmesi için öncelikle ön inceleme yetkili makamlarca verilen kararlara karşı idari yargı mercilerine başvurulmak suretiyle itiraz yoluna gidilmesi ve bu şekilde başvuru yollarının tüketilmesi gerekir.

İtiraz üzerine verilen kararların tebliği veya öğrenilmesi üzerine başvuru süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunulmalıdır. İtiraz üzerine verilen kararlara karşı karar düzeltme kanun yolu öngörülmediğinden, bu yöndeki talepler incelenmeksizin reddedilir. Başvuru süresi, nihai karar olarak kabul edilen itiraz kararının tebliğ tarihi dikkate alınarak hesaplanır.¹⁰²

4483 sayılı Kanun'un 11. maddesinde, soruşturma izninin itiraz edilmeden veya itirazın reddi sonunda kesinleşmesi ya da soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı yapılan itirazın kabulü üzerine dosyanın, derhal yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına gönderileceği, izin üzerine ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer kanunlardaki yetkilerini kullanmak suretiyle hazırlık soruşturmasını yürüterek sonuçlandıracağı belirtilmiştir.

Yetkili makamlarca verilen soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararlara yapılan itirazın reddi veya soruşturma izni verilmesine ilişkin kararlara yapılan itirazın kabulü durumunda idari yargı mer-

¹⁰² "Somut olayda, başvuruçunun, anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia ettiği Sivas Bölge İdare Mahkemesinin 13/3/2014 tarih ve E.2014/40, K.2014/58 sayılı soruşturma izni verilmemesine dair işlemin iptali talebinin süre aşımı nedeniyle reddedildiği kararı, 4483 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrası uyarınca kesin niteliktedir ve bireysel başvuru açısından başvuru yolları söz konusu kararla tüketilmiştir. Anılan kararın başvuruçuya 26/3/2014 tarihinde tebliğ edildiği tespit edildiğinden, bu tarihten itibaren otuz gün içinde, en geç 25/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunması gereken başvuruçunun, bu tarihten sonra, 13/6/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmış olup, başvuruçunun süresinde olmadığı değerlendirilmektedir." AYM kararı, Başvuru No:2014/9921, 21/10/2014, § 26.

ci kararları hazırlık soruşturmasını yürüten makama gönderilmekte ve yetkili savcılık kararı ile takipsizlik, kovuşturmaya yer olmadığı veya işlem den kaldırma kararları ile hazırlık soruşturması sonuçlandırılmaktadır.

Anayasa mahkemesi konu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında, memur yargılamasına ilişkin nihai kararın idari yargı mercileri tarafından verildiğini ve hazırlık soruşturmasını yürüten makam tarafından verilen kararların etkili olmadığını vurgulamıştır.¹⁰³ Bu durumda, başvuru süresi, idari yargı merci tarafından verilen kararın tebliğini izleyen günden itibaren hesaplanır.

4. BAŞVURU SÜRESİ İLE İLGİLİ ÖZEL DURUMLAR

Yukarıda değinildiği üzere, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması için olağan kanun yolları tüketildikten sonra başvuru süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunulabilir.

AİHM içtihadına göre, genel bir kural olarak başvuru, dava konusuyla ilgili ulusal içtihadı göre yapacağı bir temyiz başvurusunun başarısız olacağını ispat ederse, başvuruçunun iç hukuk yollarını tüketmiş olduğu kabul edilir.¹⁰⁴ AİHM, temyiz mahkemesinin yakın zamanda vermiş olduğu ve başvuruçunun davasına da uygulanacak nitelikteki bir karar varsa ve temyiz mahkemesinin bu kararı değiştirmesi ihtimal dâhilinde görünmüyorsa başvuruçunun, iç hukuk yollarını tüketmiş sayılacağı görüşündedir.¹⁰⁵

Anayasa Mahkemesi de temyiz başvurusunun başarısız sayılacağına ispat edilmesi durumunda, başvuruçudan derece Mahkemesince verilen son karara yönelik olarak temyiz yoluna başvurusunu beklemenin bireysel başvuru hakkının kullanılması önünde orantısız bir engel oluşturabileceği düşüncesindedir.¹⁰⁶ Bu durumun, etkisiz olduğu düşünülen herhangi bir konuda dava açma veya kanun yoluna

¹⁰³ AYM kararı, Başvuru No:2012/836, 20/3/2014.

¹⁰⁴ AİHM kararı, Kleyn ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No:39343/98, 6/5/2003, § 156.

¹⁰⁵ AİHM kararı, Salah Sheek/Hollanda, Başvuru No: 1948/04, 23/5/2007, § 121.

¹⁰⁶ AYM kararı, Başvuru No: 2013/7521, 4/12/2013, § 31.

gidilmemesi (örneğin idari yargı yerinde dava açma, itiraz, karar düzeltme kanun yoluna başvurulmaması) hallerinde de geçerli olduğu düşünülmektedir.

Etkisiz görüldüğü için olağan kanun yolları tüketilmeden başvuru yapılmış ise başvuru süresi, en son verilen/nihai karar tebliğ tarihi dikkate alınarak hesaplanır.

Bununla birlikte önemle vurgulamak gerekir ki ilgili başvuru yolunun etkisiz olup olmadığının her bir başvuru açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim somut başvuruda tüketilmeyen başvuru yolunun etkili olup olmadığı her başvuruda Anayasa Mahkemesi tarafından ayrıca irdelenmektedir.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, yargı kararının yerine getirilmemesine bağlı olarak etkisiz olduğu gerekçesiyle İdare Mahkemesi'ne yapılan başvurunun tüketilmesi gerekmediği sonucuna varmıştır. Kararda bu husus, *"Söz konusu idari uygulamaya ilişkin yukarıda belirtilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen başvuruçuların ihlal iddiasına konu olan twitter.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuruçuların idare mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır."* gerekçesiyle açıklanmıştır.¹⁰⁷

Mahkeme başka bir kararında ise adli yardım talebinin reddi sonrasında verilen davanın açılmamış sayılmasına ilişkin karara karşı açık olan temyiz yolunun, adli yardım talebi hakkında verilen kararın hukuksal denetimi yönünden başarısız olacağı iddiası ispat edilemediğinden anılan karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulmasının, iddia edilen ihlalin giderilmesi bakımından etkili ve öncelikli olup, bir ihlal iddiasının başvuru yolları tüketilmeden Anayasa Mahkemesince birey-

¹⁰⁷ AYM kararı, Başvuru No:2014/3986, 2/4/2014.

sel başvuru kapsamında incelenemeyeceği yolundaki kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir neden bulunmadığı gerekçesiyle başvuru yolları tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.¹⁰⁸

Bireysel başvuruya konu başvuru yollarının tamamının etkisiz olması halinde otuz günlük süre, şikâyetle konu olayın meydana geldiği ya da başvuru için hukuktaki hukuk yolunun etkisiz olduğunu anladığı ya da kendisini bu yola başvurmadan muaf tutan özel koşulları öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar.¹⁰⁹

Etkili olduğu kabul edilen bir hukuk yolunun zaman içinde etkisiz hale gelmesi de mümkündür. Böyle bir durumda otuz günlük sürenin başlangıç tarihi, başvuranın başvuru yolunun etkisizliğini ilk defa öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarih olarak kabul edilip başvuru süresinin hesaplanması gerekir.

Daha önce başvurulduğu ve reddedildiği için başarılı olunmayacağı belli olan başvuru yoluna, yeni delil veya husus ileri sürülmeksinde, yeniden başvuru yapılması durumunda ilk başvuruda verilen nihai kararın tebliğ tarihi dikkate alınarak başvuru süresi hesaplanır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesine başvuru için öngörülen otuz günlük süre, ilk talep hakkında verilen nihai kararın tebliğ tarihi dikkate alınarak hesaplanacağından, mükerrer başvurular nedeniyle başvuru süresinin tekrar başlatılmasının kabul edilmesi mümkün değildir.

Başvurucunun şikâyetine yönelik tüketilecek herhangi bir başvuru yolunun bulunmaması halinde otuz günlük sürenin başlangıcı, şikâyetle konu olayın ya da işlemin gerçekleştiği tarih olarak kabul edi-

¹⁰⁸ AYM kararı, Başvuru No:2013/7333, 20/3/2014, § 48. Mahkeme, yine bozmaya uyma kararına karşı temyiz yoluna başvuruyu tüketilmesi gereken bir yol olarak görmektedir. "...Başvurucu, ihlale neden oluşunu ileri sürdüğü Kastamonu İdare Mahkemesince verilen davanın reddine dair kararı temyiz etmemiş ve bu anlamda olağan kanun yollarını tüketmeden bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun, Danıştay ilgili Dairesi tarafından önceki kararın bozulması nedeniyle Mahkemece verilen ret kararını temyiz etmediğini belirtmesi olağan kanun yollarının tüketildiği anlamına gelmez. Zira davanın reddine dair karar, yeni bir karar olup, temyiz başvuru yolu açık olmak üzere hüküm kurulmuştur. Bu yolun başarısı konusunda şüphe duyulması iç hukuk yolunun tüketilmemesi için yeterli bir gerekçe olarak görülemez. Dolayısıyla ihlale neden olduğu ileri sürülen iddialara ilişkin olarak temyiz olağan kanun yoluna başvurulmaksızın yapılan başvuruda yargısal yollar tüketilmemiştir." AYM kararı, Başvuru No:2013/2991, 5/12/2013, §18.

¹⁰⁹ Uğur-Bakırcı, a.g.e., s.92.

lir. Bu bağlamda, örneğin uzun süreli yargılamaya ilişkin şikâyetler, yargılamanın sonucu beklenilmeksizin başvuru konusu yapılabilir.¹¹⁰ Yargılama sonucu beklenmiş ise nihai kararın tebliğinden itibaren en geç otuz gün içinde başvuru yapılması gerekir.

Hak ihlalinin devam ettiği durumlarda otuz günlük başvuru süresi, devam eden durumun sona erdiği tarihten itibaren başlar. Yargı kararlarının icra edilmemesi veya uzun süreli yargılamalara dayalı başvurularda hem hak ihlali devam etmekte hem de başvuru yapılabilecek bir merci bulunmamaktadır. Belirtilen yöndeki şikâyetlere ilişkin olarak, başvuru devam eden durumun sonra ermesinden önce de bireysel başvuruda bulunabilir. Zira burada başvuruya konu olan husus devam eden hak ihlalidir.

Her şikâyet açısından başvuru süresi yeniden hesaplanmaktadır. Otuz günlük süre kuralının bu süre içinde yapılan şikâyete ilave edilen yeni şikâyetler açısından da incelenmesi gerekir. Eğer otuz günlük süre sona erdikten sonra yapılan şikâyetler özü itibarıyla otuz günlük süre içinde ileri sürülmüş ya da bu süre içinde ortaya çıkmış maddi vakıalara dayanıyorsa incelenirler, aksi takdirde önceki şikâyetten farklı ve yeni olan bu şikâyetler, mevcut şikâyet kapsamında incelenmezler.¹¹¹

2577 sayılı Kanun'un 29. maddesinde Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar yeterince açık değilse yahut birbirine aykırı hüküm fıkralarını taşıyorsa, taraflardan

¹¹⁰ "Makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiasını içeren başvurular açısından, Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen kanun yollarının tüketilmesi şartı, ancak makul sürede yargılama yapma yükümlülüğüne ilişkin etkin bir başvuru yolunun bulunması durumunda geçerli olabilecektir. Yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleştirilmesini temin eden, bir başka ifade ile yargılamanın uzamasını önleyici etkiye sahip olan veya yargılamanın makul sürede yapılmaması sonucunda oluşan zararları tespit ve tazmin edici nitelik taşıyan bir idari veya yargısal başvuru yolunun var olması halinde, bireysel başvuruda bulunulmadan önce bu başvuru yolunun tüketilmesi şartı aranacaktır. Ancak hukuk sistemimizde, yargılama faaliyetinin uzamasını önleyici veya yargılama faaliyetinin uzamasından doğan zararları giderici etkiye sahip, Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasının kastettiği nitelikte etkin bir başvuru yolu bulunmadığı anlaşıldığından, başvuru kanun yollarının tüketilmesi yönünden kabul edilebilir niteliktedir." AYM kararı, Başvuru No:2012/13, 2/7/2013, § 28.

¹¹¹ Ekinci-Bahadır, a.g.m.s.366.

her birinin kararın açıklanmasını veya aykırılığın giderilmesini isteyebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı Kanun'un 30. maddesinde ise iki tarafın adı ve soyadı ile sıfatı ve iddiaları sonucuna ilişkin yanlışlıklar ile hüküm fıkrasındaki hesap yanlışlıklarının düzeltilmesinin kararı veren mahkemeden talep edilebileceği belirtilmiştir.

Açıklama ve yanlışlıkların düzeltilmesi talepleri üzerine verilen kararlar, bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken etkili bir yol niteliğinde olmayıp¹¹², bu yollara gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Bu durumda, nihai kararın tebliğ tarihi dikkate alınarak başvuru süresi hesaplanır.

5. BAŞVURUNUN SÜRESİNDE OLUP OLMADIĞININ İRDELENME USULÜ

İçtüzük'ün 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, başvurunun; süresinde yapılmadığının bireysel başvuru bürosunca ön inceleme aşamasında tespit edilmesi durumunda, başvurunun idari yönden reddine karar verilir. Komisyonlar baş raportörü tarafından verilen idari ret kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde ilgili komisyona itiraz edilebilir. Komisyon tarafından verilen kararlar kesin olup bu kararlara yeniden itiraz edilemeyeceği gibi bu kararlar yeni bir bireysel başvuru konusu yapılamaz. Çünkü 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları, bireysel başvurunun konusu olamaz.¹¹³

İdari ret kararına itiraz edilir ise komisyonlarca dosya üzerinde inceleme yapılarak karar verilir. İtiraza ilişkin başvurunun karara bağlanması için bölüm tarafından ilke kararı alınması gerekli görülür ise, İçtüzük'ün 33. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca kabul edilebilirlik incelemesinin bölüm tarafından yapılmasına ve dosyanın ilgili bölüme gönderilmesine karar verilir ve idari ret kararına itiraz talebi ilgili bölüm tarafından karara bağlanır.

¹¹² AYM kararı, Başvuru No:2014/505, 17/7/2014.

¹¹³ "6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının bireysel başvuru konusu olamayacağı öngörülmüştür. Somut olayda, Anayasa Mahkemesinin 7/4/2014 tarih ve 2013/6586 sayılı kararı aleyhine başvuruda bulunulmuştur. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer verilen açık hüküm karşısında aleyhine başvuruda bulunulan Anayasa Mahkemesi kararının bireysel başvuru konusu yapılabilmesi mümkün değildir." AYM kararı, Başvuru No:2014/7050, 17/9/2014, § 9-10.

Bireysel başvuru usulünde, otuz günlük başvuru süresi kesin olup, bu husus başvurunun her aşamasında re'sen incelenir.¹¹⁴ Bu nedenle başvurunun süresinde olmadığı hususu ön inceleme aşaması geçtikten sonra, ancak nihai karar verilmeden önce herhangi bir aşamada tespit edilir ise, ilgili komisyon veya bölüm tarafından, süreaşımı nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilerek başvuru reddedilebilir. 6216 sayılı Kanun ve İçtüzükte, mahkemenin yargı yetkisini kullanan komisyon veya bölüm formasyonları tarafın verilen bütün kararların kesin olduğu belirtilmiş ve süreaşımı nedeniyle kabul edilemezlik kararlarına karşı itiraz yolu öngörülmemiştir.

Kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında, Anayasa Mahkemesince bireysel başvurular, kabul edilebilirlik kriterleri hiyerarşisi¹¹⁵ doğrultusunda incelenmektedir. Mahkemece oluşturulan hiyerarşi listesinde yer alan kriterlerden önce gelenler, başvuruda karşılanmamışsa sonra gelen diğer kriterler açısından inceleme yapılmamaktadır. Örneğin kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında, başvurunun konu bakımından yetkisizlik kapsamında olduğu tespit edilir ise, bu sebeple kabul edilemezlik kararı verilmek suretiyle başvuru reddedi-

¹¹⁴ AYM kararı, Başvuru No:2013/1582, 7/11/2013, §19, Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Belaousof ve Diğerleri/Yunanistan, Başvuru No:66296/01, 27/5/2004, § 38.

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi kabul edilebilirlik hiyerarşisi şu şekilde belirlenmiştir.
 A-Bireysel Başvuru Bürosu Aşaması
 1. Şekil eksikliği incelemesi (6216 S.Kanun m. 48/1, İçtüzük m. 66/1)
 2. 30 gün kuralı (6216 s. Kanun madde 47/5)
 B- Komisyon Ve Bölümler Aşaması
 1.Mükerrer başvuru
 2.Mahkemenin yetkisine ilişkin kabul edilmezlik nedenleri (6216 S.Kanun m. 45/1, 46/1)
 - Kişi bakımından yetkisizlik
 - Yer bakımından yetkisizlik
 - Zaman bakımından yetkisizlik
 - Konu bakımından yetkisizlik
 3.Başvuru yollarının tüketilmesi (6216 S.Kanun m. 45/2)
 4.Açıkça dayanaktan yoksunluk (6216 S.Kanun m. 48/2)
 - Bir ihlalin olmadığına açık olduğu şikâyetler
 - Kanıtlanmamış şikâyetler
 - Karmaşık ve zorlama şikâyetler,
 - Temyiz mercii şikâyeti
 5. Başvuru hakkının kötüye kullanılması (6216 S.Kanun m. 51)
 6. Başvurunun Anayasal açıdan önem taşımaması ve önemli bir zararın bulunmaması (6216 S.Kanun m. 48/2)
 7. Düşme talebi (6216 S.Kanun m. 50/5)

lır. Ayrıca, başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği, başvurunun temellendirilip temellendirilmediği, başvurunun anayasal açıdan önem taşıyıp taşımadığı gibi daha sonra gelen kriterlere uygunluk açısından başvuru incelenmez. Önemle vurgulamak gerekir ki belirtilen kriterler kesin bir şekilde uygulanmamakta olup bazen bir kriterin diğeri yerine kullanılması mümkündür.

SONUÇ

Başvuru konusu hak ihlalinin idarenin işlem veya eyleminden kaynaklanması durumunda öncelikle 2577 sayılı Kanun'da yer verilen usule uygun olarak iptal veya tam yargı davası açılarak ihlalin ortadan kaldırılması yoluna gidilmelidir. Hak ihlalinin bu mercilerce giderilmemesi ya da özellikle uzun süreli yargılama konusunda olduğu gibi yargılama safahatına dair şikâyetlerin bu aşamada ortaya çıkması durumunda otuz günlük süre içerisinde bireysel başvuruda bulunabilir.

Yine 4483 sayılı Kanun ve 6384 sayılı Kanun uyarınca nihai olarak verilen Bölge İdare Mahkemesi kararlarına karşı otuz günlük başvuru süresi içerisinde bireysel başvuru yoluna gidilebilir. Başvuru süresinin başlangıç tarihi, başvurucunun nihai kararın bir örneğini aldığı veya kararın varlığını öğrenip alabilecek durumda olduğu tarih göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenir. Medeni yargı ve ceza yargılamasından farklı olarak idari yargı merci kararlarına karşı yapılacak başvurularda başvuru süresi kural olarak tebliğ tarihi dikkate alınarak hesaplanır. Tebligat yapılmamış veya usulüne aykırı yapılmış ise öğrenme tarihine göre de başvuru süresi hesaplanabilir.

İdari yargı mercileri tarafından verilen kararlara karşı genellikle olağan kanun yolları tüketildikten sonra bireysel başvuruda bulunulmaktadır. 6216 sayılı Kanun ile otuz gün olarak belirlenen başvuru süresi ile başvuruculara, başvuruda bulunup bulunmamayı değerlendirme ve bu süre içerisinde ileri sürülecek şikâyet ve somut delilleri ortaya koyma yönlerinden yeterli zaman sunulduğu düşünülmektedir.

Özellikle başvuru sisteminin yeni olması ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarının tam olarak oluşmamış olması nedeniyle başvurucular tarafından, başvuru süresinin başlangıcı ve sona ermesi ile başvuruya konu tüketilmesi gereken yolların hangi olduğunun tam olarak bilinmemektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların

önemli bir kısmı, otuz günlük başvuru süresi içerisinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir. Anayasa Mahkemesi başvuru süresi ile ilgili olarak genellikle AİHM içtihatları doğrultusunda karar vermektedir.

2577 sayılı Kanun'un bazı maddelerinde 6545 sayılı Kanun ile önemli değişiklikler yapılmış, bu bağlamda temyiz kanun yolu yeniden düzenlenmiş ve itiraz ile karar düzeltme kanun yolları kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesinin, yeni kanun yollarının tüketilmesi sonucunda verilecek kararlara karşı başvuru süresini, konu ile ilgili mevcut içtihatları doğrultusunda yeniden değerlendireceği düşünülmektedir.

Kaynakça

- Akçaoğlu Levent-Erdal Uğur-Çınar Özgür Heval, "Hukuk ve İdare Hukuku Davaları- AİHM'e Yapılan Başvurularda Altı Ay Kuralı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Temmuz 2008, Sayı:55.
- Alangoya H. Yavuz, *Medeni Usul Hukuku Esasları II*, İstanbul 2001.
- Anayurt Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- Atasoy Hakan, "Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2012.
- Aydın Öykü Didem, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, 2011, Sayı:4.
- Bilge Necip, *Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Ankara 1973.
- Candan Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Çağlayan Ramazan, *İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Çınar İbrahim-Çınar Sinan, "Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi İle Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2014, Sayı:4.
- Ekinci Hüseyin, "Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü", *Bireysel Başvuru, "Anayasa Şikâyeti" HUKAB Sempozyum Serisi 1, HUKAB Yayınları*, 2011.
- Ekinci Hüseyin-Bahadır Ali, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Altı Ay Kuralı", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları*, Ankara 2012.

- Ekinci Hüseyin-Sağlam Musa, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2014.
- Erdal Uğur-Çınar Özgür Heval, "AİHM'e yapılan başvurularda Altı Ay Kuralı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Haziran 2008, Sayı:54.
- Gözler Kemal, İdare Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa 2005.
- Gözübüyük Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Yayınevi, Ankara 2005.
- Karakaş Işıl, "Anayasa Şikayeti ve AİHM", AİHM ve Türkiye-II Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2010.
- Karaman Ebru, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2000.
- Nalbant Atilla, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru", AİHM ve Türkiye-II Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2010.
- Odyakmaz Zehra-Kaymak Ümit-Ercan İsmail, İdari Yargı, İkinci Sayfa Yayıncılık, İstanbul 2006.
- Özbey Özcan, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2013.
- Sağlam Musa, "Bireylerin Anayasa Mahkemesine Başvurusu (Bir Reform Önerisi)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2005, Sayı:60.
- Şahbaz İbrahim, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru", Türkiye Barolar Birliği Yayınları:201, Ankara 2011.
- Şen Ersan-Özdemir Bilgehan, "Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", *Terazi Dergisi*, Sayı:5, Mart 2011.
- Şirin Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2013.
- Taşdelen Okan, "Biri Sizi Gözetliyor: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Penceresinden Bireysel Başvuru Hakkı", HUKAB Yayınları, Sayı:2, Temmuz-Eylül 2012.
- Tuncay H. Aydın-Özdeş Orhan-Başpınar Recep, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1986.
- Turan Hüseyin, "Ceza Mahkemelerince Verilen Kararlar Bakımından Bireysel Başvuruda Başvuru Süresi", *Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2014, Sayı:17.
- Uğur Erdal-Bakırcı Hasan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi Uygulama El Kitabı, OMCT El Kitapları Serisi, C.1, 2006.
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, C.I-II.
- Yılmaz Ejder, (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

YARGI MENSUPLARININ DENEYİMİ İLE “MOBBING” “MOBBING” (PSYCHOLOGICAL HARASSMENT) EXPERIENCE BY THE MEMBERS OF THE JUDICIAL ORGANIZATION

Ahmet KAYA*
H. Ebru ERDOST ÇOLAK**

Özet: “Bir veya birden çok kişinin genellikle bir kişiye sistematik olarak yönelttikleri düşmanca ve etik dışı davranışlar içeren ve bu davranışlara maruz kalan kişinin savunmasız ve yardıma muhtaç duruma düştüğü bir süreç” olarak tanımlanan mobbing (psikolojik taciz) konusu, bu araştırmada yargı teşkilatında incelenmiştir. Öncelikle mobbing kavramı ve hukuk sistemi içinde mobbingin yeri için kavramsal bir çerçeve çizilmiş, çeşitli ülke örneklerinde yasal düzenlemelere değinilmiştir. Ardından, hâkim ve savcılarının mobbing algısı, deneyimi, yasalara ilişkin tespitleri ve önerileri çalışmanın bulgular ve sonuç kısımlarında sunulmuştur. 412 hâkim ve savcının katıldığı araştırmada, katılımcıların mobbinge maruz kalma sıklığının % 18,1 olduğu saptanmış; mağdurların demografik özellikleri, izledikleri yöntemler, vb. detaylar sunulmuştur. Yargı mensuplarınca ülkemizdeki yasal düzenlemelerin yetersiz olduğu vurgulanarak, önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: mobbing, psikolojik taciz, yargı teşkilatı, hâkim, savcı

Abstract: This study examined the issue of mobbing (psychological harassment), which is defined as “as one or more people systematically exercising hostile and unethical behaviour generally towards a person, leading that person to be needy and vulnerable”, in judicial organization in Turkey. First, the concept of psychological harassment was conceptually framed within the legal system, and legal regulation examples in various countries were mentioned. Then, the perception, experience and recommendations of the judges and prosecutors about psychological harassment in relation to the law were presented in the findings and conclusion section of the study. In a survey of 412 judges and prosecutors, the frequency of exposure to psychological harassment was found as 18.1%. Other findings, such as the demographic characteristics and methods followed to cope with mobbing experience, were also presented in detail. The inadequacy of the legal regulations as seen by the members of the judicial organization in our country was highlighted and some suggestions were made.

Keywords: mobbing, psychological harassment, judicial organization, judge, prosecutor

* Ankara Üniversitesi S.B.F., Araştırma Görevlisi, ahmtkaya@ankara.edu.tr

** Ankara Üniversitesi S.B.F., Yardımcı Doçent Dr., erdost@politics.ankara.edu.tr

GİRİŞ

Mobbing (psikolojik taciz), günümüz çalışma koşullarında önemi ve kendisine gösterilen akademik ilginin gittikçe arttığı bir konudur. Mobbingin doğasına, taraflarına, etkilerine, ilişkili çeşitli kavramlara ve çeşitli sektör örneklerine yönelik çok sayıda çalışma olsa da, mobbingin yargı teşkilatında araştırıldığı akademik bir çalışmaya rastlanmamış olması dikkatimizi bu yöne çevirmiştir. Yargı mensuplarının mobbinge dair algı tutum ve deneyimlerinin ne olduğunun saptanması, Türkiye’deki mobbinge ilişkin gerekli yasal düzenlemelerin sorgulanması, konuya diğer ülke örnekleri ile bakılması, yargı mensuplarının ortaya koyacakları görüş ve tavsiyelerin anlamlı ve faydalı olacağı gerekçesiyle Yargı Teşkilatında mobbing algısı, tutumu ve deneyimi çalışma konusu olarak seçilmiştir. Bu bağlamda hâkim ve savcılara yönelik bir araştırma yapılmıştır. Çalışma, mobbingin bilinirliğinin artması için de önem arz etmektedir.

A. MOBBING KAVRAMI ve HUKUK SİSTEMİNDE MOBBINGİN YERİ İÇİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE

İngilizce kanun dışı şiddet uygulayan düzensiz kalabalık veya çete anlamına gelen “mob” sözcüğü, Latince “kararsız kalabalık” anlamında kullanılan “mobile vulgus” sözcüklerinden türeyen¹ bir terim olan mobbing olgusunu Heinz Leymann; bir veya birden çok kişinin genellikle bir kişiye sistematik olarak yönelttikleri düşmanca ve etik dışı davranışlar içeren ve bu davranışlara maruz kalan kişinin savunmasız ve yardıma muhtaç duruma düştüğü bir süreç olarak tanımlamaktadır.²

Mobbing davranışlarının yüksek sıklığı (en az haftada bir) ve uzunca bir periyoda (en az altı ay) yayılmış olması, kişide belirgin zihinsel, psikosomatik ve sosyal tükenmişlik gibi rahatsızlıkların oluşmasına yol açar.³ Mobbing, kişinin özsaygısını çalan, kendine olan

¹ Pınar Tınaz, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, İstanbul: Beta Yayınları, 2011, s.7.

² Heinz Leymann, “The Definition of Mobbing at Workplaces”, <http://www.leymann.se/English/frame.html>

³ Heinz Leymann, “The Definition of Mobbing at Workplaces”, <http://www.leymann.se/English/frame.html>

özgüvenini azaltan, kişiyi uykusuzluğa sürükleyen, onu depresyona, panik atağa ve birçok benzeri rahatsızlığa mahkûm eden⁴, genelde eğitilmiş ve başarılı kişilerin yaşadığı⁵ bir durumdur.

Mobbing olgusunun iş hayatına girmesi, 1980'li yıllarda Heinz Leymann ile olmuş, sonrasında birçok ülkede pek çok araştırmacı tarafından farklı disiplinlerde araştırılıp, çalışılmıştır. Türkiye'de mobbing olgusunun tanınması ve mobbinge ilişkin araştırmaların yapılması 2000'li yıllardadır. Bugün mobbing olgusu, dünyada birçok ülke tarafından suç kabul edilmekte ve mobbingi önleyici, etkisini azaltıcı tedbirler, gerekli yasal düzenlemeler hayata geçirilmektedir.

Heinz Leymann tarafından, mobbingi tanımlayan kırk beş davranış ortaya konulmuştur. Leymann'a göre mobbingin oluşabilmesi için bu davranışların tamamının gerçekleşmesi gerekmektedir.⁶ Kırk beş davranış, beş alt başlıkta toplanmıştır. Bunlar; kendini göstermeyi ve iletişim oluşumunu engellemek; sosyal ilişkilere saldırı, itibara saldırılar, kişinin yaşam kalitesi ve mesleki durumuna saldırı, kişinin sağlığına doğrudan saldırılar⁷ şeklinde ifade edilir.

Çalışma hayatında meydana gelen mobbing sürecinde yer alan aktörler üç grupta yer alır: Mobbing uygulayanlar (saldırganlar, tacizciler), mobbing mağdurları (kurbanlar) ve mobbing izleyicileri. Bu üç grupta yer alan aktörlerin her birinin kendine özgü özellikleri ve davranışları vardır; aktörler birbirlerini de etkilemektedir.⁸

Zapf ve Einarsen'e göre mobbing uygulayanlar, üç durum söz konusu olduğunda mobbing yoluna başvururlar:⁹

1. Mobbingci, kendi özsaygısının tehlike altında olduğunu gördüğü zaman, özsaygısını korumak için mobbinge yönelir.

⁴ Andrea Adams, "Bullying at Work", Journal of Community & Applied Social Psychology, V.7, 1997, s.178.

⁵ Kimberly Vess Halbur, "Bullying in The Academic Workplace", Academic Leader, V.21, N.11, 2005, s.3-7.

⁶ Noa Davenport, Ruth Distler Schwartz ve Gail Pursell Elliot, Mobbing: İşyerinde Duygusal Taciz (Çeviren: Osman Cem ÖnerToy), İstanbul: Sistem Yayıncılık, 2003, s.17.

⁷ Davenport, Schwartz ve Elliot, age, s.18.19.

⁸ Tınaz, age, s.67.

⁹ Dieter Zapf ve Stale Einarsen, "Individual Antecedents of Bullying: Victims and Perpetrators", Bullying and Harassment in the Workplace: Developments in Theory, Research, and Practice, London: Taylor & Francis, 2011, s.183-184.

2.Sosyal yeteneklerinin eksikliği sonucu bu eksikliği giderme adına mobbinge yönelir.

3. Mikropolitik sebeplerle mobbinge yönelir.

Leymann ise, insanları mobbing yapmaya yönelten 4 temel etmen ortaya koyar:¹⁰

1. Birisini bir grup kuralını kabul etmeye zorlamak.

2. Düşmanlıktan hoşlanmak.

3. Can sıkıntısı içinde zevk arayışı.

4.Önyargıları pekiştirmek.

Mobbing mağdurları, mobbing sürecinde çeşitli bedeller ödeyen, süreç içerisinde günden güne hayatı kâbusa dönen, yaşama sevincini kaybeden, kendini tanımaz hale gelen, sahip olduklarını (sağlık, iş, huzur, aile, sosyal ilişkiler vb) bir bir kaybeden taraftır. Mobbing mağdurları, korku, uyumada güçlük gibi post travmatik etkiler bırakan bir sürecin¹¹ kurbanıdırlar. Özellikle yaratıcı insanların ortaya koydukları yeni fikirlerle, diğer çalışanları ve üst kademede olanları rahatsız ettiği ve bunun da onları mobbing mağduru olma tehlikesiyle baş başa bıraktığı da ifade edilmektedir.¹²

Mobbing izleyicileri, kurbanın kendi çalışma arkadaşları olabildiği gibi, amiri veya pozisyon olarak kendisinden alt kademede bulunan diğer çalışanlar da olabilmektedir. İzleyiciler (mobbinge tanıklık edenler), mobbingcinin hedef alanına girmemek için mobbing mağdurdan uzak dururlar.¹³

Mobbing aşamalardan oluşan, aşamalar arttıkça şiddeti ve boyutu da artan, mağdurun etkilenme derecesinin de arttığı bir süreçtir. Mobbing süreci genelde taraflar arasındaki bir çatışmayla başlamakta-

¹⁰ Davenport, Schwartz ve Elliot, age, s.38.

¹¹ Lene Olsen, "Preventing workplace violence -we can't afford not to", http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/publication/wcms_111456.pdf

¹² Şule Soyer, "Mobbing: İşyerinde Duygusal Saldırı",

http://www.alomaliye.com/sule_soyer_mobbing.htm

¹³ Klauss Niedl, "Mobbing and well-being: Economic and personnel development implications", European Journal of Work and Organizational Psychology, Vol.5, N.2, 1996, s.239.

dır. Bu aşamada, çatışmanın örgüt tarafından yönetilmesi ve örgütün mobbing önleyici tedbirleri alması gerekmektedir.¹⁴

Leymann mobbing sürecini; *kritik olay, saldırgan eylemler, yönetimin katılımı, yanlış teşhis ve işten kovulma* şeklinde beş aşamaya ayırmıştır.¹⁵

Mobbing, mobbingcinin ve mobbing mağdurunun buldukları pozisyonlara ve aralarındaki ilişkiye göre ele alındığında, üç türe ayrılmaktadır:¹⁶ Yukarıdan Aşağıya Mobbing, Aşağıdan Yukarıya Mobbing ve Yatay Mobbing. Yapılan araştırmalar, en yaygın mobbing türünün, yukarıdan aşağıya olan mobbing türü olduğunu ortaya koymaktadır.¹⁷

Günümüzde mobbing birçok ülke tarafından bilinen, tanınan ve üzerinde ciddiyetle durulan bir olgu haline gelmiştir. Pek çok ülkede mobbingi önleyici, mağdurların tedavisine ve güvence altına alınmasına yönelik yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, İsveç, Finlandiya ve Norveç, çalışanlarının fiziksel ve zihinsel sağlıklarını yasalarla güvence altına almışlardır. İsveç Mesleki Sağlık ve Güvenlik Kurulu, üç aşamadan oluşan ve işverene çeşitli sorumluluklar yükleyen bir düzenlemeyle mobbing önleyici yasayı hayata geçirmiştir.¹⁸

Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından imzalanan ve sosyal hakları güvence altına almayı amaçlayan 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı ve 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, çalışanlar için diğer ileri haklar ve güvencelerin yanında, üye ülkelerin mobbing konusunda da duyarlı olmasını ve mobbing önleyici tedbirler almasını öngörmektedir.¹⁹

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın, "Onurlu Çalışma Hakkı" başlığını taşıyan şartın 26. Maddesinin 1. Fıkrası işyerinde

¹⁴ Çiğdem Kirel, "Örgütlerde Mobbing Yönetiminde Destekleyici Ve Risk Azaltıcı Öneriler", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.7, S.2, 2007, s.324.

¹⁵ Heinz Leymann, "Mobbing - its Course Over Time", <http://www.leymann.se/English/frame.html>

¹⁶ Tınaz, age, s.124.

¹⁷ Wim Vandekerckhove ve M. S. Ronald Commers, "Downward Workplace Mobbing: A Sign of the Times?", Journal of Business Ethics, V.45, N.1/2, 2003, s.42.

¹⁸ Heinz Leymann, "Measurements Against Mobbing", <http://www.leymann.se/English/20100E.HTM>

¹⁹ Pınar Tınaz, Fuat Bayram ve Hediye Ergin, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul: Beta Yayınları, 2008, s.155-156.

cinsel tacizi düzenlerken, cinsel tacizi kapsamayan 2. Fıkrasında ise onurlu çalışma hakkını zedeleyen sözlü taciz ya da kasıtlı mobbing biçimlerini düzenlemektedir.²⁰

Mobbinge karşı özel yasal düzenleme yapan ilk Avrupa Birliği ülkesi olan İsveç'te, “İşyerinde Mağduriyet Hakkında Kararname” Mart 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²¹Fransa'da mobbing tanımı, 2002-73 sayılı ve 17.01.2002 tarihli kanunla yapılmıştır. 20.01.2002 tarihinden itibaren yürürlükte olan Fransız İş kanuna “mobbingle mücadele” adlı bir bölüm eklenmiştir.²²Belçika'da, Belçika İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Yasası'nın 4. ve 32. Maddesinin alt bölümlerinde, işte şiddet, psikolojik tacizve cinsel taciz konuları düzenlenmiştir.²³Finlandiya'da fiziksel şiddet ile birlikte psikolojik şiddeti de içeren İş Güvenliği ve İşçi Sağlığı yasası 2000 yılında yürürlüğe girmiştir.²⁴İngiltere'de şiddet tanımı, mobbing olgusunu da içeren yeni bir tanımla genişletilmiş ve bu durum, mobbinge temel bir dayanak oluşturmuştur. Mobbinge maruz kalan işçinin, mobbingten dolayı istifa etmesi “haklı nedenlerle fesih” sonucunu doğurmaktadır. İngiltere'de mobbinge yönelik özel politikalar geliştiren yerel yönetimlerle birlikte, mobbinge ilişkin sendikaların da ciddi görevler üstlendikleri görülmektedir. Bölgesel destek ağı oluşturan sendikalar haricinde, bazı sendikalar psikolojik taciz danışmanı görevlendirmektedir.²⁵Danimarka'da 2004 yılında hazırlanan yasa tasarısına, psikolojik taciz sonucunda ortaya çıkan psikolojik rahatsızlıklara ilişkin önlemler de eklenmiştir.²⁶ABD'de 50 eyaletin hiçbirinde salt mobbinge ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen, Medeni Kanun yasaları gibi bazı yasalar, mobbinge ilişkin davalarda, mağdurların savunmasında başarıyla kullanılmaktadır.²⁷ ABD'de mobbinge ilişkin davalarda, ayrımcılık hükümleri kıyas yoluyla kullanılmaktadır.²⁸Mobbing olgusunun neredeyse herkesçe bi-

²⁰ Tınaz, Bayram, Ergin, age s.157.

²¹ Age, s.223.

²² Savaş Bozbel ve Serap Palaz, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları”, Tisk Akademi, S.1, 2007, s. 71.

²³ Tınaz, Bayram ve Ergin, age, s.228.

²⁴ Tınaz, age, s.3.

²⁵ Selahattin Bayram, “Psikolojik Taciz(Mobbing) ve Başbakanlık Genelgesi”, Mali Çözüm, C.21, S.104, 2011, s.321.

²⁶ Tınaz, age, s.3.

²⁷ Davenport, Schwartz ve Elliot, age, s.161.

²⁸ Kemal Altuğ Özgün, “İşyerinde Mobbing ve Mobbingin Hukuki Değerlendirme-

lindiği Almanya’da, mobbingin yasal düzeyde tanınmasında sendikal faaliyetlerin etkisi oldukça büyük olmuştur. Sendikalar tarafından, toplu iş sözleşmelerine mobbinge ilişkin maddeler de eklenmiştir ve böylelikle mobbingin toplu sözleşmenin ihlaline neden olacağı belirtilmiştir. Almanya’da mobbing mağdurları erken emeklilik isteyebilmektedir ve ayrıca ülke genelinde mağdurların başvurup, destek alabilecekleri kamusal merkezler bulunmaktadır.²⁹Hollanda’da işveren, iş yerinde cinsel taciz, psikolojik taciz ve şiddete karşı işçiyi korumakla mükelleftir. Söz konusu düzenleme, cinsel ve psikolojik taciz, ırkçılık, işyerinde şiddet gibi her türlü istenmeyen davranışı kapsamaktadır.³⁰

Türkiye’de mobbinge yönelik mevcut herhangi bir yasal düzenleme olmamasına rağmen, başta Anayasa olmak üzere iş yasası, ceza yasası ve borçlar hukukunda yer alan birçok madde mobbinge ilişkin hüküm içermektedir. Ayrıca, 26. Maddesiyle “Onurlu Çalışma Hakkını”³¹düzenleyen Avrupa Konseyi’nin 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartı 22 Mart 2007 tarihinde Türkiye tarafından onaylanmıştır (5547 sayılı -Gözden Geçirilmiş- Avrupa Sosyal Şartının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun). Avrupa Konseyi’nin 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartı’nın 26.maddesi ve 5 Temmuz 2006 tarihli “İstihdam ve İş Yaşamında Kadınlar ve Erkekler Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkesi” başlığını taşıyan Avrupa Birliği yönergesi Türkiye tarafından da kabul edilmiştir ve bağlayıcılığı vardır.³²19 Mart 2011 tarihli, 27879 sayılı Resmi Gazete’de Başbakanlık tarafından yayınlanan “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi Genelgesi” dikkatlerin mobbing olgusuna yönelmesini sağlamıştır.

si”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1293.htm

²⁹ Tınaz, age, s.4.

³⁰ Bayram, age, s.321.

³¹ Onurlu Çalışma Hakkını düzenleyen Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 26.maddesinin 2.fıkrası: “Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı; taahhüt eder”.

³² “İşyerinde Psikolojik Şiddet/ Mobbing Sempozyumu Kapanış Bildirgesi”, 17 Mart 2011, s.12-13.,

http://www.mobbing.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=88:mobbingle-muecadele-sempozyumu-kapan-bildirgesi&catid=25:sempozyum&Itemid=11

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bulunan birçok madde, mobbing olgusunun yaşanmamasını sağlayabilecek, iç hukuk düzenlenmesi niteliğindedir.³³ 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu ile birlikte mobbing, “Psikolojik Taciz” adıyla düzenlenmiştir. “İşçinin Kişiliğinin Korunması” başlıklı 417.maddenin 1.fıkrası işverene işçinin kişiliğini koruma, kişiliğine saygı gösterme, sağlığını gözetme, işyerinde ahlaka uygun bir düzenin gerçekleşmesini sağlama yükümlülüğü getirmektedir.³⁴

Mobbinge maruz kalan çalışanlar, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5.ve 24.maddesinde öngörülen hükümler nedeniyle yasal haklarını arayabilmektedirler.³⁵ Ceza Hukuku açısından, mobbing uygulayan kişinin sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırı olarak bir suç türüne giren bir fiilin kasten işlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mobbing uygulayan; Kasten yaralama (TCK md. 86), Taksirle yaralama (TCK md. 89), Hakaret (TCK md. 125), intihara yönlendirme (TCK md. 84) gibi suç tiplerinden sorumlu tutulabilmektedir.³⁶

Mobbinge maruz kalan çalışanlar aynı zamanda, 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 105’inci maddesinde ve 117.maddesinde öngörülen hükümler nedeniyle yasal haklarını arayabilmektedirler.³⁷

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 23. ve 24. maddeleri kişiliğin korunmasına dair maddelerdir ve mobbingle ilişkilendirilmesi mümkündür. Kişilik haklarına yapılan saldırılar sonucu hak kaybına uğrayan ve bundan zarar gören mobbing mağduru birey, Türk Medeni Kanunu’nun 25.maddesi geçince tazminat talebinde bulunabilmektedir.³⁸

İzleyen bölümde, yargı mensuplarının mobbinge ilişkin deneyimlerini, yasal düzenlemelere dair tespit ve önerilerini araştıran çalışma sunulmaktadır.

³³ Şamil Demir, “Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C.67, S.2, 2009, s.139.

³⁴ Ümit Işıl Gültekin, “ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Mobbing” <http://www.gultekin hukuk.com/tr/Sayfalar/Publications/Docs/6f3ef77a-c0e3619i.pdf>

³⁵ Bayram, agm, s.318.

³⁶ Bozbel ve Palaz, age, s.72.

³⁷ Bayram, agm, s.319.

³⁸ Gülnur Erdoğan, “Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz),” http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2009-83-535.pdf

B. MOBBING (PSİKOLOJİK TACİZ) ÜZERİNE YARGI TEŞKİLATINDA BİR ARAŞTIRMA

1. ÇALIŞMANIN AMACI VE ARAŞTIRMA SORULARI

Bu çalışmanın temel amacı, hâkim ve savcılarının mobbinge dair algı, tutum ve deneyimlerini ortaya koymak, hâkim ve savcılarda görülen mobbingin hangi boyutlarda olduğunu tespit etmektir. Çalışmanın bir diğer amacı ise, mobbingin Türkiye'deki hukuksal zeminine ilişkin hâkim ve savcılarının görüşlerini ve tavsiyelerini aktarmaya çalışmaktır. Bu amaçlar doğrultusunda araştırma soruları:

- 1: Hâkim ve savcılarda mobbingin görülme sıklığı nedir ve mobbingin görülme sıklığı ile demografik özellikler arasında anlamlı bir farklılık var mıdır?
- 2: Hâkim ve savcılar hangi zaman dilimlerinde mobbinge maruz kaldıklarını düşünmektedirler?
- 3: Mobbinge maruz kaldığını düşünen hâkim ve savcılarda en çok hangi mobbing türü görülmektedir?
- 4: Mobbing uygulayanların cinsiyet dağılımları nasıldır?
- 5: En çok hangi tür mobbing davranışı ile karşılaşılmaktadır?
- 6: Mobbinge maruz kaldığını düşünen hâkim ve savcılar en çok hangi "Mobbing Mücadele Yöntemi"ne başvurumaktadırlar ve hâkim ve savcılar arasında, başvuru mücadele yöntemlerine göre bir farklılık var mıdır?
- 7: Maruz kalınan mobbing türleriyle, başvuru mücadele yöntemleri arasında anlamlı farklılık var mıdır?
- 8: Hâkim ve savcılarının mobbinge tanıklık etme oranları nedir ve hâkim ve savcılar arasında, mobbinge tanıklık etme oranları arasında anlamlı farklılık var mıdır?
- 9: Araştırmaya katılan hâkim ve savcılardan herhangi bir mobbing davasına bakanların sayısı nedir?
- 10: Araştırmaya katılanlardan herhangi bir mobbing davasına bakan ve mobbinge maruz kaldığını düşünen hâkim ve savcı yüzdesi nedir?

- 11: Örneklem içinde, bakılan mobbing davalarında mobbing mağduru ile mobbing uygulayanların sayısı ve cinsiyeti nedir ve mobbing davalarında;
 - a. Davacı lehine sonuçlanan
 - b. Davalı lehine sonuçlanan
 - c. Takipsizlik kararı verilen
 - d. Halen sürmekte olan mobbing davalarının sayısı nedir?
- 12: Hâkim ve savcıların bakmış oldukları mobbing (Psikolojik Taciz) davalarının sektörlere göre dağılımı nasıldır?
- 13: Mobbing mağduru olduğunu düşünen hâkim ve savcılarının % kaçını, mobbing adı altında açılan davaların, gerçekten mobbing kapsamında olduğunu düşünmektedir?
- 14: Hâkim ve savcılarının herhangi bir mobbing konulu eğitim programı, konferans ve çalıştaya katılma durumları nedir?
- 15: Hâkim ve savcılarda, mobbinge dair mevcut yasal düzenlemeleri yeterli bulma oranı nedir?

2. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ

Bu araştırmada tarama (survey) modeli ve anket tekniği kullanılmıştır. Araştırmanın evrenini T.C. Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışan Hâkim ve Savcılar oluşturmaktadır.

Anket formu için bir web sitesi oluşturulmuş; web sitesinin linki, kartopu örneklemiyle seçilen örneklem kitlesine 2013 yılının bahar aylarında e-posta yoluyla gönderilmiş ve anket sorularının yanıtlanması istenmiştir.

412 hâkim ve savcı anket sorularını yanıtlayarak, uygulamaya katılmışlardır. 24 anket formunda soruların büyük oranda yanıt bırakılmaları sebebiyle değerlendirmeye alınamamış; böylelikle 388 kişilik hâkim ve savcı grubunun anket formu ile çalışılmıştır.

Araştırmada kullanılan anket formu 3 bölümden oluşmaktadır. Anketin birinci bölümünde 1996 yılında Leymann tarafından geliştirilen beş bölüm şeklinde, toplam 45 davranıştan oluşan LIPT (Leymann

Inventory of Psychological Terrorization) ölçeği kullanılmıştır. Orijinal dili Almanca olan LIPT ölçeğinin Türkçe'ye çevrilmiş hali, 2003 yılında Cem Öner toy tarafından İngilizceden Türkçeye çevrilen "Mobbing: İşyerinde Duygusal Taciz" adlı kitapta yer almaktadır.

LIPT ölçeği aşağıdaki beş bölümden oluşmaktadır:³⁹

1. Kendini Göstermeyi ve İletişim Oluşumunu Engellemek (11 davranış)
2. Sosyal İlişkilere Saldırı (5 davranış)
3. İtibara Saldırıları (15 davranış)
4. Kişinin Yaşam Kalitesi ve Mesleki Durumuna Saldırı (9 davranış)
5. Kişinin Sağlığına Doğrudan Saldırıları (5 davranış)

Leymann tarafından beş bölüm altında sınıflandırılan kırk beş davranış, olumlu cümle halinde yöneltilmif ve "Hiçbir Zaman", "Nadiren", "Bazen", "Sıklıkla", "Her Zaman" ifadeleri ile beşli skalaya dayalı Likert ölçeği kullanılmıştır. Olumsuzdan olumluya doğru 1'den 5'e kadar puan verilerek istatistiksel değerlendirilmeye tabi tutulmuştur.

Anket formunun ikinci bölümü 18 sorudan oluşmaktadır. LIPT ölçeğini yanıtlayan katılımcılara mobbinge maruz kalıp kalmadıkları sorusu yöneltilmif; katılımcıların ne zaman, kimler tarafından mobbinge maruz kaldıkları ve mobbing uygulayanların cinsiyetleri, katılımcıların mobbinge maruz kalma durumlarında izledikleri mücadeleye yöntemleri ve mobbinge tanıklık edip etmedikleri sorulmuştur. Katılımcıların herhangi bir mobbing davasına bakıp bakmadıkları, bakılan davalardaki sektörler, bakılan davalardaki davacı ve davalıların cinsiyetleri, bakılan davaların seyri, mobbing mağduru olduğunu düşünen katılımcılara deneyimlerine ve gözlemlerine göre Türkiye'de mobbing adı altında açılan davaların % kaçının gerçekten mobbing davası kapsamına girebileceği sorulmuştur. Ayrıca, katılımcıların mobbing konulu herhangi bir eğitim programına, konferansa, seminere, çalışmaya veya sempozyuma katılıp katılmadıkları, Türkiye'deki mobbinge yönelik mevcut yasal düzenlemeleri yeterli bulup bulmadıkları ve açık uçlu sorularla da Türkiye'deki "mobbinge yönelik mevcut yasal

³⁹ Davenport, Schwartz ve Elliot, age, s.18.19.

düzenlemeleri neden yeterli bulmadıkları ve nasıl daha iyi bir yasal düzenleme yapılabileceği” sorulmuştur. Anketin son bölümünde katılımcıların demografik özelliklerine ilişkin sorular bulunmaktadır.

2.1. Anket Formunun Güvenilirliği - Geçerliliği ve Araştırmanın Varsayımları - Kısıtları

Anket formunda yer alan LIPT ölçeğinin beş alt boyutu “Cronbach’s Alpha” güvenilirlik testine tabi tutulmuştur. Alt boyutların güvenilirlikleri incelendiğinde Birinci (Kendini Göstermeyi ve İletişim Oluşumunu Engellemek), Üçüncü (İtibara Saldırıları) ve Dördüncü Grup Davranışlar (Kişinin Yaşam Kalitesi ve Mesleki Durumuna Saldırı) alt boyutlarının yüksek derecede güvenilir, İkinci Grup Davranışlar (Sosyal İlişkilere Saldırı) alt boyutlarının oldukça güvenilir ve Beşinci Grup Davranışlar (Kişinin Sağlığına Doğrudan Saldırıları) alt boyutlarının güvenilir olduğu görülmüştür.

Tablo 1. Alt Boyutlara Ait Güvenirlikler

	Cronbach’s Alpha	Madde Sayısı	
Birinci Grup Davranışlar (Kendini Göstermeyi ve İletişim Oluşumunu Engellemek)	0,885	11	Yüksek derecede Güvenilir
İkinci Grup Davranışlar (Sosyal İlişkilere Saldırı)	0,782	5	Oldukça Güvenilir
Üçüncü Grup Davranışlar (İtibara Saldırıları)	0,915	15	Yüksek derecede Güvenilir
Dördüncü Grup Davranışlar (Kişinin Yaşam Kalitesi ve Mesleki Durumuna Saldırı)	0,914	9	Yüksek derecede Güvenilir
Beşinci Grup Davranışlar (Kişinin Sağlığına Doğrudan Saldırıları)	0,431	5	Güvenilir

LIPT ölçeğinin gerek uluslararası gerek Türkçe alan yazında kabul görmüş olması ve yine ölçeğe yapılan birçok atıf nedeniyle, geçerliliğe ilişkin sorunların minimum düzeyde olduğu düşünülmektedir.

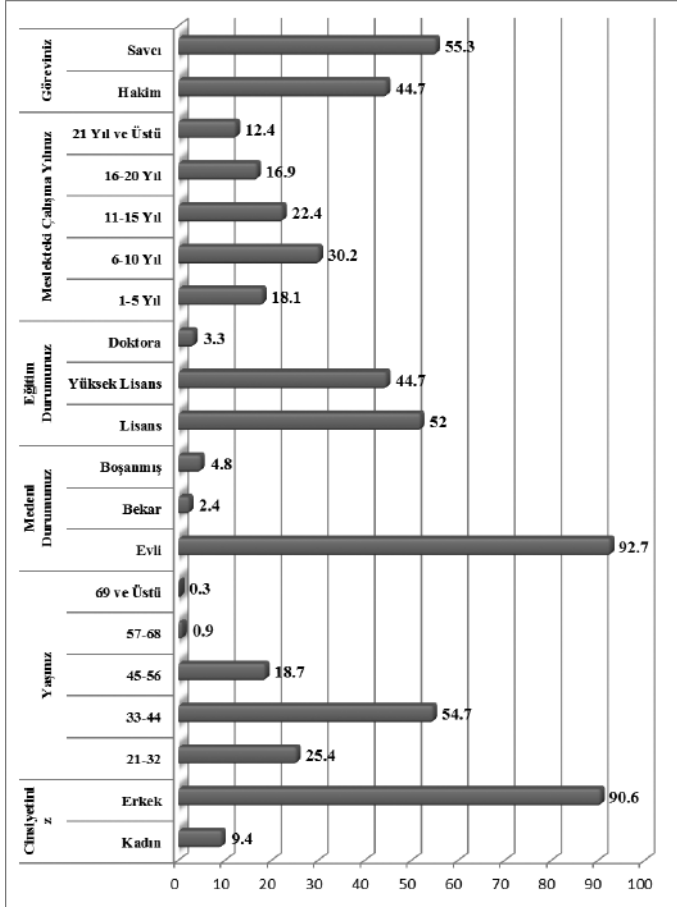
Zaman ve maliyet kısıtları, katılımcılara ulaşmadaki zorluk, katılımcıların araştırmaya katılmada çekingen davranması, anket formunda yer alan bazı soruların eksik yanıtlanması veya hiç yanıtlanmaması bu araştırmanın kısıtlarıdır. Bu sebeplerle daha büyük bir örneklem kitlesi araştırmaya dâhil edilememiştir.

Araştırmada yer alan anket formundaki sorular gönüllü katılımcılar tarafından yanıtlanmıştır. Bu anlamda katılımcıların yanlı yanıtlar vermedikleri varsayılmaktadır. Ayrıca, örneklem kitlesinin bağlı bulunduğu evreni temsil kabiliyetine sahip olduğu ve anket formunda yer alan soruların, araştırmmanın amacına uygun hazırlandığı kabul edilmektedir.

3. ARAŞTIRMA BULGULARI

Bu araştırmada değerlemeye alınan 388 anket formundan 331'inde demografik özellikler belirtilmiştir. Katılımcıların demografik bilgilerine ilişkin frekans ve yüzde dağılımları Tablo 2'de gösterilmektedir.

Tablo 2. Demografik Dağılımlara İlişkin Grafikler



Araştırmada yer alan hâkim ve savcılarda mobbinge maruz kalma sıklığı % 18,1 olarak saptanmıştır. Araştırmaya katılan hâkimlerin %13,5'i mobbinge maruz kaldıklarını düşünmekte iken, savcılarının %21,8'i mobbinge maruz kaldıklarını düşünmektedir.

Mobbinge maruz kaldığını düşünen hâkimlerin %15'i meslek hayatının ilk yıllarında mobbinge maruz kalmışken, savcılarda bu oran %22,5'tir.

Uygulanan Ki-Kare analizi sonucunda mobbinge maruz kalma durumu ile yaş arasında anlamlı farklılık bulunmaktadır. Buna göre, mobbinge maruz kaldığını düşünen hâkim ve savcılarda 33-44 yaş aralığında olanlar daha çok mobbinge maruz kalmaktadırlar.

Araştırma sonucunda ortaya çıkan bulgulara göre, hâkim ve savcılarının en çok maruz kaldıkları mobbing davranışları %56,7 ve % 52,8 oranları ile “Sözlerinin Sürekli Kesilmesi” ve “Yaptıkları İşin Sürekli Eleştirilmesi” davranışları olmuştur. %1,5 ve 2,1 oranları ile hâkim ve savcılarının en az maruz kaldıkları davranışlar ise “Göz Korkutmak İçin Hafif Şiddet Uygulama” ve “Fiziksel Şiddet Tehditleri Alma” davranışlarıdır. Hâkim ve savcılarının hiçbiri “Doğrudan Cinsel Tacize Uğrama” ve “Fiziksel Zarar Görme” davranışlarına maruz kalmamışlardır.

Mobbinge maruz kalanların %81,2'si üstleri/amirleri tarafından(Yukarıdan Aşağıya), %42'si çalışma arkadaşları ve akranlar tarafından(Yatay) ve %7,2'si ise astları tarafından(Aşağıdan Yukarıya) mobbinge maruz kalmaktadır.

Mobbing uygulayanların %61,8'i erkek, %2,9'u kadın; hem erkekler ve hem de kadınlar tarafından birlikte yapılan mobbingin yüzdesi ise %35,3'tür.

Mobbinge maruz kaldığını düşünen hâkimlerin %50'si, savcılarının ise %40'ı ellerinden bir şey gelmediği için durumu kabullenmek zorunda kaldıklarını belirtmişlerdir. Mobbing mağduru olduğunu düşünen ve mobbingle mücadelede bir veya birden fazla yol izleyen hâkimlerin %20'si, savcılarının %30'u sorunu konuşarak çözmeye çalıştıklarını, hâkimlerin %15'i, savcılarının %7,5'i üst yönetime yazılı şikâyetinde bulduklarını, hâkimlerin %25'i savcılarının %22,5'i üst yöne-

time sözlü şikâyetinde bulduklarını, hâkimlerin %5'i, savcılarının %10'u yasal mercilere başvurduklarını, hâkimlerin %10'u, savcılarının %10'u psikolojik ve tıbbi desteğe başvurduklarını, hâkimlerin %15'i, savcılarının %2,5'i uzun süreli tatile çıktıklarını ve hâkimlerin %35, savcılarının %42,5'i mobbing uygulayanlar ile ciddi tartışmalar yaptıklarını belirtmişlerdir. Uygulanan Ki-Kare analizi sonucunda hâkim ve savcılar arasında mobbinge maruz kaldıklarında izledikleri yollar arasında bir farklılık yoktur. Ayrıca mobbing türleri ile başvuru yapılan mücadele yöntemleri arasında da bir farklılık bulunmamıştır.

Mobbing sürecinin bir aktörü olan mobbing izleyicilerin oranı, araştırmada hâkimler için %44,5 ve savcılar için ise % 49,4 olarak bulunmuştur; hâkim savcılar arasında mobbinge tanıklık etmede anlamlı bir farklılık gözlenmemiştir.

Hâkimlerin %10,8'i, savcılarının ise %10,9'u daha önce bir mobbing davasına bakmıştır.

Mobbinge maruz kalan hâkimlerin hiçbiri mobbing davasına bakmamışken, mobbinge maruz kalmış savcılarının % 17,9'u mobbing davasına bakmıştır.

Bakılan mobbing davalarında erkek davacı sayısı 59, kadın davacı sayısı 93, erkek davalıların sayısı 83, kadın davalı sayısı 36'dır. Mobbing davalarında 57 dava davacı lehine, 26 dava davalı lehine sonuçlanmış iken, 25 davada takipsizlik kararı verilmiştir.34 dava araştırmanın yapıldığı dönemde devam etmektedir.

Bakılan mobbing davalarının %54,2'si eğitim sektöründe, %27,1'i sağlık sektöründe, %14,6'sı sanayi sektöründe, %2,1'i tarım sektöründe, %2,1'i turizm sektöründe ve %6,2'si ise yargı sektöründedir.

Mobbinge maruz kaldığını düşünenlerin %44,4'ü mobbing adı altında açılan davaların %1-%5'inin mobbing kapsamına girdiğini düşünürken, %33,3'ü %84-%100'ünün mobbing kapsamına girdiğini düşünmektedir.

Hâkimlerin %2'si,savcılarının %2,2'si mobbing konulu eğitim programı, konferans ve çalışmaya katılmıştır.

Katılımcılardan mobbinge yönelik mevcut yasal düzenlemeleri yetersiz bulanların oranı %70,7’dir. Katılımcılar içinde mobbing davasına bakan hukukçuların %35,4’ü mobbinge yönelik mevcut yasal düzenlemeleri yeterli bulmakta iken, davaya bakmamış kişilerin %28,4’ü düzenlemeleri yeterli bulmaktadır.

Mobbinge maruz kalanların %10,6’sı, maruz kalmayanların ise %33,4’ü mevcut yasal düzenlemeleri yeterli bulmaktadır. Uygulanan Ki-Kare analizi sonucunda mobbinge maruz kalma durumu ile mevcut yasal düzenlemelerin yeterliliği arasında anlamlı farklılık bulunmaktadır. Buna göre, mobbinge maruz kaldığını düşünen kişilerin mevcut yasal düzenlemeyi yeterli bulma oranları, mobbinge maruz kalmayanların oranından anlamlı derecede daha düşüktür.

SONUÇ

Mobbing, çalışma hayatında sıkça rastlanan, mağdur konumundaki kişiler üzerinde hem fiziksel hem de psikolojik tahribatlar yapan, meydana geldiği örgütlerde verimliliği ve etkinliği düşüren, mağdura, örgütlere, topluma ve devlete ciddi maliyetler yükleyen, ahlaki olmayan bir olgudur.

Araştırmada yer alan hâkim ve savcılarda mobbinge maruz kalma sıklığı % 18,1 olarak saptanan oran dikkat çekicidir ve üzerinde durulması gerekmektedir. Mobbinge maruz kalan bu grubun %33,3’ü hâkim, %66,7’si savcıdır. Savcıların mobbinge daha fazla maruz kalmaları hâkimlerin aksine savcıların idari yönden Cumhuriyet Başsavcılarına bağlı olmaları ile savcılarda sicil notu uygulamasının yapıyor olması ile açıklanabilir.

Mobbinge maruz kaldığını düşünen hâkimlerin %50’si ve savcılarının %40’ının “Elimden birşey gelmediği için durumu kabullenmek zorunda kaldım ve hiçbir şey yapamadım” şeklindeki beyanları düşündürücüdür. Temel işlevi, toplumda bireylerin birbiriyle ya da devletle olan ilişkilerinde ortaya çıkan anlaşmazlıkları çözme ve yasalar nezdinde suçlu ve suçsuzu, haklı ve haksızı birbirinden ayırt ederek adaletin gerçekleşmesini sağlayan yargı teşkilatında mobbing gibi bir eylemin yaşanması oldukça çarpıcıdır. Bu durum aynı zamanda, hâkim ve savcılarda da görülebilen mobbingin, ne derece yaygın ve engel

tanımaz bir olgu olduğunu göstermektedir. Yasaları bilen ve uygulayan, özlük hakların diğer çalışanlara oranla daha iyi olduğu hâkim ve savcılarda, beklenenin aksine mobbinge maruz kalındığında durumu kabullenmenin oldukça yüksek ve yasal mercilere başvurmanın da son derece düşük olduğu dikkat çekmektedir. Bu durum, mobbingin kurbanların mücadele güçlerini zaafa uğrattığını, çaresizliğe mahkûm ettiğini ve yasaların mobbinge mücadelede yetersiz kaldığını göstermektedir.

Mobbing sürecinin bir aktörü olan mobbing izleyicilerin oranı, araştırmada hâkimler için %44,5 ve savcılar için ise % 49,4 olarak bulunmuştur ve hâkim savcılar arasında mobbinge tanıklık etmede anlamlı bir farklılık gözlenmemiştir. Björkvist ve arkadaşlarının⁴⁰ 1994 yılındaki çalışmalarında mobbinge tanıklık etme oranı %32, Çöl'ün⁴¹ çalışmasında ise %24,8 olarak saptanmıştır. Hâkim ve savcılarda görülen mobbinge tanıklık etme oranlarının literatürde yer alan bazı çalışmalara göre yüksek olması dikkat çekici bir başka bulgudur.

Yaş faktörü dikkate alındığında, en çok 33-44 yaş aralığında olan hâkim ve savcılarının mobbinge maruz kaldıkları görülmektedir. Literatürde yapılan çalışmalarda, yaş ile mobbinge maruz kalma riski arasında farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Çalışmaların bazılarında genç çalışanların, yaşça daha büyük çalışanlara göre daha fazla mobbinge maruz kaldıkları, bazı çalışmalarda yaş ilerledikçe mobbinge maruz kalma riskinin arttığı, bazı çalışmalarda ise yaş ve mobbinge maruz kalma arasında herhangi bir farklılığın olmadığı saptanmıştır. Einarsen ve Skogstad'ın, 1996 yılındaki çalışmaları, 45 yaş ve üstündekilerin, 45 yaş altı çalışanlara göre daha fazla mobbinge maruz kaldıklarını göstermektedir.⁴² Leymann'ın 1996 yılındaki çalışmasında ise, 21-40 yaş arasındaki çalışanların, 40 yaş üstü çalışanlara göre daha çok mobbinge uğradıkları görülmektedir.⁴³ Niedl'in

⁴⁰ Kaj Björkvist, Karin Österman ve Monica Hjelt-Back, "Agression Among University Employees", *Agression Behaviour*, V.20, N.3, 1994, s.176-180.

⁴¹ Serap Özen Çöl, "İşyerinde Psikolojik Şiddet: Hastane Çalışanları Üzerine Bir Araştırma" *Çalışma ve Toplum*, C.4, S.19, 2008, s.117-131.

⁴² Stale Einarsen ve Anders Skogstad, "Bullying at Work: Epidemiological Findings in Public and Private Organizations", *European Journal Of Work Organisational Psychology*, V.5, N.2, 1996, s.193-194.

⁴³ Heinz Leymann, "The content and development of mobbing at work", *European*

1996 yılındaki çalışması, Leymann'ı destekler niteliktedir; çalışmada mobbinge maruz kalanların %71'i 40 yaş altı, %29'nun ise 41 yaş ve üstü olduğu saptanmıştır.⁴⁴Vartia'nın hapisane çalışanlarına yönelik 2002 yılında yaptığı araştırmada, genç çalışanlar arasında kadınların daha çok mobbinge uğradıkları bulgusu dışında, genel olarak yaş ve mobbinge maruz kalma arasında bir ilişkinin olmadığı saptanmıştır.⁴⁵

Mobbinge maruz kalan hâkim ve savcılarının %10'u kadın, %90'ı ise erkek olduğu bulgusuna ulaşılmıştır. Bu sonuç, katılımcıların büyük oranda erkek hâkim ve savcılardan (%90,6) oluştuğu ile açıklanabilir. Literatürde yer alan bazı çalışmalarda kadınların erkeklere oranla daha fazla mobbinge maruz kaldıkları, bazı çalışmalarda ise cinsiyet faktörü ile mobbinge maruz kalma arasında anlamlı bir farklılık olmadığı saptanmıştır. Tehrani'nin 2004 yılında olduğu araştırmada, kadınların erkeklerden daha fazla mobbinge maruz kaldığı sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁶ Thompson ve arkadaşlarının yapmış oldukları çalışmada, erkek çocukların kız çocuklarına göre daha fazla mobbinge neden olan saldırgan davranışlarda bulunduğu saptanmıştır.⁴⁷Kök tarafından, 109 bankacıya yönelik yapılan araştırmada, kadın bankacıların erkek bankacılara göre daha fazla mobbing mağduru oldukları görülmüştür.⁴⁸

Keashly ve Harvey'in⁴⁹ 2003 yılında; Vartia'nın⁵⁰ 2002 yılında; Leymann'ın⁵¹ 1996 yılında yaptıkları çalışmalarda elde edilen mobbing

Journal of Work and Organizational Psychology, Vol. 5, N.2,1996, s.175.

⁴⁴ Niedl, agm, s.242.

⁴⁵ Maarit Vartia, "Gender Differences in Workplace Bullying Among Prison Officers", European Journal of Work and Organizational Psychology, Vol. 11, N.1,2002, s.119.

⁴⁶ Noreen Tehrani, "Bullying a Source of Chronic Post Traumatic Stress?", British Journal of Guidance&Counselling, V.32, N.3, 2004, s.360.

⁴⁷ David Thompson, Tiny Arora ve Sonia Sharp, "Bullying: Effective Strategies for Long-Term Improvement", New York: RoutledgeFalmer, 2005, s.26.

⁴⁸ Sabahat Bayrak Kök, "İş yaşamında Psiko-Şiddet Sarmalı Olarak Yıldırma Olgusu Ve Nedenleri",

<http://dergisosyalbil.selcuk.edu.tr/susbed/article/download/539/519>

⁴⁹ Loreleigh Keashly, Steve Harvey, "Workplace Emotional Abuse", http://www.sagepub.com/upm-data/8745_KellowayCh6.pdf

⁵⁰ Vartia, agm, s.120.

⁵¹ Leymann, agm, s.175.

ile cinsiyet faktörü arasında anlamlı bir farklılığın olmadığı bulgusu, bu araştırmada ortaya çıkan sonucu desteklemektedir.

Ortaya çıkan bir başka önemli bulgu ise hâkim ve savcılardan hiçbirinin “Doğrudan Cinsel Tacize Uğrama” ve “Fiziksel Zarar Görme” davranışlarına maruz kalmadığı sonucudur. Bu davranış türü genelde en az görülen mobbing davranışlarıdır ve bu araştırmada ortaya çıkan sonuç literatürdeki diğer sonuçlarla desteklenmektedir. Fiziksel şiddet ve cinsel taciz içeren davranışların yaygın olmamasının nedeni, bu tür davranışların yasalarca net bir şekilde yasaklandığı, cezai yaptırımların açık olduğu ve aynı zamanda bu davranışların ispatının diğer mobbing davranışlarına oranla daha kolay yapıldığı gerekçeleriyle açıklanabilir.

Literatürde en çok yapılan mobbing türünün üstler/amirler tarafından yapılan “Yukarıdan Aşağıya Mobbing” türü olduğu görülmektedir. Matthiesen⁵², Tutar⁵³, Hogh ve Dofradottir⁵⁴, Pearson⁵⁵ ve daha birçok araştırmacı yaptıkları araştırmalarında en yaygın mobbing türünün yukarıdan aşağıya doğru yapılan mobbing türü olduğunu saptamışlardır. Bu durum, güç erkinin kötüye kullanılması; amirin, astı konumundaki kurbanın başarısını, bilgisini ve yeteneklerini kıskanması veya mağdurun bu özelliklerini, geleceği için bir tehdit olarak algılaması; kurbanla aynı politik görüşü paylaşmaması; amirin zevk arayışı içinde olması veya kurban üzerinden egosunu tatmin etme çabası gibi gerekçelerle açıklanabilir. Bu araştırmada en yaygın mobbing türünün yukarıdan aşağıya yapılan mobbing türü olduğu bulgusu, literatürdeki diğer birçok araştırma bulgularıyla desteklenmektedir. Araştırmada ayrıca mobbing türleri ile mobbinge mücadelede başvuru yöntemleri arasındaki farklılık incelenmiş ve herhangi anlamlı bir farklılık bulunmamıştır.

⁵² Stig Berge Matthiesen, “*Bullying at Work: Antecedents and Outcomes*”, The Degree Philosophiae Doctor (Ph D) , Norway: University of Bergen, s. 32, 2006.

⁵³ Hasan Tutar, *İş Yeri Psikolojik Şiddet*, Ankara: Platin Yayınları, 2004, s.91.

⁵⁴ Annie Hogh ve Andrea Dofradottir, “Coping with Bullying in the Workplace”, *European Journal Of Work Organisational Psychology*, V.10, N.4, 2001, s. 490.

⁵⁵ David C. Yamada, “The Phenomenon of “Workplace Bullying” and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection”, *Georgetown Law Journal*, V.88, N.3, 2000, s.475.

Araştırmaya katılan tüm hâkimlerin %10,8’inin, savcılarının ise %10,9’unun daha önce mobbing davasına baktıkları saptanmıştır. Mobbinge maruz kalan hâkimlerin ise hiçbirinin mobbing davasına bakmadığı, mobbinge maruz kalmış savcılarının %17,9’unun daha önce mobbing davasına baktığı görülmüştür.

Araştırmaya katılan hâkim ve savcılarının bakmış oldukları mobbing davalarındaki sektörel dağılım alan yazınla paralellik göstermektedir. Özçelik’e göre, finans, eğitim, sağlık, iletişim ve ordu sektöründe⁵⁶, Yüçetürk’e⁵⁷ göre eğitim ve sağlık sektörleri ile kar amacı gütmeyen örgütlerde mobbingin görülme sıklığı daha yaygındır. Hollanda’da yapılan her dört çalışmanın üçünde, eğitim sektörünün, mobbingin en yaygın yaşandığı sektör olduğu saptanmıştır.⁵⁸

Araştırmada yer alan hâkim ve savcılarının, mobbing adı altında açılan bazı davaların gerçekten mobbing kapsamında olmadığını düşünmeleri, mobbing olgusunun davacılar tarafından yeterince bilinmemesi ve davacıların iş yaşamının doğasında bulunan bazı davranışları mobbing olgusuyla karıştırmaları şeklinde açıklanabilir. Ayrıca bazı davalarda, davacıların kasten ve bazı çalışanları zor durumda bırakmak amacıyla mobbing davası açtıkları da düşünülebilir.

Araştırmada hâkim ve savcılarının herhangi bir mobbing konulu eğitim programı, konferans ve çalışmaya katılıp katılmadıkları belirlenmek istenmiş ve hâkimlerin %2’sinin, savcılarının ise %2,2’sinin mobbing konulu eğitim programı, konferans ve çalışmaya katıldıkları belirlenmiştir. Bu oranların çok düşük olduğu ifade edilebilir.

Araştırmanın bulgularından birisi, mobbinge dair mevcut yasal düzenlemelerin yetersizliğinin hâkim ve savcılar tarafından da doğ-

⁵⁶ Burcu Özçelik, “Mobbing Mağdurları Yasayı Bekliyor”, <http://burcuozcelik.wordpress.com/2011.01.09/mobbing-magdurlari-yasayibekliyor/>

⁵⁷ Elif Yüçetürk, “Örgütlerde Durdurulamayan Yıldırma Uygulamaları: Düş Mü? Gerçek Mi? II”, <http://www.ikademi.com/orgut-sosyolojisi/512-orgutlerde-durdurulamayan-yildirma-uygulamalari-dus-mu-gercek-mi-ii.html>

⁵⁸ Adrienne B. Hubert, Marc van Veldhoven, “Risk Sectors for Undesirable Behaviour and Mobbing”, *European Journal Of Work Organisational Psychology*, V.10, N.4, 2001, s.423.

gulanmış olmasıdır. Araştırmaya katılan hâkim ve savcılarının mobbinge yönelik mevcut yasal düzenlemeleri yetersiz bulma oranı %70,7'dir.

23 Mayıs 2012'de Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Merkezi (ÇASGEM) tarafından düzenlenen 1.Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel ve Çalıştayında⁵⁹ ve ayrıca 2011 yılının mart ayında, Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu tarafından, "İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing) ve Çözüm Önerileri" ismiyle oluşturulan komisyon raporunda da⁶⁰mobbinge yönelik yasaların yeterli olmadığı dile getirilmiştir.

Araştırmada yer alan hâkim ve savcılarının mobbinge dair mevcut yasal düzenlemeleri yetersiz bulma gerekçeleri şöyle özetlenebilir:

- Yasal düzenlemelerde nelerin açıkça mobbing sayıldığıının belli olmaması ve mobbingin sınırlarının, kapsamının açıkça çizilmemiş olması, eylemin tanımının ve yaptırımın, açık bir ifadeyle kanunlarda yer almaması ve mevcut yasal düzenlemelerde yorum yoluyla sonuca varılmaya çalışılması;
- İçeriği mevcut yasalara göre suç olmayan, ancak bütünlüğü içerisinde ele alındığında mobbing sonucunu doğuran fiillerin tanımlanamıyor oluşu ve bu fiillerin karşılıksız kalması,
- Zaten kendisinden güçlü veya saldırgan bir şahıs ile mücadele eden mobbing mağdurunun haklarının yeterince oluşturulmaması, şikâyet ve direnme halinde koruyucu düzeninin eksikliği, mağdurun yasal yollara başvurması halinde, haklarını güvence altına alacak bir mekanizmanın olmayışı,
- Mobbingin Türk Ceza Kanununda açıkça yer almaması, fiili ceza yönünden mobbingin yaptırımsız kalması, etik davranış kurallarına aykırılıkta yeterli yaptırımın olmaması,

⁵⁹ "Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel ve Çalıştay" Sonuç Bildirgesi", <http://www.casgem.gov.tr/YaziDetay.aspx?YaziID=665>

⁶⁰ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdfm

- Düzenlemelerin genelde özel sektöre yönelik olması, doğrudan kamu sektörünü ilgilendiren düzenlemelerin olmaması,
- Mevcut yasal düzenlemelerde soruşturma usulü açısından bir netliğin olmayışı,
- Somut verilerle kanıtlamanın zorluğu, yasaların güçlünün yani amirin lehine olması,
- Tazminat davalarının çok uzun sürmesi ve bu nedenle etkinliğin sağlanamaması,
- Türk Ceza Kanunu’nda düzenleme yapılmadığı gibi, Borçlar Kanunu’nda da genel ve soyut tanımlara yer verilmesi, tam olarak açıklanmaması,
- Kişisel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda yeterli hukuk bilinci ve toplumsal dayanışma fikrinin olmaması...

Araştırmada yer alan hâkim ve savcıların, mobbinge dair yeterli ve daha iyi yasal düzenlemelerin nasıl yapılacağı konusuna ilişkinin ortaya koydukları görüş ve öneriler aşağıda yer almaktadır:

- Mobbing olgusunun doğrudan bir suç olarak tanımlanması, kapsamının ve tanımının çok iyi yapılması, mobbing davranışlarının sınırlarının çizilmesi, müktesebata ve evrensel hukuka uygun düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Mobbingin yasal unsurları daha somut tanımlanarak, mobbing eylemi, mobbinge dair cezanın özel ve genel önleyicilik özelliği de dikkate alınarak hazırlanmış dengeli bir düzenleme ile müeyyideye bağlanmalıdır.
- Anayasal temeli olan bir maddenin olması ve bunun üzerine bina edilen, hem kamu hem de özel sektöre yönelik yasaların olması gerekir.
- Mobbingin ceza verilmesini gerektirir bir suç olarak kabulü halinde öncelikle Türk Ceza Kanunu’nda yer almalı, sonrasında 6284 sayılı şiddetin önlenmesine dair kanun içerisine veya ayrı bir kanunla mobbing mağdurlarına koruma getiren yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

- TCK'nın yanı sıra İş Kanunu'nda ve Devlet Memurları Kanunu'nda da nelerin mobbing sayılacağına belirtilip ve açıkça düzenlenerek, tüm sektör çalışanları için ilgili kanunlarda yer alması gerekmektedir.
- Uluslararası mevzuatın incelenerek, benzer unsurların göz önünde bulundurulduğu ve genel ahlak kuralları çerçevesinde değerlendirildiği özel bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu konuda öncelikle ilgili kişilere eğitim verilmesi ve hukuk fakültelerinde konuya dair ders konulması gerekmektedir.
- Bizzat mobbingin tarifinin yapıldığı, yapanlara ve asılsız mobbing iddiasında bulunanlara etkili ve sonuç almaya elverişli yaptırım öngören yasa yapılması, gerekir.
- İşveren veya amirin mobbing eyleminin kanıtlanması halinde, ciddi tazminat gerektirir düzenlemeler olmalıdır. Eylemler suç niteliğinde ise şikâyet şartı araştırılmamalıdır.
- Hem disiplin suçu yönünden, hem de para ve hapis cezası yönünden yasal düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

Bu araştırma sonuçları, mobbingin yaygınlığını, mağdurlarını çaresiz bırakma gücünü, Türkiye'de konuya ilişkin yasal düzenlemelerin henüz yeterli olmadığını, yargı mensuplarının konuya ilişkin deneyimleri ve yasalara ilişkin tespit ve önerileri ile bir kez daha açıkça göstermektedir. Konunun anlaşılabilirliğinin ve farkındalığının artırılması ve de gerekli yasal düzenlemelerin yapılması önem taşımaktadır.

Kaynakça

- Adams Andrea, "Bullying at Work", *Journal of Community & Applied Social Psychology*, V.7, 1997, ss.177-180.
- Bayram Selahattin, "Psikolojik Taciz(Mobbing) ve Başbakanlık Genelgesi", *Mali Çözüm*, C.21, S.104, 2011, ss.317-326.

- Björkqvist Kaj., Karin Österman ve Monica, Hjelt-Back, “Agression Among University Employees”, *Agression Behaviour*, V.20, N.3, 1994, ss.173-184.
- Bozbel Savaş ve Serap Palaz, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları”, *Tisk Akademi*, S.1, 2007, ss. 67-81.
- Çöl Özen Serap, “İşyerinde Psikolojik Şiddet: Hastane Çalışanları Üzerine Bir Araştırma” *Çalışma ve Toplum*, C.4, S.19, 2008, ss.107-134.
- Davenport Noa., Ruth Distler Schwartz ve Gail Pursell Elliot, *Mobbing: İşyerinde Duygusal Taciz(Çeviren: Osman Cem ÖnerToy)*, İstanbul: Sistem Yayıncılık, 2003.
- Demir Şamil, “Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi” , *Ankara Barosu Dergisi*, C.67, S.2, 2009, ss.139-145.
- Einarsen Stale ve Anders Skogstad, “ Bullying at Work: Epidemiological Findings in Public and Private Organizations”, *European Journal Of Work Organisational Psychology*, V.5, N.2, 1996, ss.185-202.
- Erdoğan Gülnur, “Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz), http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2009-83-535.pdf (11.10.2014)
- Gültekin Ümit Işıl, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Mobbing” <http://www.gultekinhukuk.com/tr/Sayfalar/Publications/Docs/6f3ef77ac0e3619i.pdf> (03.01.2015)
- Halbur Kimberly Vess, “Bullying in The Academic Workplace”, *Academic Leader*, V.21, N.11, 2005, ss.3-7.
- Hogh Annie ve Andrea Dofradottir, “Coping with Bullying in the Workplace”, *European Journal Of Work Organisational Psychology*, V.10, N.4, 2001, ss.485-495.
- Hubert B. Adrienne ve Marc van Veldhoven, “Risk Sectors for Undesirable Behaviour and Mobbing”, *European Journal Of Work Organisational Psychology*, V.10, N.4, 2001, ss.415-424.
- Keashly Loreleigh ve Steve Harvey, “Workplace Emotional Abuse”, http://www.sagepub.com/upm-data/8745_KellowayCh6.pdf (12.17.2014.)
- Kirel Çiğdem, “Örgütlerde Mobbing Yönetiminde Destekleyici Ve Risk Azaltıcı Öneriler”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.7, S.2, 2007, ss.317-334.
- Kök Bayrak Sabahat, “İş yaşamında Psiko-Şiddet Sarmalı Olarak Yıldırma Olgusu Ve Nedenleri”, <http://dergisosyalbil.selcuk.edu.tr/susbed/article/download/539/519> (29.09.2014.)
- Leymann Heinz, “ The Content and Development of Mobbing at Work”, *European Journal Of Work and Organizational Psychology*, V.5, N.2, 1996, ss. 165-184.
- Leymann Heinz, “Measurements Against Mobbing”, <http://www.leymann.se/English/20100E.HTM> (27.12.2014)
- Leymann Heinz, “Mobbing - its Course Over Time”, <http://www.leymann.se/English/frame.html> (10.09.2014)

- Leymann Heinz, "The Definition of Mobbing at Workplaces",
<http://www.leymann.se/English/frame.html> (10.12.2014)
- Matthiesen Berge Stig, "Bullying at Work: Antecedents and Outcomes", The Degree Philosophiae Doctor(Ph D) , Norway: University of Bergen, 2006.
- Niedl, Klauss, "Mobbing and well-being: Economic and personnel development implications", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, V.5, N.2, 1996, ss.239-249.
- Olsen Lene, "Preventing workplace violence -we can't afford not to", http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/publication/wcms_111456.pdf (10.10.2014)
- Özçelik Burcu, "Mobbing Mağdurları Yasayı Bekliyor", <http://burcuozcelik.wordpress.com/2011.01.09/mobbing-magdurlari-yasayi-bekliyor/> (17.11.2014)
- Özgün Kemal Altuğ "İşyerinde Mobbing ve Mobbingin Hukuki Değerlendirmesi", http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1293.htm (28.12. 2014)
- Soyer Şule, "Mobbing: İşyerinde Duygusal Saldırı", http://www.alomaliye.com/sule_soyer_mobbing.htm (08.10.2014)
- Tehrani Noreen, "Bullying a Source of Chronic Post Traumatic Stress?", *British Journal of Guidance&Counselling*, V.32, N.3, 2004, ss.357-66.
- Thompson David., Tiny Arora ve Sonia Sharp, "Bullying: Effective Strategies for Long-Term Improvement", New York: RoutledgeFalmer, 2005.
- Tınaz Pınar, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, İstanbul: Beta Yayınları, 2011.
- Tınaz Pınar, Fuat Bayram ve Hediye Ergin, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing)*, İstanbul: Beta Yayınları, 2008.
- Tutar Hasan, *İş Yerinde Psikolojik Şiddet*, Ankara: Platin Yayınları, 2004.
- Vandekerckhove Wim ve M. S. Ronald Commers, "Downward Workplace Mobbing: A Sign of theTimes?", *Journal of Business Ethics*, V.45, N.1/2, 2003, ss.41-50.
- Vartia Maarit, "Gender Differences in Workplace Bullying Among Prison Officers", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, V.11, N.1,2002, ss.113-126.
- Yamada C. David, "The Phenomenon of "Workplace Bullying" and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection", *Georgetown Law Journal*, V.88, N.3, 2000, ss.475-536.
- Yüçetürk Elif, "Örgütlerde Durdurulamayan Yıldırma Uygulamaları: Düş Mü? Gerçek Mi? II", <http://www.ikademi.com/orgut-sosyolojisi/512-orgutlerde-durdurulamayan-yildirma-uygulamalari-dus-mu-gercek-mi-ii.html> (17.12.2013.)
- Zapf Dieter ve Stale Einarsen, "Individual Antecedents of Bullying: Victims and Perpetrators", *Bullying and Harassment in the Workplace: Developments in Theory, Research, and Practice*, London: Taylor & Francis, 2011.

Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz (Mobbing) Panel ve Çalıştayı Sonuç Bildirgesi,
<http://www.casgem.gov.tr/YaziDetay.aspx?YaziID=665> (19.12.2014)

İşyerinde Psikolojik Şiddet/ Mobbing Sempozyumu Kapanış Bildirgesi, 17 Mart 2011,
s.12-13.,

http://www.mobbing.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=88:mobbingle-muecadele-sempozyumu-kapan-bildirgesi&catid=25:sempozyum&Itemid=11 (02.10.2014)

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf
(13.09.2014)

TÜRK VE ALMAN HUKUKU'NDA HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

WARNING COMBINED WITH DEFERMENT OF SENTENCE IN TURKISH AND GERMAN LAW

Ali Tanju SARIGÜL*

Özet: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun Türk Hukukundaki uygulaması Alman Hukuku ile karşılaştırıldığında, en dikkate değer husus uygulama kapsamının belirgin bir şekilde genişliği- dir. Bu geniş uygulama kapsamı, objektif koşulların yanında özellikle sübjektif koşulların yorumlanmasındaki sorunu ön plana çıkarmaktadır.

Ceza Muhakemesindeki düzenleme, Alman Ceza Kanunu'ndaki (StGB) düzenlemeye benzer şekilde, “bir daha suç işleyeceği/işlemeyeceği kanaatinin” oluşturulması safhasında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Sosyal öngörü niteliğinde bir değerlendirmeyi gerektiren bu takdir yetkisi, ancak fiile ve faile ilişkin özelliklerin eksiksiz bir şekilde tespit edilerek kişiselleştirmede dikkate alındığı ölçüde hukuka uygun kullanılmış olacaktır. Özellikle failin kişilik özelliklerinin, cezanın kişi üzerindeki beklenen etkileri de göz önüne alınmak suretiyle tespiti, kişiselleştirmenin olmazsa olmaz şartıdır.

Makalede, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukuki niteliği ve özellikle uygulanma koşulları yönünden StGB'deki düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ceza vermektен vazgeçme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, bir daha suç işlemeyeceği kanaati, kişilik özellikleri.

Abstract: When warning combined with deferment of sentence in Turkish Law is compared with German Law, the most prominent point to note is significantly broad scope of application. This broad scope of application brought especially the problem of interpretation of the subjective conditions as well as the objective conditions, the foreground.

Regulation in the Code of Criminal Procedure, similar to the regulation of the German Criminal Code, in the creation of the “to be of the opinion that the offender will commit/no further offences” phase gives the judge a wide discretion authority.

* Dr., Askeri Yargıtay Başsavcı Başyardımcısı

This discretion authority, require an assessment of the nature of social prediction, will be used in accordance with the law, if identified the offence and perpetrator's traits in a complete manner, and taking into account the extent customization. In particular, perpetrator's personality traits must be determined by taking into account of the expected effects punishment on him/her is the *sine qua non* of customization.

In this article, the warning combined with deferment of sentence is examined in terms of the legal nature and especially the conditions of application in comparison with the legal rules in German Criminal Law.

Keywords: Warning combined with deferment of sentence, discharge, provisional dispensing with prosecution, to be of the opinion that the offender will commit no further offences, personality traits.

I. GİRİŞ

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, önce 03.07.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 23. maddesiyle Ceza Hukuku mevzuatına dahil olmuş, daha sonra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231. maddesinin 5560 sayılı Kanunla değiştirilmesiyle, tüm sanıklar için uygulanabilir hale gelmiştir. Ayrıca bu Kanun ile ÇKK'da değişiklik yapılarak, CMK'nın 231. maddesine atıf yapılmış, ancak denetim süresinin çocuklar için üç yıl olacağı hüküm altına alınmıştır.¹

CMK'nın 231. maddesinde yapılan ilk düzenlemede; hükümün açıklanmasının geri bırakılması, sadece şikâyete tabi suçlar için ve bir yıl hapis cezasının altındaki cezalar için öngörülmüştü. CMK'da yapılan 5728 sayılı Kanun değişikliği ile ise işlenen suçun şikâyete tabi olma koşulu kaldırılmış, uygulanma sınırı da bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır.

CMK'nın 231. maddesindeki düzenlemenin son haliyle; sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; diğer koşullar bulunmak suretiyle mahkemece, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmektedir.

¹ Bu düzenleme ile çocuklar tarafından ÇKK'nın yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından şikâyete tabi olma koşulu aranmayacak ve uygulamaya esas hapis cezasının üst sınırı üç yıl olarak kabul edilecektir.

Bu makalenin amacı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu bir bütün olarak incelemek değil, Alman Ceza Hukukundaki düzenlemeler ile karşılaştırma yaparak, özellikle hukuki niteliği, uygulanma kapsamı ve koşullarındaki farklılık ve benzerliklere değinmek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun nasıl uygulanması gerektiğine öğretici ve uygulama açısından farklı bir bakış açısı getirebilmektir.

Ancak karşılaştırma için, öncelikle Alman Ceza Hukukundaki hükmün açıklanmasını geri bırakılması kurumuna ilişkin düzenlemelere değinmekte yarar görülmüştür.

II. ALMAN CEZA HUKUKUNDA HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. ALMAN CEZA KANUNU MD. 59: CEZA SAKLI TUTULARAK YAPILAN ADLİ TEVBİH

StGB'nin² 59. maddesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna yer verildiğini görmekteyiz. Kanun maddesinin başlığı, "*ceza saklı tutularak yapılan adli tevbih*" şeklindedir³.

Bu maddeye göre; yüz seksen gün birimine kadar adli para cezası verilmesi durumunda;

1. Cezaya mahkûm edilmeksizin de failin gelecekte başka suç işleme-yeceği beklenebiliyorsa,
2. Fiil ve failin kişiliği bir bütün olarak değerlendirildiğinde, cezaya hükmetmeyi gereksiz hale getiren özel sebeplerin varlığı tespit edilmiş olursa,
3. Hukuk düzeninin korunması için failin cezaya mahkûm edilmesi gerekli değilse,

Mahkûmiyet hükmü verilerek ceza belirlenmekte, ancak cezanın uygulanması saklı tutulmaktadır⁴.

² Strafgesetzbuch (StGB)

³ Verwarnung mit Strafvorbehalt. Kanun metninin tercümesi için bkz. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul, 2009, s.56 vd.

⁴ Kanun'un orijinal metni için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>

Mahkemece koşulların mevcut olduğu değerlendiriyorsa, hükümde failin kusuru belirtilerek adli tevbihte bulunulmakta, ceza belirlendikten sonra, bu cezaya hükmedilmesi saklı tutulmaktadır.

Ayrıca hükümlünün kişiliği, önceki hayatı, fiilin icrası sırasındaki durumlar, fiilden sonraki davranışı, yaşam koşulları ve cezanın ertelenmesiyle hükümlü hakkında doğması beklenecek sonuçların özellikle göz önünde bulundurulacağına ilişkin m. 56'nın 1. fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenen ertelemeye ilişkin hükümlerin, hükümün açıklanmasının geri bırakılması yönünden kıyasen uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.⁵

Maddede ayrıca, adli tevbih ile birlikte, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin mümkün olmadığı, ancak kazanç veya eşya müsaderesine hükmedilebileceği belirtilmektedir.

Kanun maddesinin diğer başlıklarında ise sırasıyla; denetim süresi, yükümlülükler ve talimatlar (m.59a), saklı tutulan cezaya hükmedilmesine ilişkin koşullar (m.59b), toplam ceza ve saklı tutularak yapılan adli tevbih hükümleri (m.59c) düzenlenmektedir.

StGB m.59a uyarınca, denetim süresi bir yıldan az, iki yıldan fazla olamaz. Saklı tutulan cezaya hükmedilmesi ile ilgili olarak, yukarıda belirtildiği gibi ertelemeye ilişkin hükümlere atıf yapılmakta, 56f maddesinin kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir (m.59b).

(erişim tarihi:24.10.2014)

⁵ StGB m.56; Cezanın ertelenmesine ilişkin düzenlemeyi içermekte, atıf yapılan bentler ise sanık ve suçta konu eylem yönünden değerlendirilmesi gereken hususları içermektedir.

Md.56: Cezanın ertelenmesi (1) : Süresi bir yıldan fazla olmayan hapis ezasına mahkûm edildiği hallerde, hükümlü için yeterli ikaz olacağı ve cezası infaz ettirilmeden de, bundan sonra suç işlemeyeceği beklenirse, mahkeme cezanın infazını erteler. Bu arada hükümlünün kişiliği, önceki hayatı, fiilin icrası sırasındaki durumlar, fiilden sonraki davranışı, yaşam şartları ve cezanın ertelenmesiyle hükümlü hakkında doğması beklenecek sonuçlar, bu arada özellikle göz önünde tutulur. Kanun metninin tercümesi için bkz. Yenisey/Plagemann, s.45.

B. ALMAN GENÇ MAHKEMELERİ KANUNU (JGG) MD. 27: GENÇ CEZASININ HÜKMEDİLMESİNİN ERTELENMESİ⁶

Yetişkinler için StGB'deki mevcut yukarıdaki düzenlemenin yanı sıra, JGG'nin 27. maddesinde düzenlenen koşullar bulunduğu takdirde, gençler⁷ yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmektedir.

Bu maddeye göre; mahkemenin yapmış olduğu tüm araştırmaların sonucunda, hürriyeti bağlayıcı cezanın verilmesi gerektirecek yoğunlukta zararlı eğilimleri (*suça meyilli, schädliche Neigungen*) bulunup bulunmadığı konusunda kesin bir karar verilemiyorsa, mahkeme önce sanığın suçlu olduğunu belirler (*Schuldspruch*) ve bu belirlemeyi yaptığı sırada da sanığa bazı emirler vererek ve yükümlülükler yükleyerek bir deneme süresi tayin eder ve genç için hapis cezasının belirlenmesini erteleyebilir.⁸

Mahkemenin JGG m.27'yi uygulayarak genç için hapis cezasının belirlenmesini erteleyebilmesi için, maddede sınırlı sayıda belirtilen koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu koşullar dışında bir gerekçeyle m.27'nin uygulanması mümkün değildir.⁹

JGG m.27'ye göre; öncelikle failin fiili işlemiş olduğu ve kast veya taksir şeklinde kusurunun bulunduğu ispat edilmiş olmalı, failin olaydaki kusuru ağır olmamalıdır. Failin zararlı eğilimleri bulunduğu dair emareler bulunmalı, ancak zararlı eğilimlerin kapsamına ilişkin, bu eğilimlerin bir genç cezasını gerektirdiği hakkında henüz nihai bir

⁶ Jugendgerichtsgesetz (JGG). Kanun'un orijinal metni için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/jgg/> (erişim tarihi:24.10.2014)

⁷ Kanun'un 1. maddesi uyarınca, suça konu eylem tarihinde 14 yaşını doldurup, 18 yaşını doldurmamış olanlar "genç (Jugendlicher)" olarak tanımlanmıştır (JGG m.1). JGG, 18-24 yaş grubunu ise "genç yetişkin (Heranwachsende)" olarak tanımlamış ve bu yaş grubundakilerin prensip olarak yetişkinler için ceza hukukuna tabi olmasını ve ceza sorumluluğunun karine olarak varlığını kabul etmiştir. Bkz. Feridun Yenisey, Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yapıtlar, 2007, s.11. http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/egitimbasvuru_basvuru/mukayeseli hukukta.pdf (erişim tarihi: 22.11.2014)

⁸ Yenisey, s.20.

⁹ Rudolf Brunner/ Dieter Dölling, Jugendgerichtsgesetz Kommentar, Berlin, 2011, s.191.

hüküm verilmemiş olmalıdır. Çünkü m.27, ancak zararlı eğilimlerin bulunduğu şüpheli olması halinde uygulanabilmektedir.¹⁰

Mahkeme bu kararı vermeden önce temel alacağı ceza, genç için hapis cezası olduğundan, daha az etkili alternatif yaptırımların yeterli olup olmayacağını denetlemiş olmalı ve alternatif yaptırımların yeterli olmadığı anlaşılmış olmalıdır. Mahkeme genç hapis cezasının belirlenmesini erteleme kararı alırsa, sanığa onun anlayabileceği bir şekilde, bu kararın bir seçenek yaptırım olduğunu ve önemini anlatır. Neticede bir erteleme söz konusu olduğu için, ulaşılmak istenilen başarının elde edilebilmesi için, sanığa deneme süresi içinde yerine getirebileceği bazı yükümlülükler yüklenmesi büyük önem taşır.¹¹

Eğer denetim süresinin neticesinde failde olumlu bir etki beklenmiyorsa m.27'nin uygulanmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Failin kusurunun ağır olmadığı, ceza kararına hükmedilmesinin hakkaniyetli olmayacağı bazı hafif nitelikte suçlarda (z.B. *bei Bagatelledelikten*) cezanın belirlenmesinin ertelenmesi yoluna gidilmektedir.¹²

Genç cezasının hükmedilmesinin ertelenmesine ilişkin JGG'nin diğer hükümleri incelendiğinde ise; m. 28'de, denetim süresinin bir yıldan az, iki yıldan çok olamayacağı, bu sürenin kararın kesinleşmesiyle başlayacağı, bu sürenin sonradan bir yıla kadar kısaltılabileceği ve denetim süresinin bitiminden önce iki yıla kadar uzatılabileceği düzenlenmektedir.

Denetim süresi içinde gencin bir gözetmenin denetimi ve idaresi altında bulundurulacağı, bu sürenin iyi halli geçirildiği takdirde suçluluk tespitinin kaldırılacağı, aksi takdirde cezaya hükmolunacağı hususlarının da 29 ve 30. maddelerde düzenlendiğini görmekteyiz.

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması; sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının belirli bir süreyle ve öngörülecek koşullara bağlı olarak ertelenmesini, yani hükmün belirli

¹⁰ BGH 35, 288; OLG Oldenburg ZJJ 11, 91; Brunner/Dölling, s.191.

¹¹ Yenisey, s.20.

¹² Brunner/Dölling, s.191.

bir süre askıda kalmasını ve bu süre içinde konulan yükümlülüklerle uyulması halinde, sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eder.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, maddi ceza hukuku normu mu, yoksa usul hukuku normu mu olduğu özellikle kesinleşmiş ancak henüz infazı tamamlanmamış davalar ile henüz devam eden yargılamalarda lehe kanun uygulaması yönünden önem arz ettiğinden tartışma konusu olmuştur.

Öğretide kurumun bir ceza muhakemesi kurumu veya karma nitelikte olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır. Mahmutoğlu, ceza muhakemesi kurumu olarak nitelendirmekte,¹³ Özgenç, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hangi hukuk dalının kurumu olduğu hususunda kesin bir sonuca varmanın mümkün olmadığını, usul kurumu olduğu yönündeki gerekçelerin daha güçlü olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Özgenç, kişi özgürlüğü ilişkisinden hareketle, maddi ceza hukuku yönünün de olduğunu, ancak sadece kişi özgürlüğünü ilgilendirdiği gerekçesiyle maddi ceza hukukunun zaman bakımından hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını, bütün ceza muhakemesi kurum ve işlemlerinin kişi özgürlüğü ile bir biçimde ilgili olduğunu belirtmektedir.¹⁴ Ünver/Hakeri, bir tür erteleme olarak nitelendirmekte,¹⁵ Centel/Zafer ise maddi ceza hukuku ve usul hukukunu yakından ilgilendirdiğini, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının muhakeme engeli oluşturan durma kararı niteliğinde olduğunu belirtmektedir.¹⁶

Bir başka görüşe göre ise bu kurumun, CMK'da düzenlendiği ve kurulan hükümlerle ilgili olduğu için usul hukuku, sanık ile ceza arasındaki ilişkiyi askıya alıp, belirli koşullarda daha sonra da sona erdirdiği için ceza hukukunu ilgilendirdiği ifade edilmektedir.¹⁷

¹³ Fatih Selami Mahmutoğlu, "Kamu Davasının Açılmasının Ertelemesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 2009, s.356.

¹⁴ İzzet Özgenç, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, İstanbul, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 57.

¹⁵ Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2012, s.746.

¹⁶ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, s.712.

¹⁷ Mustafa Artuç, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara, 2009, s.7.

Yargıtay kararlarında, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu karma nitelikli bir kurum olarak nitelendirilmekte, CMK'da düzenlenmiş olmasının bu niteliğini değiştirmeyeceği belirtilmektedir. Kararlarda ayrıca “koşullu bir düşme kararı” niteliğinde olduğu da ifade edilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.2.2008 tarihli Kararında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu; “Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün, hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklerle uygun davranılması halinde, hükümün ortadan kaldırılarak kamu davasının düşmesi sonucunu doğuran, bu niteliği itibariyle sanık ve devlet arasındaki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisi” olarak nitelendirilmiş ve karma nitelikli bir kurum olduğu vurgulanmıştır.¹⁸

Kanaatimizce; devletin cezalandırma yetkisinin belirli bir süre kullanılmamasına ve belirli koşullarda ortadan kalkmasına yol açan, cezanın ertelenmesi kurumuna, koşulları ve sonuçları itibariyle çok benzeyen, erteleme ve seçenek yaptırımlara çevirme gibi cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biri olan bu kurum, maddi ceza hukuku normu niteliğindedir.¹⁹

Alman Ceza Mevzuatında bu kurumun; StGB'nin Genel Hükümler (*Allgemeiner Teil*) kitabında, Suçun Hukuki Sonuçları (*Rechtsfolgen der Tat*) başlıklı 3. bölümünde, cezalar, cezaların ertelenmesi gibi mad-

¹⁸ YCGK. 19.2.2008, 346-25; YCGK. 3.2.2009, 11-250/13 (UYAP).

¹⁹ Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının, aynen erteleme ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar gibi hükümün ve cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biri olduğu Anayasa Mahkemesi Kararlarında da belirtilmektedir (AYM. 17.1.2013, 2012/80, 2013/16).

Taner, hükümün açıklanmasının geri bırakılması (ertelenmesi) kurumunun saf bir maddi ceza hukuku normu olduğunu, ceza muhakemesinde ortaya çıkan etkilerin birer sonuç olduğunu, sebebin ise dava ve ceza ilişkisini ortadan kaldıran nedenin kendisi olduğunu belirtmektedir [Fahri Gökçen Taner, “Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertellemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Evresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, s.290].

Baştürk de benzer şekilde, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ortaya konuluş sebebi ile amaçlarından, tarihi gelişiminden, cezalar sistemi içindeki yerinden ve kuruma ilişkin normun içeriğinden (zamanaşımının durması gibi) kurumun maddi ceza hukukuna ait olduğunu ve buna ilişkin normların da cezalandırma hukuki ilişkisiyle ilgili olup, sonuçta bu normun da maddi ceza hukuku normu niteliği taşıdığını belirtmektedir. (İhsan Baştürk, *Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi*, Ankara, 2014, s.209, 211).

di ceza hukuku normları ile aynı bölüm içerisinde, cezaların erteleme-sinden hemen sonra 5. fasılda düzenlendiğini görmekteyiz.²⁰ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, StGB'de olduğu gibi, CMK yerine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenmesi, sistematik açıdan belki de daha isabetli olurdu.

Türk Ceza Mevzuatında 23.1.2008 tarihli 5728 sayılı Kanun deği-şikliği ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hangi hukuk dalının kurumu olduğu hususundaki tartışmalar; artık uygulamadan ziyade öğreti alanına dahil olmuştur.²¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 3.2.2009 tarihli Kararında da bu yasa değişikliğine atıf yapılarak; kurumun kesinleşmiş, infaz edil-mekte olan ve hukuki yarar bulunmak kaydıyla infaz edilmiş hü-kümler yönünden uygulanmasının zorunlu olduğu vurgulanmış,²² hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama

²⁰ Bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (erişim tarihi:24.10.2014)

²¹ İlgili Kanun düzenlemesi; Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte Yargıtay ilgili ceza dairesinde bulunan dosyalar hakkında bu Kanunun lehe hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, usule aykırılık bulunmadığı takdirde, dosya esastan incelenmek, acele işlerden sayılmak ve TCK'nın 7 nci maddesi dikkate alınmak suretiyle karar verileceğini, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkûmiyet kararları hakkında, lehe kanun hükümlerinin, hükmü veren mahkemece 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 98 ilâ 101 inci maddeleri dikkate alınmak ve dosya üzerinden incelenmek suretiyle belirleneceğini, ancak, hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmesi halinde inceleme, duruşma açılmak suretiyle yapılabileceğini, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla, yapılan yargılama bakımından dava zamanlaşımı hükümleri uygulanmayacağını, içermektedir.

²² YCGK. 3.2.2009, 11-250/13. "Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip olup, bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2008 gün ve 346/25 sayılı kararında da açıkça vurgulanmıştır.

Karma bir niteliği bulunan bu kurumun, maddi ceza hukukuna ilişkin yönü nazara alındığında, 5237 sayılı Yasanın 7. maddesinde tanımlanan lehe yasanın geçmiş yürümesi ilkesi uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun önceki hükümlere de uygulanması doğaldır. ... gerek yasal düzenleme, gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş yargısal kararları, gerekse hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki niteliği nazara alındığında, bu kurumun kesinleşmiş, infaz edilmekte olan ve hukuki yarar bulunmak koşuluyla infaz edilmiş hükümler yönünden de uygulanması zorunludur".

esasları ayrıntılı olarak belirtmek suretiyle kesinleşmiş dosyalarda yeniden inceleme yapılamayacağına ilişkin görüşler uygulamada mesnetsiz kalmıştır.²³

Alman Ceza Hukukunda hükümün açıklanmasının geri bırakılması, Ceza Kanunu'nun en hafif ve aynı zamanda topluma kazandırma amaçlı "*yaptırım*" olarak tanımlanmaktadır.²⁴ Somut açıdan bir ceza olarak nitelendirilemeyeceği, aksine çoğu zaman bu kurumun uygulanmasıyla bir cezanın önüne geçildiği, "*kendine özgü bir yaptırım*" olduğu kabul edilmektedir.²⁵ Burada yapılan adli tevbihin hukuki niteliğinin açık olmadığı, ortada bir ceza bulunmakla birlikte, açıklanmadığı, eylemin ayıplanması (hukuka uygun bulunmaması) ve geri bırakma sonrası sanığın geleceğe yönelik Kanun'da belirtilen koşullara uyma yükümlülüğü göz önüne alındığında, "*kendine özgü yaptırım benzeri bir yöntem*" olarak da nitelendirilebileceği belirtilmektedir.²⁶ Uygulanma koşulları itibarıyla büyük ölçüde örtüştüğü göz önüne alındığında, Alman Ceza Hukukunda hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, maddi ceza hukuku kurumu olan erteleme özel bir şeklini teşkil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması StGB'de (yetişkinler yönünden), CMK'dan farklı olarak, hürriyeti bağlayıcı cezalarda uygulama alanı bulunmayıp, sadece yüz seksen gün birimine kadar adli para cezasını gerektiren suçlarda uygulanabildiğinden, kanun koyucu tarafından kriminal yönden tehlikesiz olarak nitelendirilebilecek sanıklar bakımından bir imkân tanınması amaçlanmıştır.²⁷ CMK' da

²³ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 10. fıkrasında belirtildiği üzere, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hükümün ortadan kaldırılarak davanın düşmesi sonucunu doğurduğundan koşullu bir düşme nedeni olarak nitelendirilen hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, koşulların varlığı halinde erteleme ve diğer şahsileştirme kurumlarından önce uygulanması (değerlendirilmesi) gereken bir nitelik taşımakta ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen erteleme hükümlerine göre sanık lehine sonuçlar doğurmaktadır. Y.2.CD., 21.10.2009, E.2008/32723-K.2009/39449. (UYAP).

²⁴ Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, München, 2007, s.405.

²⁵ Marcel Arendt, Quo vadis, Geldstrafe, Möglichkeiten und Grenzen einer ambulanten Sanktion, Frankfurt, 2012, s.11.

²⁶ Kühl, s.406.

²⁷ Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München, 2009, s.544.

olduğu şekilde, cezaya hükmolunmasından önceki bir basamağı teşkil etmekte, görece hafif suç işleyen kişilere denetim süresi sonunda hiç suç işlenmemiş gibi devam etmeleri için bir şans verilmektedir.

Sadece adli para cezasını gerektiren suçlar (yüz seksen gün birimine kadar) yönünden uygulanabilir olması ve mahkemece Kanun'da belirtilen bir dizi koşullar yönünden değerlendirilmesi sonucu, mahkemenin (hâkimin) takdirine taalluk eden yapısı nedeniyle kanun koyucu tarafından istisnai karakterde bir hüküm olduğu ve sınırlı sayıda mahkûmiyet hükmünü etkileyeceği belirtilmiştir. 2. Adalet Reform Kanunu değişikliği kapsamında, 2006 yılında JGG'de yapılan değişiklikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı Genç Ceza Hukuku yönünden genişlemiş olmakla birlikte, istisnai niteliğini muhafaza etmiştir.²⁸

Rakamlarla somutlaştıracak olursak, Alman Hukukunda 2009 yılı verilerine göre yetişkinler yönünden toplam cezaların sadece % 1.08'ini hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları oluşturmakta, gençler yönünden ise bu oran % 2'ye tekabül etmektedir.²⁹ 1980 yılında (yetişkinler yönünden) hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sayısı 1.309 iken bu rakam her geçen yıl artmış, 2009 yılı itibariyle 7.930 rakamına ulaşmıştır.³⁰ Alman Ceza Hukuku pratiğinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının kapsamı genişleme eğiliminde olmuştur.³¹

Ancak diğer taraftan, Alman Ceza Usul Kanunu (StPO)³² m.153a' da düzenlenen "*kamu davasının açılmasının ertelenmesi*" kurumu³³ (*Eins-*

²⁸ Fassung aufgrund des Zweiten Gesetzes zur Modernisierung der Justiz (2. Justizmodernisierungsgesetz) vom 22.12.2006 (BGBl. I S. 3416)m.W.v. 31.12.2006. Fischer, s.544, Kühl, s.405-406. Değişikliğin orijinal metni için bkz. http://www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl106s3416.pdf%27%5D__1416734125260 (erişim tarihi: 23.11.2014)

²⁹ Brunner/Dölling, s.189.

³⁰ Arendt, s.20-21. Alman yaptırım sistemine ilişkin istatistiki verilere göre toplam cezaların % 80.6' sını adli para cezaları, geri kalan 18.3'ünü ise hürriyeti bağlayıcı cezalar oluşturmaktadır.

³¹ Arendt, s.21.

³² Strafprozessordnung-StPO

³³ Kanunun orijinal metni için bkz. <https://dejure.org/gesetze/StPO/153a.html>(erişim tarihi:24.10.2014)

StPO 153a: " Kovuşturmada kamu yararı yoksa ve sanığın kusurunun ağırlığı söz

tellung nach Erfüllung von Auflagen); hafif ve orta dereceli suçlar açısından, henüz soruşturma aşamasında uygulanabilmesi nedeniyle, Alman Ceza Hukuku uygulamasında daha fazla yer bulmakta, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında olan adli para cezasını gerektiren suçlar ile ilgili soruşturma süreci ekseriyetle, m.153a'da belirtilen koşulların oluşması durumunda hükümün açıklanması sürecine gelmeden sona ermektedir.³⁴

2009 yılı verilerine göre hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının sayısı yukarıda da belirtildiği üzere 7.930 iken, StPO m.153a kapsamında verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararlarının sayısı 263.702'dir.³⁵

Maslahata uygunluk ilkesinin (*opportunitätsprinzip*) bir pratiği olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu,³⁶ sınırlı uygulama alanına sahip hükümün açıklanmasını geri bırakılması karşısında öncelikli ve geniş bir uygulanma alanına sahiptir. Savcılık soruşturma sonunda, yeterli delil yönünden yaptığı değerlendirme esnasında, StPO m. 153a gereğince maslahata uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını her zaman dikkate almak zorundadır.³⁷

konusu değilse, son soruşturmanın açılması yetkisine sahip olan mahkemenin ve sanığın rızaları ile Savcılık bir cürümden (Vergehen) dolayı kamu davası açılmasından geçici olarak sarfınazar edebilir. Sanığa aşağıda sayılan yükümlülük ve talimatlar yüklenebilir..."

Burada belli talimat ve yükümlülüklerin uyulması şartına bağlı olarak ceza muhakemesinin durması söz konusu olmaktadır(bedingte Einstellung des Strafverfahrens). bkz.Heinrich Jescheck/Ulrich Sieber, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları,(tercüme eden: Feridun Yenisey), İstanbul, 2007, s.67.

StPO m.153a'nın devamında yükümlülükler ve talimatlar kapsamında; fiilden doğan zararın giderilmesi için belirli bir edimde bulunma, bir meblağın kamuya yararlı bir kuruma ya da devlet kasasına (hazineye) ödenmesi, diğer kamuya yararlı edimlerde bulunma, belli bir ölçüde kendi geçimini sağlama, sosyal bir eğitim programına katılma gibi edimler sayılmakta, bu edimlerin sürelerine ilişkin hükümleri içermektedir (Tercüme tarafımdan yapılmıştır. StPO' nun güncel bir çevirisi bulunmamaktadır).

³⁴ Fischer, s.544; Lutz Meyer Gossner/Jürgen Cierniak, Strafprozessordnung, München, 2009, s.692; Jescheck/Sieber, s.67.

³⁵ Bu kararların 199.572'si Savcılıklarca, 64.130'u ise Mahkemeler tarafından verilmiştir. Adli para cezası karar sayısı: 592.578; hürriyeti bağlayıcı ceza karar sayısı: 137.496; ceza vermekten vazgeçme (StGB m.60) karar sayısı ise sadece 398'dir (Arendt, s.23).

³⁶ Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, München, 1987, s.238.

³⁷ Hans Heiner Kühne, Strafprozessrecht, Heidelberg, 2003, s.2; Friedrich Christian

Savcılık ya da şüphelinin, StPO m.153a uyarınca soruşturmanın şartlı olarak durmasına rıza göstermemeleri durumunda, mahkeme çare olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna başvurmakta, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermektedir. Ayrıca Mahkeme ve Savcılık, mahkûmiyet kararından ve müeyyide uygulanmasından vazgeçmemekle birlikte, hafif bir yaptırım uygulanması eğilimindeyse hükmün açıklanmasının geri bırakılması söz konusu olmaktadır. Ayrıca gösteri suçu gibi haksızlık bilincinin (*Unrechtsbewusstsein*) az olduğu, sınırlı bir yaptırım uygulanmasına lüzum görülen durumlarda ve öncelikle ruhsal yönden tedavi gerektiren vakalarda (*bei primär therapeutischen Bedürfnissen*) bu kurumun uygulanması gündeme gelmektedir.³⁸

Alman Hukukunda orta derece kriminalitede, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumu karşısında, kanuni düzenlemedeki istisnai özelliğinin yanı sıra sınırlı pratik bir öneme sahiptir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile karşılaştırıldığında, her durumda duruşma yapılmadan sürecin sonlandırılmasına imkân vermesi, duruşmanın yanında mahkeme kararı, denetim süresi ve bu sürenin sonundaki ikinci bir mahkeme kararına lüzum kalmaması, ayrıca şüpheliye özel önleyici (*caydırıcı, präventiv*) pek çok yükümlülük yüklenebilmesi imkânı tanınması nedeniyle daha mantıklı ve usul ekonomisine uygun çözüm sunmaktadır.

Ancak tüm bu olumlu yönlerine karşın kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, hukuki sorunu çözmediğinden kısmen ilgili mercilerin suiistimaline açık bir niteliğe sahiptir.³⁹ Duruşma yapılmaksızın yeterli şüphe olduğuna ilişkin kabule varılması tartışma konusu olmakta, deliller yönünden bir şüphe söz konusu ise, StPO m.153a'nın uygulanmaması gerektiği vurgulanmaktadır.⁴⁰ Kural ola-

Schroeder, Strafprozessrecht, München, 1993, s. 37.

³⁸ Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, s.39, <https://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-straforeform.pdf> (erişim tarihi 18.11.2014)

³⁹ Abschlussbericht, s.43.

⁴⁰ Konstantinos Diakonis, Die Geringfügigkeitsvorschriften als Teil der Problematik der Kollision zwischen primären und sekundären Prinzipien des Rechts, Frankfurt, 2012, s.47.

rak suçun ispatının ancak delillerin tartışıldığı kolektif bir muhakeme ile mümkün olması nedeniyle, suç şüphesine rağmen şüpheliye bir takım mükellefiyetler yüklenmesi veya talimatlar verilmesi durumunda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6/2. maddesinde düzenlenen suçsuzluk karinesinin ihlal edeceği kaygısı dile getirilmektedir.⁴¹ Aksi yöndeki çoğunluk görüşüne göre ise, suç sorunu askıda kaldığından, mükellefiyet ve talimatlar yerine getirilse bile suçsuzluk karinesinin ihlal edilmeyeceği düşünülmektedir.

StGB m.59 (hükmün açıklanmasının geri bırakılması) ise buna karşılık, hukuk devleti ilkesine uygun bir muhakeme usulünü (*rechtsstaatliches Verfahren*) garanti altına almaktadır.⁴² Bu nedenle, hürriyeti bağlayıcı cezalar ile büyük bir çoğunluğunu adli para cezalarının teşkil ettiği Alman Ceza Hukuku müeyyide sisteminde kriminolojik açıdan iyi bir diversiyon (yargı dışına yönlendirme) düşüncesine dayanan, istisnai nitelikteki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna uygulamada daha fazla yer verilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁴³

Türk Hukuk sistemine dönecek olursak; CMK'da düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu (m.171), soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden uygulanabilir olması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan farklı olarak, kamu yararı bulunması koşulu aranması nedeniyle, sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır⁴⁴.

Buna karşılık hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukukumuzda yeni olmakla birlikte, (Alman Ceza Hukuk sistemin-

⁴¹ Diakonis, s.48.

⁴² Abschlussbericht, s.43.

⁴³ Abschlussbericht, s.44; ARENDT, s.24.

⁴⁴ 2006 yılı değişikliği ile " kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması" olması koşulu ilk kez CMK'ya dahil olmuştur. Bkz. Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, s.101. Cumhuriyet Savcısı bu takdir yetkisini kendiliğinden kullanabilmekle beraber, uygulamada çoğunlukla kamu davası açılması yoluna gidilmektedir. StPO'da ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı kural olarak sanığın yanında mahkemenin de rızası ile olmaktadır. (StPO m.153a).

den farklı olarak) yaygın bir uygulama alanına sahiptir ve ceza muhakemesi süreci büyük bir oranda hükmün açıklanmasının geri bırakılması aşamasına kadar gelmektedir. 2012 yılı istatistiklerine göre, ceza mahkemelerinde verilen karar sayısı 4.442.282, mahkumiyet hükümlerinin toplam sayısı 1.514.825, hükmün açıklanmasının geri bırakılması toplam karar sayısı ise 697.662'dir. Bu istatistiki verilere göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları, toplam karar sayısının % 15'ini teşkil etmektedir. Mahkumiyet hükümleri ile kıyaslandığında ise, % 46 gibi hayli yüksek bir orana tekabül etmektedir.⁴⁵

Ceza muhakeme sürecinin çoğunlukla hükmün açıklanmasının geri bırakılması aşamasına kadar gelmesinin ve dolayısıyla muhakemenin bu aşamasına kadar yargı dışına yönlendirmenin sınırlı bir şekilde mümkün olmasının muhakeme sisteminde yarattığı yük ortadadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından farklı olarak, ceza muhakemesi sürecinin dava açılmadan sonlanmasını sağladığından failin damgalanmasını ve ceza muhakemesi sürecindeki aşınma etkisini engelleyen, faile yüklenen yükümlülükler nedeniyle de onarıcı adalet uygulamalarının gerçekleştirilmesine katkı sağlayabilecek bir diversiyon modeli olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun Türk Ceza Hukuku müeyyide sistemindeki yerinin ve kapsamının tartışılması gerektiği düşünülmektedir.⁴⁶

IV. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI VERİLEBİLMESİ İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

A. SUÇA VE CEZAYA İLİŞKİN KOŞULLAR

1. Suça İlişkin Koşul

Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu; uygulanmayacağı açıkça düzenlenen suçlar haricinde tüm suçlarda uygulanır.

⁴⁵ Bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2012/34.pdf (erişim tarihi: 21.11.2014) Benzer düşünce ve istatistikî değerlendirme için bkz. Taner, s.295; Baştürk, s.148.

⁴⁶ Krş. Baştürk, s.182-183.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenlendiği CMK'nın 231. maddesinde; Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarda uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.⁴⁷

26.2.2008 tarihli 5739 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla;⁴⁸ 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (AsCK), 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun (DMK) ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, CMK'nın 231 inci maddesine göre hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Ancak AsCK'da yazılı suçlar yönünden uygulanan istisna Anayasa Mahkemesince; askeri disiplinin tesisi gerekçesiyle suçların işleniş şekli, ağırlığı ve korunan hukuki menfaat gibi hususlarda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin AsCK'da düzenlenen tüm suçlar yönünden hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmamasının, ceza adaleti ile güdülen amaca uygun olmadığı ve cezanın kişiselleştirilmesinde hâkime tanınan takdir hakkını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.⁴⁹ Bu itibarla, Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı suçlar hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün hale gelmiştir.

DMK m.63/2'de söz konusu istisna devam etmekle birlikte, 31/1/2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 45 inci maddesi değişikliğiyle Disiplin mahkemeleri sadece savaş zamanında kurulup yargılama yapabileceğinden, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmamasına ilişkin istisnanın pratikte uygulanabilirliği kalmamıştır.

⁴⁷ Söz konusu istisnai düzenleme, 23.1.2008 tarihli, 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmek suretiyle bugünkü şeklini almıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen yöntemine uygun bir evlenme olmaksızın dinsel törenle evlenme suçunu işleyen sanık hakkında, mahkemenin verdiği hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararını, CMK'nın 231. maddesindeki sınırlayıcı hükümleri gözetmeden verdiği gerekçesiyle hukuka aykırı olarak nitelendirmiştir. Bkz. YCGK, 6.10.2009, E.4-169, K.223 (<http://www.kazanci.com>) <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5739.html> (erişim tarihi:24.10.2014)

⁴⁸ ⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, istisnanın ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir (AYM. 17.1.2013, 2012/80, 2013/16).

TMK'nın m.13'deki hükmün açıklanmasının geri bırakılması, seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme yönünden olan istisna da 02/07/2012 tarihinde 6352 sayılı Kanun değişikliği ile mülga olmuştur. Dolayısıyla, TMK kapsamına giren suçlar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün hale gelmiştir.

5941 sayılı Çek Kanunu'nun (ÇK) 5. maddesinin 11. fıkrasındaki düzenlemede de karşılıksız çek keşide etmek suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğine ilişkin istisna mevcuttu. 31.01.2012 tarihli ve 6273 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle bu istisna yürürlükten kalkmış, ancak karşılıksız çek keşide etmek fiili artık adli para veya hapis cezasını gerektiren bir suç olarak tanımlanmadığından, CMK m.231'nin uygulanabilirliğinin tartışılmasının da bir anlamı kalmamıştır.⁵⁰

TCK'nın 191. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaya suçları da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması yönünden özellik arz etmektedir. TCK'nın 191/2. maddesine göre; kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında hüküm vermeden önce, kullanan kişi hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir. 191/6. fıkraya göre ise, mahkemenin cezaya hükmedildikten sonra da tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar vermesi mümkündür. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenmektedir.

⁵⁰ Mülga 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak Yargıtay, mülga Kanun döneminde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında ek yükümlülükler (denetimli serbestlik gibi) nedeniyle 3167 sayılı Kanun'un 16. maddedeki hükümlerin sanığın lehine olduğu belirtilerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanmayacağına karar vermişti. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin genel ilke olarak uygulanamayacağı kabul edilmesinin yanlış sonuçlara götürebileceği, olayın özelliğine göre mahkemece değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler ve uygulamada tereddütler mevcuttu. Bkz. Artuç, s.21, Enver Kumbasar, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara, 2012, s.142; Baştürk, s.279.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeden önce, sanığın kendisine yüklenen suçu işlediğinin sabit görülmesi ve işlediği suç dolayısıyla hakkında cezaya hükümlenmesi gerekmektedir.⁵¹ TCK'nın 191/2.maddesi uyarınca cezaya hükmedilmeksizin tedaviye ve/veya denetimli serbestlik tedbirine karar verildiğinde, kararın hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının koşulu niteliğindeki olan, mahkûmiyet hükmünü ve dolayısıyla CMK'nın 231. maddesi kapsamında bir cezayı içermemesi nedeniyle hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi olanaklı değildir.⁵²

191/6. maddesi uyarınca, sanık hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı cezaya hükmedildikten sonra ya da başka bir deyişle hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte tedaviye ve/veya denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulması durumunda ise tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin geciktirilmesinin bu güvenlik tedbirlerinin niteliği ve amacıyla bağdaşmayacak olması ve anılan tedbirin uygulanmasını kısıtlayacak şekilde sonuç yaratması nedeniyle, hükümün açıklanmasının geri bırakılması hükümleri uygulanamaz.⁵³ Ancak burada gözden kaçırılmaması ve üzerinde önemle durulması gereken husus, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamayacağına ilişkin istisnanın, TCK'nın 191/1. maddesinde tanımlanan, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçuna ilişkin olduğudur.⁵⁴ Buna karşın, izinsiz kenevir ekmek ve uyuşturucu ticareti yapmak,⁵⁵ uyuşturucu madde kullanmak için başkalarına yer temin etmek⁵⁶ suçlarında diğer koşullar mevcut oldu-

⁵¹ Y.4.CD.,17.2.2010, E.2010/1752, K.2010/2542. "Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükümlenilen ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis cezası veya adli para cezası ise, mahkemece hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir, şeklindeki düzenleme karşısında, sanık hakkında öncelikle suçun sabit olması halinde ceza hükmü kurulması gerektiği nazara alınmadan, ... ceza hükmü kurulmaksızın doğrudan hükümün açıklanmasına karar verilmesi yasaya aykırı görüldüğünden..."

⁵² Aynı yönde Artuç, s.30.

⁵³ YCGK.3.6.2008,E.2008/7-133,K.2008/162 (<http://www.kazanci.com>).

⁵⁴ Y.10.CD.,7.7.2008,E.2006/8491,K.2008/11601;Y.10.CD.,22.1.2008,E.2007/11699, K.2008/929. (Artuç, s.31,35-36 naklen)

⁵⁵ YCGK.3.6.2008,E.2008/7-133,K.2008/162 (<http://www.kazanci.com>).

⁵⁶ Y.10.CD., 24.6.2008, E.2008/3316, K.2008/10566 (Artuç, s.31 naklen).

⁵⁶ Y.6.CD., 7.5.2008, E.2008/2733, K.2008/7300 (Artuç, s.31 naklen).

ğu takdirde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkündür.

Uzlaşma kapsamındaki suçlarda ise; öncelikle uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerekir. CMK'nın 253 ve 254. maddeleri uyarınca sanığa, sanık reşit değil ise, kanuni temsilcisine uzlaşma önerisi yapılmadan hüküm tesisi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi olanaklı değildir.⁵⁷

StGB ve JGG'deki düzenlemeler incelendiğinde ise herhangi bir suç yönünden istisna getirilmediği görülmektedir. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, kurumun istisnai nitelikte olması nedeniyle zaten sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğunu, yetişkinler yönünden % 1, gençler yönünden ise % 2 gibi çok düşük bir uygulanma oranına sahip bir kurumun bir kısım suçlar yönünden uygulanmayacağını düzenlemenin pek de anlamlı olmayacağını hatırlatmakta yarar görülmektedir.

2. Hükmolunan Cezaya İlişkin Koşul

CMK'nın 231. maddesi 5. fıkrasında; yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği belirtilmektedir. Burada esas alınacak olan ceza, hükmolunan sonuç cezadır.⁵⁸

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için adli para cezası bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Hapis ve adli para cezasına birlikte hükmedilmiş ise hapis cezasının süresinin dikkate alınması gerekmektedir.⁵⁹

⁵⁷ Y.6.CD.,29.4.2010, E.2010/11555,K.2010/5151; Y.5.CD.30.9.2010, E.2010/2229, K.2010/7067. "Mesken masuniyetinin ihlali suçunun takibi şikayete bağlı olsun veya olmasın, 5560 sayılı Yasanın 24. maddesi ile değişik CMK.nın 253. maddesine göre uzlaşma kapsamında kaldığı, uzlaşmanın ise bir kovuşturma şartı olduğu nazara alınarak 5271 sayılı Yasanın 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaştırma işlemi yapılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..."

⁵⁸ Çocuklar tarafından, 5560 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından uygulamaya esas hapis cezasının üst sınırı üç yıl olduğundan, lehe kanun hükmünün tespiti açısından dikkat etmek gerekmektedir.

⁵⁹ CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasında kast edilen adli para cezası, seçenek yap-

Birden fazla suçtan mahkûmiyet halinde; hükümün açıklanmasının geri bırakılması koşulları, her suç ve sonuç ceza yönünden ayrı ayrı değerlendirilmekle birlikte,⁶⁰ birden fazla suç işlenmesi durumu, sanığın kişilik özellikleri ile yeniden suç işlemeyeceği hususunda edinecek kanaat bakımından dikkate alınabilecektir.⁶¹

StGB m.59'daki düzenlemede ise daha önce de belirttiğimiz gibi, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hürriyeti bağlayıcı cezalarda uygulanma alanı bulunmayıp, sadece yüz seksen gün birimine kadar adli para cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilmektedir.

Aynı kişi tarafından birden fazla suç işlendiği takdirde, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için toplam cezanın adli para cezası olması ve kanunda belirtilen sınır içerisinde kalması (yüz seksen gün birimi) gerekmektedir. Bir başka deyişle, m.59c uyarınca adli para cezaları toplanmakta ve toplam cezaya göre değerlendirme yapılmaktadır.⁶²

Adli para cezasının yanında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmolunması durumunda da hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün değildir. Bu hükümün istisnasını ise 41. maddedeki düzenleme oluşturmaktadır.⁶³ Bu madde uyarınca; failin kişisel ve

tırım olarak hükmedilen adli para cezası olmayıp, TCK'nın 52. maddesinde öngörülen ve hapis cezası ile birlikte veya yalnız hükmedilen adli para cezalarıdır. Sanık hakkında hükmedilen hapis cezası henüz seçenek yaptırım olarak adli para cezasına çevrilmeden, hükümün açıklanmasının geriye bırakılması koşulları olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, iki yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezanın adli para cezasına çevrilerek hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi olanaklı değildir. "...sanık hakkında hükmolunan hapis cezası, henüz seçenek yaptırım olarak adli para cezasına ve tedbire çevrilmeden hükümün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının değerlendirilmesi zorunlu olup, ancak bu konuda olumsuz bir kanaate ulaşıldığı takdirde uygulanabilecek bir hükme dayanılarak sonuç cezanın çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğundan hareketle taksirli suçlarda hükmolunan 2 yıldan fazla hapis cezalarında hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceğini kabul etmek olanaklı değildir." bkz. YCGK.2.3.2010, E.2010/9-42, K.2010/44.

⁶⁰ YCGK.27.1.2009, E.2009/1-274, K.2009/9; YCGK.30.6.2009,E.2009/1-95, K.2009/180.

⁶¹ Ünver/Hakeri, s.749-750; Kumbasar, s.127; Baştürk, s.260.

⁶² NStZ 82, 258; Kühl, s.406.

⁶³ Fischer, s.544.

ekonomik durumu göz önünde tutulduğunda, para cezasına hükmedilmesi yerinde ise ve fail fiil ile zenginleşmiş ya da zenginleşmeye teşebbüs etmişse, kanunda öngörülmüş olmamasına veya adli para cezası sadece seçimlik ceza olarak öngörülmüş olmasına rağmen, hapis cezası ile birlikte adli para cezasına hükmedilebilmektedir. Bu madde uyarınca hürriyeti bağlayıcı ceza yanında adli para cezasına hükümlenmesi durumunda, diğer koşulların bulunması kaydıyla, adli para cezasının açıklanmasının geri bırakılması mümkündür.

Ayrıca StGB uygulamasında; aynı Mahkeme kararında aynı sanıkla ilgili olarak, hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi ve adli para cezası nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi olanaklı değildir.⁶⁴

Feri cezalar hakkında da hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkün değildir.⁶⁵ Sözelimi araç sürme yasağı(*Fahrverbot*) kararının kendisi hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu olamaz.⁶⁶ Ayrıca m.59/son uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte iyileştirme ve güvenlik tedbirine hükmedilemeyeceğinden, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte kamu duyurusunda bulunma gibi güvenlik tedbirlerine de hükümlenmesi mümkün değildir.⁶⁷

B. SANIĞA İLİŞKİN KOŞULLAR

1. Sanığın Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Mahkûm Olmamış Bulunması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmaması gerekir (CMK m.231/6-a).

"Mahkûm olma" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, başka bir kasıtlı suça ilişkin hükmün, hükmün açıklanması kararı verilmesine engel olabilmesi için, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu

⁶⁴ Kühl, s.406.

⁶⁵ Kühl, s.406

⁶⁶ Bay NJW 76, 301; Fischer, s.545.

⁶⁷ Kühl, s.406.

suç tarihinden önce kesinleşmiş olması gerekir. Bir başka deyişle, suç tarihinden sonra kesinleşen mahkûmiyet ilamı, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel teşkil etmeyecektir.⁶⁸ Mahkûmiyet hükmünün hapis ya da adli para cezasına ilişkin olmasının, cezanın süre ve miktarının bir önemi bulunmamaktadır, kasıtlı suçtan hükmolünmüş olması yeterlidir.⁶⁹

Kişinin adli sicil kaydında bulunan adli sicil bilgilerinin silinme koşullarının oluştuğu durumlarda, hükümün açıklanmasının geri bırakılması için sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması koşulunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu uyarınca, cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikâyetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, ceza zamanaşımının dolması, genel af halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne silinerek, arşiv kaydına alınmakta, arşiv kaydı ise ilgilinin ölümü, fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması gibi çok istisnai durumlarda silinmektedir. Bu nedenle; 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu çerçevesinde; arşiv kaydına göre, *“sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûmiyetinin bulunmaması”* koşulunun oluşmadığını söylemek, bu kişiler hakkında belki de tüm hayatları boyunca hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilememesi sonucunu doğuracaktır.

⁶⁸ Y.2.CD., 26.1.2010, 52002-1365; Y.2.CD., 9.3.2009, 18235-11171. Sanığın yargılamaya konu yeni suçu, mahkûmiyet kararından önce işlemiş olması nedeniyle, sözü edilen mahkûmiyet kararı, yargılama konusu suçla ilgili hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel oluşturmayacaktır. Bkz. YCGK., 06.05.2008, E. 2007/4.MD 27, K.2008/95.

Öğretide; kasıtlı suçun ne kadar zaman önce işlenmiş olduğunun öneminin bulunmadığı, geçmişte bir kez kasıtlı suçtan mahkûmiyet hükmü bulunmasının hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel teşkil edeceği görüşüne yer verilmiştir (Özgenç, s. 51).

5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamındaki yaptırımlar ise; idari para cezası olarak nitelenmeleri ve Adli Sicil Kanunu'nun 5/1-C maddesi ve fıkrası uyarınca idari para cezasına ilişkin kararların adli sicile kaydedilmemesi nedenleriyle CMK. m.231/6-a maddesi kapsamında kasıtlı suçtan mahkûmiyet olarak kabul edilmemektedir (Y.4.CD., 14.4.2009, 21424-7779).

⁶⁹ Kumbasar, s.180; Erhan Günay, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara, 2012, s.98; Hüseyin Turan, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması, Ankara, 2012, s.83; Artuç, s.85.

Diğer taraftan CMK'nın gerekçesinde; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı konusunda hâkime tam bir takdir hakkı tanıdığı belirtilmektedir.⁷⁰ 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu kapsamında arşiv kaydı esas alındığı takdirde, *"saniğin daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûmiyetinin bulunmaması"* koşulunun, kanun koyucunun amacıyla çelişecek şekilde uygulama alanını daraltılacağı açıktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 6 Nisan 2010 tarihli Kararında bu husus tartışılmıştır.⁷¹ Yargıtay Kararında; hak yoksunluklarını kural olarak TCK'nın 53. maddesinde cezanın infazı ile sınırlandırılan, doğmuş hak mahrumiyetlerini ortadan kaldırmak için Adli Sicil Kanunu'na eklediği 13/a maddesi ile yasak hakların geri verilmesi kurumunu kabul eden ve TCK'nın 58. maddesinde tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından infazdan itibaren beş ve üç yıllık süreler öngören kanun koyucunun, bir kez mahkûm olan bir kişinin ömür boyu bu mahkûmiyetinin olumsuz sonuçlarından etkilenmesi gerektiğini kabul ettiğinin düşünülemediği, bu nedenlerle, yeni yasa dönemindeki mahkûmiyetler açısından da, belirli sürelerin geçmesi ile bu mahkûmiyetlerin 231. maddenin uygulanmasına yasal engel oluşturmayacağını kabulde zorunluluk bulunduğu, bu itibarla, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkûm edilen sanıklar yönünden, TCK'nın tekerrür hükümlerinin uygulanması için 58. maddesinde öngörülen sürelerin nazara alınmasının ve bu sürelerin geçmiş olduğu hallerde önceki mahkûmiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarının değerlendirilmesi yönünden engel oluşturmayacağını kabulünün adalet ve hakkaniyete uygun olacağı belirtilmektedir. Ayrıca Yargıtay, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal engel oluşturmayan bu mahkûmiyetlerin yargılama mercilerince, sanığın suç işleme eğilimi açısından değerlendirmeye esas alınmasına da bir engel bulunmadığını belirtmektedir.⁷²

⁷⁰ Bkz. 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, m.233 (<http://www.kazanci.com>).

⁷¹ YCGK., 06.04.2010, E. 2010/4-71, K.2010/76 (UYAP).

⁷² Kararda ayrıca, kanun koyucunun mahkûmiyetle ilgili olarak "kasıtlı suçtan olması" dışında bir ölçüt getirmemesi nedeniyle, adli sicilden silinen mahkûmiyetlerin, ertelenmiş ve vaki olmamış sayılan mahkûmiyetlerin ve üzerinden çok uzun sürelerin geçmesi nedeniyle tekerrüre esas oluşturmayan mahkûmiyetlerin hükmün açıklanmasının ertelenmesine engel oluşturup oluşturmayacağına ilişkin, gerek kanun metninde, gerekse gerekçede herhangi bir açıklık bulunmadığı vurgulan-

Yargıtay, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkûm edilen sanıklar yönünden, adalet ve hakkaniyete uygun bir çözüm bulabilmek saikiyle, tekerrür hükümlerinin uygulanmasına esas TCK'nın 58. maddesinde öngörülen sürelerin göz önüne alınacağını belirterek bir çözüm getirmiştir. Ancak öncelikle bu çözüm Kanun'daki düzenlemenin dışına çıkan bir çözüm olması nedeniyle tartışmalıdır. Öte yandan Kararda, tekerrür ve hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumları arasındaki farklılıkların ve tekerrüre esas sürelerin görece kısalığının göz önüne alınması ve tartışılması gerekirdi. Diğer taraftan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararındaki çözümün, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun (*mahkemece suç işleme eğilimi açısından değerlendirmeye esas alınmadığı takdirde*) uygulama alanını çok genişletmesi nedeniyle, kanun koyucunun amacı ile ne derece uyumlu olduğu da tartışmalıdır.⁷³

CMK'da 2014 yılı içinde yapılan değişiklikle, hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen kişinin denetim süresi içinde, kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği düzenlenmiştir (m.231/8-2).⁷⁴ Kanun değişikliğine ilişkin madde gerekçesinde, haklarında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanıklar hakkında işledikleri diğer suçlardan dolayı da birçok kez hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği, denetim süresi içinde sanık hakkında bir daha hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilememesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Kişinin işlediği ikinci suçun denetim süresi içinde işlenip işlenmediğinin önemi bulunmamaktadır. Daha önceden işlenen suçlar bakımından da bu yasak uygulanacaktır.⁷⁵ Kanun koyucunun, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanma alanının giderek genişleme eğiliminde olmasının-

muş, kanun koyucunun herhangi bir düzenleme getirmemesi nedeniyle, bu hükümü mutlak şekilde yorumlamanın adalet ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı ya da kanun koyucunun gerçek amacının bu olup olmadığının da göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir.

⁷³ Karşıt görüş için bkz. Baştürk, s.317-318.

⁷⁴ 18/6/2014 tarihli, 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m.72, Resmi Gazete Yayın Tarihi 28/06/2014.

⁷⁵ Kanun'un madde gerekçeleri için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss592.pdf>, m.54 (erişim tarihi: 24.10.2014).

dan rahatsız olduğu, bu nedenle böyle sınırlayıcı bir düzenleme yapılması yoluna gittiği düşünülmektedir.

StGB'de; 22.12.2006 tarihli Kanun değişikliğine kadar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenleyen 59.maddesinin uygulanma koşulları arasında, “*son üç yıl içinde herhangi bir mahkûmiyet hükmü veya saklı tutulmuş mahkûmiyet hükmünün olmaması*” koşulu da bulunmaktaydı⁷⁶. Bu hükmün kaldırılmasıyla, sanığın kişilik özellikleri, geçmiş hayatı, suça konu eylemin koşulları, eylem sonrası tutumu, yaşam koşulları ve etkileri göz önüne alınarak bir daha suç işleyip işlemeyeceğini değerlendirme konusunda mahkemeye geniş bir takdir hakkı tanınmıştır⁷⁷. Ancak, özellikle yakın geçmişteki önemli bir suça ilişkin mahkûmiyet kararı geleceğe yönelik değerlendirmenin olumsuz olmasına neden olacaktır.⁷⁸

Mahkeme (hâkim) tarafından, sanık yönünden yapılacak bir sosyal öngörü (*günstige Sozialprognose*)⁷⁹ neticesinde sanığın tekrar suç işlemeyeceği düşünülüyorsa, hükmün tatbik edilmesi suretiyle mahkûmiyet hükmünün saklı tutulduğunu görmekteyiz.

Kanaatimizce, “*sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması*” koşulunun tek başına hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını engelleyen bir koşul olmaktan çıkarılarak, StGB'ye benzer şekilde, sanığın kişilik özellikleri kapsamında yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılmasında bir ölçüt olarak değerlendirilmesinin, kanun koyucunun ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun amacıyla daha uyumlu olacağı değerlendirilmektedir.

⁷⁶ Fassung aufgrund des Zweiten Gesetzes zur Modernisierung der Justiz (2. Justizmodernisierungsgesetz) vom 22.12.2006 (BGBl. I S. 3416) m.W.v. 31.12.2006. Kaldırılan madde; „ Fail hakkında, son üç yıl içinde mahkûmiyet hükmü ya da mahkûmiyet hükmünün saklı tutulması kararı mevcut ise ise, kural olarak mahkûmiyet hükmünün saklı tutulması olanaksızdır.” hükmünü içermekteydi. Değişikliğin orijinal metni için bkz. http://www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl106s3416.pdf%27%5D__1416734125260 (erişim tarihi: 23.11.2014)

⁷⁷ Fischer, s.545, 483.

⁷⁸ NStZ-RR 05, 200; OLGSt Nr.8; Karlsruhe VRS 50, 98; Fischer, s.484

⁷⁹ Fischer, s.545.

2. Sanığın Kişilik Özellikleri ile Duruşmadaki Tutum ve Davranışları Göz Önünde Bulundurularak Yeniden Suç İşlemeyeceği Hususunda Kanaate Varılması

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması gerekmektedir. Mahkemenin bu husustaki kanaatin gerekçelerini somut verilere dayandırarak göstermesi gerekir.⁸⁰

Mahkemenin takdiri bu iki ölçüte dayanmak zorunda olduğundan, sanığın yargılamada gözlenen tutum ve davranışlarının duruşma tutanaklarında gösterilmesi gerekmektedir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığı kararına esas alınan sanığın hal ve tavırlarındaki olumsuzluklar, duruşma tutanaklarına yansımadağı sürece, Yargıtay tarafından gerekçe olarak kabul edilmemektedir.⁸¹

Mahkemenin burada önemle üzerinde durması gereken nokta, sanığın yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususunda bir kanaate varabilmesidir. Kanaatimizce, sanığın kişilik özellikleri değerlendirilirken, "kişilik özellikleri" kavramı çok geniş bir içerikte ele alınmalıdır. Genel olarak geçmişi, sosyal ve ekonomik durumu, eğitimi ve mesleği, ailevi ve psikolojik durumu sanığın kişilik özelliklerinin birer parçası olarak değerlendirilmeli,⁸² mahkûmiyet kararının başta kendisi olmak üzere, aile çevresi ve toplumdaki konumu açısından oluşturacağı sonuçlar dikkate alınmalıdır.⁸³

⁸⁰ Y.5.CD., 29.1.2009, E.2009/356, K.2009/631; Ali Parlar, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Ankara, 2010, s.21.

⁸¹ Y.4.CD., 19.4.2010, E.2010/10727, K.2010/7390. "Sabıkası bulunmayan, talimat mahkemesince savunması alınırken tutanağa yansımış herhangi bir olumsuz davranışı olmayan ve duruşmalara katılmayan sanığın gözlemlenen tutum ve davranışları, suça eğilimi gerekçe gösterilerek 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının yer olmadığına karar verilmesi, ayrıca oturum tutanaklarına yansıyan hal ve tavırlarındaki olumsuzluğun nelerden ibaret olduğu gösterilmeden, yasal olmayan gerekçe ile, TCK'nun 62.maddesinin uygulanmaması,..." (Parlar, s.38 naklen) Nitekim, bir başka dosya ile ilgili yargılamada, mahkemece sanıkların yargılama sırasındaki sergiledikleri ve zabıtlara da yansıyan laubali tutumları dikkate alınarak, suç işleme eğilimi nedeniyle hükmolunan cezaların ertelenmesine yer olmadığına ilişkin kararda hukuka aykırılık görülmemiştir. Karar için bkz.Y.2.CD.,17.1.2007, 6395-262.

⁸² Kumbasar, s.180.

⁸³ Baştürk, s. 364.

Ancak Yargıtay kararları incelendiğinde; “*sanığın kişilik özellikleri*” kavramının içeriğinin yeteri kadar açıklığa kavuşturulmadığını, bileşenlerinin vurgulanmadığını, ilk derece mahkemelerince de genellikle adli sicil kaydı dışında, kişilik özelliklerinin tespitine yönelik bir araştırma yapılmadığını ve temyiz merci tarafından bunun bir eksiklik (noksan soruşturma) olarak görülmediğini söylememiz sanırım yanlış olmayacaktır. Genellikle “*sanığın kişilik özellikleri*” ve “*duruşmadaki tutum ve davranışları*” kavramları birlikte kullanılmak suretiyle, bu iki ölçütün göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması gerektiğine vurgu yapıldığı görülmektedir.⁸⁴

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararlarında; 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunu’nun (CİK) 4 ve 6. maddeleri ile kıyaslama yapılırken, CMK’nın 231. maddesindeki ölçütlerin daha geniş olup, hâkime daha geniş bir takdir yetkisi tanıdığına belirtilmesi, mahkeme tarafından kişilik özelliklerinin içeriğini kapsamlı bir şekilde doldurabileceğini,⁸⁵ duruşmada gözlenen tutum ve davranışla sınırlı bir değerlendirme yapılmaması gerektiğini göstermektedir.⁸⁶ Diğer

⁸⁴ Kumbasar, sanığın açık kimliği saptandıktan sonra kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alındığını, duruşma hazırlığı aşamasında kolluk marifetiyle sanığın ekonomik ve sosyal durumunun tespit edilebileceğini, çoğunlukla da uygulamada bu şekilde yapıldığını belirtmektedir (Kumbasar, s.160). Ne yazık ki uygulamanın çoğunlukla bu şekilde olduğu görüşüne katılmıyoruz. Ayrıca kolluk tarafından yapılacak araştırmanın yeterli olmayacağı, sosyal hizmet uzmanlarından faydalanılması gerektiği düşüncesindeyiz. Aynı görüşte Baştürk, s.395.

⁸⁵ Aynı düşünce için bkz. Ali İhsan İpek, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara, 2010, s.152-153; Baştürk, s.376.

⁸⁶ YCGK., 23.9.2008, E. 2008/9-147, K.2008/206. Karar metni için bkz.<http://www.kazanci.com>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.5.2009 tarihli ve E.2009/9-54, K.2009/137 sayılı Kararına ilişkin karşı oy yazısında; tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme neden olmak suçundan sanık Ö.B.’nin olay sonrası davranışları ve olay esnasında aşırı alkollü olmasının kişiliğini yansıtan hususlar olduğu, keşif gününü bilmesine rağmen keşif mahalline gelmeyerek cezaı umursamaz tutum ve davranış sergilemesi hususunun da sanığın duruşmadaki tutum ve davranışının olumsuzluğunu ortaya koyduğu belirtilmiştir. “...5271 sayılı Yasanın 231/5.fıkrasının uygulanabilmesi için aynı maddenin 6.fıkra (b) bendinde iki hususun belirtildiği, 1. hususun sanığın kişilik özelliği, 2. hususun ise duruşmadaki tutum ve davranışlarının olumlu olması gerektiği, Mahkeme kararında belirtilen gerekçeye göre sanığın olay akabinde maktulü olay yerinde bırakıp kaçması, olayı 112 acil servise veya emniyete bildirmemesi, sanığın aşırı derecede alkollü (400 promil) olması gibi nedenler sanığın kişiliğini yansıtan hususlar olup, keşif gününü bilmesine rağmen keşif mahalline gelmeyerek cezaı umursamaz tutum ve davranış sergile-

tarafından CMK'nın gerekçesinde hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı konusunda hâkime tam bir takdir hakkı tanındığının ifade edilmesi de bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

Failin kişiliğini tespit edebilmek için yetkili makamın, öncelikle gözlem yapması gereklidir. Failin kişilini ortaya koymak üzere sunulan delil araçları gözlemlenecek ve algılanacaktır. Ayrıca failin duruşmadaki hal ve tavırlarını da gözlemleyecektir. Failin kişiliğinin belirlenmesinde vicdani kanaati ile hareket ederek bir kanaate ulaşmaya çalışan hâkim, bu kanaatini bir gerekçeye bağlamak zorundadır. Failin kişiliğine ilişkin şüphe yenilemezse, bundan fail yararlanmalı, kişiliğiyle ilgili olumlu kanaate varılmalıdır.⁸⁷

Ceza Muhakemesi sistemimizde, sanığın duruşmada hazır bulunmadığı veya hâkimlerin sık sık değişmesi durumlarında sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları hususundaki vicdani kanaatin nasıl oluşacağı da haklı olarak ayrı bir tereddüt konusudur.⁸⁸ Bu nedenle, failin kişiliğinin tespitinde, duruşmada edinilen sınırlı bir intiba ile yetinilmemesi, bunun yerine failin ailesi, toplum içindeki konumu, yaşadığı ve ilişkili olduğu çevresi, suçtan sonra mağdurla olan irtibatı, eğitim, şahsi ve ekonomik durumu, psikolojik yapısı ve diğer tüm kişisel verilerin bir uzman tarafından değerlendirildiği sosyal inceleme raporlarından faydalanılması gerektiği kanaatindeyiz.⁸⁹

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi kurumu, mülga CİK'in 6. maddesi ve TCK'nın 51. maddesindeki erteleme kurumları ile sübjektif koşullar yönünden karşılaştırıldığında, her üç yasal düzenlemede de mahkemenin sanığın yeniden suç işlemeyeceği konusunda bir kaniya varması gerektiği belirtilmektedir. Ancak, bu kaniya ulaşırken dikkate alınacak ölçütlerde farklılık bulunmaktadır.

mesi hususunun da sanığın duruşmadaki tutum ve davranışının olumsuzluğunu ortaya koymakta olduğu, bu nedenlerle de mahkemece sanığa verilen cezanın bir daha suç işlemeyeceği kanaatiyle ertelenmemesine karar verildiği, bu kanaat nedeniyle hâkimin istese de artık hükümün açıklanmasını geri bırakamayacağı, bırakıldığı takdirde de aleyhe temyiz olduğunda gerekçelerde çelişki nedeniyle hükümün bozulması zorunluluğu olduğu ifade edilmiştir.

⁸⁷ Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara, 2002, s.188.

⁸⁸ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2011, s.393.

⁸⁹ Aynı görüşte Baştürk, s.367, 394-395.

Mülga CİK'de (m.6); "*sanığın geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimi*", TCK (m.51)' da; "*suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık*", CMK m.231' de ise, "*sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları*" dikkate alınmaktadır.

Aynı kaniya farklı ölçütlerin uygulanarak ulaşılmaması öngörüldüğünden, CİK'in 6. maddesinin (veya TCK'nın 51. maddesinin) uygulanmaması, diğer bir ifadeyle sanığa verilen cezanın ertelenmemesi hususunda gösterilen gerekçenin, CMK'nın 231. maddesinde öngörülen sübjektif koşulların oluşmadığını ortaya koyan bir gerekçe olarak kabulü mümkün değildir. Bu nedenle, mahkemenin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının gerekip gerekmediği hususunda, yasada öngörülen ölçütleri de göz önünde bulundurarak yeni bir değerlendirme yapmasında zorunluluk bulunmaktadır.⁹⁰

Mahkemelerin karar verirken dikkat etmeleri gereken bir diğer husus ise takdiri indirim nedenleri, hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve ertelenmesi gerekçeleri ile hükmün açıklanmasına yer olmadığına ilişkin gerekçeler arasında çelişkiye düşülmemesidir.⁹¹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili Kararlarda, "*sanığın açık ikrarı ve pişmanlığı olmadığı*" gerekçesi Yargıtay tarafından haklı olarak yasal ve yeterli olmayan gerekçe olarak nitelendirilmiştir.⁹² Benzer şekilde, "*suçunu kabullenmediği, mağdure ile uzlaşmak istemediği, dosyaya yansıyan olumlu bir davranış sergilemediği*" biçimindeki gerekçelerin de yasal ve yeterli olmadığına karar verilmiştir.⁹³ Sanığın geçmişi ve iyi halliliği gözetilerek cezasının ertelenmesine karar verilmişken, (herhangi bir ekonomik zararın da bulunmadığı olayda) erteleme kararı ile de çelişecek şekilde, soyut olarak ve gerekçe gös-

⁹⁰ YCGK.,10.3.2009, E. 2009/11-41, K.2009/52; YCGK.,6.5.2008, E. 2007/4.MD-27, K.2008/95; Kararların metni için bkz.<http://www.kazanci.com>

⁹¹ Artuç, s.91. Gerekçeler arasında çelişkiye düşülmesi, Yargıtay'ın en yaygın bozma gerekçeleri arasında bulunmaktadır. "*Sanığın yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla bir daha suç işlemeyeceğine kanaat getirilerek cezasının ertelenmesine karar verildiği ve bu suretle duruşmadaki tutum ve davranışları olumlu değerlendirildiği halde, yine duruşmadaki tutum ve davranışları gerekçe gösterilerek 5395 sayılı Kanununun 23. maddesi uygulanmayarak gerekçede çelişkiye düşülmesinin yasaya aykırı olduğuna...*" Bkz. Y.5.CD., 6.7.2009, 14363-9269.

⁹² Y.2.CD., 30.3.2010, 8470-9931.

⁹³ Y.2.CD., 28.4.2010, 46307-14035.

termeden, “*takdire*” denilmek suretiyle hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi de doğal olarak hukuka aykırı bulunmuştur.⁹⁴

Daha önce de belirtildiği gibi; hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının gerekip gerekmediği hususunda, yasada öngörülen ölçütlerin, diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve mahkemece her bir suç için ayrı ayrı, hukuki gerekçeleri gösterilerek bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.⁹⁵

StGB'deki düzenlemeyi incelediğimiz takdirde ise; temel koşul olarak “*cezaya hükmolunmaksızın da failin gelecekte bir başka suç işlemeyeceği kanaatine ulaştırılması*” gerekmektedir (m.59/1).

Sanığın bir daha suç işleyip işlemeyeceğine ilişkin bu takdirin kullanılması; aynı maddenin 2. bendinde belirtildiği üzere, fiile ve failin kişilik özelliklerine yönelik bütüncül bir değerlendirilmeyi gerektirmektedir.⁹⁶ Fiil ve fail ile ilgili değerlendirme neticesinde, öncelikle cezaya hükmetmeyi gereksiz hale getiren özel sebeplerin varlığının tespiti gerekmektedir. Ayrıca bu değerlendirmede cezanın ertelenmesine ilişkin StGB'nın 56. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir (StGB 59/4).

56. maddede düzenlenen ve atıf yapılan bu değerlendirme kriterleri, hükümün açıklanmasının geri bırakılması yönünden de doğrudan uygulandığından önem arz etmektedir. Bu kapsamda; *sanığın kişiliği, geçmiş hayatı, suça konu fiilin koşulları, fiil sonrası tutumu, yaşam şartları ve cezanın açıklanmasının geri bırakılmasının kişi üzerindeki doğması beklenecek etkileri* göz önüne alınmaktadır⁹⁷. Bu değerlendirmenin kriminoloji yönünden belli bir tecrübeyi gerektirdiği, uygulamada hiç de kolay olmadığı kabul edilmektedir.⁹⁸

⁹⁴ Y.4.CD., 24.2.2009, 22299-3291.

⁹⁵ Yargıtay, yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda, her bir suç için ayrı ayrı durumunun değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, “işlediği diğer suçlarla birlikte değerlendirildiğinde ertelemeye ve CMK'nın 231/5. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına” şeklindeki gerekçeyle ertelememeye ve hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesini hukuka aykırı olarak nitelendirmiştir. Bkz.Y.8.CD., 15.9.2009, 2009/7412, K.2009/11373.

⁹⁶ Fischer, s.545.

⁹⁷ Fischer, s.481; Helmut Pollähne, Kriminalprognostik, Berlin, 2011, s.71.

⁹⁸ Pollähne, s.71.

Sanığın geçmiş hayatı değerlendirirken, geçmişte önemli sayılabilecek bir ceza alıp almadığı,⁹⁹ yaşam şartları değerlendirilirken, aile ve meslek yaşamı, sosyal statüsü¹⁰⁰ (*soziale Einordnung*) göz önünde tutulmaktadır. Ayrıca sanığın davaya konu eylemi sonrası pişman olup olmadığı, mağdurun zararını karşılayıp karşılamadığı ya da en azından karşılama isteğinin olup olmadığı gibi¹⁰¹ hususlar da göz önüne alınmakta ve sanığa ilişkin tüm bu veriler, mahkemece bir bütün halinde değerlendirilmektedir.¹⁰² Erteleme kapsamında fail hakkında yapılan öngörü ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden yapılan öngörü büyük ölçüde örtüşmektedir.¹⁰³

Tespit edilen olgular (*Tatsachen*) için *in dubio pro reo* ilkesi geçerlidir.¹⁰⁴ Burada olgulardan hareket ederek sanığın bir daha suç işleyip işlemeyeceğine ilişkin bir sonuca varılmaktadır.¹⁰⁵ Bu nedenle sanığın bir daha suç işleyip işlemeyeceğine ilişkin değerlendirmenin olumlu ya da olumsuz olmasına esas alınan ölçütlerin hatasız olarak tespit edilmiş olması gerekmektedir ve bu tespitler kanun yolu merciince de denetlenmektedir.¹⁰⁶

Burada yapılan değerlendirme, kişinin bir daha suç işlemeyeceğine ilişkin bir kesinliğe ulaşılmasını gerektirmemektedir. Tespit edilen olgulara göre bir daha suç işlemeyeceği ihtimali, diğer ihtimale göre daha yüksek görülüyorsa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması için bu yeterlidir.¹⁰⁷

Kişiyeye yönelik bireysel değerlendirme yapılması gerektiğinden, benzer örneklerden sonuca gidilmesi kabul edilmemektedir.¹⁰⁸ Yapılacak öngörü, kişinin önceki yaşamını ve özellikle cezalarını (*Vorstra-*

⁹⁹ Koblenz VRS 40, 96; 51, 429.

¹⁰⁰ Fischer, s.486.

¹⁰¹ Sadece, sanığın eylem sonrası pişman olmaması ya da zararın karşılanmaması, olumsuz değerlendirme için yeterli kabul edilmemektedir. Bkz. StV 98, 482; 99, 602; NStZ-RR 03, 264; BGH 5, 238. Ancak, genel değerlendirmede birer ölçüt olarak değerlendirilebilir. (BGHR 56 III Vert.12).

¹⁰² Fischer, s.486.

¹⁰³ Fischer, s.486.

¹⁰⁴ MDR 73, 900; Bay StV 89, 395; Kühl, s.358.

¹⁰⁵ Kühl, s.358.

¹⁰⁶ NStZ-RR 98, 327.

¹⁰⁷ NStZ 97, 594; NStZ-RR 05, 38; Kühl, s.358.

¹⁰⁸ Düsseldorf JR 88, 72; Kühl, s.358.

fen) kapsamalıdır.¹⁰⁹ Önceki yaşamı kapsamında; özellikle kişinin vücut bütünlüğü, akli ve ruhsal özellikleri çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.¹¹⁰ Ayrıca değerlendirme esnasında kişi hakkında uygulanmış iyileştirme tedbirleri (*Erziehungsmaßnahme*), sabıka kayıtları,¹¹¹ kesinleşmemiş olsa bile karar verilmiş mahkûmiyet hükümleri ve devam eden yargılamalar da göz önüne alınmalıdır.¹¹² Örneğin kişinin yakın geçmişindeki ağır (*gewichtig*) bir suça ilişkin sabıka kaydı geleceğe yönelik değerlendirmenin olumsuz olmasına neden olacaktır.¹¹³

Değerlendirme kriterlerinden bir diğerini oluşturan “*failin icrası sırasındaki durumlar*” kavramı ise, eylemin nedeni ve amacını, eylem esnasındaki kişinin irade (*Wille*) ve düşüncesini (*Gesinnung*) nitelendirmektedir.¹¹⁴

Yapılacak değerlendirmede “*failin fiilden sonraki davranışları*” da göz önüne alınmaktadır. Pişmanlığı, zararı karşılamaya yönelik çabaları ve mağdurla uzlaşmış olması dikkate alınmakta, ancak failin pişmanlık göstermemesi veya zararı karşılamaması hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının reddi için tek başına yeterli bir neden olarak kabul edilmemektedir.¹¹⁵ Failin savunma psikolojisi içinde olması, cezadan kurtulmak için yapacağı bir davranış, kural olarak olumsuz nitelendirilemeyecektir.¹¹⁶

“*Yaşam şartları*” ile ise; aile, meslek yaşamı ile sosyal statüsü kastedilmekte,¹¹⁷ cezanın geri bırakılması ya da başka bir kamusal tedbirin uygulanmasıyla, farazi olarak kişinin yaşamında beklenen değişiklikler göz önünde tutulmaktadır.¹¹⁸

Son olarak da; *cezanın açıklanmasının geri bırakılmasının kişi üzerindeki doğması beklenenecek etkileri* göz önüne alınmaktadır. Bu kapsamda,

¹⁰⁹ Koblenz VRS 40, 96; 51, 429; 53, 338; 67, 30; Fischer, s.484.

¹¹⁰ BGHSt 10, 287; Kühl, s.358; Fischer, s.484.

¹¹¹ Koblenz MDR 71, 235; Kühl, s.359.

¹¹² BVerfG NSTZ 88, 21; Kühl, s.359.

¹¹³ NSTZ-RR 05, 200; OLGSt Nr.8; Karlsruhe VRS 50, 98; Fischer, s.484.

¹¹⁴ Fischer, s.485.

¹¹⁵ BGHSt 5, 238; Kühl, s.359; Fischer, s.485.

¹¹⁶ StV 98, 378, 482; NSTZ 97, 434; Kühl, s.359.

¹¹⁷ Fischer, s.486.

¹¹⁸ Kühl, s.359.

işine devam edebilmesi, ailesiyle yaşamını sürdürebilmesi gibi olası sonuçlar, diğer yandan açıklanmayan mahkûmiyet hükmünün fail tarafından bir adli tevbih (*Verwarnung*)¹¹⁹ olarak algılanmaması tehlikesi değerlendirilmektedir.¹²⁰ Bu aşamada cezanın olağandışı sonuçları da dahil olmak üzere, fail üzerindeki muhtemel etkileri göz önüne alınmaktadır. Söz gelimi; cezalandırma, amacının da ötesinde özellikle failin mesleki yaşamı açısından ağır sonuçlar doğuruyorsa (meslekten men gibi) ya da fail suça konu fiilden büyük bir zarar görmüşse cezanın açıklanmasından sarfınazar edilebilmektedir.¹²¹

Burada, cezaya hükmolunmaksızın da failin gelecekte bir başka suç işlemeyeceği kanaatine ulaşılmamasına ilişkin olay mahkemesi hâkiminin takdire dayalı değerlendirmesi (*Würdigung*) söz konusu olduğundan, temyiz mahkemesinin sınırlı bir denetim yetkisi bulunmaktadır.¹²²

Bu bağlamda, Türk Ceza Muhakemesi açısından da; StGB'ye benzer şekilde, CMK.m.231 kapsamında sanığın kişilik özelliklerinin doğru tespit edilmesi, sadece adli sicil kaydı ya da duruşmada, kısa süre içinde edinilen ve yanılıcı olabilecek kanaatle yetinilmemesi önem arz etmektedir.

Sanığın tüm eylemlerinin ve sanığa ait olguların göz önünde bulundurulması suretiyle yapılacak değerlendirme sayesinde, sanığın bir daha suç işleyip işlemeyeceğine ilişkin, daha objektif bir sonuca ulaşılabileceğini değerlendiriyoruz. Aksi takdirde mevcut takdiri indirim sebepleri ve erteleme kurumunda olduğu gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması da otomatik olarak uygulanan bir kurum haline gelecektir.¹²³

¹¹⁹ Kühl, s.359.

¹²⁰ Fischer, s.486.

¹²¹ Bay NJW 90, 58.

¹²² Düsseldorf NSTZ-RR, 96, 220; Bay StV 02, 427; Kühl, s.360.

¹²³ Benzer görüşte Bahattin Aras, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulamadaki Sorunlar", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı: 28, Haziran 2008, s.77. Baştürk, benzer düşünceyle subjektif liyakat şartı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının arasında en önemlisi ve kurumun başarısında en etkili olanı olarak nitelendirmektedir. (Baştürk, s.357).

C. DİĞER KOŞULLAR

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için CMK'da düzenlenen iki koşul daha bulunmaktadır. Bunlar; *“suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi”* ve Kanun'a daha sonra eklenen *“Sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeme halinin bulunmaması”* dır.¹²⁴

Alman Ceza Mevzuatı incelendiğinde ise hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilirken sanığın muvafakatinin aranmadığını (StGB m.59), ancak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilirken şüphelinin kabulünün gerektiğini görmekteyiz. (StPO m.153a)

StPO'da düzenlenen kamu davasının açılması ertelenmesi kurumu incelendiğinde; sanığın, eylemi nedeniyle verdiği zararı tazmin etmesi, kâr amacı gütmeyen bir kuruma veya hazineye irat kaydetmek üzere belirlenecek bir meblağın ödenmesi, kamuya yararlı bir hizmetin yerine getirilmesi gibi bazı yükümlülükleri yerine getirmesi gerekirken, yerine getirdiği takdirde ceza muhakemesi sürecine son verilmektedir.¹²⁵ Burada şüphelinin kabulü koşulunun düzenlenmesindeki gerekçe, şüpheliye tevdi edilen yükümlülüğü/yükümlülükleri yerine getirmeyi kabul edip etmemesi hususunun tespit edilmesi gerektiğidir.¹²⁶ Şüpheliye yükümlülükleri kabul edip etmediği sorulmakta, soruşturmanın seyri, şüphelinin ve yetkili mahkemenin kabulüyle/kabul etmemesiyle şekillenmektedir.

Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi ise, StGB'de yukarıda belirtildiği gibi (CMK'dan farklı ola-

¹²⁴ 22 Temmuz 2010 tarihli ve 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7'inci maddesiyle eklenmiştir.

¹²⁵ StPO içtihatlarında (m.153a) zararın tam olarak tespit edilememesi durumunda, zarar tahmini olarak hesaplanmaktadır. Şüphelinin, mağdurun doğrudan zararları yanında, dolaylı zararlarını da tazmin etmesi gerekmektedir. Zarar, sigorta şirketi tarafından karşılanmışsa, ortada bir zarar bulunmadığından ve mükerrer ödeme söz konusu olacağından zararın sanık tarafından karşılanması söz konusu değildir. Bkz.Gossner/Cierniak, s.697.

¹²⁶ Gossner/Cierniak, s.695-696. Şüphelinin yükümlülükleri kabul etmesi, suçun ikrar ettiği anlamına gelmemektedir ve ileride sanığın aleyhine delil olarak gösterilemez. (Düsseldorf StV 08, 123).

rak) koşul olarak düzenlenmemiştir. Ancak “failin fiilden sonraki davranışları” kapsamında, “cezaya hükmolunmaksızın da failin gelecekte bir başka suç işlemeyeceği kanaatine ulaşılması” koşulunun değerlendirilmesinde göz önüne alınmaktadır. Ancak StGB’nin 59a maddesindeki düzenleme uyarınca; mahkeme adli tevbihte bulunulan sanığa, denetimli serbestlik tedbiri olarak bazı yükümlülükler yükleyebilmekte, talimatlar verebilmektedir. Bu kapsamda suçtan zarar gören kişiyle uzlaşma sağlama veya “ failin neden olduğu zararı gidermek üzere caba gösterme” yükümlülüğü yüklenebilmektedir.

Sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeme halinin bulunmaması koşulu ise; suçsuzluk karinesi, mahkemeye başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkı gibi Ceza Muhakemesi Hukuku ilkeleriyle doğrudan ilgisi nedeniyle ayrı bir makale konusu olacak kadar kapsamlı, sorulduğu evre itibariyle aynı zamanda da tartışmalı bir konudur.¹²⁷ Buna ek olarak; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sonuçları ve kanun yolları ile birlikte incelenmesi gerektiğini değerlendirdiğimizden, kapsamın genişliği nedeniyle burada incelenmesi mümkün olmamıştır.

V. SONUÇ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun Türk Hukukundaki uygulamasını Alman Hukuku ile karşılaştırdığımızda, en dikkate değer husus uygulama kapsamının belirgin bir şekilde genişliğidir. Ertelemenin özel bir şekli ve cezanın kişiselleştirilmesi araçlarından biri olarak nitelendirilebilecek bu kurumun uygulanma koşullarının doğru yorumlanması, bu nedenle daha bir önem kazanmıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasında, failin kişilik özelliklerinin, cezanın kişi üzerindeki beklenen etkileri de göz önüne alınmak suretiyle tespiti, kişiselleştirmenin olmazsa olmazıdır.

Failin kişiliği modern ceza hukukunun insanileştirici özelliğini oluşturur ve fiil failin kişiliğinin bir yansımasıdır. Bu nedenle ceza yaptırım sisteminin, failin kişilik özelliklerine göre ödetici, tedavi edi-

¹²⁷ Bkz. Taner, s.293 vd; Krş. Baştürk, s.221.

ci veya ıslah edici hale getirici bir işlevi yerine getirmeye elverişli olması gerekmektedir¹²⁸.

Ceza Muhakemesindeki düzenleme, StGB'deki düzenlemeye benzer şekilde, "bir daha suç işleyeceği/işlemeyeceği kanaatinin" oluşturulması safhasında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu takdir yetkisinin sabıka kaydıyla sınırlı bir kullanımı, kişiselleştirmenin kanun koyucunun amaçladığı şekilde gerçekleştirilememesine ve nihayetinde bir süre sonra otomatik uygulanan ve kamu vicdanını rahatsız eden bir görünüm almasına neden olacaktır. CMK'nın 231. maddesindeki (m.231/8-2) 2014 yılı değişikliğinin de bu endişenin bir sonucu olduğunu değerlendirmekteyiz.¹²⁹

Ancak kanun değişiklikleri ile yapılan sınırlandırmaların çokluğu, kişiselleştirmeden uzaklaşmaya neden olabilecektir. Objektif yeni koşullar (engeller) yaratmak yerine, hâkimin takdir yetkisini kullanması modern ceza hukukunun bir beklentisidir.

Bu anlamda; hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna, benzer uygulanma koşullarını esas alan diğer kişiselleştirme kurumlarıyla karşılaştırma yaparak yaklaşılması, temyiz mercinin sınırlı bir denetim yetkisine sahip olduğu takdir yetkisinin, faile ve fiile ilişkin olguların doğru tespit edilmesi kaydıyla titizlikle kullanılması, kanımızca kurumu, ceza yaptırım sisteminde, kanun koyucunun amacıyla uyumlu bir yere taşıyacaktır.

Kaynakça

- Arendt Marcel, Quo vadis, Geldstrafe, Möglichkeiten und Grenzen einer ambulanten Sanktion, Peter Lang International Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2012.
- Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, s.39, <https://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf> (erişim tarihi 18.11.2014)
- Aras Bahattin, " Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulamadaki Sorunlar", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı: 28, Haziran 2008, ss.71-88.
- Artuç Mustafa, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2009.

¹²⁸ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara, 2005, s.4.

¹²⁹ 18/6/2014 tarihli, 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m.72, Resmi Gazete Yayım Tarihi 28/06/2014.

- Baştürk İhsan, Hükümün Açıklanmasının Erteleenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Brunner Rudolf / Dölling Dieter, Jugendgerichtsgesetz Kommentar, Walter de Gruyter GmbH & Co.KG., 12. Baskı, Berlin, 2011.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım A.Ş., 7. Baskı, İstanbul, 2010.
- Diakonis Konstantinos, Die Geringfügigkeitsvorschriften als Teil der Problematik der Kollision zwischen primären und sekundären Prinzipien des Rechts, Peter Lang International Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2012.
- Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Fischer Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Verlag C.H.Beck, 56. Baskı, München, 2009.
- Gossner Lutz Meyer/Cierniak Jürgen, Strafprozessordnung, Verlag C.H.Beck, 52. Baskı, München, 2009.
- Günay Erhan, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- İpek Ali İhsan, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Jescheck Hans Heinrich/Sieber Ulrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları, Beta Yayınevi, (tercüme eden: Feridun Yenisey), İstanbul, 2007.
- Kumbasar Enver, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/ Nuhoglu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım A.Ş., 17. Bası, İstanbul, 2010.
- Kühl Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, Verlag C.H.Beck, 26. Baskı, München, 2007.
- Kühne Hans Heiner, Strafprozessrecht, C.F.Müller Verlag, 6. Baskı, Heidelberg, 2003.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, "Kamu Davasının Açılmasının Erteleenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu, TCHD Yayını, İstanbul, 2009, ss.349-368.
- Özgenç İzzet, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, İstanbul, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, ss.49-59.
- Öztürk Bahri / Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, Ankara, 2011.
- Parlar Ali, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Bilge Yayınevi, Ankara, 2010.
- Pollähne Helmut, Kriminalprognostik, Walter de Gruyter GmbH & Co.KG., Berlin, 2011.
- Roxin Claus, Strafverfahrensrecht, C.H. Beckische Verlagsbuchhandlung, 20. Baskı, München, 1987.

- Schroeder Friedrich Christian, *Strafprozessrecht*, C.H. Beckische Verlagsbuchhandlung, München, 1993.
- Taner Fahri Gökçen, "Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Evresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, ss.286-298.
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2005.
- Turan Hüseyin, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2012, Ankara.
- Yenisey Feridun/Plagemann Gottfried, *Alman Ceza Kanunu*, Strafgesetzbuch (StGB), Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009.
- Yenisey Feridun, *Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar*, 2007, http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/egitimbasvuru_basvuru/mukayeselihukukta.pdf

ULUSAL VE ULUSLARARASI YASAL DÜZENLEMELER İLE BASIN ETİK İLKELERİ IŞIĞINDA “YALAN HABER NEŞRİ” VE YALAN HABER NEŞRİNİN ÖNLENEBİLMESİ SORUNU

THE PROBLEM OF “FALSE NEWS PUBLICATIONS” AND THE PREVENTION OF IT IN THE LIGHT OF NATIONAL AND INTERNATIONAL LEGAL REGULATIONS AND CODE OF ETHICS OF MEDIA

Tülay PARLAK*

Özet: Gerek bireysel gerekse toplumsal bazda meydana getirdiği etkiler bakımından yalan haber neşrinin engellenmesi önem arz etmekte olup birçok ülkede basın tarafından sebep olunan mağduriyetlerinin başında yer almaktadır. Bu sebeple, çalışmamızda yalan haber neşriyle ilgili ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemeler ile etik ilkeler incelenmek suretiyle çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Yalan haber, kurgulanmış haber, çarpıtılmış haber, manipüle haber

Abstract: Preventing the publication of false news, which is one of the main reasons leading to the victimhood in many countries, is essential in terms of its effects both on individuals and society. For this reason, national and international legal regulations concerning the publication of false news and ethical principles are examined and some solutions are offered.

Keywords: False news, fictionalised news, distorted news, manipulated news

Giriş

Kitle iletişim araçlarının (KİA) toplum üzerindeki etkilerine dair araştırmalar, 19. yy. sonlarında başlamıştır.¹ Bu araştırmalar neticesinde farklı dönemlerde farklı etki düzeylerini gösterir nitelikte muhtelif kuramlar² ortaya çıkmışsa da tüm kuramların ortak çıkarımı, KİA'nın

* Avukat

¹ Erkan Yüksel ve diğerleri, İletişim Kuramları, Anadolu Üniversitesi Yayını No:2803, Ankara, 2013, s. 61

² 19.yy-1930 yılları arasında: Güçlü Etki Dönemi (Sihirli Mermi görüşü, 1938 yılındaki CBS Radyo programındaki bir oyun anonsunun dinleyiciler tarafından ciddiye alınarak toplumda infialin olması neticesinde sebeplerini araştırmaya yönelik çalışma sonuçları gibi) 1940-1960 yılları arasında: Sınırlı Etki Dönemi (İki

toplum üzerinde etkili olduğudur. Başka bir ifade ile bu etki, güçlü de olsa sınırlı da olsa KİA'nın bireyler ve dolayısıyla toplum üzerindeki etkisi azımsanacak düzeyde değildir. Bu sebeplerle, KİA'larının verdiği haberlerde, “ne” söylendiği ve “nasıl” söylendiği, son derece önem arz etmektedir. Bu noktada da KİA'larının ürettiği haberlerde göz önünde tutulması gereken temel ilkelerin başında, “doğru haber”in verilmesi gelmektedir. Zirâ, haberin çarpıtılmış, yanlış, kısacası, “görünen gerçekliğe”³ aykırı olarak verilmesi gerek bireysel gerekse toplumsal bazda birçok mağduriyete sebebiyet verir.

Şöyle ki, anılan durum bireyler açısından kişilik haklarını zedeleyerek manevi açıdan elem ve kedere, hatta bazen hayatlarına son verme kararlarına sebebiyet verebileceği gibi (Örneğin, Poyrazköy davasındaki tutuklu sanıklardan Yarbay Ali Tatar'ın ağabeyi, kardeşinin intihar etmesinin müsebbibi olarak medyayı göstermiş; internet sitelerinde hakkında ithamların çıktığını, en son çıkan “çocuklara uyuşturucu sağladığı.” şeklindeki haberler ile de zıvanadan çıkıp intihar ettiğini belirtmiştir.⁴) işini kaybetme vb. sebeplerle maddi zararlara da neden olabilir. Mesela, Yasin Abdullah Kadı adlı bir kişi, gerek Türkiye’de gerekse Batı ülkelerinde hakkında çıkan yalan haberler nedeni ile büyük bir hukuk savaşı verdiğini ve medyada kendisinin El-Kaide ve benzeri terör örgütleri ile bağlantılı olarak gösterilmesi sebebiyle Avrupa’da ve BM nezdinde davalar açarak suçsuzluğunu bu yasal merciler önünde ispatladığını, Türkiye’de de bu konuda hakkında yapılan savcılık soruşturması neticesinde takipsizlik kararı verildiğini; ancak buna

Aşamalı Akış Kuramı, 1949 yılındaki Hovland’ın ABD askerlerini savaşmaya motive etmede KİA'nın rolüne ilişkin yaptığı laboratuvar araştırması sonuçları gibi) 1960 yılı sonrasında : Güçlü Etkilere Dönüş Dönemi (Gündem Belirleme, Yetiştirme, Suskunluk Sarmalı Kuramları gibi)

3 “Görünen gerçeklik” ile “gerçek” birbirinden farklı kavramlardır. “Gerçek”, maddi gerçeklik olup bu durumun (yani, “işin aslının”) araştırılması emniyetin, savcılığın ve mahkemenin görevidir. “Görünen gerçeklik” ise, haberin verildiği sıradaki mevcut durum olduğu gibi yansıtılmasıdır. Örneğin, “A, B’yi öldürdüğü iddiası ile göz altına alındı.” ifadesi, “görünen gerçeklik” iken -zirâ, gerçekte öldürüp öldürmediğinin haberi yazan tarafından bilinmediği hususu, “iddiası” kelimesi ile ifade edilmiştir.-, “A, B’yi öldürdüğü için göz altına alındı.” ifadesinde, ispatlanması gereken bir suç isnadı olduğu için, ortada görünen bir gerçeklikten ziyade, maddi gerçeğe ulaşıldığı sonucunu çıkartan bir “gerçek” söylem bulunmaktadır.

4 Aslı Aydıntaşbaş, “Karanlık Tünelin Ucu Artık Göründü.”, Milliyet, 29.01.2014, s. 15

rağmen hâlâ aynı yalan haberlerin devam ettiğini belirterek “Kamuo-yuna Duyuru” şeklinde tam sayfa gazete ilanı vererek mağduriyetini gidermeye, sesini duyurmaya çalışmıştır.⁵ İddia ettiği gibi söz konusu haberler hakikaten de yalan ise bu kişinin iş hayatının da son derece sekteye vurduğu kuvvetle muhtemeldir. Mağdur bireyin ailesi de aynı olumsuz sonuçlara maruz kalabilir.

Toplumsal açıdan ise toplumda infiale sebebiyet verebilen durumlarda gerek maddi açıdan (ticari piyasalardaki infial neticesinde) gerekse düzenin bozulmasına sebep olacak bir ayaklanma şeklinde toplumda kaos söz konusu olabilir.

Bir diğer mağduriyet ise KİA'nın, başka bir ifade ile medyanın dördüncü güç olması özelliğinden kaynaklanmaktadır ki bu durum, “toplumların geleceklerini” etki edecek düzeydedir. Çünkü medya, çoğulcu demokrasilerde yasama, yürütme ve yargıyı kamu adına denetleyerek toplumu, yapılan icraatlardan haberdar etmekle yükümlüdür. Verilen haberler “yalan” olursa, halk yanlış bilgilendirilmiş olduğu için “haber alma hakları”, bizzat gazeteciler tarafından ihlal edilmiş ve gazetecilere olan güvenleri zedelenmiş olmakla beraber, yanlış bilgilere göre kanaat edinecek ve yanlış hareket edeceklerdir. Edindiği yanlış bilgiler neticesinde belki de Anayasa'daki protesto hakkı, dilekçe hakkı vb. haklarını kullanmayacak, dolayısıyla halkın yönetime etkin bir katılımı olamayacak, yanlış saiklerle kamuoyu oluşacak veya oluşamayacak, yanlış siyasi seçimler yapılacak, yanlış kararlar verilecektir. Başka bir ifade ile yalan haber, halkı da bir takım “yanlışlıklar zincirine” sürükleyecektir. Bu durum neticesinde de çoğulcu demokrasi sistemi sağlıklı bir şekilde işleyemeyecek ve hatta Anayasasında parlamenter/yarı parlamenter sistemi kabul etmiş bir ülkede, “de facto” olarak otokratik bir sistemin hakim olması söz konusu olabilecektir.

Çalışmamızın problemi de bu noktada başlar. Şöyle ki, yalan haber, çağdaş gazeteciliğin başlamasından bile daha önce var olmuş ve olmaya da devam etmektedir. Teknolojinin hızla gelişmesi neticesinde özellikle internet gazeteciliği ile beraber, haberler son derece hızlı bir şekilde yayılmaya başlamıştır. Bu hız, haberlerin kalitesini de aynı oranda zorlaştırmakta ve anılan mağduriyetlere de daha çok

⁵ Milliyet, 18.01.2014, s. 31

sebebiyet vermektedir. Çağımız internet tabanlı teknolojisi nedeni ile haberlerin son derece hızlı bir şekilde yayılması, yukarıda bahsettiğimiz medyanın toplum üzerindeki negatif tesirinin ve olumsuzluklarının vuku bulmaması için çözümün ne olduğu konusunda toplanmaktadır. Çözüm; yasal düzenlemelerde mi, yasal yaptırımı olmayan Basın Konseyi gibi özdenetim mekanizmalarında mı, vatandaşların yalan ve doğru haber ayırımını yapması açısından eğitilmesinde mi saklıdır?

Bu çalışma ile “yalan haber” sorununu; yazılı basına ilişkin ulusal mevzuatta ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeleri ve ulusal ve uluslararası düzlemde basın etik ilkelerini ortaya koymak suretiyle çözüm önerileri getirilerek konunun tartışılmasına teşvik etmek amaçlanmıştır.

Aynı paralellikte yalan haberin yayımlanması neticesindeki mağduriyetlere ilişkin yeterli derecede veri olmadığı gibi bu konudaki mağduriyetlerin giderilmesi konusunun da gerek basın tarafından gerekse akademik platformda yeterli düzeyde tartışılmanın yapılmamış olması da, çalışmamızın önemini oluşturmaktadır.

Kullanılan yöntem; literatür taraması, ilgili Yargıtay kararları, AİHM kararları ve Basın Konseyi ile İngiliz Basın Şikayetleri Komisyonu (The Press Complaints Commission/PCC) verilerinin incelemesi şeklindedir. Dünyadaki en başarılı Basın Konseyi uygulamasının İngiltere’de olması sebebiyle PCC verileri incelenmiş ve Basın Konseyi verileri ile kıyaslanmıştır.

Çalışmanın sınırlılıklar ise en eski KİA olması sebebiyle “yazılı basın”a ilişkin mevzuat ve basın etik ilkeleri referans alınmak suretiyle hukuki kuramsal bakış açısidir. Ulusal mevzuat, konunun ülkemizdeki gelişiminin daha iyi anlaşılabilmesi için tarihsel süreç içinde ele alınmıştır.

Çalışmanın akışı, “Yalan haber” kavramının tanımı, sınırları ve yalan haberin yapılış sebepleri ile başlamakta, ulusal mevzuat ve mukayeseli hukuktaki ilgili yasal düzenlemeler ile uluslararası platformdaki ve bazı ülkelerdeki basın etik ilkeleri ile devam etmekte, nihayetinde değerlendirmeler ve çözüm önerileriyle sonlanmaktadır.

1. “YALAN HABER” KAVRAMI ve SINIRLARI:

İleride inceleyeceğimiz yalan habere ilişkin yapılan yasal düzenlemelerde, “yalan haber”in tanımı yapılmamıştır. Kurgulanmış haber, çarpıtılmış haber, manipüle haber gibi kavramlarla da ifade edilen “yalan haber”i Çetin Özek, şu şekilde tanımlar: “Olmayanı olmuş veya olacak gibi göstermek veya olanı başka türlü kamuya aksettirmektir”.⁶

Bize göre de şu şekilde bir tanım yapılabilir: *Haberin, hiç olmamış bir şeyin olmuş veya olacak gibi veya olmuş bir şeyin hiç olmamış veya “görünen gerçekliğe” aykırı olarak bir şekilde olmuş gibi topluma yansıtılmasıdır.* Başka bir ifade ile gazeteci, haberi yazarken kullanacağı teknikte, üslûpta; haberi mübalağa etmemeli veya olduğundan farklı bir şekilde çarpıtmamalı ve haber kaynağından aldığı verilere sadık kalmalıdır.

Gerçeklik, olayın sadece anlatılması anlamına gelmeyip gazetecinin kişisel görüşlerini açıklaması ve yorum yapmasını da kapsadığı⁷ için, anılan hususlar, yorum ve eleştiriler için de geçerli olacaktır.

İhmali bir hareketle de yalan haber niteliği taşıyan bir haber ortaya çıkabilir. Özellikle savaş haberlerinde, güvenlik amacıyla bazı haberlerin vatandaşların bilgisine servis edilmemesi söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda da vatandaşın haber alma hakkı tam ve eksiksiz bir şekilde yerine getirilmiş olmamaktadır. Ancak inceleme konumuza bu durum dahil edilmemiştir. Bu nedenle “yalan haber” kavramını, yukarıdaki ilk tanımda bahsettiğimiz şekilde icrai bir eylem ile yapılmış olan yanlış haber aktarım teknikleri için kullanmakta olacağız.

2. YALAN HABERİN SEBEPLERİ

Yalan haberin sebeplerini tespit etmek; gazeteciler tarafından yalan haber yapılmasının önüne geçilmesi, en azından azaltılması bakımından çözüm üretilmesi aşamasında, hareket noktası olduğundan önemlidir. Yalan haberin ortaya çıkması, bugünkü çağdaş gazeteciliğinin başladığı 17. yy.dan daha eskiye dayamaktadır. Bilinen ilk yalan haber, günümüzden 3300 yıl önceki Luxor Tapınağı’ndaki Kadeş Savaşına ilişkin asılsız kahramanlık hikâyeleridir. Kadeş Savaşında yenilen II. Ramses, halkına yalan söylemeyi tercih etmiş ve Mısır’a döndüğün-

⁶ Çetin Özek, Türk Basın Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s.399

⁷ Çetin Özek, a.g.e., s. 166

de habercilerine savaşı nasıl kazandığını abartarak anlatmış, tapınak duvarlarına ve bazı dinsel tapınak duvarlarına da bu şekilde yazılar yazdırmıştır. Bu durum, 1822’de Osmanlı topraklarında yapılan kazılarda bulunan Hititlere ait belgelerin okunmasıyla iki yazı arasındaki fark sebebiyle, hangisinin doğru olduğuna dair çalışmalar başlatılmış ve gerçek Hitit yazıtlarında anlatılanlar olduğu anlaşılacak ortaya çıkmıştır.⁸ Bu örnekten yola çıktığımız zaman, yalan haberin sebeplerinden birinin, iktidardaki güçlerin, zayıf görünmelerine sebep olacak haberlere müdahale etmek olduğunu söyleyebiliriz. Başka biri deyişle, bunu biraz daha genişletirsek, iktidar tarafından basının yanlış bilgilendirmesi veya basın üstünde baskı yapılarak, kendi menfaatine uygun nitelikte haberlerin yapılmasının sağlanmaya çalışılması, kısacası, siyasi baskılar diyebiliriz.

Aynı şekilde, basının ekonomik bağımsızlığının olmaması da, gerek siyasi gerekse diğer otoriteler tarafından kendi menfaatlerine paralel şekilde yalan haber yaptırabilirler. Ekonomik bağımsızlığın olmaması, editoryal bağımsızlığın olamaması sonucunu da beraberinde getirmekte olup haberi hazırlayan muhabirin ve/veya editörün de yalan haber yapılmasına direnmesi söz konusu olamamaktadır.

Basın çalışanlarının eğitim kalitesinin düşüklüğü ve basın etik ilkelerini içselleştirmemiş olması, haberi birkaç kaynaktan dünya medyasına yayılması da sebepler arasında sayılabilir.

Yalan haberlerin toplum üzerindeki etkisinin ve gazete satışlarına etkisinin araştırılmamış olması da, bu konunun önemini anlaşılabilmesi adına bir sebep olabilir.

Sulhi Dönmezer tarafından ifade edilen bir sebep de, haberi okunur kılmak adına yapılan eklemelerdir.⁹

Dönmezer ve Köksal, gazetecinin gerçekten ayrılmasının nedenlerini; rekabet, insanların heyecandan hoşlanması, çeviri hataları, haberlerin özetlenerek verilme zorunluluğu olarak sıralamıştır.¹⁰

⁸ Feyyaz Bodur, “Haber Yazısı ve Haber Fotoğrafı Örnekleriyle Yapılan “Yazılı Basında Etik” Sorgulaması”, *Küresel İletişim Dergisi*, Güz 2006, Sayı:2, s.4’den Yeni Şafak, Online, 12.03.2003

⁹ Sulhi Dönmezer, *Yalan Haber ve Havadis Neşri Suçu*, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1941, s. 6

¹⁰ Sulhi Dönmezer, Köksal Bayraktar, *Basın Hukuku*, Beta Yayınları, Güncellenmiş

Selam ÖZSOY, en fazla yalan haberin, spor haberciliğinde, özellikle transfer dönemlerinde olduğunu belirtmiş ve spor servisleri ve yöneticileri ile yapılan görüşmelerde bunun temel sebeplerinin, haber kaynağı olan kulüplerin, basına kapılarını kapatmış olmalarına ve ticari kaygılar nedeni ile tirajın arttırılması ve gelir getirmesi için büyük kulüplere endeksli olmaları olduğunu belirtilmiştir.¹¹ Dolayısıyla, spor haberlerindeki yalan haberlerin başlıca sebeplerinin, ekonomik bağımsızlığın olmaması ve haber kaynaklarının bilgi akışını sağlamaması olduğu şeklindedir.

3. ULUSAL MEVZUAT ve BASIN ETİK İLKELERİ AÇISINDAN “YALAN HABER” DÜZENLEMELERİ:

I. ULUSAL MEVZUAT AÇISINDAN YALAN HABER:

Ulusal mevzuat açısından, yalan haber neşrine ilişkin düzenlemeleri tarihsel süreç içinde incelemek, konunun yasa koyucunun konuya bakışı ve yorumlama biçimindeki değişikliklerini anlamak açısından faydalı olacaktır. Bu nedenle, günümüzdeki mevcut durumdan bahsetmeden önce yalan haber neşrine ilişkin ilk yasal düzenlemelerden başlamak isteriz.

Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki ilk Türkçe gazetenin çıkışını, aslında yalan haberlere borçluyuz. Şöyle ki, 1789 Fransız İhtilali ile beraber Osmanlı İmparatorluğu sınırları içinde İhtilal'in eşitlik, özgürlük gibi düşüncelerini yaymak arzusu ile¹² ilk olarak Fransız büyükelçiliği ile Osmanlı topraklarında başlayan gazetecilik, daha sonra da Rumlar, Ermeniler gibi azınlık tarafından çıkartılan gazeteler ile devam etmekteydi. 1825 Mora isyanının başlaması ile birlikte Mora'da öldürülen Müslüman ahalinin 30 bin olduğu şeklinde haber ile halk galeyana gelmiş, bu haberlerin asılsız olduğu söylense de çok etkili olmamıştır. II. Mahmut, bu olay üzerine gazete çıkartma kararı alarak 1831 yılında Takvim-i Vakayî'yi çıkartmıştır. Nitekim, Takvim-i Vakayî'nin önsözü niteliğindeki Mukaddimesinde şu cümlelere yer

5. Basım, İstanbul, 2013, ss.229-230

¹¹ Selam Özsoy, “Spor Haberciliğinde Doğruluk ve Tarafsızlık”, Dpujss, Nisan 2012, Sayı:32, Cilt:1, s.105

¹² Murat Özgen, Gazetecinin Etik Kimliği, Basılmış Doktora Tezi, Set-Systems, Yenilenmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, 2006,s. 153

verilmiştir: “...dünya olayları vukuu zamanında yayınlanıp ilan olunmayıp da gerçek sebepleri saklı kalırsa, insanın doğal olarak gerçeğini ve hedefini bilmediği şeye katılmak veya itiraz etmesi karşısında, yaradılışında bulunan özelliklerle, devleti yönetenlerin hayal ve hatırına gelmeyen türlü anlamlar vermesi doğaldır... yanlış anlamaları önleme için...”¹³

İlk Türkçe gazetelerin çıkartılmaya başlanmasının kabinde yalan haberi yasaklayan ve “suç” olarak kabul eden yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Tarihsel süreç içinde bu yasal düzenlemelerden bahsetmeden önce “genel” ve “özel” anlamda yalan haber ayırımından bahsetmek isteriz. Genel haber; özel ve sınırlı bir alana hasrolunmaksızın “her türlü” yalan haber olup özel haber ise; “belli ve sınırlı bir alana” inhisar eden, sınırlı amaçlara bağlı (örneğin, milli paranın değerini düşürecek, bankaların itibarını zedeleyecek veya ticari piyasalardaki manipülasyon edici yalan haberler gibi) yalan haberlerdir. Mukayeseli hukukta, belli ve sınırlı hallere taalluk eden “hususî” yalan haberleri cezalandırma eğilimi bulunmaktayken “genel” anlamda yalan haberlerin cezalandırılması hususunda fikir birliği bulunmamaktadır.¹⁴

“Genel” anlamda yalan haberin suç teşkil etmesine ilişkin mevzuatımızdaki önemli yasal düzenlemeler tarih içinde şu şekilde bir seyir göstermiştir:

1. Osmanlı Ceza Kanunu 213. Madde (1858):

Basın özgürlüğü kısıtlayan düzenlemeleri de içeren ve mehz kanunu Fransız Ceza Kanunu olan¹⁵ 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu 213. madde metni aynen şu şekildedir:

*“Basıma kâğıt talik ve neşriyle, yani, afiş ve yayın yoluyla başkalarına asılsız suçlamada bulunma fiili yasaklanmıştır.”*¹⁶

¹³ Orhan Koloğlu, “Orhan Koloğlu’nun Osmanlı Dönemi Basının İçeriğini İnceleyen Çalışması”, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi, İstanbul, 2010, s.13

¹⁴ Sulhi Dönmezer, Yeni Hükümler Muvacesinde Yalan ve Tahrif Edilmiş Haber ve Havadisler Yaymak, Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku, İstanbul, 1956,.s.19

¹⁵ Murat Özgen, sa.g.e, s.161

¹⁶ Murat Özgen, a.g.e, s.251’den Ahmet Öztürk, “Türkiye’nin Demokratikleşme Sürecinde Yaşadığı Basın Özgürlüğü Sorunu”, *Marmara İletişim Dergisi*, Temmuz 1994, Sayı:7, ss.76-77

Bir nevi iftira suçunu yasaklayan bu maddede, herhangi bir müeyyide belirtilmemiştir.

2. Matbuat Nizamnamesi 26. Madde (1864):

1857 yılındaki Matbaalar Nizamnamesinden sonra basımdan ziyade gazetecilik faaliyetlerini düzenleyen ilk özel yasal düzenleme olarak 1864 yılında yürürlüğe giren ve 1909 yılına kadar yürürlükte kalan Matbuat Nizamnamesi'nde, "yalan haber", gazeteciler için doğrudan doğruya "suç" olarak ilk kez düzenlenmiştir. Zirâ, Osmanlı Ceza Kanun'unun 213. maddesinin faili, 26. Maddedeki gibi "gazeteci" değil, "herkes"tir ve ayrıca suç, "asılsız suçlamalar"ın yapılması ile, yani, iftira olduğu zaman oluşmaktadır.

26. Madde ise, aynen aşağıdaki gibidir:

"Bir gazeteci taammüden ve bir suiniyetle mebni kasden havadisi kazibe veyahut evrak ve senedatı musannaa tabeder veya bu makule havadis ve evrakı diğer bir gazeteden naklen derceyler ise, bir aydan bir seneye kadar hapis veyahut onaltıdan elli altına kadar cezayı nakdi ahzile mücazat edilir."¹⁷

Özetle, yalan haber gazeteciler için ilk kez "suç" olarak düzenlenmiş, gazetede sahte evrak basmak da suç olarak telakki edildiğinden, gazetecilere haber kaynaklarını kontrolü sorumluluğu yasal bir zeminde dolaylı olarak yüklenmiş, kötüniyetle ve taammüden kastı arayarak da aslında ispatlanması zor olan bir şekilde kaleme alınmış ve herhangi bir zararın doğmasına bağlanmadığı için de maddi unsuru açısından uygulama alanı son derece geniş tutulmuştur. O dönemde gazetelerin basım hızının günümüze nazaran daha yavaş olmasından dolayı "taammüden" kastı arandığını düşünmekteyiz. Bir diğer "ilk" de, Osmanlı Ceza Kanun'unda iftira suçu için bile herhangi bir yaptırım belirtilmemişken kanunun bir alt norm hiyerarşisinde olan tüzük niteliğindeki Nizamnamede, hapis veya para cezası şeklinde bir müeyyide ön görülmüştür.

¹⁷ Murat Özgen,,a.g.e, s.162'den R. Server İSKİT, Türkiye'de Matbuat Rejimleri, Matbuat Umum Müdürlüğü Neşriyatı, İstanbul, 1939, s. 694

3. Âli Kararnamesi (1867):

Meşrutiyet’in ilanı olan 1908 yılına kadar yürürlükte kalan¹⁸ Kararnamedeki yalan habere ilişkin kısım şu şekildedir:

“...fesat olarak bir takım efkar muzırira ve havadisi kazibe neşretmektedir.”¹⁹

Anılan Kararname ile hükümet, tek taraflı iradesi ile ve hiçbir yasal denetime tâbi olmaksızın gazete kapatma yetkisini kendisine vermiştir.

Kısacası, Âli Kararnamesi ile, yalan haber yayımlanması, hükümete gazete kapatma yetkisi veren bir sebep haline gelmiş ve yapılan haberin, o dönemde yürürlükte olduğu halde 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi 26. maddedeki şartları taşıyıp taşımadığına bağlı kılma, kime göre, neye göre, hangi kasıtle yalan haber olduğu tespit edilme kriterleri olmaksızın, içi; hükümete sınırsız bir takdir yetkisi ile doldurulacak şekilde “yalan” olarak addedilen bir haberin yayımlanması, basın özgürlüğünü engelleyici çok ciddi bir silah halini getirmiştir.

4. 1864 tarihli Mabuat Nizamnamesi’ndeki 1875 tarihli değişiklik:

1875 yılında, anılan Matbuat Nizamnamesine bir madde eklenmiş ve buna göre, yalan haber yayımlama suçuna verilen ceza arttırılmıştır. Eklenen madde şu şekildedir:

“... bunun aleyhinde hakaret ve tahdişi ezhanı mucip yolda makalât ve ekâzip dercedenlere matbuat nizamnamesiyle muayyen cezalardan başka bir aydan 3 aya kadar gazetenin kapatılması cezası verilecektir.”²⁰

5. 1876 yılında yalan haber suçu mevzubahis olmuyor ve 1877 yılında padişah tarafından yürürlüğe koyulmayan Matbuat Kanununda da yalan haberin neşri suçu bulunmamaktadır.²¹

¹⁸ Murat Özgen, a.g.e, s. 163

¹⁹ Tam ve orijinal metin için bkz. Murat Özgen, ag.e, s. 252

²⁰ Sulhi Dönmezer, Yalan Haber..., s. 15

²¹ Sulhi Dönmezer, Yalan Haber..., s. 15

6. Basın Kanunu (1909)

1931 yılına kadar yürürlükte kalacak olan 1909 tarihli Basın Kanunu'nu ve 1908 tarihli Kanun-i Esasiye ile beraber, Abdülhamit Dönemi'nin basın üzerindeki baskısı birçok anlamda kalktığı bir döneme girilmekle beraber²² anılan Kanun'un 19. maddesi ile mehz Kanun 1881 tarihli Fransız Matbuat Kanun'undan tercüme edilmek suretiyle²³ yalan haber tekrar suç olarak ihdas edilmiştir.

19. madde:

“Aslı olmayan havadis veya musanna veya muharref veyahut aslı olmaksızın bir kimseye isnat olunmuş evrak neşir ve nakledenler neşriyat ve nakliyatı vakıaları asayişini ihlale bais olmuş ve bu da suumaksatla vukua gelmiş ise, altı aydan iki seneye kadar hapis olunur ve beş liradan yüz liraya kadar cezayı nakdiye mahkum olurlar veyahut bu iki cezadan bir ile duçarı mücazat edilirler.”²⁴

Başka bir ifadeyle, 1909 tarihli Basın Kanunu ile yalan haber tekrar suç olarak düzenlenmiş; ancak, bu sefer, suçun oluşması için *kamu düzenini bozmuş olması şartı* ilave edilmiştir. Taammüden olma şartı kaldırılmakla beraber kötüniyetle yapılmış olması hali aynen korunmuştur ve ceza hadleri arttırılmıştır.

7. Matbuat Kanunu (1931):

1909 tarihli Basın Kanunu ile, “kamu düzenini bozma” şartına bağlanan yalan haber suçu, 1931 tarihli Matbuat Kanunu ile tekrar

²² II. Meşrutiyetin ilanı ile birlikte basın alanındaki olumlu yasal düzenlemeler neticesinde;

-gazete açılışında ruhsat sisteminden beyanname sistemine geçilmiş,

- yayımdan önceki denetimden geçme zorunluluğunun kaldırılmış,

-1876 tarihli Kanun-i Esasiye 12. Maddesi, basının kanun çerçevesinde serbest olduğuna dair bir hüküm olup dolayısıyla hükümetin gazete kapatma yetkisini ortadan kaldıran bir madde olmakla beraber, aynı Anayasa'nın

113. Maddesi gereği padişaha olağanüstü dönemde sınırsız yetkiler tanınması sebebiyle etkinliğini yitirmişken

1908 tarihli Kanun-i Esasiye 12. Maddesine eklenen bir cümle ile, basının hiçbir suretle denetime tâbi tutulamayacağı belirtilmiş ve böylece, idarenin, olağanüstü dönemlerde dahi basını kısıtlama yoluna gidemeyeceği anayasal zeminde hükme bağlanmıştır. (Detaylı bilgi için bkz. Murat Özgen, a.g.e.,ss.166-167)

²³ Sulhi Dönmezer, Yalan Haber..., s.15

²⁴ Murt Özgen, ag.e.,s s.253

1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi 26. maddedeki düzenlemeye geri dönmüştür. İlgili madde şu şekildedir:

34. madde:

“Türk ceza kanunu hükümleri haricinde olarak matbuatta bilerek yanlış metinler veya bir kimseye atfedilmiş vesikalar yahut haddi zatinde doğru, fakat münderecatı tahrife uğratılmış metinler neşredenler bir haftadan bir aya kadar hapis ve on liradan elli liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olurlar.”²⁵

1931 tarihli Matbuat Kanunu, 15.07.1950 tarih ve 5680 sayılı Basın Kanun ile yürürlükten kalkmış olup bu konuya aşağıda değinilecektir.

8. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Bazı Maddelerini Değiştiren 1938 tarihli ve 3531 Sayılı Kanun:

1931 tarihli Matbuat Kanun’undaki “kamu düzenini bozma” şartının olmaması nedeniyle, dönemin hukukçuları tarafından, Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) Bazı Maddelerini Değiştiren 1938 tarihli ve 3531 Sayılı Kanun’un, o dönem mer’i olan TCK 161. maddesine (mehaz kanunu İtalyan Ceza Kanunudur.) eklediği son fıkra ile, “bir boşluğun doldurulması”²⁶ şeklinde değerlendirilmiştir. 13.03.1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı TCK 161. maddenin ilk fıkrası ile eklenen son fıkrası aşağıda olup diğer fıkraları, ağırlaştırıcı sebepleri içermektedir.

161. madde/ 1. Fıkra ve eklenen son fıkra şu şekildedir:

“Harp esnasında ammenin telaş ve heyecanını mucip olacak veya halkın maneviyatını kıracak veya düşman karşısında memleketin mukavemetini azaltacak şekilde asılsız, mübalağalı veya maksadı mahsus müstenit havadis veya haberler yayan veya nakleden veya milli menfaatlere zarar verecek herhangi bir faaliyette bulunan kimse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

....

²⁵ http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Kanunlar_Kararlar/kanuntbmmc010/kanuntbmmc010/kanuntbmmc01001881.pdf, Erişim Tarihi: 05.02.2015

²⁶ Sulhi Dönmezer, Yalan Haber..., s.19

Bu maddede yazılı fiiller, sulh zamanı işlenmiş olursa, failleri hakkında tertip edilecek cezanın yarısından dörtte üçe kadar indirilmek sureti ile hükümlenir.”²⁷ (Bu fıkra daha sonra, aşağıda belirteceğimiz gibi 07.03.1954 tarih ve 6329 sayılı kanun ile değiştirilecektir.)

Böylece, 1931 tarihli Basın Kanun’undaki her türlü yalan haberin suç sayılmasına ilişkin durum, burada söz konusu olmamıştır.

9. 15.07.1950 tarih ve 5680 sayılı Basın Kanun ile 1931 tarihli Matbuat Kanununun yürürlükten kalkması ile meydana gelen durum:

1931 tarihli Matbuat Kanunu, birçok eleştiriye maruz kalmış ve 1938 ve 1946 yıllarında değişiklikler yapılmışsa da eleştiriler sona ermemiştir. Yapılan eleştirilerden bir tanesi de TCK hükümleri dışında Matbuat Kanun’unun sırf basın vasıtasıyla işlenebilecek bazı suçları içermesiydi. Bu fiillerin bir kısmı Avrupa hukukunda da suç sayılmaktaydı; ancak suçların unsurlarındaki belirsizlik, basın hürriyetini fiilen zedelemeye sebebiyet vermekteydi. Bu duruma tepki olarak, 1950 tarihli ve 5680 Sayılı yeni Basın Kanunu, basın vasıtasıyla işlenebilecek tüm suçları kaldırmıştır ki bunlar arasında yalan haber ve havadis yayını suçu da bulunmaktaydı.²⁸ Hakikaten de Matbuat Kanunu TCK 161. madde/son fıkraya rağmen “TCK haricindeki” diyerek sınır belli olmayan ve hakime geniş bir takdir yetkisi veren bir uygulama alanı oluşturmaktadır. Bu bakımdan, isabetli olan söz konusu yürürlükten kaldırma işlemi neticesinde, yalan haberin suç sayılmasına ilişkin olarak sadece yukarıda bahsettiğimiz TCK 161. Madde kalmıştır.

10. 07.03.1954 tarih ve 6329 sayılı Kanun ile TCK 161. Maddedeki Tadil ve 6334 sayılı 09.03.1954 tarihli “Neşir Yolu ile veya Radyo ile İşlenecek Bazı Cürümler Hakkında Kanun” 3. Maddesi:

15.07.1950 tarihinden itibaren yalan haber yayımlama suçu sadece TCK 161. Madde ile cezalandırılmakta iken, 07.03.1954 tarih ve 6329 sayılı kanun ile TCK 161. Maddede değişiklik yapılmış ve ayrıca, 6334

²⁷ Sulhi Dönmezer, Yalan Haber..., ss.19-20

²⁸ Sulhi Dönmezer ve Köksal Bayraktr, a.g.e s.173

sayılı Neşir Yolu ile veya Radyo ile İşlenecek Bazı Cürümler Hakkında Kanun” 09.03.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yalan haber yayımlama suçu, 6334 sayılı Kanun ile, TCK haricinde ayrı ve müstakil bir basın suçu olarak ihdas edilmiş oldu.²⁹

TCK 161. madde/son fıkranın tâdil edilmiş hali şu şekildedir:

“Sulh zamanında ammenin telaş ve heyecanının mucip olacak şekilde asılsız, mübalağalı veya maksadı mahsusa müstenit havadis veya haber yayan veya nakleden ... kimse altı aydan iki seneye kadar hapis ve 5.000 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.”³⁰

6334 sayılı Kanun’un 3. maddesi şu şekildedir:

“Devletin siyasi veya mali itibarını sarsacak veya ammenin telaş ve heyecanını mucip olacak mahiyette yalan haber veya havadisleri veya bu mahiyetteki vesikaları neşredenle bir seneden üç seneye kadar hapis ve 2500 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır.”

161. maddenin tâdilinden sonraki halinden farklı olarak Devletin siyasi ve mali itibarını sarsacak nitelikteki yalan haberler de ve vesikalar da maddi unsurun arasında yer almıştır. Bunun sebebi, 6334 sayılı Kanun yayımlanırken mevzuatta mevcut bulunan ve bulunmayan bazı suçlar ele alınmış ve bulunmayan bazı suçlar, birer basın suçu olarak tanzim edilmiştir.³¹

11. 07.06.1956 tarihli (RG No:9327) 6732 Sayılı Kanun ile Değişen 6334 Sayılı Kanun’un 3. Maddesi:

6334 sayılı Kanun’un 3. Maddesine³² 07.06.1956 tarihinde yapılan

²⁹ Sulhi Dönmezer, Yeni Hükümler..., s. 15

³⁰ Sulhi Dönmezer, Yeni Hükümler..., s.22

³¹ Sulhi Dönmezer, Yeni Hükümler..., s.23

³² 6334 sayılı Kanun 3. Madde:“Devletin siyasi veya mali itibarına dokunabilecek veya ammenin ve telâş veya heyecanını mucibolabilecek yahut âmme nizamını veya halkın Devlete karşı beslediği itimat ve emniyeti sarsabilecek veya her ne suretle olursa olsun ammenin huzur ve sükûnunun bozulmasını tevli dedebilecek mahiyetteki yalan haber ve havadisleri yahut bu mahiyetteki vesikaları neşredenler veya bu şekilde yazı yazarlar yahut suiniyetle veya maksadı mahsusa müstenidolarak neşriyatta bulunanlar veya Devletin veya Hükümetin harîçteki itibar veya nüfuzunu kırarak şekilde esılsız, mübalağalı veya maksadı mahsusa müstenit haber, havadis veya malûmatı yabancı memleketlerde neşrettirdiler veya bilerek neşrine sebebiyet verenler yahut resmî makam, merci, hevet, teşekkül veya

değişiklikte, manevi unsur olarak “kötüniyet” eklenmiş, maddi unsur olarak da genişletilmiştir. *Yalan habere ilişkin olarak esaslı olarak iki hususta ekleme yapıldığını görmekteyiz. Bunlar:*

1.Halkın devlete karşı beslediği güveni sarsacak nitelikte yalan haber veya vesikaların neşretmek

2.Devletin veya hükümetin yurt dışında itibar veya nüfuzunu kırabilecek nitelikteki yalan haberleri yurt dışında neşretmek veya buna yardımcı olmak

3.maddedeki suça ilişkin müeyyidelerde ise hapis cezası aynı bırakılmışken para cezasının aşağı haddi ise arttırılmıştır.

12. 12.101960 tarihli (RG No:10627) 94 Sayılı Kanun³³ ile 6334 sayılı Kanun ile anılan Kanun’u değiştiren 6732 Sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve böylece mevzuatımızda, “genel” anlamda yalan haber yayımlamak, 20.11.1962 tarihine kadar, TCK 161. madde/son fıkra çerçevesinde suç olmaya devam etmiştir.

13. Sulh zamanındaki yalan haber neşrini düzenleyen TCK 161. Madde/son fıkra, 121 sayılı Kanunla 20.11.1962 yılında kaldırılmış³⁴ olup sadece savaş zamanında yalan haber neşrini düzenleyen 765 sayılı TCK 161. Madde³⁵, 765 sayılı TCK’nın, 2005 yılında 5237 sayılı yeni

resmî sıfatı haiz olanlar aleyhine tahrik edici mahiyette neşriyatta bulunanlar 1 seneden 3 seneye kadar hapis ve (10 000) liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.

Yazı, haber, havadis, resim ve vesikaların metin, muhteva veya mahiyetlerinin tahrif veya tağyir edilerek neşri de aynı cezayı muciptir.”

(<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9327.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9327.pdf>, Erişim Tarihi: 05.02.2014)

³³ <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10627.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10627.pdf>, Erişim Tarihi: 05.02.2014

³⁴ S.ulhi Dönmezer ve Köksal Bayraktar, Basın Hukuku ..., s.332

³⁵ 765 sayılı TCK 161. madde:“Harb esnasında ammenin telaş ve heyecanını mucip olacak veya halkın maneviyatını kıracak veya düşman karşısında memleketin mukavemetini azaltacak şekilde asılsız mübalağalı veya maksadı mahsusa müstenit havadis yayan veya nakleden veya milli menfaatlere zarar verecek herhangi bir faaliyette bulunan kimse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.

Eğer fiil :

1. Propaganda ile veya askerlere tevcih olunarak işlenmişse,

2. Suçlu tarafından bir yabancı ile anlaşma neticesi yapılmışsa verilecek ceza 15 seneden eksik olmamak üzere ağır hapidir.

TCK ile külliyen yürürlükten kalkana kadar yürürlükte kalmıştır.

Buraya kadar anlattığımız ilgili yasal düzenlemeleri detaylardan arındırarak tablo ile şu şekilde göstermekte fayda var:

Özetlemek gerekirse, ülkemizde genel anlamda yalan haber neşri; 1950 yılına kadar TCK 161. madde gereği, gerek sulh gerekse savaş zamanında ve 1931 Matbuat Kanunu 34. maddesine istinaden suçtu. 1950 yılından itibaren ise, yasal dayanağı sadece TCK 161. madde kalarak –sadece gazeteci değil- “herkes” açısından suç olmaya devam etti. 1954 yılında 6334 sayılı Yasayla, yalan haberin neşri suçu tekrar gazeteciler için başlı başına suç olarak düzenlendi.1960'lara geldiğimizde ise, 6334 sayılı Yasa'nın (1960) ve 765 sayılı TCK 161. madde/son fıkranın (1962) yürürlükte kaldırılması ile yalan haber neşri suçu ayrıca cezalandırılabilir bir suç olma vasfından çıktı ve sadece savaş zamanında ve herkes açısından “yayma/nakletme” fiilleri bazında suç olarak adde-dilebilecek şekilde bir yasal görünümü oldu.

Tüm bahsettiğimiz yasal düzenlemelerin çoğundaki kriter, yalan haberi neşrinin kamu düzenini bozması, kamuyu telaş ve heyecana duçar etmesi olarak belirtilmiş ve kasten işlenebilecek bir suç olarak ön görülmüştür.

Yaptırımlar açısından ise, özel kanunlardaki cezaların TCK'dan daha az olduğu ve Cumhuriyet sonrası dönemdeki en ağır cezanın TCK'da olduğu söylenebilir. Bu durumda da, o dönemde yalan haber neşrinden dolayı yapılan yargılamalarda, gazeteci hem TCK 161/son fıkrayı hem de 6334 sayılı kanunundaki suçu işlemiş olduğunda, fikri

Eğer fiil, düşmanla anlaşma neticesi işlenmiş ise cezası müebbet ağır hapidir. Harp zamanında düşman karşısında milletin mukavemetini tehlikeye maruz kı-lacak şekilde kambioların tedavül kıymetini düşürmeye veya resmi veya hususi kıymetli evrakın piyasası üzerinde bir tesir yapmaya matuf hareketlerde bulunan kimse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis ve üç bin liradan aşağı ol-mamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Eğer fiil suçlu tarafından bir yabancı ile anlaşma neticesi yapılmışsa ağır hapis cezası on seneden ve düşmanla anlaşma neticesi işlenmişse on beş seneden aşağı olamaz.

- Kanunun cürüm saydığı neşriyatı nakil etmek başlı başına bir cürüm olup, fa-ili aynı cezaya tabidir. Nakil olunan bu gibi neşriyatın muhteviyatı tasdik olun-madığına veya ihtiyatla nakil edildiğine yahut mesuliyeti başka bir kimsenin tamamıyla deruhte eylediğine dair bir kayıt ilavesi naklini mesuliyetten vareste kılamaz.”(<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>, Erişim Tarihi: 05.02.2014)

içtima hükümleri gereği daha ağır cezayı içeren TCK 161. maddesindeki müeyyide uygulanacaktı. Nihayetinde cezaların nevi açısından değerlendirdiğimizde ise, gazete kapatmadan ziyade hapis ve/veya para cezasının tercih edildiği belirtilebilir.

14. Günümüzdeki Son Durum:

1962 yılından itibaren 765 sayılı TCK 161. madde gereği sadece savaş zamanındaki yalan haber neşirleri suç olarak telakki edilmekle beraber, anılan kanunun 2005 yılında yürürlükten kalkması ile şu anda yürürlükte olan 5237 sayılı yeni Türk Ceza kanunu (YTCK) yürürlüğe girmiştir.

YTCK'da, genel anlamada yalan haber neşretme için bir madde bulunmamakla beraber, 1962'de meydana gelen durum aynen korunmuş ve YTCK 323. madde³⁶ ile, savaş sırasında kamuyu endişe ve heyecana sokacak veya halkın maneviyatını sarsacak veya düşman karşısında ülkenin direncini azaltacak nitelikteki yalan haberi yayan, nakleden kişiler cezalandırılabilir. Söz konusu maddenin faili, sadece gazeteci değil, "herkes"dir. Gazeteciler için yalan haber neşrine ilişkin özel bir kanun veya ilgili Basın Kanun'unda bu konuda bir madde olmadığı için, savaş zamanı gazeteci, kamunun endişe ve heyecan duymasına sebep olacak nitelikte (veya madde metnindeki diğer şartlara uygun olarak) yalan haber neşretmişse, YTCK 323. maddeye göre cezalandırılır.

³⁶ YTCK Madde 323. - (1) Savaş sırasında kamunun endişe ve heyecan duymasına neden olacak veya halkın maneviyatını sarsacak veya düşman karşısında ülkenin direncini azaltacak şekilde asılsız veya abartılmış veya özel maksada dayalı havadis veya haber yayan veya nakleden veya temel millî yararlarına zarar verebilecek herhangi bir faaliyette bulunan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Eğer fiil;

a) Propagandayla,

b) Askerlere yönelik olarak,

c) Bir yabancı ile anlaşma neticesi,

işlenmişse, verilecek ceza on yıldan yirmi yıla kadar haptir.

(3) Fiil, düşmanla anlaşma neticesi işlenmişse müebbet hapis cezası verilir.

(4) Savaş zamanında düşman karşısında milletin direncini tehlikeyle karşı karşıya bırakacak şekilde yabancı paraların değerini düşürmeye veya itibarı amme kağıtlarının değeri üzerinde etki yapmaya yönelik hareketlerde bulunan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası verilir.

(5) Dördüncü fıkrada yazılı fiil, bir yabancı ile anlaşma sonucu işlenmişse ceza yarısı; düşmanla anlaşma sonucu işlenmiş ise bir katı oranında artırılır.

rılabilecektir. Başka bir ifade ile sadece neşir ile suç oluşmaz. Madde metindeki neticelerden birinin de olması gerekmektedir. Eski TCK 161. Maddeye göre farklı olarak hapis cezasında üst sınır koyulmuştur.

“Özel” yalan haber neşri mer’i kanunda YTCK 237,³⁷ 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) 107. madde/2. fıkra³⁸ larında düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, YTCK 323. ve 237 madde, SPK 107. Madde kapsamı dışındaki mağduriyetler, ceza hukuku kapsamında olmayıp sadece özel hukuk kapsamındaki hükümler çerçevesinde giderilmeye çalışılacaktır.

Özel hukuk alanında bu konudaki mağduriyetleri giderme enstrümanlarının başında, cevap ve düzeltme hakkı ile BK 58, MK 24-25 ve Basın Kanunu 13. Maddeye istinaden açılabilir olan davalar gelmektedir. Ancak, bu korumalar da mağduriyetleri tam anlamıyla giderecek nitelikte değildir.³⁹ Bu durumda, yalan haber neşrinden do-

³⁷ TYCK Madde 237: (1) İşçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis yayan veya sair hileli yollara başvuran kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir.

(2) Fiil sonucu besin veya malların değerleri veya işçi ücretleri artıp eksildiği takdirde ceza üçte biri oranında artırılır.

(3) Fail, ruhsatlı simsar veya borsa tellalı ise ceza ayrıca sekizde bir oranında artırılır.

³⁸ SPK Madde 107/2. fıkra: Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

³⁹ Şöyle ki, öncelikle cevap ve düzeltme hakkını (tektezip) ele alırsak, Anayasa 32. Madde ile 5187 sayılı Basın Kanunu 14. Madde de yer almaktadır. Bu hakkı kullanabilmenin şartlarından birisi, kişilerin kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı-Cevap hakkındaki gerçeğe aykırılık, “objektif” ölçülere göre gerçekliktir. Başak bir ifade ile, Türk Hukukundaki kıstas, İtalyan Hukukundaki gibi “sübjektif” olmayıp gerçekliğin gerçek aykırılığın kişi açısından yani, kendisi tarafından gerçeğe aykırı olduğunun telakki edilmesi değil, objektif açıdan gerçeğe aykırılık hallerinde uygulanır. (Detaylı bilgi için bk.Çetin ÖZEK, a.g.e, s.101)- yayım yapılmasıdır. “Objektif” kriterlere göre gerçeğe aykırılık hallerinde bu hak tanındığı için, kişilerin, gerçeğe aykırı olduğunu ispatlaması gerekmektedir ki bu hakkı kullanabilsin. Oysaki, Almanya, Danimarka, İtalya, Meksika, Norveç ve İsviçre’de, cevap hakkının doğması için maddi gerçeğin araştırılmasına bağlı tutulmamakta ve biçimsel gerçekle yetinilmektedir. Yani, ilgilinin yayını gerçeğe aykırı olduğunu görmesi, cevap hakkının doğması için yeterlidir. (Kayıhan İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul,

layı mağdur olan kişi/kurum için, basın meslek ilkeleri etkin bir yol mudur?

2013, s.210) Çetin ÖZEK, bu hakkın, haber verme sınırının açılması halinde, yani, fiilin hukuka aykırı olması durumunda gündeme geleceğini, bu nedenle objektif kriterin kullanılmasının uygun olduğunu; aksi halde, insanların kendilerini koruma psikolojileri gereği en doğru haberi saptırmak için dahi bu hakkı kullanabileceklerini belirtmişse de (Çetin Özek, a.g.e, s.102) K.İÇEL, tam tersi görüşte olup bu hakkın, karşılaştırmalı hukuktaki biçimine sokulması gerektiği kanaatindedir. (Kayıhan İçel, a.g.e, s.210) Kanaatimizde de, basın ile eşit koşullarda olabilmeyi sağlamak adına eşit imkanların verilmesini sağlaması açısından cevap hakkında "sübjektif" kriter baz alınmalıdır. Aksi halde, cevap hakkının kullanımı güçleştirilecek ve yalan haber neşrinden muzdarip olan kişilerin belki de elindeki en hızlı söz hakkı aracını kullanılamaz hale getirecektir. Ayrıca bu hak, sadece süreli yayınlar için kullanılabilir olup süresiz yayınlardaki yalan haberler için cevap hakkı kullanılamayacaktır. Bununla beraber, bu hak kişi hayatıyken kullanılabilir bir haktr. Başka bir ifade ile, yayının, kişi hayatıyken yapılmış olması gerekir-daha sonra ölürse mirasçılar bu hakkı kullanabilir.- Aksi halde, kişinin ölümünden sonraki yalan haber neşrinde, mirasçıların cevap hakkı bulunmamaktadır. Aynı şekilde bu hak sadece gerçek kişilere verilmiş bir hak olup tüzel kişiler ve tüzel kişiliğe sahip olmayan topluluklar açısından bu hakkın kullanımı sorunludur. Uygulamada çıkan/çıkacak bir sorun da, cevap hakkı için yazılacak olan metinlerin, yazı metninden uzun olamayacağı ve 14.madde/2. fıkradaki şartları içermesi gerektiği halde bu fıkraya aykırı içerikte gazeteğe gönderilmesidir. Bu durumda, aykırılık nedeniyle yayımlanması yasal olarak zorunluluğu olmadığı için gazete tarafından metin yayımlanmayabilip mağdurun 14.madde/4. fıkraya vd.ındaki prosedürü işletmek zorunda kalması ve bunun neticesinde de mağduriyetin hemen telafi edilememesi sonucu meydana getirebilir. Bununla beraber, YHGK'nun, 25.1964 tarih ve E. 4/1021, K.677 sayılı kararında, cevap hakkının kullanılmış olmasının, gazetecinin sorumluluklarını (haber doğruluğunu araştırma ve haberi verirken gerçeğe aykırı olarak vermeme) ortadan kaldırmayacağını belirttiği hususunu da bu aşamada belirtmekte fayda vardır.

Diğer yalan haber yayımlanması karşısındaki mağduriyeti giderecek hukuki araçlar ise, cevap hakkındaki gibi her gerçeğe aykırılıkta değil, kişilik haklarını ihlal etmesi, zararın oluşması ve kendi içinde bazı şartları oluşturması neticesinde başvurulacak niteliktedir. Bunlar, Basın Kanunu 13. madde (yayın içeriğinde suç veya kabahat ile ilgili unsurlar ve disiplin cezasını gerektiren bir eylem veya haksız fiil var ise maddi-manevi tazminat davaları), BK 58. madde (kişilik hakkının zedelenmesi söz konusu ise, manevi tazminat davası), BK 49. Madde (maddi tazminat davası) ve MK 25. Maddeye (kişilik haklarına saldırı var ise, tespit, önleme, son erdirmeye, maddi, manevi tazminat, mahkeme kararının üçüncü kişiye bildirilmesi veya kararın yayımlanması*) istinaden açılacak olan davalardır. Ancak, belirtildiği gibi her birinde ispatlanması gereken ve dolayısıyla davaların kabul edilmesi için şart olan bazı koşullar bulunmakta (kişilik haklarının zedelenmesi, zararın oluştuğu gibi) olup davaların hemen sonuçlanmaması ve yargılama gideri gibi maliyetlerin olması yalan haber neşri nedeniyle mağdur olan kişilerin mağduriyetlerini gidermede hızlı ve etkin bir çözüm olamamaktadır. Mevcut şartlarda en hızlı çözüm, cevap ve -hatanın maddi hata olması halinde- düzeltme hakkıdır. Ancak, bu hakkın kullanıma ilişkin olarak da yukarıda belirttiğimi bazı sorunlar bulunmaktadır.

II. BASIN ETİK İLKELERİ AÇISINDAN YALAN HABER

1938 yılında faaliyete başlayan ve “zorunlu”⁴⁰ üyelik sistemini uygulayan tek özdenetim mekanizmamız olan Basın Birliğinin 1946 yıllarında,⁴¹ 1960 yılında kurulan⁴² Basın Şeref Divanının da 1967 yılında sona ermesi sebebiyle, ülkemizde bugün hâlen faaliyette olan özdenetim mekanizmaları; Türkiye Gazeteciler Cemiyeti, Basın Konseyi, Medya Etik Konseyidir. Önemli bir özdenetim uygulaması olması açısından Basın Şeref Divanına da yer verilmek sureti ile anılan Cemiyet ve Konseylerin deklare basın ettiği etik ilkelerindeki gazetecileri yalan haber neşrinden men eden düzenlemelerini ve kendilerine bu konuda yapılan başvurular incelenmiştir.

1. Türkiye’deki basın özdenetim mekanizmalarının deklare ettiği basın etik ilkelerine baktığımız zaman, ilk olarak karşımıza 24.07.1960 tarihinde Basın Şeref Divanı tarafından kabul edilen Basın Ahlak Yasası gelir. Anılan düzenlemenin 3. ve 5. maddeleri⁴³ geçerli olduğu dönem itibariyle TCK 161. madde/son fıkranın yürürlükte olduğu bir dönem olduğu halde, halkı telaş ve heyecana düşürmesi şartına bağlı kılmaksızın her türlü yalan haberi men ediyor olması, konuya verdiği önemi gösterir niteliktedir.

Basın Şeref Divanı 1960-1967 yılları arasında faaliyette olup bu dönem içinde gelen 148 başvurunun 72’si anılan ilkelere aykırı bulunmakla beraber en fazla ihlal edilen maddenin 2. Maddesi olduğu belirtilmiştir.⁴⁴ Toplam beş bentten oluşan 2. maddenin (d) bendinde iftira bulunmakla beraber yalan haberden neşrinden dolayı kayda değer bir başvurunun olmadığı sonucuna varabiliriz.

2. Türkiye Gazeteciler Cemiyeti (TGC) Yönetim Kurulunda 18.11.1998 tarihinde kabul edilen ve günümüzde hâlen geçerlili-

⁴⁰ Murat Özgen, a.g.e., s.179

⁴¹ Murat Özgen, a.g.e., s.185

⁴² Murat Özgen, a.g.e., s.200

⁴³ Basın Ahlak Yasası 3.madde: “Haberlerde ve olayları yorumlamada hakikatten, tahrif veya kısaltma yoluyla maksatlı olarak ayrılınmaz, doğruluğu şüphe uyandıran ve tahkiki gazetecilik imkanları içinde bulunan haberler, tahkik edilmeden ve doğruluğundan emin olunmadan yazılamaz.” (Murat Özgen, a.g.e., s.265) Basın Ahlak Yasası 5. madde: “Haber başlıklarında haberin ihtiva ettiği hususlar tahrif edilemez.”

⁴⁴ Murat Ögen, a.g.e., ss.270-271

ği devam etmekte olan "Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi"nin konumuz ile doğrudan ilgili dört madde⁴⁵ bulunmaktadır.

Ayrıca 10.02.2006 tarihinde yürürlüğe giren TGC Dernek Tüzüğü 3. Maddede⁴⁶ ve 4. Madde/ (n) bendinde düzenlemeler bulunmaktadır; ancak, TGC'nin resmi internet sitesinde (www.tgc.org.tr) gerek üyeleri gerekse üyesi olmayanlarını kapsayacak şekilde hiçbir istatistiki bilgi bulunmadığı için yalan haberle ilgili TGC'nin vermiş olduğu ceza sayılarına ulaşılamamıştır.

3. Basın Şeref Divan'ından sonra 06.02.1988 tarihinde resmen kurulan Basın Konseyi⁴⁷'nin Vakfın Senedi 3. maddesinde belirtilen amaçları arasında "...kamuoyunun gerçekleri öğrenme hakkına bir aracı sayarak, halkın gerçekleri öğrenme hakkına engellemeyi amaçlayan açık kapalı sınırlamalarla savaşımanın..." şeklindeki ifadeler ile halkın gerçekleri öğrenme hakkı gaye edinmiş olmakla beraber, mefhum-u muhalifinden gazetecilerin yalan haber yapmalarının da önüne geçilmesinin temel gayelerinden olduğu sonucuna varabiliriz. Aynı şekilde, Basın Konseyi Sözleşmesi 1. maddesinde⁴⁸ saymış olduğu iki temel amaçtan biri

⁴⁵ Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi"nin E bendi/ 1. alt bent: "Halkın bilgi edinme hakkı uyarınca, gazeteci, kendi açısından sonuçları ne olursa olsun, gerçeklere ve doğrulara saygı duymak ve uymak zorundadır."

E. bendi/4. alt bent: "Gazeteci; kaynağını bilmediği bilgi ve haberleri yayınlamaz; kaynak açık olmadığında, yayınlamaya karar verdiği durumlarda da kamuoyuna gerekli uyarıları yapmak zorundadır."

E. bendi/4. alt bent "Gazeteci; temel bilgileri yok edemez, görmezlikten gelemez ve metinlerle belgeleri değiştiremez, tahrif edemez. Yanlış, yanıltıcı ve tahrif edilmiş yayın malzemesi kullanmaktan uzak durur."

E. bendi/10. alt bent "Gazeteci, çalıntı, iftira, hakaret, lekeleme, saptırma, manipülasyon, söylenti, dedikodu ve dayanaksız suçlamalardan kesinlikle uzak durur."

⁴⁶ TGC Dernek Tüzüğü 3. madde "...halkın doğru haber alma ve gerçekleri öğrenme hakkını... savunmak..." amaçları arasında sayılmıştır.

4. Madde/ (n) bendinde, "Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi'nde belirlenen ilkelere bağdaşmayan... aykırı hareket eden ve yaptıkları yayınlarla bu maddede sayılan ilkeleri, Tüzük hükümlerini ihlal eden üyeleri Yönetim Kurulu kararıyla yazılı olarak uyarmak, Onur Kuruluna sevk etmek; meslek ilkelerine uymayan yayın ve davranışlar için üyesi olmayan gazetecilere, yayıncılara ve yayın organlarına karşı da uyarı görevi yapmak" (<http://www.tgc.org.tr/tgctuzuk.asp#>, Erişim Tarihi: 06.02.2014)

⁴⁷ Murat Özgen, a.g.e, s.224

⁴⁸ <http://www.basinkonseyi.org.tr/basin-konseyi-sozlesmesi>, Erişim Tarihi: 06.02.2014

olarak “halkın gerçekleri öğrenme hakkını savunmak” olduğu belirtilmiştir. Başka bir ifade ile, Basın Konseyi, TGC’ne göre, halkın gerçekleri öğrenme hakkını daha fazla ön plana çıkartmıştır.

Basın Konseyi’nin deklare ettiği “Basın Ahlak İlkeler” 6. madde: “Soruşturulması gazetecilik olanakları içinde bulunan haberler, soruşturulmaksızın veya doğruluğuna emin olmaksızın yayınlanamaz.” şeklindedir.

Ayrıca, Basın Konseyi Çalışma Kuralları 8. maddede⁴⁹, ilkelerin ihlali hallerinde şikayet yolu ile harekete geçeceğini belirtmiş olup TGC’inde bu konuda açıklık olmamakla beraber anılan Tüzük’ün 4. madde/(n) bendi ile 24.madde/(a) bendi beraber değerlendirildiğinde madde lafsızdan re’sen harekete geçileceği sonucuna varılmaktadır.

Basın Konseyi tarafından etik ilkelerin ihlali nedeni ile yapılan şikayetler ve bunların akıbetleri hakkında resmi web sitelerinde (www.basinkonseyi.org.tr) herhangi bir istatistiki bir bilgi bulunmamakla beraber, site içindeki faaliyet raporları içinde Konsey’e yansıyan yalan haberle⁵⁰ ilgili bazı şikayetlere ilişkin karar örnekleri bulunmaktadır. Buna göre, 2012 yılı için veriler ise, 26 başvurudan 10’u yalan haber ile ilgili olup 3’ü reddedilmiştir.⁵¹ Reddedilen üç dosyadan birinin red nedeni ise, haberin yalan olduğu kabul edilmekle beraber şikayet olunan gazete tarafından tekzip yazısının yazılmış olmasıdır. Dolayısıyla, yalan haber olduğu sabit olmuş vaka sayısını, 11 olarak kabul edebiliriz. 2011 yılında ise, toplam 32 başvurudan 15’i yalan haber ile ilgili olup sadece biri reddedilmiştir.⁵² 2010 yılında, 45 başvurudan, 23’ü yalan haberlerle ilgili olup 7’si reddedilmiştir.⁵³ Dolayısıyla, Basın Konseyine yapılan başvuruların hemen hemen yarısı yalan haber ile ilgili olup başvuruların da yarısından fazlası kabul edilmiştir. Sonuç olarak, yalan habere ilişkin mağduriyetlere ilişkin yeterli istatistiki bilgi olmadığı için yeterli derecede vaka ölçümü yapılmamışsa da yukarıdaki verileri değerlendirdiğimiz zaman, neşredilen haberlerin içinde yalan

⁴⁹ <http://www.basinkonseyi.org.tr/calisma-kurallari>, Erişim Tarihi: 06.02.2014

⁵⁰ Konsey’in Basın Ahlak Yasası 6. Maddesi baz alınarak incelenmiştir

⁵¹ <http://www.basinkonseyi.org.tr/faaliyetraporu/2012basinkonseyifaaliyetraporu.pdf>, Erişim Tarihi: 06.02.2014

⁵² <http://www.basinkonseyi.org.tr/faaliyetraporu/2011basinkonseyifaaliyetraporu.pdf>, Erişim Tarihi: 06.02.2014

⁵³ <http://www.basinkonseyi.org.tr/faaliyetraporu/2010basinkonseyifaaliyetraporu.pdf>, Erişim Tarihi: 06.02.2014

haberden dolayı mağduriyetlerin rakamsal açıdan önemsiz bir yer kapsamadığını göstermektedir.

4.2007 yılında faaliyete geçen Medya Etik Konseyinin yayınladığı “Basın Ahlak Esaslar” (I) bendi,⁵⁴ Medya Etik Komisyonunun “Gazeteci Meslek Etik İlkeleri” adı altında yayınladığı ilkeler arasında 5. Madde,⁵⁵ Medya Etik Konseyi “Okur ve İzleyici Hakları Bildirisi” 2. Madde/1. c.,⁵⁶ yalan haberle ilgili düzenlemeler içermektedir.

Medya Etik Konseyine yapılan başvurularla ilgili olarak resmi sitelerinde (www.medyaeetikkonsey.com) herhangi bir veri olamamakla beraber, Adem Ayten’in, Konsey ile ilgili yapmış olduğu saptamalardan birisi; Konseye gelen başvuruların, sadece ceza veren bir kuruluş olmak istemedikleri için, Konsey içinde herhangi bir işlem yapılmaksızın Basın İlan Kurumu ve RTÜK’e yönlendirildiğidir.⁵⁷ Oysa ki bu durum, özdenetim mekanizmasının doğasına aykırıdır.^{58*}

Yukarıda bahsettiğimiz tüm özdenetim mekanizmalarını birlikte değerlendirdiğimiz zaman, en etkin, en aktif ve doğru habercilik ilkesine en çok önem verenin Basın Konseyi olduğunu söyleyebiliriz; ancak, Konseye yapılan başvuruların sayısı, faaliyet halindeki gazete

⁵⁴ “Basın Ahlak Esaslar” (I) bendi: “Haber başlıklarında, haberin içeriği saptırılamaz ve çelişki yaratılamaz.”

⁵⁵ “Gazeteci Meslek Etik İlkeleri” 5. madde: “Gazetecilikte, kanıtsız iddia ve suçlamaya, iftiraya, yalana, manipülasyona yer yoktur; kanıt ve belgeler tahrif edilemez; doğruluğu kesinleşmeyen haber, doğruymuş gibi sunulur okuyucu-izleyici yanıltılmaz. Her şeye karşın yanlışlığı ortaya çıkan haber ve yorum düzeltilir, yanıt ve düzeltme hakkı kullandırılır.”

⁵⁶ “Okur ve İzleyici Hakları Bildirisi” 2. madde/1. c.: “Her vatandaş özellikle ülkemizdeki olayların gerçek yönünü öğrenme hakkına sahiptir.” (<http://www.medyaeetikkonseyi.com/page/Okur-ve-Izleyici-Haklar%C4%B1.aspx>, Erişim Tarihi: 07.02.2014)

⁵⁷ Adem Ayten, “Bir Özdenetim Aracı Medya Etik Konseyi”, *İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, 2013/1, 44, s.9

⁵⁸ Konsey bu hali ile anılan kurumlara başvuruları ileten bir nevi “aracı” fonksiyonunun ötesine geçememiş olmaktadır. Şunu da belirtmemiz gerekir ki bu uygulama, özdenetimin emel çıkış noktalarından biri olan, dışarıdan resmi veya gayriresmi hiçbir kurumun basına müdahale etmesine fırsat vermemek adına basınla ilgili sorunların, “basının kendi içinde çözümlemek suretiyle kendi kendine ıslah etmesi” hususuna da aykırılık teşkil edecek nitelikte bir uygulamadır. İlave etmekte fayda var ki, Basın İlan Kurumu ile RTÜK’ün, gelen şikayetleri, hangi yasal zemine dayanarak inceleyecekleri de muallaktır. Dolayısıyla, özdenetim müessesinin özüne (doğasına) aykırı bu uygulama nedeni ile gerek yalan haber neşri gerekse diğer ilkelerin hayata geçirilmesi Meslek Etik Komisyonu açısından mümkün görülmemektedir.

sayısı ile kıyaslandığı zaman son derece az kalmaktadır. Ayrıca, başvurular da genelde tanınmış kişiler, gazeteciler veya şirketlerdir. Başka bir ifade ile Basın Konseyinin de gerek başvuru sayısının azlığı gerekse başvurucu profillerinin “halk” düzeyine inmemiş olması sebebi ile yine de yalan haber neşrine ilişkin mağduriyetleri gidermek açısından tam ve etkin bir çözüm sağladığı sonucuna varamamaktayız.

4. MUKAYESELİ HUKUK ve YABANCI ÜLKELERDE BASIN ETİK İLKELERİ AÇISINDAN “YALAN HABER” DÜZENLEMELERİ:

I. MUKAYESELİ HUKUKTA YALAN HABER:

S. Dönmezer, mukayeseli hukukta yalan haberin “suç” olup olmadığına dair konuyu üç grupta toplayarak açıklamıştır:⁵⁹

1. Birinci grup ülkeler yalan haberleri cezalandırmamakta olup sadece hakaret, sahtekarlık gibi ayrı ve müstakil suçların unsurlarını teşkil etmesi, başka bir ifadeyle, anılan suçların işlenmesini sağlayan ve bu suçların işlenmesi yönünde “araç” olan yalan haberleri cezalandırmaktadır. Belçika, İngiltere, Danimarka, ABD ve Almanya⁶⁰’da uygulanmakta olan bu sistemin gerekçesi, bu tip haberlerin kötüniyetle yapılmadığı, ayrıca diğer KİA’ndan haberin yalan olduğunun hemen ifşa edilebildiği ve böylece gerçeğin ortaya çıktığı; kötüniyetle yapılsa bile bunun ispat etmenin çoğu zaman imkansız olduğu, aksi halde süreli yayımcılığın gelişmesinin sınırlanacağıdır.

ABD’de yalan haber neşrinin suç olmamasının haricinde, cevap hakkı ve tazminat davaları ile ilgili olarak -basın özgürlüğü lehine- “kamuya mâl olmuş kişiler” açısından, durumu zorlaştırıcı bir uygulama bulunmaktadır. İspat yükü davayı açan tarafa ait olan ABD’de, kamuya mâl olmuş kişiler, gazetecinin kasten veya kusurlu bir ihmali sebebiyle yalan haberin yayımladığını ispatlamak zorunda olup aksi halde, basın özgürlüğünü zedeleyeceğinden hareketle cevap hakkı ve tazminat davası gibi haklardan yararlanamamaktadırlar. Sıradan insanlar için ise, bu kural geçerli olmayıp basın mesleğinin bilinen

⁵⁹ Sulhi Dönmezer, Yeni Hükümler..., ss.17-19, Sulhi Dönmezer ve Köksal Bayraktar, a.g.e, ss.331-332

⁶⁰ Kayıhan İçel, a.g.e., s. 205

kurallarına göre yapması gereken araştırmayı yapmaması, sorumluluğun doğması için yeterlidir.⁶¹

2. İkinci grup ülkeler, zarar verici ve kötüniyetle yapılmış bir yalan haber neşri varsa cezalandırmaktadır. Bu ülkelerde genellikle kamu barış ve düzenini bozan veya bozabilecek nitelikte olan yalan haberler cezalandırılmaktadır. Kasten yapılması da suç olabilmesi açısından şarttır. 1956 yılı itibariyle Fransa, İsveç, İtalya, Mısır, Uruguay, Brezilya, Şili, Kolombiya, Lübnan, Luksenburg gibi ülkelerde uygulanmakta olup günümüzde Fransa, İsveç^{62*}, Kanada, "Uganda, Zimbave, Kameron ve 1981'de bağımsızlığını kazana kadar İngiliz kolonisi olan Antigua-Barbuda"⁶³ gibi bazı ülkelere hâlen uygulanmaktadır.

Hâlen yürürlükte olan Kanada Ceza Kanunu 181. Maddesine göre, kasten yalan haber neşri neticesinde, bir zarar meydana gelir veya muhtemel bir zarar söz konusu olursa veya kamu düzenini bozarsa (veya bozma ihtimali varsa) 2 yıldan fazla olmaksızın hapis cezası öngörülmektedir. Madde metinde suçun faili sadece gazeteci olarak belirtilmemiş olup herkes için geçerli bir suçtur ve re'sen kovuşturulabilecek şekilde düzenlenmiştir.⁶⁴

Kanada'da, bu hükmün gevşetilmesi hatta bazı durumlarda tamamen kaldırılmasına ilişkin bir yasa teklifi gündeme gelmişse de, Şubat 2011'de, Kadana Hukuk Komitesi tarafından, mevcut düzenlemenin, basın özgürlüğünü de garanti altına alan hükümler içeren Kanada Hak ve Özgürlükler Tüzük'üne aykırı olmadığına dair tespitini deklare etmesi üzerine iptal etmiştir.⁶⁵

⁶¹ Şule Özsoy, "Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:56, 2005, s.42

⁶² İsveç Kanun'una göre, Krallığın güvenini, halkın yiyecek ve içecek ihtiyacının karşılanmasını, kamu düzenini ve iç güvenliği karıştıracak yahut kamu işlerine ilişkin karar almaya yetkili her türlü örgüt ve otoriteye olan saygıyı sarsacak nitelikteki yalan haber ve açıklamaların yayınlanmasını" suç saymıştır. (Bkz.S.Dönmezer-K. Bayraktar, ag.e.s.331

⁶³ <http://www.article19.org/pages/en/false-news.html>, Erişim Tarihi: 07.02.2014

⁶⁴ <http://yourlaws.ca/criminal-code-canada/181-spreading-false-news>, Erişim Tarihi: 07.02.2014

Kanada Ceza Kanunu 181. Madde orijinal metni: " Every one who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years."

⁶⁵ <http://www.yesmagazine.org/people-power/a-law-against-lying-on-the-news>, Erişim Tarihi: 07.02.2014

3.Üçüncü grup ülkeler ise, yalan haberi her halûkarda cezalandırmaktadırlar. Kötüniyet şartı aramazlar; zirâ, kamu düzeninin bozulmasına sebebiyet veren bir harekette kötüniyetin var olduğu düşünülmemekte ve cezalandırılmaktadır. 1956 yılı itibari ile İspanya, Meksika ve Nikaragua'nın kanunları bu yöndeydi.

2009 yılında Gambia'da “Information and Communications Act” adlı kanunlarında, hükümet çalışanları hakkında yapılan yalan haberlerin, 15 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağına dair bir değişiklik yapılmıştır.⁶⁶

Suriye Ceza Kanununa 286. Maddeye göre, toplumun birlik ve düzenini bozacak bilgiler yayan kişi, kastı olmasa dahi cezalandırılmaktadır. Aynı Ceza kanunu 287. maddeye göre, ülke dışında devletin şanına veya ekonomisine zarar verebilecek yalan veya abartılmış olduğu delille sabit haberler yayma da suç olarak telakki edilir. Gerek 286 gerekse 287. maddelerdeki yalan haber neşri suçlarının oluşabilmesi için yalan haberin kamuoyu tarafından bizzat işitilmiş olması gerekmemekte olup sayısı belirsiz kişilere ulaştığı ve kamuoyunun bir kısmı tarafından bir diğerine nakledildiğinin bilinmesi yeterlidir.⁶⁷

Dönmezer'in, mukayeseli hukukta uygulamaya yönelik yapmış olduğu şu tespit de önemlidir ki kötüniyetin varlığı halinde yalan haberi cezalandıran ikinci grupta yer alan ülkelerde, bunun çok ender uygulandığını, açılan ceza davalarının ise, genellikle beraatle sonuçlandırıldığıdır.⁶⁸ Başka bir ifade ile gelişmiş ülkelerdeki eğilim yalan haber neşrinin “suç” olarak addedilmemesi olup “suç” olarak kabul edenleri de uygulamada çok sık kullanmadıkları bir düzenleme olarak kaldırdığıdır.

⁶⁶ <http://www.foxnews.com/world/2013/07/05/new-law-against-false-news-further-damages-press-freedom-in-gambia-groups-say/>, Erişim Tarihi: 07.02.2014

⁶⁷ Mehmet Akıncı, Türk ve Suriye Basın ve Ceza kanunlarında Basın Suçları ve Cezaları, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Ortadoğu Ülkeleri Enstitüsü, İstanbul, 2006, s64

⁶⁸ Sulhi Dönmezer, Yeni Hükümler..., s.19

II. ULUSLARARASI DÜZEYDE ve YABANCI ÜLKELERDE BASIN ETİK İLKELERİ AÇISINDAN YALAN HABER :

1. ULUSLARARASI DÜZEYDE BAZI DÜZENLEMELER:

Etik ilkelerin, uluslararası düzeyde yapılması; basının faaliyetlerinden dolayı mağduriyetlerin “uluslararası düzeyde” olduğunu gösterir. Sadece yalan haber neşriyle ilgili olarak 1900’lerin başında başlamıştır. Şöyle ki, bir devletin basınında, diğer bir devlet(ler)e ilişkin olarak yayımlanmış yalan haberlerle mücadele etmek amacıyla, BM’in temeli sayılan ve 1946 yılında dağılmış olan “Milletler Cemiyeti”⁶⁹ 1927 yılından itibaren birçok toplantı yapılmış ve çözümün ne olacağı hususu tartışılmıştır. Çözüm olarak ileri sürülen önerilerden biri, yalan haber neşrinin hemen akabinde, derhal ve bol bir şekilde doğru haberlerin neşrinin etkili yöntem olduğudur.⁷⁰ Ayrıca, devletler arasında imzalanması için de bir metin hazırlanmış; ancak, daha sonra Almanya ve o dönemin sol görüşlü bazı ülkeleri tarafından imzadan imtina edilmiştir.⁷¹

Basının faaliyetlerindeki özgürlüğün sınırsız olmaması, 1947 yılındaki Hutchins Komisyonu raporu neticesinde şekillenmeye başlayan toplumsal sorumluluk anlayışının⁷² yanı sıra, uluslararası alanda da tezahür etmiş ve 1973 yılında yapılan İletişim Sempozyumunda konuşan Finlandiya Devlet Başkanı Urho Kekkonen tarafından, sorumluluk anlayışının ihmal edilmiş olduğu belirtilmiş ve başıboş bir özgürlük modeli yerine “*özgür ve dengeli haber akışı/özgür ve sorumlu iletişim*”in olması, başka bir ifade ile, uluslararası iletişimin, bir sorumluluk site mine bağlanması gerçekleştirilmesi gündeme getirilmiştir.⁷³ Bu görüşün temelinde yatan düşünce, haberleşme özgürlüğünün, devletlerin, diğer devletlere ve uluslararası topluma karşı yükümlü olduğu sorumlulukları ortadan kaldırmadığıdır.⁷⁴ KİA’larının faaliyetlerine ilişkin standart oluşturmaya yönelik hazırlanan ve kimi taslak olarak kalıp

⁶⁹ http://tr.wikipedia.org/wiki/Milletler_Cemiyeti, Erişim Tarihi: 07.02.2014

⁷⁰ Sulhi Dönmezer, *Matbuat Suçları*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946, s.83

⁷¹ Detaylı bilgi için bkz. S. Dönmezer, *Matbuat ...*, s. 85

⁷² Murat Özgen, a.g.e, s.130

⁷³ Mahmut Oktay, *Kitle İletişim araçlarının Uluslararası Sorumluluğu ve İletişim Ahlak Kuralları*, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1990, ss.116-117

⁷⁴ Mahmut Oktay, a.g.e., s. 295

kimisi yürürlüğe gire bazı uluslararası belgeler hazırlanmış olup bunların içinde hemen hemen hepsi yalan haber neşrini yasaklamaktadır. Bunların arasında en dikkat çekici olan, BM Genel Kurulunda kabul edilip 1962 yılında yürürlüğe giren Uluslararası Düzeltme Hakkı Sözleşmesi olup Sözleşmenin 1. maddesinde taraf devletlerden birisi, bir ülkeden diğerine iletilen veya uluslararası dolaşıma giren bir yalan haberin olduğunu iddia ederse, haberi yayınlayan taraf devlete, gerçek versiyonunun (communiqué) gönderilmesi hakkı verilmiştir. Bu gerçek versiyonu alan taraf devlet de, ülkesindeki KİA'larına bunu vermek zorundadır.⁷⁵ Ancak bu tip sözleşmeler, bağlayıcı nitelik kazanmamış olup içeriğindeki konularla ilgili düzenlemeler iç hukuka bırakılmıştır.⁷⁶

Son olarak, Nordenstreng'in 50 iletişim etik ilkesi üzerinde yapmış olduğu bir çalışma sonucundan bahsetmekte fayda var. Anılan çalışmada 44 uluslararası metin arasında ise 19'unda bu ilke bulunmakla beraber, 50 etik ilke üzerinde yapılan içerik analizine göre, doğruluk/dürüstlük ilkesinin, metinlerin 49'unda yer almasına karşın sadece 4'ünde uluslararası yükümlülük taşıdığı görülmüştür. Bu durum göstermektedir ki, basın etik ilkeleri, daha çok ulusal bazda ve uygulamada ele alınmakta ve uluslararası sorumluluklara ilişkin hükümler konusunda zayıf kalmaktadır.⁷⁷

2. YABANCI ÜLKELERDEKİ BASIN ETİK İLKELERİ AÇISINDAN YALAN HABER:

Basın etik ilkeleri, ülkelerin içinde bulunduğu siyasi, toplumsal sorunların da etkisi ile şekillenmekte⁷⁸ olup ABD, Almanya, Bosna Hersek, Danimarka, Ermenistan, İspanya, İzlanda, Avusturya, Belçika, İngiltere, İrlanda, Holanda, İtalya, Norveç, Portekiz, Hırvatistan, Moldova, Slovak, Beyaz Rusya, Litvanya, Sırbistan, Slovenya, Finlan-

⁷⁵ Mahmut Oktay, a.g.e., ss. 283-284

⁷⁶ Mahmut Oktay, a.g.e., s. 335

⁷⁷ Mahmut Oktay, a.g.e, ss.374-375

⁷⁸ Örneğin, Bosna Hersek Basın Etik Kurallarından, etnik, kültürel, dini çeşitliliğe saygı; ABD'nin etik ilkelerinde ise ifade özgürlüğü ve fikir çeşitliliği (Gazeteciler Derneği'nin yayımladığı ilkelerden biri olan, itici bulunsa dahi görüş alış-verişinin desteklenmesi yükümlülüğünün getirilmesi gibi) vurgulanmaktadır. (Bkz. Zakir Avcı ve E. Emre Kaya, Medyanın İffeti, Altınpost Yayıncılık, Ankara, 2013)

diya, Fransa, Yunanistan, İsveç, İsviçre, Bulgaristan, Kanada, Katalonya, Malta, Polonya, Rus, Avusturalya, Hindistan, Mazelya, Filipinler, Singapur, Sri Lanka, Mısır, Japonya ve Kolombiya olmak üzere toplam 42 ülkedeki basın meslek ilkeleri⁷⁹ incelendiğinde Ermenistan hariç hepsinde “doğru haber vermek” hususunun, ilke olarak benimsenmesinin yanı sıra “ilk” maddelerinde yer vermiş olduğu görülmektedir.

Ermenistan ise en önemli ilke olarak “objektifliği” ileri sürmüş; iftira ve sahtekarlıktan men etmiş ancak diğer ülkelerdeki gibi doğrudan doğruya ve açık bir şekilde doru habercilikten bahsetmemiştir. Bu durum, yalan habere cevaz verildiği anlamında yorumlanamamakla beraber konuyu diğer ülkeler gibi –özellikle ABD ve İngiltere nazara alınınca- açıkça kaleme almaması dikkate değerdir.

Bu konuda en detaylı düzenlemelerin, fotoğraflar, reklamlar gibi farklı boyutlarıyla ele alınması açısından ADB’de ve doğru habercilik için yol gösterici bilgiler ihtiva edici etik ilkeler ihdas etmeleri nedeni ile İngiltere’de olduğunu söyleyebiliriz. ABD’de, haberlerin doğruluğu açısından her türlü şikayeti kabul edecek bir milli basın kurulunun kurulması ön görülmüşse de bu fikir hayata geçirilmemiş ve “milli” seviyede bir kuruluş yerine basın yayın organlarının kendi içlerinde kabul ettikleri ahlak kurallarının uygulanması uygulamasına gidilmiştir.⁸⁰ Bunlardan birisi olan Sigma Delta Chi Ahlak Yasasında, bu konuda fotoğrafları da kapsayacak şekilde detaylı olarak düzenlenmiş ve gazetecilerin görevinin gerçeğe hizmet etmek olduğu belirtilmiştir.⁸¹

Faaliyette olan basın ve yayın kuruluşları tarafından da etik ilkelerin belirlendiği bu ülkelerde İngiltere’deki BBC’nin Yayın İlkelere Kılavuzu dikkat çekicidir.⁸² Kılavuzda “Doğruluk” başlığı altında sekiz sayfalık bir talimatlar listesi bulunmaktadır. Bu listede, yayın ilkelerinin haricinde muhabirlerin haberleri hazırlarken doğru haber yayınlamaları için neler yapmaları gerektiğine dair püf noktalar ve yol gösterici bilgiler içermektedir. Genel olarak muhabirlere; kaynak gösterilerek, kaynağı belli olan, belgeli/kayıtlı bilgilere dayanan

⁷⁹ Detaylı bilgi için bkz. Zakir Avşar ve E. Emre Kaya, *Medyanın İffeti*, Altınpost Yayıncılık, Ankara, 2013; Mahmut İhsan Özgen, *Basın Meslek Ahlakı ve Yasaları*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1994; M. Oktay, a.g.e

⁸⁰ Mahmut Oktay, a.g.e.s, 107

⁸¹ Mahmut Oktay, a.g.e.s, 111

⁸² BBC Yayın İlkeleri Kılavuzu, BBC’nin Değerleri ve Standartları, 2005

ve başka kaynaklarca doğrulatılan verilerle haberlerin hazırlanması, bunun mümkün olmadığı hallerde editör ve bazı hallerde de hukuk danışmalarına başvurulması gerektiği belirtilmektedir.

Yalan haberin yayımlanmayıp doğru habercilik anlamında etik ilkelerin ifade ediliş tarzları bakımından önce çıkan ülkeler; Litvanya, Finlandiya ve Polonya olup ilgili cümleler aşağıda aynen alınmıştır:

Litvanya Gazetecilerinin Etik Kurallarında “*Haber, doğrulanabilir ve delillendirilebilir doğrular üzerinde kurulmuş bilgiye haiz olduğu takdirde haberdir.*” şeklinde olup haberlerin; ancak somut deliller olduğu zaman yayımlanması gerektiği sonucuna götürecektir bir maddedir.

Finlandiya’nın “Doğru Gazeteciliğin Ana Hatları” adlı etik kuralları arasındaki “*Doğru gazetecilik, aynı zamanda bir gazetecinin konusuyla ilgili olan önemli kanunları, yönetmelikleri, uluslararası anlaşmaları ve kararnameleleri iyi şekilde bilmesini gerektirir.*” şeklinde olup bu madde aynı zamanda, gazetecilerin yalan haber neşrinin bir sebebinin de iç hukukun ve ülkenin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların bilinmemesi olduğunu ifade etmektedir.

Polonya “Ahlak İlkeleri başlıklı etik ilkelerinde ise, “*Herhangi bir neden, baskı ya da esin sebebiyle yanlış ya da doğrulanmamış bilginin verilmesi hakkı yoktur.*” şeklinde olup konuyu “hak” kavramı çerçevesinde değerlendirmiştir. Ayrıca, aynı ilkeler içinde, ilkelerin ihlali halinde, Yetkili Gazeteciler Mahkemesi tarafından ceza verilmesinden de bahsetmektedir.

Etik ilkelerin, yargıda kullanılması ABD’deki bir davada da söz konusu olmuştur. Şöyle ki, 1997 yılında FOX TV’de çalışan iki muhabir, yöneticilerinin, süt ürünlerinde kullanılan RBG hormonuna ilişkin haberinde, RGB hormonu üreticisi Monsanto’nun yalan bilgiler içeren ifadelerinin kullanılması isteğini, halk sağlığını tehlikeye atacak nitelikte yalan haber olması sebebiyle kabul etmemesi üzerine işten atılması neticesinde açılan davada yerel mahkeme, gazetecilerin, yalan haber yapmalarını engelleyecek bir kanunun olmaması sebebiyle FOX TV’nin savunmasına itibar ederek karar vermişse de temyiz neticesinde üst mahkemece verilen 2003 tarihli karar gereği yerel mahkeme kararı bozulmuştur ve bozma kararının gerekçesi, gazetecilerin yalan haber yapmamasını yasaklayan ayrı bir kanuni düzenlemeye gerek ol-

mayıp bu konudaki Federal İletişim Komisyonunun (Federal Communications Commission -FCC) yalan haberi yasaklayan etik ilkelerinin yeterli olduğudur.⁸³

Hırvatistan'ın, yalan haberden men eden ilkeyi de içeren basın etik ilkelerinin, Hırvatistan Basın Birliğine üye olmayan tüm gazeteci ve editörlere de uygulanmasını zorunluluğu dikkat çekmektedir.

Danimarka'daki doğru haber verme yükümlülüğüne ihtiva eden basın etik ilkeleri ise, yasal düzeyde güvence altına alınmış olması açısından bu yönde uygulaması olan tek ülkedir. Söz konusu ilkeler, Danimarka Parlamentosu tarafından 1992 yılında Ulusal Gazeteciler Birliğinin onayı alındıktan sonra "milli bir yasa" olarak meclisten geçip yürürlüğe girmiştir.⁸⁴

Özetle, görüldüğü gibi uluslararası düzeyde dahi etkin bir çalışma yapılamamakta olup ulusal bazdaki etik ilkelerde de yalan haberin yayınlanmaması konusu, yine ilk sıralarda yer almaktadır.

Anılan etik ilkelerin uygulamadaki durumlarını ölçmek adına en etkin özdenetim mekanizmasının İngiltere'de olmasından hareketle, İngiltere'deki Basın Şikayet Komisyonunun (The Press Complaints Commission-PCC) verilerini incelediğimizde şu sonuçları görmekteyiz:

2013 yılında 12.000'den fazla başvuru yapılmış olup bunlardan % 89,9'u doğruluk ve cevap hakkı ile ilgilidir. Tüm ihlallerin % 53,8'i ulusal, &28,9'u yerel medya tarafından yapılmıştır.⁸⁵

2012 yılı verilerinde de başvuru sayısı aynı olup yalan haber ve cevap hakkından dolayı yapılan şikayet oranı % 92,6 iken ulusal basının payı bu sefer % 49,4, yerel basının ise % 33,7'dir.⁸⁶

2011 yılında ise, başvuru sayısı 7.300'den fazla olup % 90,7'si yalan haber ve cevap hakkına ilişkindir. Etik ilkelerin tamamının ihlalinde ulusal basın %54,4, yerel basın %31,2'lik paya sahiptir.⁸⁷

⁸³ <http://www.yesmagazine.org/people-power/a-law-against-lying-on-the-news>, Erişim Tarihi: 09.02.2014

⁸⁴ Zakir Avşar ve E.Emre Kaya, a.g.e., s.202

⁸⁵ http://www.pcc.org.uk/assets/80/PCC_2013_Complaints_Statistics.pdf, Erişim Tarihi: 09.02.2014

⁸⁶ http://www.pcc.org.uk/assets/80/PCC_2012_Complaints_Statistics.pdf, Erişim Tarihi: 09.02.2014

⁸⁷ http://www.pcc.org.uk/assets/80/PCC_2011_Complaints_Statistics_for_

Görülmektedir ki, yalan haber neşri, her yıl şikayet sebeplerinin içinde ilk sırada yer almakta ve kapladığı oran açısından da tamamına yakını oluşturmaktadır. İhlalleri yapan basın mecraları yönünden ise; ulusal medya, yerel medya göre her zaman daha fazla ihlal yapmaktadır. Bu durum, Ragıp Duran’ın, “doğru haber yapmak için en uygun mecra, yerel medyadır.” cümlesini teyit edici niteliktedir.⁸⁸

5. SONUÇ ve ÖNERİLER:

Yalan haber neşri, hukuki bazda veya etik ilkeler ile yasaklansa dahi rekabet ve insan doğası gereği asla tamamen ortadan kaldırılamayacak nitelikte bir eylem olup PCC’nin raporlarındaki veriler –Zirâ, bu konudaki mağduriyetler, basında özdenetimin en çok geliştiği ülkelerden biri olduğu halde İngiltere’de dahi ilk sırada yer almaktadır. bunu kanıtlayıcı niteliktedir. Bu bağlamda, yalan haber neşrinin sebepleri ile birlikte değerlendirdiğimizde, önlemek, en azından asgari düzeye indirmek için önerilerde bulunmaktayız:

- Yalan haber neşri mağdurlarının kullanabileceği en etkin yol, cevap ve düzeltme hakkı olup bu hakkın kullanımındaki etkinliğin artırılması için 5187 sayılı Basın Kanunu 14. maddede değişiklik yapılması gerekmektedir. Etkinliği artıracak olan hususların başında bu hakkın doğması için gerçeğe aykırılıkta “objektif” değil “sübjektif” kriterler baz alınmalı, bu hakkın kullanımı tüzel kişilere de madde metninde açıkça teşmil edilmeli, süreli yayınlarda da ve ölümden sonraki yalan haber neşirlerinde mirasçılar için de hakkın kullanımı söz konusu olabilmelidir.
- Yalan haber neşri mağduriyetlerinin giderilmesi, özdenetim mekanizması çatısında da yapılmaya çalışılmalıdır. Bunun için ülkemizde 21.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olan hukuk uyumsuzluklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Konsey bünyesinde uygulanabilmesi için çalışmalar başlatılmasında fayda vardır.⁸⁹

publication.pdf, Erişim Tarihi: 09.02.2014
⁸⁸ Süleyman İrvan, Ragıp Duran, Fikret İlkiz (Der.Sevda Alankuş), Medya, Etik ve Hukuk, İPS İletişim Yayınları Vakfı, İkinci Baskı, İstanbul, 2005, s.115

⁸⁹ Arabuluculuk Kanunu 2. madde/(b) bendi: “Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren,

- Ölçülenmemiş bir şeyin, ne derece sorun olduğu anlaşılamayacağı gibi meselenin çözümünün bulunmasını da imkansız kılan bir durumdur. Basın Konseyi, TGC, Medya Etik Konseyinin web sitelerinde ve diğer internet taramamızda, yalan haber neşrinin; yoğunluğuna, sebeplerine, gazetelerin bu ilkeleri uygulama oranlarına, uygulamıyorlarsa uygulamama sebeplerine, gazete tirajlarına etkisinin ne kadar olduğuna dair hiçbir çalışmanın yapılmadığı görülmektedir.
- PCC'nin verilerine göre yerel medyanın ihlalleri, ulusal medyaya göre daha az olduğu için yerel medyanın etkinliğinin artırılması gerekmektedir. Bu durum, yalan haberin sebeplerinden biri olan haber kaynaklarının birkaç kaynaktan olması hususunda da alternatif kaynakların etkinleştirilmesi açısından da faydalı olacaktır.
- Gazete yöneticileri ve editörleri tarafından spor haberciliğinde yalan haber neşrinin başlıca sebeplerinden birinin, spor kulüplerinin haber akışını sağlamaması olduğu belirtilmiştir. Bu konuda özdenetim mekanizmasının harekete geçmesi ve 6100 sayılı HMK 113. madde⁹⁰ gereği gerekli yasal girişimlerde bulunulmalıdır. Zirâ, bu durum, Anayasa 28. madde/2. Fıkra, Basın Kanunu 3. madde, AİHS 10. maddeyi ve Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi D bendi / 1. alt bendini ihlal etmektedir. Bu vesile ile bu

uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”

Bu sistem, ABD, İngiltere başta olmak üzere birçok Avrupa ülkesinde -özellikle boşanma ve iş davalarında- uygulanan, özel teknikler ile iki tarafın birbirini anlamasını sağlamaya ve bunun neticesinde de iki tarafın da tatmin edilmesinin hedef alındığı alternatif çözüm yöntemidir. Böylece, taraflar mahkemeye gitmeden, dolayısıyla mahkeme masrafı yapmaksızın ve zaman kaybetmeksizin çözüme kavuşması da söz konusu olacaktır. Konsey bünyesinde, yalan haber neşri -ve hatta diğer konularda- nedeni ile mağdur olduğunu iddia eden kişiler, Konsey bünyesindeki arabuluculuk müessesine başvurarak kısa sürede mağduriyetlerini giderir ve basın açısından da hem bahsettiğimiz gibi iki tarafın birbirini anlamasının sağlanması neticesinde yalan haber neşretmemesi konusunu içselleştirilmesine katkısı olur hem de açılacak olan maddi/manevi tazminat davaları neticesinde faiz, yargılama gideri ve vekalet ücreti şeklindeki fer'i boçları ödemek zorunda kalmaz.

⁹⁰ HMK 113. madde: “Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.”

konuda açılacak olan davada, TGC üyesi basın için açılacak olan davada, anılan Bildirge'nin de kullanılması, davalarda etik ilkelere kullanılması açısından da bir başlangıç olabilir.

- Spor haberciliği yapan yönetici ve editörlerin, yalan haber neşrinin sebebi olarak açıkça belirttikleri bu konuda, Basın Konseyi Çalışma Kuralları 6. maddesine⁹¹ rağmen Konsey hiçbir aksiyon almamıştır. Spor haberlerinde yalan haber neşri konusunda özdenetim mekanizmalarınca, yukarıda bahsedilen aksiyonların alınmamış olması, ülkemizde özdenetimin etkin olarak çalışmadığına dair bir ipucu olup bu konuda özdenetim mekanizmalarının daha aktif olması ve gazetecilerin haklarını koruması gerekmektedir ki basın, özdenetim mekanizmasının güvencesini hissedebilsin. Özdenetim mekanizmalarının anılan güvenceyi vermemesi, yalan haber neşrinin sebeplerinden olan siyasi ve ekonomik bağımsızlıklar açısından da önemlidir.
- Gerek gazete sahiplerinin gerekse gazetecilerin, yalan haber neşretmemeyi içselleştirebilmeleri gerekmektedir. Bunun için de bir gerçeği kabul ederek çözüm bulmak gerekmektedir. Şöyle ki, gazetelerin, aslında birer ticaret şirketi olduğu ve bu şekilde yönetilmek zorunda oldukları bir hakikattir. Dolayısıyla, gazetelerin yönetiminde ve kararlarında ticaret şirketlerin işleyiş mantığının hâkim olması kaçınılmazdır ve ana hedefleri de kâr etmektir. Bu sebeplerle, öncelikle gazete sahiplerinin yalan haber neşretmemeyi içselleştirmeleri gerekmektedir. Bunun için de, yukarıda bahsettiğimiz araştırmaların yapıp özellikle, yalan haber neşrinin tirajlara etkisinin rakamsal olarak tespitinin yapıp gazete sahipleri ile paylaşılması gerekir. Şirket kârlarına olan etkiyi gördükten sonra bu konudaki hassasiyetlerinin artacağı kanaatindeyim. Bunun akabinde de, gazete çalışanı muhabir ve editörlerin yalan haber neşretmeyi içselleştirmeleri, “kurumsal yönetim anlayışı” ile mümkün olabilir. Etik ilkelerin, şirket yönetim uygulamalarında kullanılmasını da içeren bu anlayış, iç denetimin arttırılması

⁹¹ Basın Konseyi Çalışma Kuralları 6. madde: “Gazetecinin gerçeklere ulaşabilmesi için gerekli kolaylıklardan yararlanma; ulaştığı gerçeklerin kaynaklarını saklı tutma; bunlarla ilgili soruşturma ve yargılamalarda tanıklıktan kaçınma gibi hakları korumak, onun uğraşının ve işlevinin gereğidir. Basın Konseyi Yüksek Kurulu bunların gerçekleşmesine çalışır.”

ile de uygulanabilirliğini sağlamaya çalışır. Aynı yöntemler, yalan haber neşrinin men edilmesi için de kullanılmalıdır.

- Yalan haber neşretmemek hususu, gazete çalışanlarının iş sözleşmelerinin eki olarak da yapılandırılabilir.
- Yalan haber neşri, “Sonuç ve Öneriler” kısmının başında da belirttiğimiz gibi asla tamamen ortadan kaldırılamayacağı için, okuyucunun da doğru ve yanlış haberi ayırt edebilir şekilde medya okur-yazarlığı kapsamında eğitilmesi gerekmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Avşar Zakir ve Kaya E. Emre, Medyanın İffeti, Altınpost Yayıncılık, Ankara, 2013
- Dönmezer Sulhi ve Bayraktar Köksal, Basın Hukuku, Beta Yayınları, Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul, 2013
- Dönmezer Sulhi, Basın ve Hukuku, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976
- Dönmezer Sulhi, Matbuat Suçları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946
- Dönmezer Sulhi, Yalan Haber ve Havadis Neşri Suçu, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1941
- Dönmezer Sulhi, Yeni Hükümler Muvacesinde Yalan ve Tahrif Edilmiş Haber ve Havadisler Yayımak, Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku, İstanbul, 1956
- İçel Kayıhan, Kitle İletişim Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, 2013
- İrvan Süleyman, Duran Ragıp, İlkiz Fikret (Der.Sevda Alankuş), Medya, Etik ve Hukuk, İPS İletişim Yayınları Vakfı, İkinci Baskı, İstanbul, 2005
- Koloğlu Orhan, Orhan Koloğlu'nun Osmanlı Dönemi Basının İçeriğini İnceleyen Çalışması, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi, İstanbul, 2010
- Özek Çetin, Türk Basın Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978
- Özgen Mahmut İhsan, Basın Meslek Ahlakı ve Yasalar, Filiz Kitapevi, Birinci Baskı, İstanbul, 1994
- Yüksel Erkan ve diğerleri, İletişim Kuramları, Anadolu Üniversitesi Yayını No:2803, Ankara

Makaleler

- Ayten Adem, “Bir Özdenetim Aracı Medya Etik Konseyi”, *İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, 2013/1, 44
- Bodur Feyyaz, “Haber Yazısı ve Haber Fotoğrafı Örnekleriyle Yapılan “Yazılı Basında Etik” Sorgulaması”, *Küresel İletişim Dergisi*, Güz 2006, Sayı:2
- Özsoy Selam, “Spor Haberciliğinde Doğruluk ve Tarafsızlık”, *Dpujss*, Nisan 2012, Sayı:32, Cilt:1

Özsoy Şule, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşüncüyü Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:56, 2005

Tezler

Akıncı Mehmet, Türk ve Suriye Basın ve Ceza kanunlarında Basın Suçları ve Cezaları, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Ortadoğu Ülkeleri Enstitüsü, İstanbul, 2006

Oktay Mahmut, “Kitle İletişim araçlarının Uluslararası Sorumluluğu ve İletişim Ahlak Kuralları”, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1990

Özgen Murat, Gazetecinin Etik Kimliği, Basılmış Doktora Tezi, Set-Systems, Yenilenmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, 2006

İnternet Kaynakları

www.resmigazete.gov.tr

www.istanbulbarosu.org.tr

www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Kanunlar_Kararlar

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat>

<http://www.tgc.org.tr/tgctuzuk>

www.basinkonseyi.org.tr/faaliyetraporu

www.medyaetikkonseyi.com

<http://www.foxnews.com/world/2013/07/05/new-law-against-false-news-further-damages-press-freedom-in-gambia-groups-say/>

<http://www.article19.org/pages/en/false-news.html>

<http://www.yesmagazine.org/people-power/a-law-against-lying-on-the-news>

http://tr.wikipedia.org/wiki/Milletler_Cemiyeti

<http://www.pcc.org.uk/assets/>

Diğer Kaynaklar

BBC Yayın İlkeleri Klavuzu, BBC'nin Değerleri ve Standartları, 2005

Milliyet, İlan, 18.01.2014

Aslı Aydıntaşbaş, “Karanlık Tünelin Ucu Artık Görüldü.”, Milliyet, 29.01.2014

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI BAĞLAMINDA BİYOMETRİK YÖNTEMLERİN KULLANIMI VE DANIŞTAY YAKLAŞIMI

IN THE CONTEXT OF THE RIGHT OF PERSONAL DATA PROTECTION THE USE OF BIOMETRIC METHODS AND THE COUNCIL OF STATE'S APPROACH

Aydın AKGÜL*

Özet: Gerek kamu hizmetinden faydalanmak isteyen bireylerden gerekse mesaiye devamı kontrol etme veya güvenlik amacıyla kamu personelinden biyometrik yöntemler sonucu elde edilen bilgiler kişisel veri olduğundan, bu tür bir uygulamanın Anayasayla güvence altına alınan kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bundan dolayı, biyometrik yöntemlerin kullanımına ve bu yöntemler sonucu elde edilen kişisel verilerin korunmasına yönelik uygulamanın sınırlarını, usul ve esaslarını gösteren yasal bir dayanağının bulunması zorunludur.

Anahtar Kelimeler: Biyometrik yöntemler, kişisel veri, biyometrik veri, kişisel verilerin korunması hakkı, kişisel sağlık verisi.

Abstract: The information which is obtained from individuals who want to benefit from public services as well as from civil servants to control whether they continue their work hours properly or for security purposes by biometric methods is personal data so, it must be considered under the framework of personal data protection rights guaranteed constitutionally. Therefore, there must be legal basis to illustrate the limits, the procedures and principles for the use of biometric methods and the protection of personal data obtained by these methods.

Keywords: Biometric methods, personal data, biometric data, the right of protection of personal data, personal health data.

* Dr., Hâkim

GİRİŞ

Teknolojik gelişmelerin bireyler üzerindeki başlıca etkilerinden birisi, sürekli gözetim altında olunduğuna yönelik endişelerdir. George Orwell'in "Bin Dokuz Yüz Seksen Dört" adlı romanı,¹ deyim yerindeyse bu endişenin somutlaşarak kitaba dökülmüş halidir.

Yaşamlarının birçok alanında Devlet ile etkileşim içerisinde olan bireylerin, kamu idareleri tarafından kişisel verileri teknolojik gelişmelerin de yardımıyla daha kolay elde edilmekte, işlenmekte ve kullanılmaktadır.

Son yıllarda kamuda, bireyin fiziksel ve davranışsal özelliklerini tanıyarak belirlenmesini sağlayan biyometrik yöntemler oldukça yaygın biçimde kullanılmaya başlanmıştır. Kamu hizmetinin sunumu sırasında hizmetten faydalanan bireylerden veya hizmeti sunan kamu personelinin biyometrik yöntemler yoluyla elde edilen kişisel verilerin kullanılması bireyler üzerinde bir kısım endişelerin oluşmasına yol açmış, ayrıca bu yöntemlere yönelik tartışmaları artırmıştır.

Bu çalışmada, bireyin biyometrik yöntemler yoluyla elde edilen verilerinin hukuki niteliği, bu verilerin korunmasında ne tür ölçütlerin dikkate alınabileceği, buna ilişkin idare mahkemelerinin ve son tahlilde Danıştay'ın bakışı ele alınmaktadır. Konunun daha iyi ortaya konulması amacıyla, biyometrik yöntemlere ilişkin kısaca bilgi verilmesi faydalı olacaktır.

I. BİYOMETRİK YÖNTEMLER

1.Tarihsel Süreçte Biyometrik Yöntemler

Biyometrik yöntemlerin basit biçimleri ile binlerce yıl önceden beri kullanıldığı bilinmektedir. Yakın zamanda ise araştırmacıların, insanların fiziksel özellikleri ve karakterlerinin suça eğilimleri ile bir

¹ Kitabını 1948'te tamamlamasına karşın, adını "Bin Dokuz Yüz Seksen Dört" olarak koyan George Orwell, söz konusu eserinde "Büyük Birader"e benzettiği Devletin gözünün hep insanların üzerinde olduğu bir toplum düzenini anlatırken, aslında bize, bugün yaşadığımız toplumda duyulan bir kaygıyı da hatırlatmaktadır. George Orwell, Bin Dokuz Yüz Seksen Dört, Çeviren: Celal Üster, Can Yayınları, 34. Baskı, İstanbul 2012, s.10-18.

ilgisinin olup olmadığını araştırmaları biyometrik yöntemlere olan ilgiyi arttırmıştır.² Ayrıca bir kişinin kimliğinin belirlenmesi, birbirine oldukça bağlanan bilgi toplumunda giderek hayati bir öneme sahip olmuştur.³

Aslında, kişilerin kimliğinin tanımlanmasına ilişkin çalışmalar 1870'li yıllara kadar uzanmakta olup, buna ilişkin kullanılan ilk yöntem Alphonse Bertillon'un vücut ölçüm sistemidir. Söz konusu sistem, bireyin kafatasının çapı, kol ve ayak uzunluğunun ölçümlerinden meydana gelmekte olup, 1920'li yıllara kadar Amerika'da mahkumları teşhis etmede kullanılmıştır.⁴

Yukarıda belirtilen yöntemden sonra 1960'lı yılların başlarında geliştirilen bir sistemle kişilerin kimlik doğrulamasının otomatik olarak gerçekleştirilmesi sağlanmıştır. Potansiyel olarak, yüksek düzeyde giriş kontrolü, kişisel kilit ve finansal ticaret gibi alanlarda uygulama olanağı bulan bu teknolojiler içinde, konuşma ve parmak izi sistemleri ilk keşfedilenler arasında yer almıştır. 1970'lerde, el geometrisi sistemleri geliştirilmiş ve yayılmışken; retina ve imza doğrulama sistemleri 1980'lerde ortaya çıkmış, bunu yüz tanıma sistemleri takip etmiştir. İris tanımlama ise 1990'larda kullanılmaya başlanmıştır.⁵

2. Biyometrik Yöntemin Tanımı ve Çeşitleri

Biyometrik, kullanıcının fiziksel veya davranışsal özelliklerini tanıyarak kimlik saptamak üzere geliştirilmiş bilgisayar kontrollü, otomatik sistemler için kullanılan genel bir terim şeklinde tanımlanmaktadır.⁶

² Rüya Şamlı, M. Erkan Yüksel, Biyometrik Güvenlik Sistemleri, Akademik Bilişim'09 - XI. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri 11-13 Şubat 2009 Harran Üniversitesi, Şanlıurfa, s.684, http://ab.org.tr/ab09/kitap/samli_yuksel_AB09.pdf(Erişim Tarihi(E.T.) 15.9.2014).

³ Anil K. Jain, Arun A. Ross, Karthik Nandakumar, Introduction to Biometrics, Springer Siensee Business Media, New York, USA 2011, s.IX.

⁴ Benjamin J. Muller, Security, Risk and The Biometric State, Routledge, New York, USA 2010, s.2.

⁵ Muller, s.2.

⁶ <http://www.ergosis.com.tr/> (E.T.05.10.2014).

Temelde tanımlamaya dayalı sistemler olan, doğrulamayı veya tanımlamayı bir kısım yöntemler kullanarak gerçekleştiren biyometrik yöntemler;⁷ bireyin belirlenmesini veya doğrulanmasını sağlayan ve bireye ait parmak izi, avuç içi izi, yüz, iris, retina, kulak, ses, imza, yürüyüş biçimi, el damarı, vücut kokusu veya DNA bilgisi şeklinde bir veya daha fazla fiziksel veya davranış karakterleridir. Bu karakterler; özellik, işaret, gösterge, kimlik tanıtıcı, tanımlayıcı şeklindeki terimlerle adlandırılmaktadır.⁸

Bilgi güvenliği için kullanılan kimlik doğrulama işlemi, genel olarak bilgi, aidiyet ve biyometrik temelli olmak üzere üç farklı şekilde incelenmektedir. Bilgi temelli kimliklendirmede, kullanıcıların ve söz konusu sistemi yönetenlerin ad, şifre, pin gibi belirli bilgilere sahip olması gerekir. Söz konusu bilgiler bir veri tabanında tutulur, kullanıcılar bilgilerini sisteme girdiklerinde veri tabanında yapılan karşılaştırma sonucu birbirini tutuyorsa doğru kullanıcı olduğu anlaşılır ve sisteme giriş yapılmasına izin verilir. Aidiyet temelli kimliklendirmede ise kullanıcılar kendileri ile eşleşen bir objeye sahip olup bu objeler genelde manyetik kart, rozet veya anahtardır.⁹

Biyometrik temelli sistemler ise fiziksel (pasif) veya davranışsal (aktif) biyometrik sistemler şeklinde sınıflandırılmaktadır. Fiziksel biyometrik sistemler; parmak izi, el geometrisi, yüz, ses, iris ve retina gibi kişide bulunan sabit fiziksel özellikler esas alınarak oluşturulmuştur. Davranışsal biyometrik sistemler ise imza, yazı dinamiği, konuşma sırasındaki dudak hareketleri, yürüyüş şekli tanıma gibi belli bir zamanda belli amaçlar için gerçekleştirilmiş davranışlar esas alınarak geliştirilmiştir.¹⁰

3. Biyometrik Yöntemlerin Özellikleri

Son yıllarda, biyometrik teknolojiler, geleneksel yöntemlerin üstünde bazı doğal avantajlar sunması nedeniyle kişilerin otomatik ola-

⁷ Patrizio Campisi, *Security and Privacy in Biometrics*, Springer-Verlag, London 2013, s.1.

⁸ Jain, Ross, Nandakumar, s.4.

⁹ Şamlı, Yüksel, s.684.

¹⁰ <http://ueimzas.gazi.edu.tr/pdf/poster/78.pdf>(E.T.05.10.2014).

rak tanımlanması amacıyla kullanılmaya başlanmıştır.¹¹ Biyometrik tanımlama ile kişinin tanımlanması probleminde doğal ve oldukça güvenilir bir çözüm sunmaktadır.¹² Aslında bu yöntemlerde bir kişinin kim olduğuna veya ne yaptığına bakılmaktadır. Geleneksel kimlik tanıma yöntemlerinde yaklaşım ise kişinin örneğin şifre gibi ne bildiği veya kimlik kartı gibi neye sahip olduğudur.¹³

İdeal bir biyometrik yöntemin birtakım temel niteliklerinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bunlar; zamanla değişmemeyi ifade eden sağlamlık, ayırt edicilik, kullanılabilirliği ifade eden elverişlilik, kendisinden veri alınan bireyin buna itiraz etmemesini ifade eden kabul edilebilirliktir.¹⁴

Diğer taraftan bu yöntemlere yönelik tanımlama ve doğrulama şeklinde iki tür uygulama bulunmaktadır.¹⁵ Doğrulama, kişinin iddia edilen kimliğinin teyidi veya yalanlanması problemiyle ilgilidir.¹⁶ Doğrulama yönteminde kullanıcının X olduğu iddiasından sonra, "Bu X midir?" sorusuna yanıt aranmaktadır. Bu yöntemde biyometrik sistem, kullanıcıdan kimliğinin doğrulanmasını iddia ettiği zamanda kullanıcı şifresi veya adı ile veri girişine ihtiyaç duymaktadır. Bu kullanıcı verisi, sistemdeki veri tabanında yer alan bir şablona işaret etmekte, kullanıcının biyometrik örneğine ihtiyaç duymakta, bu örneği işlemekte ve sistemde kayıtlı olanlarla karşılaştırmaktadır. "Bire bir" araştırma şeklinde de adlandırılan bu sistem, bulmak ya da eşleştirmede başarısız olmak şeklinde sonuçlanmaktadır.¹⁷

Tanımlama ise zaten bilinen bir kişinin kimliğinin oluşturulması problemiyle ilgilidir.¹⁸ Tanımlama yoluyla, biyometrik yöntem, "X kimdir?" sorusunu sormakta ve bunu yanıtlamaya çalışmaktadır.¹⁹

¹¹ Campisi, s.1.

¹² Jain, Ross, Nandakumar, s.2.

¹³ John Woodward, Biometrics, Mc Graw Hill, California, USA 2003, s.8.

¹⁴ Campisi, s.3.

¹⁵ Woodward, s.7.

¹⁶ Anil K. Jain, Ruud Bolle, Sharath Pankanti, Biometrics, Personal Identification in Network Society, Kluwer Academic Publishers, USA, 2002, s.2.

¹⁷ Woodward, s.8.

¹⁸ Jain, Bolle, Pankanti, s.2.

¹⁹ Woodward, s.7.

Kimlik tanımlamada biyometrik alet bir örneği okumakta, bu örneği işletmekte ve veri tabanında kayıtlı bulunan her bir kayıt veya şablonla karşılaştırmaktadır. Bu tür karşılaştırma “birden çoğa” şeklinde adlandırılmaktadır. Özellikle suçluların ve teröristlerin tespit edilmesinde bu yöntem oldukça yaygın olarak kullanılmaktadır.²⁰

4. Biyometrik Yöntemlerin Faydaları ve Sakıncaları

Bu tür metotların, sahip olunan veya şifre gibi bilinen bir şeyi kullanma şeklinde kullanılan klasik kimlik doğrulama metotlarından daha etkin faydası, biyometrik verilerin değiştirilememesi veya unutulmamasıdır.²¹ Gerçekten biyometrik yöntemlerde, kimlik belirleme işlemi, kişilerin fiziksel ya da davranışsal özelliği esas alınarak gerçekleştirildiğinden söz konusu verilerin başkasına devredilmesi, unutulması ya da kaybedilmesi söz konusu değildir.²²

Biyometrik yöntemlerin kullanılmasının faydalarına yönelik belirtilen hususlardan biri de, bu yöntemler sayesinde bir kişinin doğru ve kesin olarak tanımlanmasıdır. Bu sayede, suçların ve dolandırıcılığın önlenebileceği, ticari hayatın akışının kolaylaştırılabileceği ve hayati öneme sahip kaynakların korunabileceği ifade edilmektedir.²³

Biyometrik yöntemler, birçok teknolojide olduğu gibi aslında insancıldır ancak sorun bu yöntemlerin insanlık tarafından basitçe uygulanmamasından kaynaklanmaktadır. Bu teknolojilerin, insanın yanılmasından kaçma veya ayrımcılığa yol açma gibi olanaklar sağladığı hakkında yaygın bir inanç vardır.²⁴

Yukarıda belirtilen faydalarına karşın dijital, biyometrik tanımlama, işaretleme, izleme ve gözetleme şeklindeki yeni doğrulama ve gözetim tekniklerinin, bireylerin artan biçimde kayıt altına alınmalarına neden olduğu belirtilmektedir.²⁵ Bu yöntemlerin kullanımı, bireyin

²⁰ Woodward, s.8.

²¹ Jain, Bolle, Pankanti, s.4.

²² Şamlı, Yüksel, s.684.

²³ Jain, Bolle, Pankanti, s.2.

²⁴ Campisi, s.120.

²⁵ Ian Kerr, Valerie Steeves and Carole Lucock, *Lessons From The Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity In a Networked Society*, New York 2009, Ox-

özel hayatının gizliliği bağlamında kişisel verilerine ilişkin bir kısım endişelere de yol açmaktadır. Birey, ister gönüllü isterse gönülsüz biyometrik verilerini verdiğinde veya açıkladığında kendisi hakkında çok özel bilgileri açığa vurmaktadır. Örneğin, biyometrik veri bireyin sağlığıyla ilgili bir bilgi içerebilir. Böylece birey için gizli olan sağlık problemlerine ilişkin bir bilgi kişiye karşı ayrımcılık yapılmasında, örneğin çalıştırılmamasında veya sigortalanmasının reddinde kullanılabilir.²⁶

Diğer taraftan biyometrik tanımlama, kişinin tanımlanması probleminde doğal ve oldukça güvenilir bir çözüm sunmakla birlikte²⁷ biyometrik yöntemlerin uygulanmasında güvenlik ve özel hayatın gizliliğinin korunması geleneksel olarak birbirini engelleyen iki gereksinim olarak görülmektedir. Bu nedenle hem yasal hem de teknolojik açıdan güvenliğin ve özel hayatın gizliliğinin birlikte korunması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.²⁸

II. BİYOMETRİK YÖNTEMLER YOLUYLA ELDE EDİLEN VERİLERE YÖNELİK YARGISAL KORUMA

Biyometrik yöntemlerin kullanımıyla ilgili yargı önüne gelmiş uyuşmazlıklara değinmeden önce söz konusu yöntemler yoluyla elde edilen verilerin hukuki niteliği, bu yöntemlerin kullanılmasına ilişkin yasal dayanağın bulunması zorunluluğu, ölçülülük ilkesi ve biyometrik verilerin amacın gerektirdiğinden daha uzun süre tutulmaması hususları üzerinde durulması konunun daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacaktır.

1. Biyometrik Yöntemler Sonucu Elde Edilen Verilerin Hukuki Niteliği

Kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Bireyin adı, doğum tarihi, fotoğrafı başta olmak üzere parmak izi, eğitim bilgileri, sağlık verileri, telefon

ford University Press, s. XXIV.

²⁶ Campisi, s.2.

²⁷ Jain, Ross, Nandakumar, s.2.

²⁸ Campisi, s.1-2.

mesajları, telefon rehberi, e-posta adresi, sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları kişisel verilerine örnek olarak verilebilir.²⁹

Biyometrik yöntemler, ölçülebilir fizyolojik ve bireysel özellikler aracılığıyla gerçekleştirilen ve otomatik şekilde doğrulanabilen kimlik denetleme tekniklerini ifade etmektedir.³⁰ Bu yöntemlerin arasında; bireyin belirlenebilir hale gelmesini sağlayan iris, retina, parmak izi, el geometrisi, DNA, yürüyüş tanıma gibi yöntemlerin bulunduğunu yukarıda belirtmiştik.

AİHM, S. ve Marper/Birleşik Krallık kararında; resmi makamların muhafaza ettikleri parmak izi, DNA profili ve hücre örnekleri kayıtlarının, belirlenmiş ya da belirlenebilecek kişilerle ilgili olduklarından kişisel veri olduğunu kabul etmiştir.³¹

Bu bağlamda, biyometrik yöntemler kullanılarak bireyin kimliği tespit edilebileceğinden, bu yöntemler yoluyla bireyin belirlenmesini sağlayan parmak izi, yüzü, yürüyüşü, sesi, iris ve retinası gibi kendisine has özellikleri kişisel verilerini oluşturmaktadır.³² Bu belirlemenin önemi, bireyin biyometrik verilerinin de, Anayasanın 20. maddesi ile güvence altına alınan kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde her türlü koruma altına alınmasında, kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin usul ve ilkelere tabi olmasında yatmaktadır.

Nitekim Danıştay, genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması suretiyle elde edilen verilerin;³³ personelin mesai takibinde “yüz tarama sistemi”,³⁴

²⁹ Aydın Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.7-9.

³⁰ Cüneyd Er, Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı: Parmak İzi, Göz ve DNA Tarama Gibi Teknolojik Kimlik Denetleme Usullerinin Hukuki Statüsü, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.21-24.

³¹ Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, s.326.

³² Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, s.9.

³³ Danıştay 15. D. 08.7.2014, E:2014/1150.(Yayımlanmamış Karar(Y.K.)).

³⁴ Danıştay 5.D. 10.12.2013, E:2013/1286, K:2013/9524(Y.K.).

“parmak izi”³⁵ gibi biyometrik yöntemlerin uygulanması suretiyle elde edilen verilerin kişisel veri olduğunu dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde korunması gerektiğini belirtmiştir.

2. Biyometrik Yöntemlerin Kullanılmasının Yasal Dayanağının Bulunması Zorunluluğu

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kişisel verilerin korunması hakkı Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınmakla birlikte, Türk Hukukunda halen kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir kanun çıkarılmamıştır. Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında Konseyin 28 Ocak 1981 tarihli ve 108 sayılı “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Sırasında İnsanın Korunmasına İlişkin Sözleşme”sini onaylamayan Rusya'dan başka bir diğer ülkenin Türkiye olması aslında her şeyi özetlemektedir.

Demokratik bir hukuk devletinde yerleşik kurallardan birisi, temel hak ve özgürlük sınırlamalarının yasayla yapılmasıdır. Bu şekilde temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması konusu yürütmenin takdirinden çıkarılarak, yasal dayanağı olmaksızın tüzük, yönetmelik, karar gibi idari işlemler yoluyla kısıtlamaya gidilmesinin yolu kapanmış olmaktadır.³⁶ Diğer bir ifadeyle yasa ile sınırlama kuralı, yasa koyucunun yasa ile temel haklara doğrudan müdahale etmesine, sınır çizmesine ya da idareyi temel haklara müdahale etme konusunda yetkilendirmesine imkan sağlamaktadır.³⁷

Bireyler açısından önemli bir güvence olan bu ilke, temel hak ve özgürlüklere Anayasada verilen önemin bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Bu ilke aynı zamanda, devletin insan haklarına saygılı olmasının ve buna bağlı olarak insan haklarının devletin temellerinden birisi olmasının sonucudur.³⁸

İdare, yasal dayanağı bulunmaksızın bireylerin kişisel verilerinin korunması hakkına yönelik sınırlama getiren bir düzenleyici işlem ya-

³⁵ Danıştay 5.D. 10.12.2013, E:2013/5342, K:2013/9525(Y.K.).

³⁶ Serkan Kızılyel, Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.116.

³⁷ Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.397.

³⁸ Kızılyel, s.116.

pamayacağı gibi, bireysel işlem de tesis edemez.³⁹ Nitekim Danıştay, kamu personelinin mesai takibinde iris sistemi (retina taraması) yönteminin uygulanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada⁴⁰ ve parmak izi sistemiyle yürütülen mesai takibi uygulamasının sonlandırılması isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada;⁴¹ mesai takibinin “iris sistemi(retina taraması)”, “parmak izi tarama sistemi” yöntemlerinden birisiyle yapılmasının, uygulamanın sınırlarını, usul ve esaslarını gösteren bir yasal dayanağının bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki kişisel verilerin korunması hakkına, genelde ise temel hak ve özgürlüklere getirilecek yasa ile sınırlamadan anlaşılması gerekenin, bunun salt bir kanun maddesiyle sınırlama veya düzenleme yapılabilecek olması değildir. Yasa ile sınırlama veya kısıtlama, kişisel verilerin korunması hakkına yapılacak müdahalenin kapsamının ve koşullarının ayrıntılı olarak düzenlenmesi, kişisel verilerin kötüye kullanılmasını önleyici etkili kontrol mekanizmalarını da içeren söz konusu hususların yasada açık ve net biçimde belirtilmesidir.

Aksi takdirde bir temel hak ve özgürlüğe yönelik yapılacak müdahale konusunda ilgili idareye kanunla yetki verilmesi ve buna ilişkin usul ve esasların da yönetmeliğe bırakılması, başta Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesine ve yasama yetkisinin devredilemeyeceğini emreden 7. maddesine ve temel hak ve özgürlüğü düzenleyen ilgili maddesine aykırı olacaktır.

Nitekim, Danıştay 15. Dairesi, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 67. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması ve/veya” ibaresinin Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar vermiştir.

³⁹ Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, s.115.

⁴⁰ Danıştay 12.D. 13.12.2010, E:2008/3173, K:2010/6228(Y.K.).

⁴¹ Danıştay 5.D. 10.12.2013, E:2013/5342, K:2013/9525(Y.K.).

Yüksek Mahkeme, 5510 sayılı Kanun'un Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Şartları başlıklı 67. maddesine, 6283 sayılı Kanununun 1. maddesiyle "biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya" ibaresinin eklendiğini, ancak anılan düzenlemede, biyometrik yöntemlerle yapılacak kimlik doğrulaması sonucu elde edilecek kişisel verilerin toplanması ve işlenmesinin kapsamı, bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların belirtilmediği; bu nedenle, Yasama organı tarafından, temel ilkeleri konulmadan, çerçevesi çizilmeden biyometrik veri toplanmasına olanak veren "biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya" ibaresinin Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu gibi, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine de aykırı bulunduğu gerekçesine söz konusu kararda yer vermiştir.⁴²

Buna karşın Anayasa Mahkemesi 19.03.2015 tarihli, E:2014/180, K:2015/30 sayılı kararında; itiraz konusu kuralla öngörülen yöntemin sağlık sektöründeki suiistimallerin engellenmesi ve bu konudaki sahteciliğin önlenmesi maksadıyla önemli bir güvenlik önlemi olduğu, nitekim itiraz konusu kuralın gerekçesinde sağlık hizmetlerinin elektronik ortamda güvenilir altyapılar üzerinden sağlanması ve hizmetten yararlananların kimliklerinin saptanmasında geleneksel yöntemlerin eksiklikleri nedeniyle ortaya çıkan kötüye kullanımların önlenmesinin amaçlandığının belirtildiği, dolayısıyla biyometrik yöntemin et-

⁴² Danıştay 15. D. 08.7.2014, E:2014/1150(Y.K.). Benzer şekilde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, kişisel verilere ilişkin düzenleme içeren 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesindeki "Kurum, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir." hükmünün Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurduğu kararında; "5809 sayılı Yasa'nın 51. maddesinde yer alan düzenlemeye bakıldığında ise kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme, bu konuda düzenleme yapma yetkisi bütünüyle yürütme organına bırakılmıştır. Yasama organı tarafından, temel ilkeleri koyulmadan, çerçevesi çizilmeden, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılması, Anayasanın 13. ve 20. maddesine aykırı olduğu gibi, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin Anayasanın 7. maddesine ve sonuçta Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bulunmaktadır." gerekçesine yer vermiş, anılan kanun hükmü Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 26.9.2013, E:2013/372, Anayasa Mahkemesi 09.4.2014, E:2013/122(<http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/De-tay/558/558.pdf>))

kin bir şekilde kullanılmasının Sosyal Güvenlik Kurumundan haksız menfaat temin edilmesini engellemeye yönelik olduğu ve kuralda kamu yararının bulunduğu hususlarına işaret ederek ve aşağıdaki gerekçeye de yer vererek Danıştay 15. Dairesi'nin itiraz başvurusunu oyçokluğuyla reddetmiştir.⁴³

Anayasa Mahkemesine göre, itiraz konusu kuralla özel hayatın ve kişisel verilerin korunması haklarına yönelik olarak yapılan müdahalenin, öngörülen amaçla orantılı olduğu, müdahale edilen hakların özüne dokunmadığı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil etmediğinden Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamakta olup, itiraz konusu kuralla öngörülen yöntemin sadece sağlık sektöründe bu hizmetten yararlanma amacıyla kullanılabileceği, bu nedenle elde edilen verilerin sadece bu amaçla sınırlı olarak ve hizmetin devamı için zorunlu olduğu müddetle sınırlı olmak üzere tutulabileceği dikkate alındığında, bu verilerin neden ve hangi gerekçeyle temin edileceğine ilişkin olarak konu, amaç ve kapsamı ile ne şekilde ve hangi süreyle kullanılacaklarına dair bir belirsizlik olduğu söylenemez. Ayrıca, biyometrik yöntemle elde edilen verilerin amaç ve kapsam dışında depolanması ve kullanılması halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki kişisel verilerin korunmasına ilişkin ceza hükümlerinin uygulanacak olması nedeniyle bu konuda kanuni güvence de bulunmaktadır.

Yüksek Mahkemenin anılan gerekçesine yukarıda belirttiğimiz açıklamalar ışığında katılmamaktayız. Öncelikle Mahkeme, 5809 sayılı Kanunla ilgili verdiği kararıyla çelişmiştir. Ayrıca, biyometrik veri toplanmasına olanak veren 5510 sayılı Yasa'da, kişisel verilerin korunması hakkına yapılacak müdahalenin kapsamı ve koşulları ayrıntılı olarak düzenlenmediği gibi, kişisel verilerin kötüye kullanılmasını önleyici etkili kontrol mekanizmalarını da içeren hususlara ilişkin yasal güvencelerin yer aldığı açık ve kesin usul kuralları anılan yasada açıkça belirtilmemiştir. Nitekim, AIHM'in kişisel verilerin korunması alanında verdiği ilk önemli kararı olan 6 Eylül 1978 tarihli Klass/Almanya kararında⁴⁴ da bu husus vurgulanmıştır.

⁴³ 03.4.2015 tarihli ve 29315 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁴ Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, s.183.

3. Ölçülülük İlkesi Yönüyle Biyometrik Veriler

Anayasa Mahkemesine göre ölçülülük ilkesi; amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmekte olup; ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.⁴⁵ Bu ilke, idarenin sınırlayıcı kararı ile temel hak ve özgürlükler arasında denge kurmayı sağlamaktadır.⁴⁶

Kişisel verilerin, toplanma amacına bağlı olarak ölçülü bir şekilde toplanması gerekmektedir. Bu yönüyle "ölçülülük", toplanan kişisel verilerin türü ve miktarı ile toplanma amacı arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir.⁴⁷ Ayrıca, kişisel verilerin toplanılması ve işlenmesi sırasında, kişisel verilerin korunması hakkına en az zarar verecek, yani en uygun aracın seçilmesi ölçülülük ilkesinin gereğidir.⁴⁸

Bu noktada, biyometrik yöntemlerin, sağlık hizmetleri gibi özellikle bir kamu hizmetinden yararlanma, kamu görevlilerinin kamu binalarına girişlerinde güvenliği sağlama veya mesailerinin takip edilmesi gibi amaçlarla kullanılmasında kişisel verilerin korunması hakkına en zarar verecek, diğer bir ifadeyle söz konusu amaçları gerçekleştirmek için en uygun araç olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir.

Bu bağlamda Danıştay, personelin mesai takibinde parmak izi,⁴⁹ iris sistemi (retina taraması)⁵⁰ gibi biyometrik yöntemlerin uygulanmasına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda; mesai kontrol sisteminin şekli ve içeriğini de dikkate alarak, belirtilen türde bir uygulama ile kurumlar tarafından amaçlanan kamu yararı arasında orantılılık bulunmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, bu tür bir uygulama, anayasal ilke olan ölçülülük ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi 26.12.2013, E:2013/67, K:2013/164, 27.3.2014 T. 28954 sayılı R.G.

⁴⁶ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s.35.

⁴⁷ Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, s.154.

⁴⁸ Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, Ankara 2008, s.99.

⁴⁹ Danıştay 5.D. 10.12.2013, E:2013/5342, K:2013/9525 (Y.K.).

⁵⁰ Danıştay 12.D. 13.12.2010, E:2008/3173, K:2010/6228 (Y.K.).

Diğer taraftan, kaygı oluşturmakla birlikte, güvenlik ve görünebilirlik, riskle yöneten bir yönetimin amaçları arasında sayılmakta ve buna “*biyometrik devletin doğuşu*” adı verilmektedir.⁵¹ Dolayısıyla kamu personelinin mesaiye takibinin yanı sıra kamu hizmetlerinin etkin ve verimli sürdürülmesi amacıyla otomatikleşen ve bireyleri sürekli kayıt altına alan bir “*biyometrik devlet*”in varlığı, bireylerin yaşamlarını özgür biçimde sürdürmeleri önündeki en büyük engeli oluşturabilir. Bu haliyle başkaca bir çözüm yolunun bulunamaması halinde ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin bütün tedbirlerin alınmış olması koşuluyla kamu hizmetlerinin sunulmasında biyometrik yöntemlere başvurulması daha isabetli olacaktır.

4. Biyometrik Verilerin Amacın Gerektirdiğinden Daha Uzun Süre Tutulmaması

Kişisel verilerin korunması yönünden biyometrik yöntemlerin kullanılmasında diğer bir sorun, bu yöntemler yoluyla elde edilen kişisel verilerin ne kadar süreyle, ne şekilde tutulmaya devam edileceğine ve nasıl korunacağına yönelik biyometrik verileri kayıt altına alınan bireylerde oluşan endişelerdir.

Belirtmek gerekir ki, kişisel verilerin saklanması, ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesine kadar hukuka uygun sayılacaktır.⁵² Diğer bir ifadeyle kullanma amacıyla sınırlı olarak toplanması gereken kişisel verilerin, amaca ulaşılmamasından sonra tutulmaması asıldır. Dolayısıyla, amacın gerçekleşmesinden sonra, toplanmış kişisel verilerin hala tutuluyor olması hukuka aykırıdır.

Öte yandan, kişisel verilerin korunması aynı zamanda bunların zaman yönünden sınırlı kaydedilmesini de zorunlu kılmaktadır.⁵³ Zira kişisel verilerin korunması düşüncesinin özünde de bu yatmaktadır. Kişisel verilerin, bir kere tutulmasından sonra ilgilinin yaşamı boyunca bir yerde gerektiğinde kullanılmak üzere tutulması, bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü zedeler.⁵⁴

⁵¹ Muller, s.119.

⁵² Nilgün Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.39.

⁵³ Şimşek, s.85.

⁵⁴ Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.210-211.

Danıştay da kamu personelinin mesai takibinde parmak izi, iris, retina taraması gibi biyometrik yöntemler kullanılmak suretiyle toplanan kişisel verilerin, ileride başka bir şekilde kullanılmayacağına dair bir güvencenin mutlaka mevcut olması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁵

Bu bakımdan, biyometrik verilerin, toplanma amacının gerçekleşmesinden sonra ne kadar süreyle tutulacağı, hangi hallerde silinip ortadan kaldırılacağı gibi hususlara ilişkin güvenceleri içeren açık ve kesin usul kurallarının biyometrik yöntemlerin kullanılmasına olanak veren yasada düzenlenmesi zorunludur.

5. Kamu Personelinin Mesaiye Takibinde Biyometrik Yöntemlerin Kullanılması

Bu başlık altında, son dönemde oldukça uyuşmazlık konusu olan ve kamu görevlilerinin, biyometrik yöntemlerden faydalanılmak suretiyle mesaiye devamını kontrol amacıyla yapılan uygulamalara karşı açılan davalara değinilecektir.

Bu tür uygulamalara karşı açılan davalarda idare mahkemelerinin ve son tahlilde Danıştay'ın yaklaşımı, başlangıçta bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında daha esnek iken, sonrasında daha özgürlükçü hale gelmiştir.

a. Davanın Reddi Yolundaki Kararlar

Danıştay'ın konuyla ilgili verdiği ilk kararı 24.9.2008 tarihlidir. "Personel Devam Çizelgesi ve Kontrol Projesi" kapsamında belediyede görev yapan tüm memur, sözleşmeli personel ve işçi personelin parmak izlerinin alınması ve bu parmak izlerinin işe geliş ve gidiş kontrolünde kullanılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; İdare Mahkemesince, "salt mesai kontrolü için alınan parmak izinin kişilik haklarına saldırı olarak değerlendirilemeyeceği", "konunun özel hayatın gizliliği v.s. konularla ilgisinin bulunmadığı, çünkü özel hayatın gizliliği konusunun kişinin özel yaşantısının kendi rızası dışında üçüncü kişilerle paylaşılmasını ifade ettiği" gerekçelerine de yer vererek davanın reddine karar verilmiş, bu karar Danıştay Onikinci Dairesince onanmıştır.⁵⁶

⁵⁵ Danıştay 5.D. 10.12.2013, E:2013/706, K:2013/9527; 5.D. 10.12.2013, E:2013/1286, K:2013/9524; 5.D. 28.11.2013, E:2013/1595, K:2013/8602(Y.K.).

⁵⁶ Danıştay 12.D. 24.9.2008, E:2007/6075, K:2008/4843(Y.K.).

Yukarıda yer verilen karara yönelik belirtmek gerekir ki hem İdare Mahkemesince hem de kararı temyizden inceleyen Danıştay On İkinci Dairesince, bireye ait parmak izinin, kişisel verileri içerisinde yer aldığı hususu gözden kaçırılmıştır. Zira bireyi doğrudan veya dolaylı olarak belirli kılan, başta özel ve aile yaşamı olmak üzere hakkındaki bütün bilgilerini ifade eden kişisel verileri içerisinde, parmak izi gibi fiziksel özellikleri de yer almaktadır.

Nitekim AİHM'in, S. ve Marper/Birleşik Krallık kararında bireyin parmak izini kişisel veri kabul ettiğini yukarıda belirtmiştik. Esasen, İdare Mahkemesinin, "*konunun özel hayatın gizliliği v.s. konularla ilgisinin bulunmadığı*" gerekçesi de kabul edilemez. Gerçekten, birçok ülkede, özel hayatın gizliliği hakkının tanımlanması sırasında kişisel verilerin korunması hakkı ile bağlantı kurulmakta, özellikle ABD ve Kanada gibi ülkelerde kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin düzenlemeler özel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla çıkarılan kanunlar içerisinde yapılmaktadır.

Öte yandan kişisel verilerin korunması konusunda çok önemli bir rol oynayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)'nde, açık bir şekilde ve bağımsız olarak kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir hükme yer verilmemekle birlikte; AİHM içtihatlarına bakıldığında, Mahkemenin, kişisel verilerin korunması hakkını AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirdiği görülmektedir.⁵⁷ Danıştay 15. Dairesi de, biyometrik yöntemlerle elde edilen kişisel verilere ilişkin verdiği kararında, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, kişisel verilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 'Özel ve aile hayatına saygı hakkı' başlıklı 8. maddesi kapsamında olduğu kabul edilmektedir.*"⁵⁸ şeklinde bu hususa işaret etmiştir.

Yüksek Mahkeme, 21.01.2009 tarihinde verdiği diğer bir kararında da, aynı yönde verilen kararı onamıştır. Kamu personelinin mesaiye giriş ve çıkışlarının turnikeler aracılığı ile ve parmak izi okutturulması suretiyle yapılması uygulamasına yapılan itirazın reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; İdare Mahkemesince, "*gerek işyeri*

⁵⁷ Akgül, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, s.346.

⁵⁸ Danıştay 15. D. 11.9.2014, E:2014/1162(Y.K.).

güvenliğinin daha iyi düzeyde sağlanması, gerekse çalışma verimi ile işyeri çalışanlarının mesaiye etkin katılımının sağlanmasına yönelik olarak alınan bir tedbir niteliğindeki uyumsuzluk konusu turnike ve parmak izi uygulamasında hukuka aykırılık görülmediği” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.⁵⁹

İdare Mahkemesince, kamu personelinin parmak izinin alınması, çalışma verimi ile mesaiye etkin katılımının sağlanmasına yönelik bir tedbir olarak kabul edilmekle birlikte; hedeflenen amaç ile personelin parmak izinin alınması şeklindeki araç arasında orantısızlık bulunmakta olup bireyin kişisel verilerinin korunması hakkını ve özel hayatının gizliliği hakkını ihlal eden söz konusu biyometrik yöntem uygulaması açıkça hukuka aykırıdır.

b. Dava Konusu İşlemin İptali Yolundaki Kararlar

Yukarıda belirtilen kararlardan sonra, Danıştay On İkinci Dairesi içtihadını değiştirmiş, konuya daha sonra bakan Danıştay Beşinci Dairesi de aşağıda belirteceğimiz ilkeler çerçevesinde aynı yönde karar vermiştir.

İl Sağlık Müdürlüğü bünyesinde görev yapan personelin mesai takibinde iris sistemi (retina taraması) yönteminin uygulanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada,⁶⁰ Eğitim ve Araştırma Hastanesi’nde parmak izi sistemiyle yürütülen mesai takibi uygulamasının sonlandırılması isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada,⁶¹ Belediye Başkanlığı bünyesinde görev yapan personelin parmak izlerinin alınması ve bu parmak izlerinin işe geliş gidiş kontrollerinde kullanılmasına son verilmesi isteminin zımnen reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada,⁶² Devlet Hastanesinde mesai takibinin yüz tarama sistemi ile yapılmasına ilişkin uygulamanın kaldırılması isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada,⁶³ Eğitim ve Araştırma Hastanesinde uzman doktor

⁵⁹ Danıştay 12.D. 21.01.2009, E:2007/783, K:2009/1135(Y.K.).

⁶⁰ Danıştay 12.D. 13.12.2010, E:2008/3173, K:2010/6228(Y.K.).

⁶¹ Danıştay 5.D. 10.12.2013, E:2013/5342, K:2013/9525(Y.K.).

⁶² Danıştay 5.D. 10.12.2013, E:2013/706, K:2013/9527(Y.K.).

⁶³ Danıştay 5.D. 10.12.2013, E:2013/1286, K:2013/9524(Y.K.).

olarak görev yapan davacıların, personel kart okuma sistemlerine kamera yerleştirilmek suretiyle görüntü kaydı alınarak mesai denetimi yapılması yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davada⁶⁴ İdare Mahkemelerince davanın reddi yolunda verilen kararlar Danıştay 12. ve 5. Dairelerince aşağıda belirtilen gerekçelerle bozulmuştur.

Her iki Dairenin kararlarında, Anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerine, özel hayatın gizliliğinin korunması ve kişisel verilerin korunması haklarını düzenleyen 20. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı”nı düzenleyen 8. maddesine atıfta bulunularak, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması yönünde özgürlükçü ve ilerleyici bir yaklaşım sergilenmiştir. AIHM’in S. ve Marper/Birleşik Krallık ile Amann/İsviçre kararlarındaki yaklaşımına benzer şekilde, söz konusu bozma kararlarında aynı gerekçelere yer verildiğinden, bu gerekçeleri aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

- 1- Kamu personelinin mesaiye devamının kontrolünün yapılmasında “parmak izi tarama sistemi”, “iris sistemi(retina taraması)”, “yüz tarama sistemi” ve “kamera takip sistemi” yöntemlerinden faydalanılması durumunun, temel hak ve özgürlükler içerisinde sayılan özel hayatın gizliliği ilkesi kapsamında kişisel bilgi veya kişisel verilerin alınması kavramları içinde değerlendirilmesi gerekir.
- 2- “Parmak izi tarama sistemi”, “iris sistemi(retina taraması)”, “yüz tarama sistemi” ve “kamera takip sistemi” şeklindeki biyometrik yöntem uygulamaları, personelden kişisel veri alınmasıdır.
- 3- İdarelerce, gelişen teknolojinin kamu hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesini kolaylaştırıcı etki sağlaması amacıyla, kamu kesiminde kullanılmaya başlamasının doğal karşılanması gerekmele birlikte; teknoloji kullanılarak kişisel verilerin kayıt altına alınması uygulamasının temel hak ve özgürlükleri ihlal etmemesi gerekmektedir.
- 4- Biyometrik yöntemlerin kullanılması şeklinde bir uygulama, kamusal alanda da olsa bireyin temel haklarından olup anayasada

⁶⁴ Danıştay 5.D. 28.11.2013, E:2013/1595, K:2013/8602(Y.K.).

ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan “özel hayatın gizliliği” ilkesi kapsamındadır.

- 5- Mesai takibinin; “parmak izi tarama sistemi”, “iris sistemi(retina taraması)”, “yüz tarama sistemi” ve “kamera takip sistemi” yöntemlerinden birisiyle yapılmasında, uygulamanın sınırlarını, usul ve esaslarını gösteren bir yasal dayanağının bulunması gerekir.
- 6- Esasen, belirtilen yöntemler kullanılmak suretiyle toplanan kişisel verilerin ileride başka bir şekilde kullanılmayacağına dair bir güvence de mevcut olmalıdır.
- 7- Ayrıca, mesai kontrol sisteminin şekli ve içeriği dikkate alındığında, belirtilen türde bir uygulama ile kurumca amaçlanan kamu yararı arasında orantılılık bulunmadığından, anayasal ilke olan ölçülülük ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.
- 8- Bu açıklamalar çerçevesinde kamu personelinin mesai takibinin söz konusu biyometrik yöntemlerden birisiyle yapılması temel hak ve özgürlükleri ve Anayasal ilkeleri ihlal etmektedir.

6. Sağlık Hizmetinin Sunumu Sırasında Biyometrik Yöntemlerin Kullanılması

Bireyin kişisel verilerinden bir bölümünü oluşturan kişisel sağlık verileri, kişinin sağlığına ilişkin bilgiler içermektedir. Bu veriler, bireyin hastalıklı veya sağlıklı olduğuna ilişkin bilgi içerebileceği gibi ölümüne ilişkin bilgi de içerebilir. Sağlık hizmetinin sunumu sırasında birey hakkında birçok bilgi toplayan idare, bu bilgileri değerlendirmekte ve kayıt altına almaktadır. Çünkü bireye uygulanacak sağlık tedavisinin başarıya ulaşmasında bireye ait sağlık verileri hayati önem taşımaktadır.⁶⁵

Öte yandan, bireyin sağlık verileri, diğer kişisel verilerinden daha etkin ve özel koruma altına alınan hassas kişisel verileri içerisinde kabul edilmektedir.⁶⁶ Danıştay da sağlık hizmetinin sunumu sırasında biyometrik yöntemler yoluyla elde edilen kişisel verileri değerlendirdiği

⁶⁵ Aydın Akgül, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 2013, S:133, s.22.

⁶⁶ Akgül, “Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması”, s.27.

kararında; bireyin sağlığına veya fiziksel/biyolojik özelliklerine ilişkin bilgilerinin kişisel sağlık verisini oluşturduğunu ve bireylerin sağlık verilerinin hassas veriler kategorisinde kabul edildiğini belirtmiştir.⁶⁷

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Şartları" başlıklı 67. maddesinin 3. fıkrasına 01.03.2012 tarih ve 6283 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen "*biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması ve/veya*" ibaresi ile genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında acil haller hariç olmak üzere (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra); biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin gösterilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Öğretmen emeklisi olan davacının, 08.12.2013 tarihinde Hastane Üroloji Servisine başvurduğu, yanında bulunan ehliyet, nüfus cüzdanı ve öğretmen kimliği ile kim olduğunu ve Sosyal Güvenlik Kurumu(SGK) kapsamında sigortalı olduğunu tereddüte yer vermeyecek şekilde belgelemesine rağmen avuç içini okutmadan verilecek sağlık hizmetlerinin SGK tarafından karşılanmayacağına bildirilmesi üzerine Hastane Başhekimliği işlemi ile Sosyal Güvenlik Kurumu Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü'nce hazırlanan Biyometrik Yöntemlerle Kimlik Doğrulama Sistemlerine Ait Kılavuz'un ilgili maddelerinin iptali istemiyle açtığı davada; Danıştay 15. Dairesi davacının yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne karar vermiştir.⁶⁸

Söz konusu kararda; 5510 sayılı Kanun'un "Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Şartları" başlıklı 67. maddesine, 6283 sayılı Kanunun 1. maddesiyle "*...biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması...*" ibaresinin eklendiği, ancak anılan düzenlemede, biyometrik yöntemlerle yapılacak kimlik doğrulaması sonucu elde edilecek kişisel verilen toplanması ve işlenmesinin kapsamı, bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların belirtilmediği vurgulanmıştır.

⁶⁷ Danıştay 15. D. 11.9.2014, E:2014/1162(Y.K.).

⁶⁸ Danıştay 15. D. 08.7.2014, E:2014/1150(Y.K.).

Yüksek Mahkemeye göre; biyometrik yöntemler kullanılarak bireyin kimliği tespit edilebileceğinden bireyin biyometrik yöntemler kullanılarak kişiliğinin belirlenmesini sağlayan parmak izi, avuç içi geometrisi, retinası gibi kendine has özellikleri kişisel veri olup, Anayasadaki kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde koruma altına alındığından, kişisel veri niteliğinde olan biyometrik verileri toplama ve işlemenin kapsamı, koşulları ve verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla belirlenmeksizin biyometrik usullerle veri toplanmasına olanak veren düzenlemelerin dava konusu edilen kısımlarında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Danıştay, belirtilen içtihadını ileri tarihte verdiği bir kararında da sürdürmüştür. Özel bir hastanede göz muayenesi olmak isteyen bir hastanın biyometrik kimlik doğrulaması yaptırmak istememesi üzerine hasta giriş kaydının yapılmamasına ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağı olan Sağlık Uygulama Tebliğinin biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılmasıyla ilgili bazı hükümlerinin iptali istemiyle açılan davada aynı yönde karar verilmiştir.⁶⁹

SONUÇ

Temelde tanımlamaya dayalı sistemler olan biyometrik yöntemler yoluyla bireye ait parmak izi, avuç içi izi, yüz, iris, retina, kulak, ses, imza, yürüyüş biçimi, el damarı, vücut kokusu veya DNA bilgisi şeklinde bir veya daha fazla fiziksel veya davranış karakterleri kullanılarak bireyin belirlenmesi veya doğrulanması gerçekleştirilmektedir.

Biyometrik yöntemlerin kullanımı, bireyin özel hayatının gizliliği bağlamında kişisel verilerinin kullanımına yönelik bir kısım endişelere yol açmaktadır. Aslında biyometrik yöntemlere yönelik tartışmalar, bireyin kendisi hakkında çok özel bilgileri açığa vurmamak istememesinde, bunların üçüncü kişilerin eline geçmemesinde odaklanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bireylerin bu yöntemler yoluyla elde edilen kişisel verilerinin korunması yönünde emin olarak yaşamlarını özgür biçimde sürdürmek istemeleri en doğal haklarıdır.

⁶⁹ Danıştay 15. D. 11.9.2014, E:2014/1162(Y.K.).

Biyometrik yöntemler yoluyla bireyin belirlenmesini sağlayan parmak izi, yüzü, yürüyüşü, sesi, iris ve retinası gibi bireye has özellikler kişisel veridir. Danıştay'a göre de; bireylerin sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması suretiyle elde edilen veriler ile kamu personelinin mesai takibinde "yüz tarama sistemi", "parmak izi" gibi biyometrik yöntemlerin uygulanması suretiyle elde edilen veriler kişisel veri olup kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde korunması gerekmektedir.

Türk Hukukunda halen kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir kanun çıkarılamamış olup; Danıştay, sağlık hizmetinin sunumunda biyometrik yöntemler kullanılarak kişisel veri elde edilmesine olanak veren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 67. maddesinin 3. fıkrasını Anayasaya aykırı bularak Anayasa Mahkemesine başvurmuş ise de Anayasa Mahkemesi oyçokluğuyla itiraz başvurusunu reddetmiştir.

Yüksek Mahkeme, sağlık hizmetinin sunumu sırasında biyometrik yöntemler yoluyla elde edilen kişisel verileri değerlendirdiği kararında; bireyin sağlığına veya fiziksel/biyolojik özelliklerine ilişkin bilgilerinin kişisel sağlık verisini oluşturduğunu ve bireylerin sağlık verilerinin hassas veriler kategorisinde kabul edildiğini belirterek, biyometrik verileri toplama ve işlemenin kapsamı, koşulları ve verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla belirlenmeksizin sağlık hizmetinin sunumunda biyometrik usullerle veri toplanmasına olanak veren idari düzenlemeleri de hukuka aykırı bulmuştur.

Sağlık hizmetleri gibi özellikle bir kamu hizmetinden yararlanma, kamu personelinin kamu binalarına girişlerinde güvenliği sağlama veya mesaisinin takip edilmesi sırasında biyometrik yöntemlerin kullanılması durumunda kişisel verilerin korunması hakkına en az zarar verecek, diğer bir ifadeyle en uygun aracın seçilmesi ölçülülük ilkesinin gereğidir. Dolayısıyla, başkaca bir çözüm yolunun bulunamaması halinde ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin bütün tedbirlerin alınmış olması koşuluyla kamu hizmetlerinde biyometrik yöntemlere başvurulması gerekir.

Kullanma amacıyla sınırlı olarak toplanması gereken kişisel verilerin, amaca ulaşılmamasından sonra tutulmaması asıl olduğundan, biyometrik verilerin amacın gerçekleşmesi durumundan sonra ne kadar süreyle tutulacağı, hangi hallerde ortadan kaldırılacağı gibi kişisel verilerin kötüye kullanılmasını engelleyici etkili kontrol mekanizmalarını da içeren hususlara ilişkin yasal güvencelerin yer aldığı açık ve kesin usul kuralları bulunmalıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin biyometrik verilerle ilgili kararındaki gerekçesine katılmamaktayım.

Kamu görevlilerinin, biyometrik yöntemlerden faydalanılmak suretiyle mesaiye devamını kontrol amacıyla idareler tarafından başvuru yapılan uygulamalara karşı açılan davalarda Danıştay'ın ilk yaklaşımı, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında daha esnek iken, ilerleyen süreçte bu yaklaşım daha özgürlükçü hale gelmiştir. Yüksek Mahkeme, kamu personelinin mesai takibinin biyometrik yöntemlerle yapılması uygulamasının sınırlarını, usul ve esaslarını gösteren bir yasal dayanağının bulunmamasını hukuka aykırı kabul etmektedir.

Kaynakça

- Akgül Aydın, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- Akgül Aydın, "Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması", *Danıştay Dergisi*, Yıl: 2013, S:133, s.21-45.
- Başalp Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Er Cüneyd, Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı: Parmak İzi, Göz ve DNA Tarama Gibi Teknolojik Kimlik Denetleme Usullerinin Hukuki Statüsü, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Gören Zafer, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Jain Anil K., Arun A. Ross, Nandakumar Karthik, Introduction to Biometrics, Springer Siecense Business Media, New York, USA 2011.
- Jain Anil K., Bolle Ruud, Pankanti Sharath, Biometrics, Personal Identification in Network Society, Kluwer Academic Publishers, USA 2002.
- Kerr Ian, Steeves Valerie and Lucock Carole, Lessons From The Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity In a Networked Society, Oxford University Press, New York 2009.

- Kızılyel Serkan, Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- Küzeci Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Muller Benjamin J., Security, Risk and The Biometric State, Routledge, New York, USA 2010.
- Oğurlu Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- Orwell George, Bin Dokuz Yüz Seksen Dört, Çeviren: Celal Üster, Can Yayınları, 34. Baskı, İstanbul 2012.
- Patrizio Campisi, Security and Privacy in Biometrics, Springer-Verlag, London 2013.
- Şamlı Rüya, Yüksel M. Erkan, Biyometrik Güvenlik Sistemleri, Akademik Bilişim'09 - XI. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri 11-13 Şubat 2009 Harran Üniversitesi, Şanlıurfa, http://ab.org.tr/ab09/kitap/samli_yuksel_AB09.pdf
- Şimşek Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, Ankara 2008.
- Woodward John, Biometrics, Mc Graw Hill, California, USA 2003.

ZİNCİR İŞLEMLERE KARŞI HANGİ AŞAMADA DAVA AÇILABİLİR? IN WHICH STAGE IS POSSIBLE TO BRING LAWSUITS AGAINST CHAIN ACTS?

Hasan DURSUN*

Özet: Danıştay'ın kararları arasında zincir işlemlere karşı hangi aşamada dava açılabileceği konusunda bir istikrarsızlık bulunmaktadır. Gerçi burada değerlendirdiğimiz Danıştay kararında ilgili bakan veya bakanlarla Başbakanının ve Cumhurbaşkanının imzasını içeren müşterek kararnamelere karşı ancak Cumhurbaşkanının imzasından sonra dava açılabileceği esası benimsenmiş olsa da müşterek kararname dışında kalan zincir işlemlerin diğer örneklerinde Danıştay'ın içtihatları arasında bir istikrarsızlık bulunmaktadır. Danıştay'ın kararları arasında görülen bu istikrarsızlığı olağan karşılamamaktayız. Zira doğru olan husus, ayrılabilir işlem testinin uygulanmadığı zincir işlemlerde ancak zincirin son halkasını oluşturan işlem yapıldıktan sonra dava açılabileceği esasının kabul edilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Zincir İşlem, Seri İşlem, Ayrılabilir İşlem, Basit İşlem, Karma İşlem, Yürütülmesi Zorunluluk, Kesinlik.

Abstract: There is no stability among the Council of State decisions that in which phase against the chain acts, a lawsuit can be brought before the court. Although the Council of State decisions we have evaluated in this study have settled the issue that severalty government decisions that bear signatures line of ministry or ministries, prime ministry and president of republic, the case can be brought before the courts only after finalizing of signature of president of republic, there are instability among the Council of State decisions concerning other chain acts, i.e. in which stage the case can be brought before the courts. In our view, the instability among the Council of State decisions is unadoptable. In the chain acts to which the theory of severable acts cannot be applied, a lawsuit could be brought before the court against these acts only after the completing the ultimate link/signature.

Keywords: Chain act, series act, severable act, ordinary act, mixed act, condition of executable, being final.

* Dr., Planlama Uzmanı.

GİRİŞ

Danıştay, zincir işlemlerin bir örneğini oluşturan müşterek kararnamelere karşı nihai imza işlemi tamamlandıktan sonra dava açılabilceği esasını benimsemiş olmasına karşı zincir işlemlerin diğer örneklerinde aynı tutumu sergilememektedir. Öncelikle Danıştay'ın müşterek kararnamelere karşı hangi aşlamada dava açılabilceği konusundaki örnek kararını irdelemek uygun olacaktır. Danıştay, az önce belirtildiği üzere, müşterek kararnamelere karşı sonul imza aşamasından sonra dava açılabilceği esasını benimsemektedir. Danıştay İkinci Dairesinin ulaşmış olduğu bu sonuca yol açan olay şu şekilde gelişmiştir: Milli Eğitim Bakanlığında belirli görevi olan bir kamu görevlisi, yargı kararını gerekçe göstererek X Büyükelçiliği Eğitim Müşavirliğine atanması için müşterek kararname hazırlanmasına yönelik olarak Bakan onayına ilişkin 21.1.2008 tarih ve 497 sayılı işlemin iptali istemiyle idare mahkemesine dava açmıştır. Ankara 12. İdare Mahkemesi de 19.9.2008 tarih ve E.2008/563, K.2008/1015 sayılı kararıyla; davacının, daire başkanı olarak görev yapmakta iken eğitim ataşesi olarak atanması için yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davanın lehine sonuçlandığı ve bu kararın temyiz ve karar düzeltme aşamalarından geçerek kesinleşmesi üzerine davacının verdiği dilekçelerle, kendisinin yurtdışına atanma talebinden vazgeçtiği, halen eğitim müşavirliğinden daha üst bir görev olan Y görevinde bulunduğu, mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde uygulanmadığı hususlarını göz önüne alarak anılan yargı kararından bahisle tesis edilen işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir.

Söz konusu karar, Mili Eğitim Bakanlığı tarafından temyiz edilecek, ilk derece idare mahkemesinin kararının bozulması istenmiştir. Danıştay İkinci Dairesi de 13.7.2010 tarih ve E. 2009/1982, K. 2010/3272 sayılı kararıyla; ilgili bakan veya bakanlarla başbakanının imzasını içeren kararnamelerin Cumhurbaşkanının onayı ile kesinlik ve icrailik niteliği kazandığından, zincir işlemlere örnek oluşturan bu tipteki kararnamelerin herhangi bir aşamasının tek başına öznel niteliği gereği idari davaya konu edilmesinin mümkün bulunmadığı düşünce-

sini taşıyarak söz konusu idare mahkemesinin kararını oy çokluğuyla bozmuştur.¹ Danıştay'ın ulaşılmış olduğu bu sonucun isabetli olduğu aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

I- ÖĞRETİDE KONUYA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Danıştay'ın müşterek kararnamelere karşı ancak sonul aşamada dava açılabilceği yönündeki görüşü, öğretide neredeyse oydaşı hâlinde kabul edilmektedir. Metin Günday 2004-2005 Eğitim-Öğretim Yılı İdari Yargılama Hukuku Dersinde yaptığı şifahi anlatımda; İdarenin her türlü işleminin değil ancak kesin ve yürütülmesi gereken işlemlerinin iptal davasına konu olabileceğini ifade etmektedir. Yazar, bir işlemin “kesin” olması demenin işlemin öngörülen tüm evrelerden geçerek tamamlanmış olması demek olduğunu, örneklerinden birisini müşterek kararnamenin oluşturduğu karma işlemlerin birden çok idari merciin iradesinin, aynı yönde, aynı konuda ve aynı amaca yönelik olarak belirli bir sıra izleyerek açıklanması suretiyle oluştuğunu, böyle bir işlemin iptal davasına konu olabilmesi için öngörülen tüm evrelerin gerçekleşmesinin gerektiğini, bu gibi idari işlemlerin iptal davasına konu olabilmesi için öngörölmüş bulunan tüm bu evrelerin tamamlanmış olması gerektiğini, bu evrelerden herhangi birisinde iptal davasına konu yapılabilmemesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir.

Mukbil Özyörük de müşterek kararnamelere karşı ancak sonul aşamada dava açılabilceğini ima etmektedir. Yazar, usul bakımından idari tasarrufların “basit” ve “karma” olarak ikiye ayrılacağını, basit tasarrufların tekbir iradenin açıklanması ile oluştuğunu, karma tasarrufların ise birden fazla iradelerin birleşimi ile oluşacağını, örneğin bir bakanlar kurulu kararında, kararın alınmasını gerekli gören bakanlığın teklifte bulunacağını, kendisi de esasen kolektif tasarruf olan Bakanlar Kurulu kararının buna ekleneceğini, üçüncü aşamada ise Cumhurbaşkanının iradesinin de eklenmesi gerektiğini, kısacası, üç aşama ve üç iradenin birleşmek suretiyle bir tasarrufun meydana ge-

¹ Danıştay'ın bu kararı hakkında fazla bilgi için bkz. *Danıştay Dergisi*, Yıl: 40, Sayı: 125, 2010, s. 138-140.

leceğini, bu tür tasarruflara bizde alışılmış olmasa da Fransa'da eskice bir deyimle, "opérations à procédure" (usuli tasarruflar" denileceğini ifade etmektedir.² Yazarın karma tasarrufun tek bir tasarruf sayılacağı fikrinden, onun, karma tasarrufun bir örneğini oluşturan müşterek kararnamenin de tek bir tasarruf sayılacağı ve ancak sonul aşamada ona karşı dava açılabilceği sonucuna ulaştığını söylemek olanaklıdır.

Gözübüyük ve Tan da müşterek kararnamelere karşı sonul aşamadan sonra dava açılabilceğini ima etmektedirler. Yazarlar, idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için kesin olması gerektiğini, Danıştay Üçüncü Dairesinin aşağıda inceleyeceğimiz 17.10.1991 tarih ve E. 1989/4241, K. 1991/2649 sayılı kararında savunulan görüşe katılarak, bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi, hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli sürecin son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlı olduğunu ifade etmektedirler.³

II- İNCELEME KONUSU YARGI KARARI

Danıştay İkinci Dairesi, müşterek kararnamelere karşı ancak sonul aşamadan sonra dava açılabilceği yönünde isabetli bir sonuca ulaşmıştır. Kararda söz konusu sonuca ulaşılırken aşağıdaki değerlendirmelere yer verilmiştir:

"Dava dosyasının incelenmesinden; 2004 yılından bu yana Milli Eğitim Bakanlığı'nda... olarak görev yapan davacının, Milli Eğitim Bakanlığı talem ve Terbiye Kurulu Başkanlığı'nda Daire Başkanı olarak görev yapmakta iken. ... Başkonsolosluğu'na Eğitim Ataşesi olarak atanmak amacıyla yaptığı başvurunun reddine ilişkin 21.04.1988 tarihli işlemin iptali yolundaki yargı kararının uygulandığından bahisle, münhal bulunan T.C. ... Büyükelçiliği Eğitim Müşavirliğine atanması için müşterek kararname hazırlanmasına yönelik 21.01.2008 tarih ve 497 sayılı Bakan onayının iptali istemiyle açıldığı anlaşılmıştır.

² Özyörük, M. İdare Hukuku Ders Notları 1972-1973, Ankara, s. 202.

³ Gözübüyük A.Ş ve Tan T. İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 2 idari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 367.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde, dilekçelerin "İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı" yönünden de inceleneceği kurala bağlanmış; 15. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde de, anılan yönden kanuna aykırılık görülürse davanın reddine karar verileceği belirtilmiştir.

Anayasanın 8. maddesinde, "Yürütüme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir." denilmekte; 104. maddesinin (b) fıkrasında da, "Kararnameleri imzalamak" Cumhurbaşkanının yürütme alanındaki görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır. Anayasa'nın 104. Maddesinde sözü edilen "kararnameler", Kanun Hükmünde kararnameler ile Bakanlar Kurulunun çeşitli kararnamelerinin yanında, üst düzey yöneticilerin atanması ile ilgili müşterek kararnameleri de kapsamaktadır.

23.04.1981 günlü, 2451 sayılı bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun'un 4. maddesinde, bakanlıkların yurt dışı daimi görevlerine, atamaların müşterek kararla yapılacağı, diğer bakanlıklara ait müşterek kararlarda ilgili bakanla birlikte Dışişleri Bakanının da imzasının bulunacağı kurala bağlanmıştır.

Parlamentar hükümet sistemini öngören Anayasaya göre, Cumhurbaşkanının yürütmenin başı olarak karşı-imza kuralı gereği imzalayacağı kararnameler, 104. madde uyarınca yürütme alanına ilişkin görev ve yetkileri ile sınırlıdır. (Anayasa Mahkemesinin 27.04.1993 günlü, E: 1992/37, K: 1993/18 sayılı kararı). Yürütüme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceğinden, önce ilgili bakan ve Başbakan tarafından imzalanılan atamalara ilişkin müşterek kararnamelerin "atama" biçiminde olumlu olarak tekemmül etmesi ve hukuksal geçerliği için her iki tarafın da katılımı gerekmektedir.

Buna göre, ortak şekilde ilgili bakan veya bakanlarla Başbakanının imzasını içeren kararnameler Cumhurbaşkanlığı Makamının onayı ile kesinlik ve icrailik vasfını kazandığından, zincir işlemlere örnek oluşturan bu tipteki kararnamelerin herhangi bir aşamasının tek başına öznel niteliği gereği idari davaya konu edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacının ... Büyükelçiliği Eğitim Müşavirliği'ne, Eğitim Müşaviri olarak atanmasının yapılması müşterek karar ve Bakanlık kararnamesi düzenlemek ve atamaya dair diğer işlemleri tamamlamak üzere tesis

edilen, başka bir ifadeyle atama yapabilmek için müşterek kararname hazırlanmasına ilişkin dava konusu işlemin, idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülebilir bir işlem niteliği taşımadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüyle, Ankara 12. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.09.2008 günlü, E: 2008/563, K: 2008/1015 sayılı kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b. fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 13.07.2010 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

Danıştay İkinci Dairesinin ulaştığı bu sonuç isabetli olmasına karşın karara karşı yazılan "azlık oyu"nda isabetsiz olarak şu görüşlere yer verilmiştir:

"Müşterek kararnamenin olumlu bir biçimde tekemmülü için gerekli koşullar ile atamama işlemleri doğal olarak birbirinden ayrılmaktadır. Her yönetsel işlem, "atama" işlemlerinde olduğu gibi olumlu olmayıp, atamama şeklinde olumsuz işlemler kurulması da her zaman olanaklıdır.

Müşterek kararnameyle atanılacak bir göreve atama yapılmaması yolunda bir Bakanlık işlemi de kurulabilmektedir. Müşterek kararnameyle atanan bir göreve atanma isteminin ilgili Bakanlık tarafından ilk aşamada reddi üzerine icrai nitelikteki bu işleme karşı iptal davası açılabilceğinde duraksama bulunmadığına göre, ortak kararlar yapılan atama işleminin her aşamasında kurulan işlemlerin de iptal davasına konu edilebileceği kuşkusuzdur. Zira müşterek kararnamenin tekemmülü için her aşamada olumlu irade beyanı gerektiğinden ve herhangi bir kurucu unsurun bulunmaması işlemin tekemmülünü engelleyeceğinden, bu konudaki her irade beyanının, başka bir deyişle, her aşamadaki idari işlemlere karşı idari dava açılabilceğinin kabulü zorunludur.

Bu durumda, davacının, ... Büyükelçiliği Eğitim Müşavirliği'ne, Eğitim Müşaviri olarak atanmasının yapılması, Makam Onayının Müşterek karar ve Bakanlık kararnamesi düzenlenmek üzere gönderilmesine ilişkin iptal davasına konu olabileceği ve İdare mahkemesi kararının onanması gerektiği oyu ile çoğunluk kararına katılmıyorum."

III- DANIŞTAY'IN KONUYA İLİŞKİN DİĞER KARARLARI

Yukarıda belirtildiği üzere zincir işlemlere karşı hangi aşamada dava açılabilceği konusundaki Danıştay kararları istikrarsızlık göstermektedir. Danıştay'ın bu konuda vermiş olduğu farklı tarihlerdeki kararlarına bir göz atmak uygun olacaktır.

Danıştay, zincir işlemin bir halkasını oluşturan müteahhitlik kıymetlendirme raporunun tek başına idari davaya konu olabileceği sonucuna varmıştır. Gerçekten de Ankara 3. İdare Mahkemesinin müteahhitlik kıymetlendirme raporlarının ilgili yönetmeliğe göre işi yaptıran idarece düzenlendiği, müteahhidin iş tutumu, sözleşme, şartname, program ve emirler ile işçi ve ilgili mevzuata uyup uymadığının idarece değerlendirildiği ve not verildiği, bu raporların, iş bitirme belgesi ile birlikte değerlendirildiğinde hazırlık işlemi niteliğinde olduğu, bu nedenle idari davaya konu olamayacağı gerekçeleriyle davanın reddine karar vermesini, Danıştay Onuncu Dairesi 19.12.1990 tarih ve E.1989/2303, K. 1990/3068 sayılı kararıyla bozmuş ve şu görüşü ileri sürülmüştür:

“Ankara 3. İdare Mahkemesinin 9.2.1989 günlü ve E.1989/514, K: 1989/138 sayılı kararının temyizden bozulması istenilmektedir.

“28.3.1983 günlü 17293 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Yapı, Tesis ve Onarım İşleri İhalelerine Katılma Yönetmeliğinin “Müteahhitlik Sicilleri” adı altında düzenlenen Dördüncü Bölümünde 16. maddede, müteahhidin yaptığı işe ait, işi yaptıran idarece düzenlenecek kıymetlendirme raporunun işin geçici veya tasfiye kabul tarihinden itibaren en geç 3 ay içinde ilgili kuruluşun bağlı bulunduğu bakanlık ve kurumca Bayındırlık Bakanlığına gizli olarak gönderileceği husus yer almıştır. Aynı yönetmeliğin “karne tutarının tesbiti ve değerlendirme” başlığındaki 8. maddesinin son fıkrası “Müteahhitlik kıymetlendirme raporunda 60 dan aşığıda not almış olan veya kıymetlendirme raporu bakanlığa gelmemiş işler karne tutarı hesabında göz önüne alınmaz” hükmünü taşımaktadır.

“Bu mevzuatın değerlendirilmesinden, müteahhidin yaptığı işin idarece standart basılmış kıymetlendirme raporunda çeşitli ölçeklerde değerlendirildiği, not verildiği, bu not ortalamasının iş bitime belgesi ve doğrudan mü-

teahhütlik karnesini etkilediği, öyle ki not ortalamasının 60 puan'dan aşağı olması durumunda, müteahhidin yaptığı işin karne tutarına dâhil edilmediği anlaşılmaktadır. Böylece davacının hukukunu doğrudan etkileyen ve düzenlenmesinde objektif verilere dayanıp dayanmadığının saptanması bakımından yargı denetimine tabi tutulacak bir idari işlem olan müteahhütlik kıymetlendirme raporunun iptali istemine yönelik davanın idari yargı yerinde bakılması gerekmektedir.

*"Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin bir ön işlem olduğu tek başına idari davaya konu olamayacağı gerekçesiyle davayı reddeden Ankara 3. İdare Mahkemesinin 9.2.1989 günlü, E.1989/514, K: 1989/138 sayılı kararının 2577 sayılı yasanın 49. maddesine göre bozulmasına, aynı maddenin 3. fıkrasına göre dosyanın yeniden incelenmek üzere idare mahkemesine gönderilmesine 19.12.1990 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."*⁴

Yine bunun gibi Danıştay zincir işlemin bir halkasını oluşturan teklif etme işleminin iptal davasına konu yapılabileceği görüşünü savunmuştur. Gerçekten de Danıştay Beşinci Dairesinin 28.6.2004 tarih ve E. 2003/6399, K. 2004/3046 sayılı kararında; adalet müfettişliğinden alınma yolundaki teklifin, iptal davasına konu edilebilecek nitelikte kesin bir işlem olduğu sonucuna varılmıştır.⁵

Danıştay'ın bir başka kararında, zincir işlemin bir halkasını oluşturan rapora dayalı olarak verilen bir talimatın idari davaya konu edilebileceği görüşü savunulmuştur. Gerçekten de Danıştay Onüçüncü Dairesinin 8.2.2005 tarih ve E. 2005/377, K. 20005/686 sayılı kararında; hazine kontrolü tarafından düzenlenen raporla mevzuata aykırı fiil nedeniyle gerçeği yansıtmadığından bahisle davacının döviz alım belgelerinin iptali ve onun hakkında yasal soruşturmaya geçilmesi için taşra teşkilatı olan Kambyo Müdürlüğüne hitaben verilen talimatın iptal davasına konu olabileceği görüşü savunulmuştur. Bu görüşün gerekçesi olarak Kambyo Müdürlüğünün, Hazine Müsteşarlığının taşra teşkilatı olduğu, Müsteşarlığın verdiği talimatı yerine getirmekle görevli olduğu, bu konuda herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığı, davacının mevzuata aykırı fiilinin saptandığından bahisle hak-

⁴ *Danıştay Dergisi*, Yıl: 22, Sayı: 82-83, 1992, s. 965-967.

⁵ Karar hakkında fazla bilgi için bkz. http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=icrai_islem&ozet=meti... Erişim Tarihi, 11.7.2008).

kında yaptırım uygulanması sonucunu doğuracak işlemler zincirinin ön aşamasını oluşturan ve hukuki sonuç doğuracağı açık olan dava konusu işlemin iptal davasına konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu görüşü öne sürülmüştür.⁶

Danıştay, zincir işlemin bir halkasında olumsuz karar alınması durumunda bu işlemin dava yoluna gidilmesini haklı kılacağı görüşünü benimsemektedir. Nitekim Danıştay Onuncu Dairesinin 15.11.1995 tarih ve E. 1995/4171, K. 1995/5628 sayılı kararında; kamuya yararlı bir dernek sayılabilmek için usulüne uygun olarak yapılan başvuru üzerine Başbakanlığın buradaki görevinin dosyayı Danıştay'a göndermek ve Danıştay'dan olumlu görüş çıktığı takdirde Bakanlar Kurulu karar taslağını hazırlamak olduğu, Dernekler Kanunu'nun Başbakanlığa bu tür istekleri geri çevirme yetkisi vermediği sonucuna ulaşılmıştır. Kararda Danıştay Savcısının ileri sürdüğü şu düşünce Daire tarafından oybirliğiyle benimsenmiştir:

"...kamuya yararlı derneklerden sayılmasına ilişkin istemi, bu ve benzeri derneklerin kamu yararına çalışan derneklerden sayılmasının hazine gelirlerini azaltıcı nitelikte görüldüğü gerekçesiyle işleme konulmayarak reddi yolundaki işlemi iptal eden idare mahkemesi kararının temyizden bozulması istenilmektedir.

2908 sayılı Dernekler Kanununun 58. maddesinde, bir derneğin kamu yararına çalışan derneklerden sayılabilmesi koşulları gösterilmiştir. Buna göre, derneğin en az bir yıldan beri faaliyette bulunması; derneğin amaç ve bu amacı gerçekleştirmek için giriştiği faaliyetlerin ülke çapında yararlı sonuçlar verecek nitelik ve ölçüde olması gerekmektedir.

İşlem dosyasında bulunan belgelerden Maliye Bakanlığı, İçişleri ve Sağlık Bakanlıkları ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün derneğin kamu yararına çalışan derneklerden sayılması yolunda olumlu görüş bildirdikleri anlaşılmıştır. Bu durumda davalı idarenin yasanın aradığı usul ve esasa ilişkin koşulların tamamını içeren ve mevcut haliyle başkaca bir noksanı olmayan dosyayı yasanın 59. maddesi uyarınca Danıştay Başkanlığı'na göndermesi gerekirken yasanın aranmayan bir koşulu gerekçe göstererek istemi reddetmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

⁶ Danıştay Dergisi, Yıl: 35, Sayı: 109, 2005, s. 366-368.

Ayrıca, ortada kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem bulunduğundan davalının bu yöne ilişkin iddiası da yerinde bulunmamıştır.

Açıklanan nedenle temyiz isteminin reddi gerekeceği düşünülmektedir.”

Danıştay Onuncu Dairesi, Danıştay Savcısının bu görüşüne oybirliğiyle katılarak Ankara 3. İdare Mahkemesinin kararını onamıştır.⁷

Bunun gibi Danıştay rektör seçiminin her aşamasında oluşturulan işlemlerin her birisinin kendi başlarına yeni hukuki durumlar ve sonuçlar yarattıklarından kesin ve yürütülebilir olduğu görüşünü savunmuştur. Bu bağlamda Danıştay Sekizinci Dairesinin 14.11.1995 tarih ve 1994/7723, K. 1995/3624 sayılı kararında; rektör seçimi için Cumhurbaşkanlığına sunulan üç kişilik aday listede aday listesinde adaylıktan çekilme nedeniyle eksilme olması durumunda, Yükseköğretim Genel Kurulunda yapılan seçimlerde en fazla oy alan dördüncü adayın bildirilmesi işleminin idari davaya konu olabileceği ve bu işlemde mevzuata ve hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Kararda, Yükseköğretim Kurulunda yapılan seçimde ilk üç sırada yer alan rektör adaylarının Cumhurbaşkanlığına bildirildiği, bu aşamada Cumhurbaşkanlığına sunulan üç adaydan biri ile altı adaydan geriye kalan ikisinin adaylıktan çekilmeleri üzerine, Yükseköğretim Genel Kurulunda yapılan aday belirleme seçimlerinde en fazla oy alan dördüncü adayın Cumhurbaşkanlığına bildirilmesi üzerine Cumhurbaşkanınca bu kişinin o üniversitenin rektörlüğüne atandığı, dördüncü adayın Cumhurbaşkanlığına bildirilmesi ile nihai karar olan rektörün atanması işlemi gerçekleştiğinden ve böylece yeni bir hukuki durumun ortaya çıktığı, bu işlemin kesin ve yürütülebilir bir işlem olduğu, esasında rektör seçiminin her aşamasında oluşturulan işlemlerin her birisinin tek başlarına yeni hukuki durumlar ve hukuki sonuçlar yarattığını, kesin ve yürütülebilir işlem olduklarını Cumhurbaşkanlığına sunulan listeden iki kişiye inen rektör aday sayısının 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca üç kişiye tamamlanmasının ve Cumhurbaşkanının rektör atama işleminde mevzuata ve hukuka aykırılığın bulunmadığı ifade edilmiştir.⁸

⁷ *Danıştay Dergisi*, Yıl: 26, Sayı: 91, 1996, s. 1016-1018. (1017-1018).

⁸ *Danıştay Dergisi*, Yıl: 26, Sayı: 91, 1996, s. 862-866.

Son olarak Danıştay, örtülü olarak, zincir işlemin oluşturulması sırasında onun tüm halkalarının dikkate alınarak nihai işlemin yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim Danıştay Beşinci Dairesinin 18.12.1991 tarih ve E. 1991/1899, K. 1991/2430 sayılı kararında, bir eserin “uluslararası düzeyde orijinal”, yaygın olup olmadığını bilimsel yönden değerlendirme yetkisinin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun ve 9.12.1989 tarih ve 20367 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Öğretim Üyelğine Yükseltme ve Atanma Yönetmeliğinde belirtilen kurullara ait olduğu, profesörlüğe yükselme konusunda kesin ve uygulanması gerekli işlemi tesis edecek olan makam Yükseköğretim Kurulu olsa da Yüksek Öğretim Kurulunun kanun ve yönetmelikte belirtilen kurulların görüşünü alması gerektiği, salt Değerlendirme Komisyonunun kararının bağlayıcı olmadığı, salt bu komisyonun kararıyla Yükseköğretim Kurulu tarafından bir doçentin profesörlüğe yükseltilmemesinin hukuka uygun olmadığı ifade edilmiştir.⁹

IV- İNCELEME KONUSU DANIŞTAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Danıştay İkinci Dairesinin inceleme konusu bu kararında, çeşitli defalar belirtildiği üzere, müşterek kararnamelere karşı ancak Cumhurbaşkanının onay işleminden sonra dava açılabileceği esası benimsenmektedir. Bu görüşün isabetini belirtmek üzere karma işlem ve onun tipik bir örneğini oluşturan müşterek kararname ile ilgili mevzuat üzerinde durulması faydalı olacaktır.

Bir kimsenin eğitim ataşeliğine atanması karma işlem grubuna girmekte olup bu grubun tipik bir örneğini oluşturan müşterek işlem niteliğinde bulunmaktadır. Nitekim Günday'ın belirttiği üzere karma işlemler; aynı yön, konu ve amaca yönelik birden fazla iradenin bir sıra izlenerek açıklanması sonucu meydana gelen bir işlemdir. Karma işlemin tipik bir örneğini oluşturan müşterek kararnamede birden fazla irade (ilgili bakan, başbakan ve Cumhurbaşkanı iradelerinin) açıklanması ile oluşmakta ve bu iradeler yine ilgili bakan, başbakan ve Cumhurbaşkanı şeklinde belirli bir sıra izlenerek aynı yön, konu ve

⁹ *Danıştay Dergisi*, Yıl: 22, Sayı: 84-85, 1992, s. 358-364.

amaca yönelik olarak açıklanmaktadır. Karma işlemler de birden fazla iradenin hukuki bir sıra izlenerek birbirilerine eklenmeleri sonucu oluştukları için basit işlemler gibi tek yanlı işlemler kategorisine dâhil bulunmaktadır.¹⁰

Bir kimsenin eğitim ataşeliği görevine atanmasının müşterek kararname ile olacağı 23.4.1981 tarih ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanunda da¹¹ açık bir şekilde gösterilmiştir. Bu kanunun 4. maddesinde; bakanlıkların yurt dışı daimi görevlerine atamaların müşterek kararla yapılacağı, diğer bakanlıklara ait müşterek kararlarda ilgili bakanla birlikte Dışişleri Bakanının da imzasının bulunacağı ifade edilmektedir. Bu esasa göre eğitim ataşesi; Milli Eğitim Bakanı, Dışişleri Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanının imzasıyla atanacaktır. Eğitim ataşesinin atanması işlemi ancak Cumhurbaşkanının imzasıyla tamamlanarak icrai bir nitelik taşıyacak, bundan önceki aşamalarda icrai bir nitelik taşımayacaktır. Bu çerçevede, Milli Eğitim Bakanının veya Başbakanının bir kişiyi eğitim ataşesi olarak teklif etmesi dolayısıyla o kişinin kararnamesini imzalaması işlemine karşı hiç bir şekilde dava açılmayacak, ancak Cumhurbaşkanının imzası üzerine dava açılabilir. Çünkü ancak Cumhurbaşkanının imzasıyla müşterek kararname tamamlanacak, dolayısıyla kesin bir nitelik taşıyacak daha önceki işlemler ise teklif etme işlemi niteliği taşıyacaktır. Bir kişinin eğitim ataşesi olarak atanması işleminde diyelim ki, Milli Eğitim Bakanının teklifinde bir hukuki sakatlık varsa Cumhurbaşkanının imzasından sonra atama işlemine karşı açılacak davada söz konusu sakatlığın ileri sürülebilmesi olanaklı olacaktır.

Müşterek kararla yapılan atamalarda ancak Cumhurbaşkanının onay işleminden sonra dava açılacağı esas 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun gereklerine de uygun bulunmaktadır. Gerçekten de 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun "Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme" başlıklı 14. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde, mahkemelere verilen dilekçelerin, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden

¹⁰ Günday, M. İdare Hukuku, 7. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s. 119.

¹¹ 25.4.1981 tarih ve 17321 sayılı Resmi Gazeteye bkz.

inceleneyeceği ifade edilmiştir. Kanununun 15. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde ise kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliği taşımayan tasarruflara yönelik olarak açılan davaların reddedileceği ifade edilmiştir. Müşterek kararname ile yapılan atamalarda Cumhurbaşkanının onay işleminden önce idari işlem kesinleşmediğine göre ona karşı ancak onaydan sonra dava açılabileceği ortadadır.

Nitekim Danıştay da dava açılacak idari işlemin “kesin” olması gerektiğini birçok kararlarında başarılı bir şekilde uygulamaktadır. Örneğin Danıştay Üçüncü Dairesinin 17.10.1991 tarih ve E.1989/4241, K. 1991/2649 sayılı kararında, idare tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi dolayısıyla gerek kendiliğinden gerekse istem üzerine tek yanlı iradesiyle tesdis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlere karşı iptal davasının açılacağı, bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılıp hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirilebilmesine, bir başka anlatımla, idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlı olduğu, bu bağlamda, yatırım oranı ve bu oranın uygulama zamanını belirleyen Maliye Bakanlığı yazısının davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu sonuca varılmış ve şu değerlendirme yapılmıştır:

“Uyuşmazlık konusu olayda, davacının evvelce aldığı Teşvik Belgesiyle yatırım indirimi belgesinde Yatırım İndiriminin Uygulanmasına İlişkin 84/8630 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Devlet Planlama Teşkilatının 85-1 sayılı Teşvik Tebliğinde yer alan hükümlerine göre yatırım indirim nispeti % 40 olarak belirlendiği¹² Devlet Planlama Teşkilatına yapılan başvurusunun uygun bulunarak %40 oranında yatırım indirimi öngören yeni teşvik belgesi verildiği, Teşvik belgesinin de %40 olarak belirlenen indirim oranına göre yatırım indirimi verilmesi için Maliye ve Gümrük Bakanlığına başvurulduğu, Adıgeçen Bakanlıkça tesis edilen işlemlerle yatırım indirimi belgesi düzenlenip¹³ gönderilmesine rağmen, 1.1.1985 tarihine kadar yapılan yatırım harcamala-

¹² Bu kelimenin arkasından “nedeniyle” sözcüğü gelmektedir ki bunun bir basım hatası olduğunu düşünmekteyiz.

¹³ Buradan “düzenleyip” ifadesine yer verilmektedir ki bunu bir basım hatası değerlendirmekteyiz.

rina %30, 1.1.1985 tarihinden sonra yapılacak yatırım harcamalarına ise %40 oranının uygulanması gerektiğinin belirtildiği, bu işlemin dava konusu edildiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan duruma göre, Maliye ve Gümrük Bakanlığı yazısı ile tesis edilen işlemin, davacı şirketle yatırımlarında uygulanacak yatırım indirimi oranını kesin olarak belirleyen, yatırım indirimi tutarını hesaplamakla yetkili kişi veya makamları bağlayıcı, uyulması zorunlu, kesin ve yükümlünün hukukunu etkiler nitelikte bir işlem olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Diğer yandan; vergi mahkemelerinde açılacak davaları yalnızca tarh, tahakkuk ve tahsil safhasına ulaşmış işlemler olarak sınırlamak da mümkün değildir. Vergiye ilişkin davalar sadece bunlardan ibaret bulunmamaktadır. İdarenin vergilemeden önce ya da sonra tesis ettiği bir takım vergiye ilişkin kesin ve icrai işlemlerin idari davaya konu edilmelerine engel yoktur. Bu konuda kanunlarla Bakanlar Kuruluna ve Bakanlıklara verilen düzenleme yetkileri kullanılarak tesis edilen, istisna ve muaflıklara ilişkin işlemler de idari davaya konu edilebilir. Nitekim vergi mahkemeleri ve Danıştay, bu tür düzenleyici işlemlerle, bir kısım sübjektif işlemler, örneğin, Merkez Sağlık Kurulunun olumsuz sağlık raporları, il ve ilçe idare kurullarının verginin terkinine esas olan hasar tesbitine ilişkin işlemleri, yatırım indiriminden, gümrük vergisi muaflık ve taksitlendirilmesinden yararlanmak için alınması öngörülen teşvik belgeleri, uzlaşma komisyonunun uzlaşma temin edilemediği yolundaki kararları nedeniyle açılan davaları incelemişler ve incelemektedirler.

Bu bakımdan; Vergi Mahkemesince ortada henüz bu oran nazara alınarak tarh ve tahakkuk ettirilmiş vergi bulunmadığından bahisle davanın esasdan incelenmeksizin reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.¹⁴

SONUÇ

Yukarıda Danıştay'ın müşterek kararnamelere karşı ancak Cumhurbaşkanının onayından sonra dava açılabilceği görüşünün isabetli olduğu belirtilmişti. Ancak zincir işlemlerin diğer örnekleri konusunda Danıştay'ın yukarıda belirtilen kimi kararları hatalar taşımaktadır. Bu hatalara temas etmeden önce zincir işlemler ve dava edilebilirliği hakkında kısa bir açıklama yapılması uygun olacaktır.

¹⁴ Danıştay Dergisi, Yıl: 22, Sayı: 84-85, 1992, s. 137-140. (139-140).

Zincir işlemleri; belirli ve sonul (nihai) bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlem olarak tanımlamak olanaklıdır.¹⁵ Zincir işlemlerde bu zinciri oluşturan halkaların, hedeflenen amaç olan sonul işlem ortaya çıkıncaya kadar belirli bir süreklilik, “devamlılık” (continuité) içinde birbirlerini izlemesi gerekir. İdari süreç de ancak belirli işlemlerin arka arkaya ve zincirleme olarak yapılması ile gerçekleşir.¹⁶ Bu süreklilik, idari sürecin konusu durumunda olan sonul işleme dek sürer.¹⁷

Bu açıdan zincir işlemler, seri işlemlerden¹⁸ de farklıdır. Gerçekten de, seri işlemlerde baskın nitelikteki işlem genellikle serinin başındaki (düzenleyici) işlem iken, zincir işlemlerde baskın olan işlem sonul işlemdir. Yine zincir işlemler, hukuki bir sonucu ifade ettiği varsayılan bir amaç işleme (sonul işleme) kadar işbirliği içinde bulunan işlemleri belirttiği halde, seri işlemlerde, işlemlerin başlangıçtan sona erme veya uygulamaya değin bir takım evrelere ayrılma söz konusudur.¹⁹

Zincir işlemlerin bir başka özelliği, zinciri oluşturan halka işlemlerin, düzenleyici nitelikte olmayan bir dizi işleminden meydana gelmesi ve bunların arasında gerçek anlamda bir “hukuki bağ” bulunmasıdır.²⁰ Buna göre, idari süreç içinde yer alan ve iptal davasına konu oluşturmayan işlemler, sadece sonul işlemden bağımsız olarak hukuki bir değer taşımayan ya da sonul işleme çözülemez bir hukuki bağ ile bağlı bulunan halka işlemlerden ibarettir ve zincir işlemler kuramı da ancak bu işlemler bakımından uygulanabilir niteliktedir.²¹

¹⁵ Bkz. Erkut, C. İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 1990, s. 122. “Zincir işlem” ibarenin kendisinin de çağrıştıracığı üzere kısaca, birbiri ardına eklenen işlem demektir.

¹⁶ Bu bağlamda Danıştay’ın bir eserin uluslararası düzeyde orijinal olup olmadığını belirleme bakımından 2547 sayılı kanunda ve ilgili yönetmelikte belirtilen tüm kurulların görüşünün alınması, teknik bir deyişle, zincir işlemin bütün halkalarının birbirini takip etmesi gerektiği şeklinde yukarıda bahsedilen görüşü isabetlidir.

¹⁷ Bkz. Erkut, s. 122.

¹⁸ Örneğin, düzenleyici işleme dayanılarak birçok bireysel (tekil) işlemin yapılması durumu. Bu konuda bkz. Erkut, s. 170 dn. 50.

¹⁹ Bkz. Erkut, s. 122.

²⁰ Bkz. Erkut, s. 122.

²¹ Bkz. Erkut, s. 123-124.

Görüldüğü üzere zincir işlemlerde yer alan halka işlemlerden kimileri nihai işlemten bağımsız bir değer taşımaz, dolayısıyla iptal davasına konu olmaz. Bu bağlamda zincir işlemlerin bir örneğini oluşturan müşterek kararname ile yapılan atamalarda Cumhurbaşkanının onayından önce yapılan teklif işlemleri kendi başlarına hukuki bir değer taşımadığı için iptal davasına konu olmaz. Bu sayede konu hakkında verilmiş bulunan Danıştay İkinci Dairesinin kararı isabetlidir. Ancak karara karşı yazılan “azlık oyu”nda ileri sürülen görüşler doğru değildir.

Ancak zincir işlemler içerisinde yer alan tüm halka işlemlerin bağımsız bir hukuki değer taşımadığı ileri sürülemez. Nitekim zincir işlemler kuramına ayrı bir boyut katan ayrılabilir işlemler kuramının benimsediği esaslar çerçevesinde “zincirin parçası durumundaki halka işlemler ile sonul işlem arasındaki hukuki bağın zayıf ve çözülebilir nitelikte olması halinde, bu işlemlerin zincirden koparılarak bağımsız olarak iptal davasına konu yapılmasını ifade eder.²² Bir başka deyişle, zincir işlemler “ayrılabilir işlemlere” (actes détachables) bölünebilir, ayrılabilir bir işlem; zincir işlemin içinden çekilip alınarak “kanuniyeti”nin, zincir işlemin tümlüğünü incelemeye gerek bulunmaksızın münferiden incelenebilen bir işlem olması anlamını taşır.²³ Ayrılabilir işlemler kuramı, ilk kez Conseil d’Etat’ın “Perrens” kararında uygulamaya konulmuştur. Bu kararda, daha önceden “zincir işlem” olarak kabul edilen ve dolayısıyla iptal davasına konu yapılamayacağı belirtilen; sınav sürecinin bir halkasını oluşturan “yarışma sınavına katılmaya yeterli adaylar listesi”nin, sınav işleminden bağımsız olarak iptal davasına konu olabileceği belirlenmiştir. Bu karardan sonra da Fransız Danıştay’ı “açık olan kadro sayılarının ilanı” ve “sınav jürisinin oluşturulması” konularındaki işlemlerin sınav sürecinden ayrılarak iptal davasına konu edilebileceklerine karar vermiştir.²⁴

Bununla birlikte, bir idari süreçte gerçekleştirilen işlemlerin hangilerinin sonul işleme bağlı, hangilerinin ise bundan ayrılabilir nitelikte olduklarının saptanması bakımından mevcut herhangi bir kesin

²² Bkz. Erkut, s. 123.

²³ Krş. Özyörük, s. 203.

²⁴ Bkz. Erkut, s. 129.

ölçüt bulunmamaktadır. Erkut ayrılabilir işlemler konusunda, yer aldıkları idari süreç ve statülerden bağımsız olarak farklı bir takım hukuki sonuçlar yaratabilen işlemler, söz konusu statü ve süreçten ayrılarak iptal davasına konu oluşturabileceği şeklinde bir ölçüt önerse de²⁵ ayrılabilir işlemlerin hangileri olduğu, her somut durum bakımından yargı içtihatlarıyla belirlenir.²⁶ Bundan başka, ayrılabilir işlem kuramı, ya doğrudan doğruya halka işlemi ya da idari sürecin sona ermesini bekleyerek sonul işlemi dava etmek konusunda ilgililere seçimlik bir hak da doğurmaktadır.²⁷

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde Danıştay'ın zincir işlemler konusunda örnek niteliğindeki yukarıda bahsedilen kimi kararlarının hatalı olduğu açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda Danıştay'ın her şeyden önce müteahhitlik kıymetlendirme raporunun tek başına idari davaya konu olabileceğini belirten görüşünün isabetli olmadığını belirtmek gerekir. Zira müteahhitlik kıymetlendirme raporu tek başına hukuksal bir değer taşımadığından ona karşı dava açılmaz, ancak bu rapora dayalı olarak yapılan işleme karşı dava açılabilmesi olanaklı olup rapordaki hataların bu davada ileri sürülebilmesi olanaklıdır.

Bunun gibi Danıştay'ın, hazine kontrolörü tarafından düzenlenen bir rapora dayalı olarak Hazine Müsteşarlığının Kambiyo Müdürlüğüne ilgilinin döviz alım belgelerinin iptali edilmesini istediği yazının dava konusu yapılabileceği yönündeki görüşü de hatalıdır. Zira İdarenin bir iç yazışması niteliği taşıyan bu yazı üçüncü kişinin hukuksal durumunda değişiklik meydana getiren etkili ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğini taşımamaktadır. Kendi başına hukuksal bir değer taşımayan bu yazı ancak nihai işlemle birlikte bir değer taşıyacağından bu aşamada yazının iptal davasına konu olabilmesi zincir işlem kuramına aykırı düşmektedir.

²⁵ Bkz. Erkut, s. 130.

²⁶ Nitekim Fransız Danıştay'ı Conseil d'Etat; seçim, mali işler ve idari sözleşmeler bakımından açılan davalarda her somut olaya göre ayrılabilir işlemleri, dolayısıyla iptal davasına konu olabilecek işlemleri başarı bir şekilde belirtmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Chapus, R. Droit du contentieux administratif, 13^e édition, Montchrestien 2008, s. 704-734.

²⁷ Bkz. Erkut, s. 130.

Danıştay'ın adalet müfettişliğinden alınma yolundaki teklifin iptal davasına konu edilebileceği şeklindeki görüşü de hatalıdır. Bir kimse- nin adalet müfettişliğinden alınması Adalet Bakanının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararı ile olanaklıdır. Bakanın teklifi ile Kurulun kararı arasında kuvvetli ve çözülemez bir ilişki bulunduğundan burada ayrılabilir işlem kuramı uygulanamaz. Dolayısıyla bu teklife karşı dava açılması idari işlem kuramı uyarınca olanaklı değildir. İdari işlem kuramı uyarınca asıl kararı veren Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun bütün icrai kararlarına karşı dava açılabilmesi, teklifin hukuka aykırılığı konusu ise açılacak olan davada incelenmelidir. Gerçi, Anayasanın 159. maddesinin 10. fıkrası gereğince, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun meslekten çıkartma cezasına ilişkin kararı dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağından idari işlem kuramına ve hukuk devleti ilkesine aykırı olsa da bu ayırksı durum dışında HSYK'nın hiçbir kararına karşı dava açılmaz. Zannımıza göre bu içtihadında Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararına karşı yargı yoluna gidilememesinin mahzurlarını giderebilmek için böyle bir ara çözüm bulmaya uğraşmıştır. Ancak bu tutumun doğru olduğu savunulamaz. Çünkü yargı organının görevi, yasa koyucunun eksikliklerini tamamlamak veya İdareyi terbiye etmek değildir, onun görevi uyuşmazlıkları hukuka uygun bir şekilde adil olarak çözmektir. Aksi takdirde, hukuki istikrar veya hukuki güven ilkesi kaybolur. Ayrıca, ilgili kişinin adalet müfettişliğinden alınarak Cumhuriyet Savcılığına atanması yönündeki Adalet Bakanlığı teklifini kurumlar arasında bir iç yazışma niteliğinde olarak görmek de olanaklıdır. Kurumlar arasında iç yazışma niteliğindeki işlemler de kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem değildir ve dolayısıyla iptal davasına konu olamazlar. Danıştay'ın söz konusu içtihadı bu yönden de hatalıdır.

Ancak yapılan bu açıklamalardan bütün teklif etme işlemlerinin iptal davasına konu yapılamayacağı sonucu çıkartılmamalıdır. Bu bağlamda teklifin reddedildiği bir işleme karşı dava açılabilmesi olanaklıdır. Gerçekten de Gözübüyük ve Tan'ın isabetli olarak belirttiği üzere, hazırlayıcı bir işlemin yapılmasının idarece reddinin idari bir işlemin yapılmasını engellediği durumlarda, hazırlık işleminin yapılmasının

reddine ilişkin karar, iptal davasına konu olabilir.²⁸ Zira “ret” işleminin yapılması durumunda zincirin bir halkası kopmakta ve işlem orada kesilerek yürütülmesi zorunlu bir kimliğe bürünmektedir. Bu yüzden Danıştay’ın yukarıda bahsedilen bir derneğin kamuya yararlı dernek sayılabilmesi için başvuruyu çeviren Başbakanlık işlemi iptal eden kararı isabetlidir. Zira Başbakanlık bu işlemiyle derneğin kamuya yararlı bir dernek sayılması yönündeki yapılacak bir zincir işlem halkasını kopartmış ve olumsuz nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem ortaya koymuştur.

Danıştay’ın rektör seçiminin her aşamasında oluşturulan işlemlerin her birisinin tek başlarına yeni hukuki durumlar ve hukuki sonuçlar yarattıklarından kesin ve yürütülebilir işlemler olduğu şeklindeki savına ise bir çekinceyle katılmaktayız. Daha açık bir deyişle, Danıştay rektör seçiminin her aşamasının mutlak bir şekilde “ayrılabilir işlem” kuramı gereğince iptal davasına olabileceğini ima etse de bunu yalnızca kendisi açısından olumsuz işlem tesis edilen rektör adayı bakımından doğru olabileceğini düşünmekteyiz. Konunun tam olarak kavranabilmesi için bir örnek verilmesi uygun düşecektir.

4.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 13. maddesinin (a) bendinde; rektörün o üniversitede profesör unvanına sahip kişiler tarafından yapılacak oyla alt aday olarak belirleneceği, Yükseköğretim Genel Kurulunun bu adaylar arasından seçeceği üç kişinin Cumhurbaşkanlığına sunulacağı, Cumhurbaşkanının, bunlar arasından birisini seçerek rektör olarak atayacağı ifade edilmiştir. Şimdi fakültede altı aday içerisinde bulunan bir kişinin YÖK’e bildirilmediğini veya YÖK tarafından Cumhurbaşkanlığına sunulan listede bulunan üç kişinin altı aday dışındaki kimselerden oluştuğunu düşünelim. İşte rektör adayı olan profesör, kendisinin rektör adayı olarak YÖK’e veya Cumhurbaşkanlığına bildirilmemesini dava edebilir. Zira söz konusu profesörün rektör adayı olarak bildirilmemesi kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğini taşımakta olup aday olarak teklif edilmeyen kimsenin rektör olabilmesi olanaklı değildir.

²⁸ Gözübüyük ve Tan, s. 348 dn 136.

Kaynakça

- Chapus R., Droit du contentieux administratif, 13^e édition, Montchrestien 2008.
- Erkut C., İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara 1990.
- Günday M., İdare Hukuku, 7. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003.
- Gözübüyük A.Ş ve Tan T. İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt 2 idari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Özyörük M., İdare Hukuku Ders Notları 1972-1973, Ankara.

UZMAN GÖRÜŞÜNÜN BOŞANMA DAVALARINDA VELAYETİN SAPTANMASINDAKİ ÖNEMİ

THE IMPORTANCE OF EXPERT WITNESSES IN PARENTAL CUSTODY CASES

Oğuz POLAT*
Evin GÜLDOĞAN**

Özet: Çocuğun velayetinin kimde kalacağı boşanma olgularındaki en önemli problemlerden birisidir. Mahkeme çocuğun velayetinin kimde kalacağına çocuğun yüksek yararı prensibine bağlı olarak karar vermektedir. Bilirkişiler boşanma davalarında çocuğun velayetinin kimde kalacağına çocuğun yüksek yararı açısından değerlendirerek önemli rol oynarlar.

Bu makalede boşanma olgularında çocuğun velayetini saptanmasında bilirkişilerin rolü literatür eşliğinde tartışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Boşanma, velayet, çocuğun yüksek yararı, bilirkişilik.

Abstract: Child custody is one of the most important problems in divorce cases. The court decide on parental custody in light of best interest of child. Expert witnesses play important role in determining the parental custody in divorce cases by evaluating the case in the light of best interest of child.

In this article the role of expert witnessing in child custody at divorce cases will be discussed in light of the literature.

Keywords: Divorce, child custody, expert witness, best interest of child

* Prof. Dr., Acıbadem Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanı

** Uzm. Adli Psikolog

GİRİŞ

Boşanma son yıllarda daha sıklıkla karşılaştığımız olaylardan birisidir. Özellikle eğer boşanan çiftlerin ortak çocuğu bulunuyorsa çocuğun velayetinin kimde olacağı büyük oranda tartışmalı ve ancak hukuksal çözümlerle sonuçlanabilen bir sürece dönüşmektedir.

Boşanma hukuksal açıdan eşlerin arasındaki evlilik akdinin son bulması şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak boşanma psikolojik açıdan tanımın yansıttığı kadar basit bir süreç değildir. Aile birliğinin bozulması ve sona ermesi bütün aile bireylerini ve ayrıca yakın ilişki içinde buldukları tüm kişileri etkileyen karmaşık bir olgudur. Boşanmadan en derin etkilenen kimseler ise boşanan eşlerin ortak çocuklarıdır.

Çocuğun biyolojik, psikolojik ve sosyal esenliği ve genel olarak sağlıklı gelişimi açısından "tam aile" şeklinde adlandırılan birlik içinde ve işlevsel bir aile yapısı ideal olarak tanımlanan bir durumdur. Çağımızda aile kavramı değişkenlik göstermiş ve eski dönemlerdeki geniş aile kavramı günümüzde yerini çekirdek aileye bırakmıştır. Bu yüzden de modern toplumda tam aile çoğu zaman çekirdek aileden ibaret olup anne ve babanın evlilik akdinin sona ermesi tam aile yapısının da ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Boşanma davaları kapsamında küçüklerin yaşamsal düzenlemesinin çocuğun yüksek yararı ilkesi gözetilerek yapılması bu nedenle çok önemlidir.

Çocukluk Kavramı

Çocukluk tarih boyunca birçok toplumda yetişkinlikten ayrı bir yaşam evresi olarak değerlendirilmiş bulunmakla birlikte çocukluğa ilişkin evrensel bir yaklaşım ortaya konmamıştır. 1989 yılında Birleşmiş Milletler tarafından ortaya konulan Çocuk Hakları Sözleşmesi ile birlikte imzacı devletler çocuğu korumayı, yaşatmayı, geliştirmeyi ve çocukla ilişkili durumlarda çocukların katılımlarını sağlamayı garanti altına almışlardır. Sözleşmenin ilk maddesi "0-18 yaş arası herkes çocuktur" demektedir. Günümüzde çocukluk kavramının sınırları belirgin ve net bir şekilde çizilmekte ve hukuki normlara bağlanmaktadır.

Türk Medeni Kanunu açısından çocukluk kişiliğin başlangıcı ile erginliğe erişim arasındaki dönemi kapsamakta, dolayısıyla tam ve sağ doğum ile başlayıp olağan koşullarda on sekiz yaşın doldurulmasıyla bitmektedir (Ana rahmine düşen çocuğun hakları ve erken erginliğe ilişkin hükümler saklıdır). Erginlik dönemine erişmesine kadar alınacak tüm idari ve adli kararlarda çocuğun bedensel, ruhsal, bilişsel ve sosyal ihtiyaçlarının, kısacası menfaatinin dikkate alınması esastır.

Çocukluk kavramına psikolojik açıdan bakıldığında ise çocukluk sürecinin gelişimsel dönemlere ayrıldığı görülmektedir. Psikoloji literatüründe bu konuda farklı yaklaşım ve

dolayısıyla sınıflandırmalar olmakla beraber çocuğun her gelişim döneminde farklı ihtiyaçları olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Tam aile yapısının bozulmasının çocuk üzerindeki etkilerinin ve velayetin belirlenmesi dahil alınması gereken tedbirlerin hem çocuğun içinde bulunduğu gelişimsel dönemden kaynaklanan ihtiyaçları hem de gelişim sürecinin devamında gündeme gelecek ihtiyaçları açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle velayetin belirlenmesi sadece statik değil, dinamik bir araştırmayı gerektirmektedir; çünkü çocuk erginliğe ulaşana kadar farklı aşamalardan geçmektedir.

Velayet Kavramı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Ebeveynlerin Velayet Sorumlulukları Hakkında Tavsiye Kararı Ek'inde velayet, bir ödevler ve yetkiler toplamı olarak şu şekilde ifade edilmiştir: "Ebeveynlerin velayet hakları (sorumlulukları) ifadesi, özellikle çocuğu bakıp gözetmek, çocukla kişisel ilişki kurup sürdürmek ve çocuğa eğitimi, barınmasını sağlamak, yasal temsilciliğini yapmak ve mal varlığını yönetmek suretiyle, çocuğun manevi ve maddi esenlik ve refahını güvence altına almayı amaçlayan bir ödevler ve yetkiler toplamıdır". (Gemalmaz, 2002)

Velayet ana ve/veya babanın, çocuğun başta bakımı, eğitimi ve temsili olmak üzere menfaati ile ilgili hak ve yükümlülüklerini kapsamakta olup Türk Medeni Kanunu'nun 335 ila 351'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre anne ve babanın evli olduğu durumlarda velayet anne ve baba tarafından birlikte kullanılır. Ortak hayata son

verilmesi veya ayrılık halinde hakim eşlerden birine velayeti verebilir. Boşanmada velayet, çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir. Çocuğun korunmasına yönelik önlemlere dair hükümler ve velayet kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı saklıdır.

Görüldüğü üzere Türk Medeni Kanunu'nun boşanmaya bağladığı sonuçlardan bir tanesi çocuğun ayrılan eşlerden bir tanesine bırakılması olup velayetin de aynı eşe ait olacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme velayet kavramının doğasından kaynaklanmaktadır. Çünkü velayete sahip olan ana veya babanın çocuğun bakımını üstlenmesi gerekmektedir. Boşanma davasına bakan hakim, ayrılan eşlerin ortak çocuğu olduğu hallerde çocuğun kime bırakılacağı konusunu ayrıca inceleyip hükme bağlaması gerekmektedir.

Boşanmanın anlaşmalı olması, yani eşlerin mahkemeye birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin açtığı boşanma davasını kabul etmesi bu durumu değiştirmemektedir. Mahkemeye birlikte başvuran eşlerin üzerinde uzlaşma sağladıkları ayrılma koşullarını uygulamada "anlaşmalı boşanma protokolü" olarak adlandırılan sözleşmelere bağladıkları, ortak çocuğa sahip olmaları halinde velayet müessesesini de bu protokollerde düzenledikleri görülmektedir. Ancak hakim ayrılan eşlerin üzerinde uzlaştıkları koşullar ile bağlı değildir ve çocuğun yüksek yararını gözeterek protokolde öngörülenden farklı bir düzenlemeye gidebilir. Velayetin anneye mi yoksa babaya mı bırakılacağı boşanma iradesinde olan taraflar arasında çoğu zaman ihtilafa konu olmaktadır. Boşanma sonrası anne babanın velayet konusunda anlaşmazlığının çocuğun stresli olan boşanma sürecine uyumunu zorlaştırmakta; konuyla ilgili ebeveynler arasındaki uyum, çocuğun da bu süreci daha rahat atlattığını sağlamaktadır (Öngider, 2013). Çekişmeli boşanma süreçlerinde taraflar çocuğun velayetinin alınması uğruna çocuğun yüksek yararını göz ardı edebilmektedir. Böyle olgularda çocuk kendisine bırakılmayan tarafın daha sonra velayetin değiştirilmesine yönelik dava açtığı da sık sık görülmektedir.

Velayet konusunda halk arasında doğru bilinen yanlışların sayısı da az değildir. Örneğin birçok ebeveyn kız çocuklarını anneye, erkek çocuklarını babaya verileceği varsayımının yanlış olduğunu ancak mahkeme aşamasında öğrenmektedir. Benzer şekilde çocuğun maddi durumu iyi olan tarafa bırakılacağı gibi yanlış beklentiler de bulunmaktadır.

Hakim çocuğun anneye mi babaya mı bırakılacağına karar verirken çocuğun yüksek yararı ilkesi doğrultusunda hareket eder. Hakim bu amaçla 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5'inci maddesi hükmü gereğince mahkeme bünyesinde bulunan uzmanlardan görüş alabileceği gibi taraflar da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293'üncü maddesi kapsamında mahkemeye uzman görüşü sunabilir. Dosyanın özelliğine göre, psikiyatrist, psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı ve adli tıp uzmanı gibi farklı disiplinlere mensup uzmanlardan görüş alınması gerekli olabilir.

Çocuğun Yüksek Menfaati Açısından Yapılan Değerlendirme ve Dikkate Alınan Etkenler

Uzmanlar tarafından yapılan ve mahkemenin takdirine sunulan değerlendirmelerde dikkate alınan başlıca etkenleri izleyen şekilde sıralamak mümkündür (Taşkın, 2006):

- Çocuğun yaşı
- Tarafların çocuğa yönelik geçmiş davranışları
- Tarafların çocuğa bakma açısından uygun özelliklere sahip olması
- Çocuğun alıştığı ortamın korunması
- Varsa kardeşlerin ayrılmaması
- Çocuğa iyi bir aile ortamı sağlanması
- Çocuğun diğer tarafla kişisel ilişkisinin gözetilecek olması
- Çocuğun görüşü

Dosyaların özelliğine göre bu etkenlerden bir tanesi belirleyici konumda olabileceği gibi birçok etkenin bir arada değerlendirilmesi de gerekebilecektir.

Değerlendirme yapmak amacıyla uzmanların yaşının elvermesi halinde çocukla bizzat görüşerek gelişimsel düzeyini, olayları kavrayış biçimini, psikolojik durumunu, sosyal durumunu ve anne ve babasıyla olan ilişki örüntülerini incelemesi gerekmektedir. Bu noktada unutulmaması gereken boyut çocuğun henüz idrak yaşında olmamasının uzmanlar tarafından değerlendirmeye alınmasına engel olmayacağıdır. Tam tersine idrak yaşına varmamış olan, kendilerini sınırlı şekilde ifade edebilen çocuklar ebeveynleri ya da diğer menfaat sahip-

lerinin yönlendirmeleri doğrultusunda geribildirimde bulunamayacağından velayetin ne şekilde düzenlenmesi gerektiği konusunda daha önemli ipuçları temin edebilirler. Ancak yaşı küçük olan çocuklar söz konusu olduğunda bu yaş gruplarıyla iletişim konusunda eğitim sahibi olan, örneğin gerektiğinde oyun terapisi yöntemine başvurabilecek bir uzman tarafından inceleme yapılması önem arz etmektedir. Buna karşılık idrak yaşındaki çocuklarla yapılan görüşmelerde çocuğun samimi iradesini mi yansıttığı yoksa yönlendirme altında mı konuştuğu konusunda ipuçlarının gözden kaçırılmaması, örneğin vücut dili ile sözlü anlatım bütünlüğünün takip edilmesi ön plana çıkmaktadır. Uzmanların dosyanın özelliğine göre anne ve baba ile, hatta üçüncü kişiler ile de görüşmeler yapılması gerekebilir.

Çocuğun yüksek menfaati açısından dikkate alınan başlıca etkenlere kısaca bakmak gerekirse bunların başında çocuğun yaşının geldiği görülmektedir. Sıfır ila üç yaş grubundaki çocukların anne bakım ve şefkatine muhtaç olduğu genel geçer bir kabul olup annenin ahlaki açıdan toplumsal normlarla uyuşmayan davranışları, hükümlü olması, hatta seks işçisi olarak çalışıyor bulunması bile çocuğun kendisine bırakılmasına engel teşkil etmeyebilmektedir. Bu yaş grubundaki çocukların velayetinin ancak biyolojik esenlikleri açısından bir risk söz konusu olması, örneğin annenin kronik ve bulaşıcı bir hastalığı olması gibi durumlarda babaya bırakılabileceği görülmektedir. Literatürde bebeklikle erken çocukluk dönemi arasındaki güvenli anne çocuk bağıllığının çocuğun bilişsel ve davranışsal gelişimi açısından olumlu etkileri olduğu vurgulanmaktadır (Gemalmaz, 2002). Bu bağıllığın sorunlu oluşunun ise erken çocukluk döneminde davranışsal problemlere yol açacağı bildirilmektedir. Ding ve ark. (2014) çalışmalarında bağıllık problemi yaşayan çocuklarda zihinsel gelişimlerinin düşük olması, uyku problemleri, sosyalleşme problemleri, agresif davranışlar saptamışlardır.

Literatürde erken dönemde anne-çocuk ilişkisinin çocuğun davranışsal ve stresle başa çıkma stratejilerini, kişilik gelişimi ve ruh sağlığını etkilediği belirtilmektedir. Anne çocuk bağıllığında yaşanan sorunların çocukta mental hastalıkların gelişimi açısından yüksek risk oluşturduğu bildirilmektedir (Hurby ve ark., 20014; Rutter, 1995; Sosyal ve ark., 2005). İlerleyen yaşlarda çocuğun anneye olan gereksinimi azalmakta ve normal koşullarda zaman içerisinde ortadan kalkmak-

tadır. Dolayısıyla diğer koşulların uygun olması durumunda velayet baba tarafından üstlenilebilmektedir. Bu konuda kesin gelişimsel aşamalardan söz etmek doğru olmayıp her çocuğun kendi gelişiminin dikkate alınması gerekmektedir. Yani anne bakım ve şefkatine muhtaçlık bir ölçek olarak kabul edilmelidir.

Tarafların çocuğa yönelik geçmiş davranışları da velayetin düzenlenmesinde büyük öneme sahiptir. Çocuğun terk edilmesi, ihmal edilmesi, üçüncü bir kişiye bırakılmış olması, istismar edilmesi gibi olgular hem çocuğun esenliği hem de tarafların çocuğa bakma açısından uygun özellikleri olup olmadığını göstermesi açısından değerlendirilmelidir. Bu gibi deneyimler çocuğu biyo-psiko-sosyal bütünlüğüne zarar vereceğinden birlikteyken çocuğun bunlara maruz kalmasına sebep olan ebeveynle birlikte yaşamaya devam etmesi örseleyici olarak değerlendirilmektedir. Gerekli olması halinde mahkeme tarafından çocuğun yüksek yararı için velayetin düzenlenmesi dışında tedbirler alınabilmektedir. Bu çocuğun koruma altına alınmasından çocuk için sağlık/eğitim/rehabilitasyon tedbiri almaya kadar geniş bir spektrumda olabilmektedir.

Tarafların çocuğa bakma açısından uygun özelliklere sahip olması kriterine bakıldığında uygun olmayan özellik olarak akıl sağlığının yerinde olmaması, bakım gerektiren kronik hastalık, alkolizm, psikolojik bozukluklar ve benzeri nedenler kabul edilmektedir. Ancak bunlar velayetin belirlenmesi açısından mutlak nedenler olmayıp velayet ve çocuk üzerindeki etkisi tespit edildikten sonra değerlendirmeye esas teşkil edebilir. Ayrıca tarafların meslekleri, ekonomik durumları, yaşadıkları ortam, adli geçmişleri, velayeti üstlenmek konusundaki isteklilikleri bu bağlamda değerlendirilmesi gereken diğer hususlar arasındadır. Tarafların çocuğun eğitime ne derecede kaynak (zaman, para, entelektüel kapasite vb.) ayırabileceği bu kapsamda incelenmelidir. Ayrıca çocuğa şahsen bakma olanağı da önemli bir kriterdir. Çocuğa şahsen bakma ile tanımlanan durum; çocuğun yemeklerinin hazırlanması, giysilerinin temin edilmesi, sağlık bakımı, disiplin ve eğitimi gibi çocukla ilgili tüm yönleri kapsamaktadır (Aktaran: Taşkın, 2006). Çocuğun bakımının birebir ebeveyni tarafından sağlıklı bir şekilde yapılmasının çocuk için sağaltıcı ve koruyucu etkisi mevcuttur.

Çocuğun alıştığı ortamın korunması, bir başka deyişle çocuğun çevresel koşullarının ve ilişkilerinin istikrarının sağlanması velayet düzenlemesinde dikkate alınması gereken bir diğer etkidir. Zira çevresel değişimlerin, özellikle de tam aile yapısının bozulması gibi başlı başına bir travma ile birlikte gerçekleşen çevresel değişimlerin çocuğun psikolojik ve sosyal gelişimi üzerinde olumsuz etkisi vardır (Gindes, 1998).

Fiziksel, duygusal, mental, sosyal ve ahlaksal gelişim çocuk için kendi içinde zaten problemlili bir süreçtir. Bir de dış dünyadaki karışıklıklar ve değişiklikler eklenince, çocuğun normal gelişiminin durabileceği ya da zarara uğrayabileceği literatürde vurgulanmaktadır (Goldstein, 1973). Beş yaşın altındaki çocuklarda, ebeveynleri ile olan bağın kopması, çocuğun çevresinin değiştirilmesi, çocuğun o zamana kadar geliştirdiği kişilik özelliklerini ve yeteneklerini olumsuz yönde etkilemektedir. Duygusal olarak zorlandığı bu dönemde çocuk, yakın zamanda öğrendiklerini hızlı bir şekilde unuttur. Örneğin, çocuğun tuvalet alışkanlıklarında sorun çıkabilir, konuşma yeteneği gerileyebilir. Uzun süre ağlama, yemek yememe, mide bulantıları, uyku bozuklukları, uykudan ağlayarak uyanma, zihinsel sorunlar, unutkanlık, gelişimsel gerilik görülebilmektedir (Goldstein, 1973). Boşanmanın ileriye yönelik etkilerini hafifletmekte ve çocuğun boşanmadan sonraki hayata alışmasındaki en önemli faktör, çocuğun hayatında istikrarın ve sürekliliğin sağlanmasıdır.

Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri mevzuatlarında velayet değerlendirmesinde dikkate alınacak etkenleri tahdidi bir şekilde düzenleyen eyaletlere ilişkin olarak 2013 yılında yapılan bir araştırma mevzuatta açıkçası en fazla yer alan düzenleme hükmünün (28 eyalet ve tüm deniz aşırı topraklar) aile bütünlüğü ve çocuğun evinden uzaklaştırılmaması (İngilizce *family integrity and preference for avoiding removal of the child from his/her home*) ilkesi olduğunu ortaya koymuştur. Çevreye uyum sorunları çocuğun beslenmesinden eğitimine kadar gelişimi açısından önemli birçok konuda olumsuz etki doğurabilir. Bu hususun değerlendirilmesi sırasında çocuğun alıştığı ortam yerine velayet düzenlemesinin sonucu olarak gidebileceği yeni ortamın da dikkate alınması, alıştığı ortama yakınlık ve benzerliğinin değerlendirilmesi gerekecektir.

Boşanma sonrası çocukların aynı tarafa verilmesinin uygun olduğu yönünde fikir birliği mevcuttur. Boşanma sonrası ayrı ebeveynlere verilen çocuklar “ailenin parçalandığı” hissini daha fazla yaşayacağından bu durum çocuğun ruh sağlığı açısından riskli bir durumdur. Ayrıca farklı ebeveynlerle farklı şartlarda yetişen çocukların birbirleriyle iletişimlerinin sınırlanması ve dolayısıyla çocukların birbirlerine karşı yabancılaşmalarını gündeme getirmektedir (Akyüz, 2000). Zaten anne ya da babasından ayrılacak olan bir çocuğun bir de kardeşinden kopmak durumunda kalması yaşayabileceği travmanın etkisini derinleştirecektir. Özellikle de çocukların yaşlarının birbirlerine yakın olması travmanın şiddetini artıran bir durumdur. Kardeşler arasında yaş farkının çok olması durumunda bu etki aynı derecede hissedilmeyecek, hatta yaş farkına göre ortadan kalkabilecektir.

Çocuğa iyi bir aile ortamı sağlanması ile birlikte kardeşlerin ayrılmaması da önemli bir boyuttur. Çocuğun yüksek yararı açısından durum değerlendirildiğinde yukarıda anlatılan “tam aile kavramı” ön plana çıkmaktadır. Boşanma ile tam aile yapısı ortadan kalkmaktadır. Ancak boşanan taraflardan bir tanesinin anne, baba ve kardeş figürlerinden oluşan yeni bir tam aile yapısı oluşturması mümkün ise bu durum çocuğun, normal ve sağlıklı büyüebilmesi için gereken bakım, ilgi, sevgi, şefkat ve korumayı sadece biyolojik ana ya da baba değil, çocukla duygusal bağ kurmuş, biyolojik ana babanın yerine geçmiş başka kişiler yani psikolojik ana baba da sağlayabildiğinden bu durum mahkeme tarafından dosyanın diğer boyutlarıyla birlikte dikkate alınmalıdır. (Akyüz, 2000) Bu çerçevede boşanan ebeveynin müstakbel eşinin çocuk ile ilişkisi ya da bu konudaki istekliliği de değerlendirilmelidir.

Çocuğun kendisine velayet verilmeyen diğer tarafla kişisel ilişkisinin gözetilecek olması da önemlidir. Çocuğun sağlıklı gelişmesi için anne ve babası ile süreklilik arz eden, bakım, ilgi, sevgi, destek, koruma, disiplin ve anlayış içeren bir ilişki yürütmesine bağlıdır (Akre, 1992). Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun yüksek yararına olduğu durumlar dışında, ana babasından ayrılmama hakkını düzenleyen 9. maddesinin 3. bendine göre, “Taraflar devletler, ana babasından ya da bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiy-

le de düzenli bir biçimde ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler". Bu maddeden de açıkça anlaşılmaktadır ki kişisel ilişki kurma çocuğun hakkıdır.

Çocuk üzerinde olumsuz bir etki yaratmadığı sürece hakim, çocuk ile velayete sahip olmayan taraf arasında kişisel ilişki oluşturmalıdır. Kişisel ilişki kurma hakkı, ziyaret, yazışma, telefonla görüşme, bilgi edinme haklarını içerir (Serozan, 2003). Mahkemeler genellikle tüm kişisel ilişkiyi kapsayan bir düzenleme yapmaktadır. Ancak uygulamada kişisel ilişki kurma hakkının ihlali nedeniyle icra takipleri ve velayetin değiştirilmesi davaları sıklıkla gündeme gelmektedir. Çocuklar açısından olumsuz süreçler olan bu tür durumların engellenmesi için velayetin belirlenmesinde diğer tarafla kişisel ilişkinin de gözetilmesi, gerekliyse çocuğun korunmasına yönelik tedbirlerin baştan alınması gerekmektedir.

Velayet düzenlenmeden önce idrak yaşındaki çocuğun görüşünün alınması gerekmektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde çocuğun, haklarının aktif öznesi olduğu düşüncesinin bir sonucu olarak, taraf devletlere, belirli bir görüş oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun, kendisini ilgilendiren bütün konularda görüşlerini serbestçe ifade edebilmesi ve çocuğun görüşlerine yaşı ile uygunluk derecesi göz önüne alınarak gereken önemin verilmesini sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Çocuğu ilgilendiren her konuda gözetilmesi gereken çocuğun yüksek yararını ve çocuğun kendi görüşleri, onun yüksek yararını belirleyen etmenlerden biridir. Boşanma sonrası velayetin kimse kalacağı gibi çocuğun özne olduğu bir konuda çocuğun görüşü elbette ki çok önemlidir.

Çocuğun görüşünün dikkate alınması, birkaç yönden eleştirilmektedir. Bir kere, çocuğun ana ya da babası arasında seçim yapmaya zorlanarak duygusal yönden yıpranacağı, seçmediği ebeveynine karşı suçluluk duyacağı ileri sürülmektedir (Eekelaar, 1994). Çocuğun böylece durumda psikolojik bir baskı hissedeceği gerçeği dikkate alınması gereken bir durumdur. Ancak boşanma süreci ile düzeni değişmiş ve dolayısıyla sarsılmış olan çocuğun boşanmadan sonra birlikte yaşamak istemediği ebeveyniyle yaşamak zorunda kaldığında bunun sarsıcı etkilerinin büyüklüğü de ayrıca dikkate alınmalıdır.

Çocuğun görüşünün alınmasına yapılan başka bir eleştiri çocuğun kendi özgün görüşünün olamayacağı, anne ya da babanın etkisinden bağımsız harekete edemeyeceği yönündedir. Ancak alanında uzman

psikolog, psikiyatr, sosyal hizmet uzmanı ve pedagogların yapacağı görüşmelerle ve bu görüşmelerde kullanacakları çocukla görüşme için özel olarak belirlenmiş görüşme tekniklerini kullanarak gerektiğinde oyun tekniğini kullanarak çocuğun gerçek iradesini ortaya çıkarmak mümkündür. Bu şekilde yapılacak görüşmelerle hem çocuğun zarar görmemesi hem de gerçek iradesinin ortaya çıkması sağlanır.

Tüm bu etkenlerin yanı sıra bazı boşanma ve velayet davalarında özel durumların da ortaya çıktığı hatırlatılmalıdır. Bu durumların başında çocuğun ebeveynlerden bir tanesi tarafından diğer ebeveyne karşı koşullanması ve asılsız beyanlarda bulunmaya sevk edilmesi gelmektedir. Bu asılsız beyanlar cinsel istismar suçlamalarına kadar varabilmektedir. Bu tip durumların daha hassasiyetle ele alınması ve mümkün merteye ayrıntılı incelenmesi gerektiği açıktır. Bu gibi durumlarda adli tıp uzmanından görüş alınmasının yanı sıra çocuğun doğru söyleyip söylemediğinin araştırılması için deneyimli bir uzman psikologla görüşülmesi de çok önemlidir.

Sonuç

Boşanma, boşanan çiftten daha çok ortak çocuğu etkileyen bir durumdur. Ebeveynler çocukluk-ergenlik çağlarında anne ve baba olarak çocuklarına sevgi, güven, bilgi vererek ve kılavuzluk ederek onların en önemli yaşam figürleri olmaktadır. Boşanma sonrası çocuğun velayetinin kime verileceği konusu çocuğun göreceği zararın en aza indirgenmesi açısından önemlidir. Özellikle de bu konuda boşanan taraflar arasında uyum yoksa bu konu daha da önem arz etmektedir. Velayetin kimde kalacağı konusu çocuğun hem bugününü hem de yarınını birçok açıdan etkileyen bir konudur. Hakimin karar yetkisinde olan bu konuyla ilgili uzman görüşü çocuğun özellikleri açısından ihtiyaçlarını, boşanan tarafların sosyal, psikolojik, davranışsal, maddi özellikleri ile çocuğa verilecek ilgi, sevgi ve bakımı açısından değerlendirilmesini kapsamaktadır. Bu görüşlerin çocuğu yüksek yararı gözetilerek yapılması en temel prensiptir. Çocuğun korunması temeline dayanan kararlar çocuğun uğrayacağı örselenmeyi azaltacaktır. Bu süreçte çocuğun ebeveynleriyle iletişimin bozulmaması da önemli bir konudur.

Boşanmış çocukların velayetinin kimde olması gerektiği konusunda temel hareket noktası çocuğun yüksek yararının hangisinde olduğunda yatmaktadır. Bu açıdan bu konuda karar verecek hakimin

mutlaka bu konuda uzmanlaşmış başta psikolog olmak üzere hekim ve sosyal hizmet uzmanına başvurması gerekmektedir. Burada belirleyici çocuk haklarının temel prensibi olduğundan bu konuda çalışmış uzmanların görüşü çok değerlidir. Multidisipliner bir çalışma yapılması en doğru kararın verilmesi için en doğru yöntem olacaktır.

Kaynakça

- Akre L.M., (1992) "Struggling With Indeterminacy: A Call For Interdisciplinary Collaboration In Redefining the Best Interest of the Child Standard", *Marquette Law Review*, 75: 628-672.
- Akyüz E., (2000) *Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*. Milli Eğitim Bakanlığı, Ankara.
- Ding YH, Xu X, Wang ZY, Li HR, Wang WP., (2014) "The Relation of Infant Attachment to Attachment and Cognitive and Behavioural Outcomes in Early Childhood". *Early Hum Dev.* 4;90(9):459-464.
- Eekelaar J., "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism", *International Journal of Law and the Family*, 8: 42-61, 1994
- Gemalmaz S., (2002) *Çocuk ve Genç Haklarına İlişkin Ulusüstü Belgeler*. İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.
- Goldstein J., Freud A. & Solnit A. J. (1973) *Beyond the Best Interest of the Child*. The Free Press, Newyork.
- Hruby R, Hasto J, & Minarik P., (2011) "Attachment in Integrative Neuroscientific Perspective". *Neuro Endocrinol Lett* 32 (2): 111-120.
- Öngider N., (2013) "Boşanmanın Çocuk Üzerindeki Etkileri" *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar* 5(2):140-161.
- Polat O., (2013) *Adli Tıpta Bilirkişilik*. Seçkin yayınları, Ankara.
- Rutter M., (1995) *Clinical implications of attachment concepts: retrospect and prospect*. *J Child Psychol Psychiatry* 36(4):549-71.
- Serozan R., (2003) "Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) ilişkin Düzenlemesi" *Beta Yayınları*, İstanbul.
- Soyal Ş. Bodur Ş. İşeri E. Şenol S., (2005) "Bebeklik Dönemindeki Bağlanma Sürecine Genel Bir Bakış". *Klinik Psikiyatri* 8:88-99.
- Taşkın Ö. Ö., (2006) "Velayette Çocuğun Yüksek Yarar İlkesi" *Yüksek Lisans Tezi*. Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Danışman: Doç. Dr. Nuri Erisgin, Eskişehir.
- Türkarlan N., (2007). "Boşanmanın Çocuklar Üzerine Olumsuz Etkileri ve Bunlarla Baş etme Yolları" *Aile ve Toplum Eğitim-Kültür ve Araştırma Dergisi*. 9-3(11) 99-108.

TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA CİNSİYET DEĞİŞTİRME

SEX CHANGE IN TURKISH CIVIL LAW

Selin SERT*

Özet: Cinsiyet değiştirme, kadının erkeğe veya erkeğin kadına dönüştürülmesini sağlayan tıbbi müdahaleye verilen isimdir. Cinsiyet değiştirme, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun m.40 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; cinsiyet değiştirmek isteyen kimse mahkemeye şahsen başvurarak cinsiyetinin değiştirilmesini talep edebilecektir. Mahkeme bu istem karşısında cinsiyet değişikliğine izin verebilmek için; istem sahibinin 18 yaşını doldurmuş olmasını, evli olmamasını, transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğunu bir eğitim araştırma hastanesinden alınacak resmi bir sağlık kurulu raporuyla belgelemiş olması şartlarını arayacaktır. Bu şartların yerine gelmesiyle cinsiyet değişikliği gerçekleşecek ve mahkemeden nüfus kaydının düzeltilmesi talebinde bulunularak yeni durum nüfus siciline işlenecektir.

Anahtar Kelimeler: cinsiyet, cinsiyet değiştirme, mahkeme, nüfus kaydı, ruhsal zorunluluk.

Abstract: If gender reassignment from female to male or male to female is the name given to medical interventions which transform. Article 40 of the Turkish Civil Code No. 4721 sex change is regulated by the provisions. According to this provision; personally contacting anyone who wants a sex change gender of the court will be able to request a replacement. The court claims against the gender changes allow to prompt the owner's 18 years old to be married, lack transgender structure and gender change mental health in terms of the obligation and the ability to reproduce the continually lacked an educational and research hospital will be taken from an official medical board report and document the fact that the terms of the will call. These conditions are met by the sex change will occur, and the court requested the rectification of the population bulunularak new state record in the register of the population will be covered.

Keywords: gender, gender reassignment, court, birth registration, spiritual obligation.

* Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

I. GENEL OLARAK

Cinsiyet; yaşayan bir organizmada erkekle dişiyi ayırt etmeye yarayan yapı özelliğidir. İnsan, hayvan ve bitkilerde erkek, dişi bireylerde üremede ayrı ayrı bir rol veren ve erkekle dişiyi ayırt ettiren özel yaradılış, eşey ve cinsliğe cinsiyet adı verilmektedir. Cinsiyet, erkek ve kadının arasındaki cinsellik temelli biyolojik farklılığı ifade eden kavramdır. Bir bireyin sahip olduğu fizyolojik, biyolojik ve genetik özellikleri ifade etmek için cinsiyet kavramı kullanılmaktadır.¹

Cinsiyet değiştirme ise kadından erkeğe veya erkeğin kadına dönüştürülmesini sağlayan tıbbi müdahaleye verilen isimdir. Erkekten kadına dönüşümü sağlayan ilk cinsiyet değiştirme ameliyatı 1950 yılında Danimarkalı Doktor Christian Hamburger tarafından gerçekleştirilmiştir ve George Jargensen Christine Jangensen olmuştur.²

Türk hukukunda cinsiyet değişikliği ile ilgili ilk düzenleme Medeni Kanunumuzda 1988 yılında yapılan değişiklik ile söz konusu olmuştur. 1988 yılında 3444 Sayılı Kanun ile EMK m.29 hükmüne eklenen ikinci fıkra³ ile doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde de gerekli düzeltmenin yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir⁴. Yapılan bu düzenleme cinsiyet değişikliğinin hangi durumlarda ve koşullarda yapılacağını belirtmediği için eleştirilmiştir.⁵

¹ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsiyet>

² http://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsiyet_de%C4%9Fi%C5%9Firme_ameliyat%C4%B1

³ Yargıtay 2 HD. 27.03.1986 T., 651/3256 sayılı kararında tıbbi müdahale yolu ile iradi olarak cinsiyet değişikliğini MK. M.23 hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. (YKD 1982/8, s.1112) Karar için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu: Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açılabilir Mi? İstanbul 1986; "Kural, çocuğun doğduğu cinsiyette kalmasıdır. Ana kural bu olmakla birlikte ünlü bir ses sanatçısı hatırlına 1988 de Medeni Kanun m.29 kuralına yapılan bir değişikle cinsiyet değiştirme Batı da bu konuda öngörülen belirli yaşa ulaşma, evli olmama ve çok sayıda özel uzmandan rapor sağlama koşullarına da yer verilmeden kayıtsız koşulsuz olanaklı kılınmıştır". Rona Serozan: Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, s. 435-436.

⁴ Kemal Oğuzman- Özer Seliçi- Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s. 166.

⁵ Mustafa Dural- Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 122 vd., Aydın Zevkliler- Beşir Acabey- Emre Gökyayla, Medeni Hukuk (Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku), Ankara 2000, s. 445; Abdülkadir Arpacı, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000, s. 126; Çetin Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara 1993, s. 58

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m.40 hükmü ile cinsiyet değişikliği ile ilgili düzenleme yapılmıştır.⁶ Kanun koyucu cinsiyet değişikliği ile ilgili düzenlemeyi kişisel durum sicili (nüfus kütüğü) ile ilgili olarak bu bölümde IV. Düzeltme kenar başlığı taşıyan m.40 hükmü ile düzenlemiştir.⁷

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m.40 hükmüne göre; cinsiyet değiştirmek isteyen kimse mahkemeye şahsen başvurarak cinsiyetinin değiştirilmesini talep edebilecektir. Mahkeme bu istem karşısında cinsiyet değişikliğine izin verebilmek için istem sahibinin 18 yaşını doldurmuş olması, evli olmaması, transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğunu bir eğitim araştırma hastanesinden alınacak resmi bir sağlık kurulu raporuyla belgelemiş olması şartlarını arayacaktır.

Bu izni alan başvuru sahibi yani cinsiyet değiştirmek isteyen kişi tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı sonucunda cinsiyetini değiştirdiğini ispat ederek nüfus sicilinden cinsiyetinin değiştirilmesini talep edebilecektir⁸.

vd; Hüseyin Hatemi: *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2013, s. 76-77.

⁶ Medeni Kanun m.40 hükmünün gerekçesinde neden Eski Medeni Kanun m.29 hükmünün değiştirildiği şu şekilde açıklanmıştır: "Yürürlükteki 29. Maddenin ikinci fıkrası gereğince cinsiyet değişikliği dolayısıyla nüfus sicilinde gerekli değişikliğin yapılabilmesi için kişinin önceden cinsiyet değiştirmesi bu değişikliğin resmi sağlık kuruluna dayandığının belgelendirilmesi yeterli görülmüştür. Madde bu şekliyle mahkemeye kişinin cinsiyetinin değiştirilmesi sonucu nüfus sicilinde değişiklik yapma konusunda bir takdir yetkisi vermemekte, mahkemeyi adeta bir onay makamı haline getirmektedir. Bu durum gelişigüzel cinsiyet değişiklikleri sonucu mahkemelerimizi adeta emrivaki ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu amaçla yeni düzenlemede cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin bu değişikliğe gitmeden önce bizzat mahkemeye başvurması zorunlu kılınmış mahkemenin böyle bir izni verebilmesi bazı koşullara bağlanmak suretiyle yürürlükteki 29. Maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi gelişigüzel cinsiyet değişikliklerinin önüne geçilmek istenmiştir".; Dural- Ögüz, s. 125.

⁷ İpek Sağlam, *Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerinde Bir Değerlendirme*, *EÜHFD*, C.VIII, S.3-4, s.455 vd.; Jale G. Akipek- Turgut Akıntürk- Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, İstanbul 2012, s. 493; Aksi görüş için bkz. "Cinsiyet değişikliği kişisel durum sicilinin düzeltilmesi ile ilgili olmayıp, daha geniş kapsamlı olarak kişiliği yakından ilgilendirdiği ve şartlarının da etraflı olarak sınırlandırılması gerektiği için özel bir kanunla düzenlenmesi gerekirdi".; Mustafa Dural- Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, Cilt II, *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2013, s. 122.

⁸ Oğuzman- Seliçli- Özdemir, s. 166-167.

II. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ İÇİN ARANACAK ŞARTLAR

A. Başvuru

Türk Medeni Kanunu m.40/1 hükmü gereğince; cinsiyet değiştirmek isteyen kadın veya erkeğin öncelikle mahkemeden izin alması gerekecektir. Mahkeme Medeni Kanun m.40 hükmünde cinsiyet değişikliği için aranan şartların var olup olmadığını inceledikten sonra tüm şartlar gerçekleşmiş ise cinsiyet değişikliğine izin verecektir.

Mahkemeye başvuran kişi için hâkim öncelikle başvuru sahibinin on sekiz yaşını doldurup doldurmadığını kontrol edecektir. İkinci olarak mahkemenin incelemesi gereken husus başvuru sahibinin evli olmamasıdır. Cinsiyetini değiştirmek isteyen kişi transseksüel yapıda olmalı sadece fiziken değil ruhen ve bedenen de cinsiyet değiştirmeye kendisini hazır hissetmelidir. Mahkeme son olarak başvuru sahibinin ruhen ve bedenen cinsiyet değiştirmeye uygun olup olmadığını belgeleyen ve eğitim- araştırma hastanesinden alınmış bir sağlık kurulu raporu isteyecektir.

Kanımızca mahkeme açısından özellikle belirleyici olan en önemli unsur eğitim ve araştırma hastanesi tarafından verilmiş olan resmi sağlık kurulu raporu⁹ olacaktır. Sağlık kurulu raporu ile başvuru sahi-

⁹ Yargıtay 2. HD., 2005/17485 E., 2006/1343 K., 13.02.2006 tarihli kararında; “Davacı Türk Medeni Kanununun 40. maddesi uyarınca kadın olan biyolojik cinsiyetin erkek olarak değiştirilmesine izin verilmesini, yasal koşullar gerçekleştiğinde de nüfus kaydında buna uygun cinsiyet ve isim düzeltiminin yapılmasını istemiştir. Yerel mahkeme bu isteği; dosyada bulunan raporda davacının ürolojik olarak erkek dış genital organlarına sahip bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davacının dava tarihinde on sekiz yaşından büyük, bekar, kadın olarak nüfusta kayıtlı bulunduğu, transseksüel yapıda olup Tıp Fakültesi Psikiyatri Kliniğinde dört yıllık izleme sonucunda cinsiyetinin erkek olarak değiştirilmesinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğu dosyadaki tıbbi belge ve raporlardan anlaşılmaktadır. Mahkeme Türk Medeni Kanununun madde 40/1 uyarınca davacıya kadın olan cinsiyetinin erkek olarak değiştirmesi için 23.11.2004 tarihinde izin vermiş, karar temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir. Davacının, izin kararından sonra geçirdiği tıbbi operasyon sonucu düzenlenen raporda: “Labium minuslarının” çıkartıldığı, vajinanın kapalı olduğu, ürolojik olarak erkek dış genital organlarına sahip olmadığı, bununla birlikte kadın cinsel organlarına da sahip olmadığı, üreme fonksiyonlarının bulunmadığı, genital bölgesinin kadın görünümüne sahip olmadığı, biyolojik cinsiyetinin psikolojik cinsel kimliğine uygun olarak değiştirilmesinin ruh sağlığı açısından gerekli olduğu açıklanmıştır. Dosyadaki raporlar Türk Medeni Kanununun madde 40’a uygun nüfus sicilinde cinsiyet değişikliği yapılması için yeterli değildir. Ancak davacının sunduğu

binin gerçekten tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermediği ve tıbbi müdahalenin sonuçları bakımından bilgi sahibi olup olmadığı hâkim açısından belirleyici olacaktır. Hâkimin bu noktada doktorun hastayı yapılacak olan tıbbi müdahalenin türü, sonuçları konusunda da yeterli derecede hastaya bilgi verip vermediğini sorgulayarak izin vermeli- dir. Bu husus da amaç doktoru ve doktorun bilgisini sınamak değil hastanın yeterli derecede aydınlatılmış olup bu aydınlatma doğrultusunda rıza¹⁰ gösterip göstermediğini tespit etmektir.

B. 18 Yaşını Doldurmuş Olma

Türk Medeni Kanunu m.40/1 hükmü gereğince; cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin 18 yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. Kanun koyucu burada erginlik değil özellikle 18 yaşın doldurulması şartını aradığı için mahkeme kararıyla rüşt olunması veya evlenme sebebiyle rüşt olunması bu kapsamda değerlendirilemeyecektir.¹¹

Madde hükmünde belirtilmemiş olmakla birlikte cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerektiği de bir gerçektir. Mahkeme kararının etkisi araştırıldığında mahkeme kişinin cinsiyet değiştirmesine izin vermektedir. Dolayısıyla ayırt etme gücünün varlığı da aranacak şartlar içerisinde yer almaktadır.¹²

Tam ehliyetliler yönünden evli olmama, transseksüel yapıda olma, resmi sağlık kurulu raporunun varlığı şartlarının sağlanması ile cinsiyet değiştirme yönünden herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Şişli Etfal Eğitim ve Araştırma Hastanesi Plastik Cerrahi Uzman Doktoru imzalı yazıda: "Davacının kadın cinsiyetinden erkek cinsiyetine geçebilmesi için gerekli ameliyatlardan birincisini olduğu, kadınlık iç ve dış organlarının alınarak fiziksel kadın kimliğinin sonlandırıldığı, kadından erkeğe cinsiyet dönüşümünün ikinci aşama ameliyatının hastaya erkek cinsel organının takılması olduğu, bunun da tıbbi açıdan mümkün bulunduğu" ifade edilmiştir. Davacıya, cinsiyet değişikliğinin ikinci aşamasının da yapılıp Türk Medeni Kanununun 40/2. madde uyarınca tıbbi yöntemlere uygun "Resmi Sağlık Kurulu Raporu" sunması için imkân tanınmış, bunun sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu gerekçeyle davanın reddi doğru bulunmamıştır".

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Enis Sarıal: Sağlıklararası Nakillerden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, s. 55 vd.

¹¹ Gamze Turan Başara, "Türk Medeni Kanununun 40. Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", TBB, Y.2012, S.103, s. 251.

¹² Akipek- Akıntürk- Karaman, s. 494.

Sınırlı ehliyetliler yönünden konunun ikiye ayrılarak açıklanması gerekmektedir. Sınırlı ehliyetli kişi evli olduğu için sınırlı ehliyetli olmuş ise evli olmama şartı yerine getirilemediği için cinsiyet değiştiremeyecektir. Kendisine yasal danışman atanan sınırlı ehliyetliler ise evli değil ise ve transseksüel yapıda olma resmi sağlık kurulu raporunun varlığı şartlarının sağlanması ile cinsiyet değiştirebilecektir.

Sınırlı ehliyetsizler yönünden de durumun ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmektedir. 18 yaşından küçük olan sınırlı ehliyetsizler cinsiyet değiştiremeyecektir. 18 yaşından büyük ergin ve kısıtlılar ise kanımızca yasal temsilcinin iznini almadan cinsiyet değiştirebilmelidir. Cinsiyet değiştirme şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu için¹³ yasal temsilcinin iznine ihtiyaç yoktur.

Tam ehliyetsizler ile 18 yaşını doldurmuş olsa dahi kanımızca ayırt etme gücünün varlığının aranması sebebiyle cinsiyet değiştirmeleri mümkün gözükmemektedir.

C. Evli Olmama

Türk Medeni Kanunu m.40/1 hükmünde aranan diğer bir şart cinsiyet değişikliği için başvuruda bulunan kişinin evli olmamasıdır. Burada önemli olan kişinin cinsiyet değiştirmek için başvurduğu tarihte evli olmamasıdır. Yoksa kişi cinsiyet değiştirme tarihinden önce evlenmiş ayrılmış olabilecektir.¹⁴ Kanımızca kişinin transseksüel yapıda olup bu sebebi genel boşanma sebebi olarak ileri sürmesi durumunda olay ikiye ayrılarak incelenmelidir. Çocuğu olmayan evli kişinin cinsiyet değiştirmek için boşanması haklı sebep olarak kabul edilmelidir. Yani kişinin cinsiyet değiştirmeyi istemesi ve bu sebeple evliliğine son vermek istemesi de evliliğin sonlandırılması için haklı sebep olarak kabul edilmelidir. Ancak çocuğu olan evli kişilerin cinsiyet değiştirmek amacıyla boşanmak istemesi kabul edilemez. Türk toplumun temelini aile olarak gören Anayasamıza da aykırı olacak bu düzenlemeye izin verilmemesi gerekmektedir.

¹³ Akipek- Akıntürk- Ateş Karaman, s. 494; Dural- Öğüz: s. 125.

¹⁴ Turan Başara: s. 253.

Başvuran kişinin evli olmaması şartı Medeni Kanun m.40/1 hükmünün gerekçesinde; “toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu koşul kişinin bir yandan evliliğini sürdürmesi öte yandan da evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi bunu eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlaki tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur” olarak belirtilmiştir.

D. Transseksüel Yapıda Olma

Türk Medeni Kanunu m.40/1 hükmünde cinsiyet değiştirme için aranan diğer bir şart; kişinin transseksüel yapıda olmasıdır. Kişinin doğuştan sahip olduğu anatomik yapıdan dolayı sürekli rahatsızlık duyması, çatışma haline olması ve kişinin var olan cinsiyetinden dolayı rahatsızlık duymasıdır.

Transseksüeller, dış görünüşleri bakımından erkek ya da kadın olabilmektedir. Fakat bu kimseler kendilerini buldukları cinsiyetin karşısındaki cinsiyetten saymaktadır. Bu kişilerin cinsiyet değiştirmeleri ruhsal sağlıkları açısından zorunludur ve tedavi amaçlıdır.¹⁵

Bu hükmün kapsamına sadece transseksüeller girmez. Aynı zamanda hünsa olarak adlandırılan hermofroditler yani çift cinsiyetli kişiler de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu kişilerin yapılacak olan ameliyat ile bu cinsiyetlerinden birisine kavuşturulması ve baskın cinsiyetle yaşamlarını sürdürmeleri içinde buldukları ruhsal durum açısından zorunludur.¹⁶

Travestilerin durumu ise en baştan bellidir. Psikiyatri onları karşı cinsten olan kişilerin elbiselerini giyme eğiliminde olan kimseler olarak tanımlar. Bu sebeple de travestiler için cinsiyet değişikliği zorunlu değildir.¹⁷

Mahkemeye cinsiyet değiştirmek için başvuran kişinin sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olması gerekmektedir. Üremeyi

¹⁵ Akipek- Akıntürk- Ateş Karaman, s. 494-495.

¹⁶ Akipek- Akıntürk- Ateş Karaman, s. 494.

¹⁷ Akipek- Akıntürk- Ateş Karaman, s. 495; Dural- Ögüz, s. 124.

sağlayan organların ameliyat sırasında unutulması halinde üreme gerçekleşeceği için soy bağı hukuku alanında da farklı sorunlar ortaya çıkabilecektir. Kişinin üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olması Medeni Kanun m.40/1 hükmünün uygulanmasını daraltmaktadır. Şöyle ki bir kişinin üreme yeteneğine sahip olduğu halde kendisini transseksüel yapıda hissetmesi ihtimal dâhilinde olabilecektir. Hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında bu durumda olan kişiler açısından cinsiyet değiştirememe gibi bir durum söz konusu olacaktır. Üreme yeteneğinden yoksunluk mahkemeden cinsiyet değiştirme ameliyatından öncesi izin alma aşamasından önce veya cinsiyet değiştirme ameliyatı öncesinde aranır da kişi öncelikle üreme yeteneğinden yoksun bırakılacak ikinci olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı uygulanacaktır. Bu sebeplerle üreme yeteneğinden yoksunluk şartının mahkemeden izin aşamasında değil, cinsiyet değişikliğinin hukuken kabulü aşamasında aranması daha doğru olacaktır.¹⁸

E. Resmi Sağlık Kurulu Raporu

Türk Medeni Kanunu m.40/1 hükmüne göre cinsiyet değişikliği için aranacak son şart; cinsiyet değişikliğinin sağlık yönünden zorunlu olduğuna dair eğitim ve araştırma hastanesinden alınmış resmi sağlık kurulu raporu gerekmektedir. Madde hükmünde sağlık kurulu raporundan bahsedildiği için tek bir doktorun verdiği rapor hukuken yeterli değildir.¹⁹

Tıbbi müdahale yapılmadan önce doktorlardan oluşan sağlık kurulunun hastayı aydınlatması ve hastanın bu aydınlatma sonucunda cinsiyet değişikliği ve bu değişikliğin sonuçları konusunda yeterince aydınlandığı ve bu aydınlanmaya uygun rıza gösterdiğine dair kanaat oluşmalıdır. Cinsiyet değiştirme kişinin fizyolojik yapısını değiştireceği aynı zamanda ruh sağlığını dahi etkileyebileceği için bu noktada hastanın aydınlatılması ve bu aydınlatmanın neticesinde hastanın rızasının alınması çok önemlidir.²⁰

¹⁸ Turan Başara, s. 256; Kudret Güven, "Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", *GÜHFD*, C.1, S.1, 1997, s.65; Murat Kaya, "Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Sonuçları", *Mecmua*, Ankara 2008, s. 79.

¹⁹ Dural- Öğüz, s. 126.

²⁰ "Doktorun hastayı aydınlatırken müdahalenin tehlikeleri, geri dönülemez bir

III. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirildiği resmi sağlık kurulu raporu ile belgelendikten sonra mahkeme nüfus sicilinde gerekli olan düzeltmenin yapılmasına karar verebilecektir. Mahkeme tarafından böyle bir kararın verilebilmesi için cinsiyeti ameliyat ile değişmiş olan kişinin kayıt düzeltme davası açmış olması gerekmektedir.²¹ Nüfus sicilinin yeni duruma göre tekrar düzenlenmesi hukuki düzenin sağlanması amacıyla yöneliktir. Mahkemenin vereceği karar ile cinsiyet değiştiren kişinin nüfus cüzdanı da yeni cinsiyetine uygun olarak değiştirilecektir. Kişinin tanınmasına yarayan her türlü bilgi, belge ve fotoğraflı olan tüm resmi belgelerinin değişmesi gerekecektir.

Burada şöyle bir soru akla gelebilecektir. Cinsiyetini değiştiren kişi adını değiştirmek zorunda mıdır? Kişinin adı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için kişi isterse adına değiştirecek istemezse var olan ismini kullanmaya devam edecektir. Ancak cinsiyet değiştiren kişi bakımından hâkim cinsiyet değişikliğini haklı sebep olarak kabul etmeli ve cinsiyetini değiştirecek kişinin adını da değiştirmesine izin vermelidir.

Cinsiyet değişikliği ve cinsiyet değişikliğini sağlayan ameliyat hukukun ileriye etkili sonuç doğurur. Yani, cinsiyeti nüfusa işleninceye kadar kişi eski cinsiyeti ile hukuki işlemleri yapacak cinsiyeti değiştikten sonra ise yeni kimliği ile hukuki işlemleri yapmaya başlayacaktır. Ülkemizde emeklilik yaşının kadınlar için farklı erkekler için farklı olması neticesinde kadın erkeğe veya erkek kadına cinsiyet değiştirmiş ise emeklilik yaşı da buna göre tespit edilecektir.²²

Cinsiyet değiştirme ameliyatının sağlık hizmetleri bakımından ameliyat ücretinin tamamının devlet tarafından karşılanıp karşılanmayacağı ise ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun cevabını verebilmek için öncelikle cinsiyet değiştirmenin özel bir sağ-

yola girildiği yani ameliyattan sonra eski cinsiyetine dönmesinin mümkün olmadığı yeni cinsiyeti ile ilgili psikolojik travmalar yaşayabileceği konusunda bilgilendirmelidir".; Dural- Ögüz, s. 127.

²¹ Akipek- Akıntürk- Ateş Karaman, s. 495.

²² Turan Başara, s. 257-258.

lık ihtiyacı mı yoksa lüks bir sağlık harcaması mı olduğu değerlendirilmesinin titizlikle yapılması gerekmektedir. Kanımızca Türk Medeni Kanunu m. 40 hükmünde aranan şartlar incelendiğinde; özellikle üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunan birisi ve transseksüel yapıda bulunan bu kişi açısından cinsiyet değiştirme ameliyatı tıbbi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Resmi sağlık kurulu raporu ile kişinin transseksüel yapıda olduğunun belirlenmesi ve üreme yeteneğinden sürekli yoksunluğun da bu raporla tespit edilmesi sebebiyle devletin sağlık harcamaları ve sağlık hizmetleri kapsamında kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı ücretlerini karşılaması gerektiğini düşünüyoruz.

B. Kişiler Hukuku Bakımından

Cinsiyet değişikliğinin kişiler hukuku bakımından en önemli sonucu kişinin cinsiyet değiştirmesi sebebiyle adının da değişikliğe uğrayacak durumda bulunmasıdır. Türk Medeni Kanununda cinsiyetini değiştiren kişinin adını da değiştirmesi ile ilgili herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kişi kanunen adını değiştirmek zorunda değildir. Adın değiştirilmesini düzenleyen Medeni Kanun m.27/1 hükmüne göre adını değiştirmek isteyen kişi haklı sebeplere dayanarak hâkimden adının değiştirilmesini isteyebilecektir.²³ Cinsiyet değiştirmenin haklı sebep olduğu ise tartışılmaz bir gerçektir.²⁴

Cinsiyetini değiştiren kimse ikametgâhını değiştirmek zorunda değildir. Dolayısıyla yerleşim yerinin değiştirilmesi anlamında cinsiyet değiştirme ile ikametgâh değiştirmenin bir ilişkisi bulunmamaktadır.

Hısımlık ilişkisi bakımından ise kişinin hısımlık bağlarında herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Kişi kiminle kaçınıcı dereceden hısımlık ise aynı hısımlığı devam edecektir. Dolayısıyla cinsiyet değiştirme hısımlık ilişkisini etkileyen bir durum ortaya çıkarmamaktadır.

²³ Serap Helvacı- Fulya Ertüle.; Medeni Hukuk, İstanbul 2011, s. 84; Ahmet M. Kılıçoğlu, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2012, s. 194; Aydın Zevkliler-Şeref Ertaş- Ayşe Havutçu- Damla Gürpınar, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara 2013, s. 110; Mehmet Ayan- Nurşen Ayan, Kişiler Hukuku, Konya 2014, s. 110; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013, s. 175.

²⁴ Turan Başara, s. 257-258.

C. Aile Hukuku Bakımından

A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.40 hükmünde cinsiyet değişikliği için aranan şartlardan biri de cinsiyet değiştirecek olan kişilerin evli olmamasıdır. Olağan durum bu olmakla birlikte mahkemeden izin almadan evli bir kişinin cinsiyet değiştirmesi durumunda evliliği ne olacaktır?

Doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşlerden ilki; cinsiyet değiştiren kişinin evliliğinin kendiliğinden sona ereceğidir. Bu görüşe göre; evlenirken aranan farklı cinste olma koşulunun yerine getirilmemesi nasıl evliliğin yok hükmünde kabul edilmesine sebep oluyorsa evlilik devam ederken cinsiyet değiştirilmesi halinde de evlilik hiçbir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın kendiliğinden hükümsüz sayılmalıdır. Geçerli evlilik için aranan şartlar evliliğin devamı boyunca da aranmalıdır. Eşlerden birinin evli iken cinsiyet değiştirmesi aynı zamanda kamu düzenine de aykırıdır.²⁵ Evliliğin butlanı sebepleri kanunda tüketici olarak sayıldığı için bu durumda cinsiyet değiştirme evliliğin butlanı sebepleri arasında sayılamayacaktır. Numerus Clausus ilkesine aykırı olacağı için bu durumu mutlak butlan sebebi sayılamayacağına göre tek çözüm yolu kabul etmektir.

Doktrinde bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise evlilik kanunda sayılan sebeplerden sadece ölüm halinde kendiliğinden sona erdiğine göre cinsiyet değiştirme durumunda evlilik kendiliğinden sona ermez. Mahkeme kararıyla evliliğin sona ereceği haller, boşanma ve butlan sebepleri ile evliliğin gaiplik nedeniyle feshi gibi kanunda sınırlı sayıda belirtilmiştir. Kanunda sınırlı sayıda sayılan bu durumlar dışında yeni bir durum yaratılamaz.²⁶ Eşlerden birisinin cinsiyet değiştirmesinin kanuna butlan sebebi olarak eklenmesi gerektiği savunulmaktadır.²⁷

Medeni Kanun sistemine göre geçerli olarak kurulmuş bir evlilik ölüm dışında ancak mahkeme kararı ile sona erer. Bu itibar ile eşlerden

²⁵ Dural- Ögüz- Gümüş, s. 74; Akıntürk: s. 201; Turan Başara: s. 258.

²⁶ Zevkililer- Acabey- Gökyayla, s. 835; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Ankara 2004; s. 224.

²⁷ Hüseyin Hatemi- Rona Serozan, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 103; Hatemi, s. 77.

birinin cinsiyet değiştirmesi evliliği kendiliğinden sona erdirmez. Bu halde mahkemeden izin alınmadan gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği hukuken tanınmayacağından, kişi fiilen cinsiyetini değiştirmesine rağmen hukuken hala cinsiyetini korumaya devam edecektir. Dolayısıyla evlilik aynı cinsten farklı iki kişi arasında devam edecektir. Kanunda evliliğin geçersizliğine ilişkin haller sınırlayıcı olarak sayılmış olup, bunlar arasında evlenmeden sonra cinsiyet değiştirme kavramına yer verilmemiştir. Bu sebeplerle eşin başvurabileceği tek hukuki yol genel boşanma sebeplerine dayalı olarak boşanma davası açmaktır.²⁸

Kanımızca öncelikle 4721 Sayılı Medeni Kanunun genel sistematığı içerisinde bu durumu çözümlenmek en doğru yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Evliliği kendiliğinden sona erdiren tek neden ölümdür. Ölüm gerçekleşmediğine göre evliliğin kendiliğinden sona ermesi gibi bir durum söz konusu olamaz. Evlilik ancak mahkeme kararı ile sona erdirilmelidir. Mahkeme kararıyla evliliğin sona ereceği haller boşanma ve butlan sebepleri ile evliliğin gaiplik nedeniyle feshi gibi kanunda sınırlı sayıda belirtilmiştir. Kanunda sınırlı sayıda sayılan bu durumlar dışında yeni bir durum yaratılamayacağına göre eşlerden birisinin cinsiyet değiştirmesinin kanuna butlan sebebi olarak eklenmesi gerektiği savunulmuştur. Kanımızca uyumsuzluğun mevcut hukuki durum içerisinde değerlendirilmesi ve çözüme kavuşturulması gerektiği için yeni bir madde eklenmesi, kanunun değişmesi ya da Medeni Kanundaki cinsiyet değişikliğine ilişkin hükmün değiştirilmesi suretiyle mümkün olabilecektir.

Evliliğin yok hükmünde sayılması ancak evlilik sırasında mevcut olan evliliğin kurulmasına engel bir sebebin varlığını gerektirir. Örneğin; resmi evlendirme memuru önünde yapılmayan evlilik, keza aynı cinsten iki kişinin evliliği gibi. Hâlbuki cinsiyet değişikliğinde evlilik yapılırken buna engel bir hal mevcut değildir. Cinsiyet değişikliği geçerli evlilik yapıldıktan sonra ortaya çıkmıştır. Bir hukuksal işlem geçerli bir şekilde kurulmuşsa sonradan ortaya çıkan sebepler yok sayılmasına, iptaline, butlanına değil ancak feshine yol açabilir. Evlilik

²⁸ Serkan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 154.

hukukunda ise sonradan ortaya çıkan sebepler ancak boşanmaya sebep olabilir. Bunun tek istisnası gaiplik halinde evliliğin feshinin talep edilebilmesidir. Bütün bunlar dışında “evliliğin yok hükmünde sayılması” demek diğer eşin ve çocukların yok sayılması demektir.

Evliliğin yokluğu veya butlanı evlenme anına kadarki bir sakatlıkla gündeme gelen yaptırımlardır. Evlilik gerçekleştikten sonra ortaya çıkan sebepler ise sadece boşanma sebebi olarak değerlendirilebilecektir. Eşler evlendikten sonra birisinin cinsiyet değiştirmesi evlenme anındaki bir sakatlık olmayıp, evlendikten sonra ortaya çıkan ve ortak yaşamı çekilmez hale getiren bir sebeptir. Bu nedenle evlilikten sonra cinsiyet değişikliği yokluk yaptırımı değil ancak boşanma sebeplerinden birisi olarak kabul edilebilecektir. Boşanma sebebi için ise en uygunu “evlilik birliğinin sarsılması” ile ilgili TMK md.166 hükmüdür. İster cinsiyet değiştiren kişi isterse diğer eş bu nedenle dava açabilir. Aynı cinsten iki kişinin evliliklerini devam ettirmesi mümkün olmadığından boşanmaya karar verilmelidir.

B. Evliliğin Sonuçları Bakımından

Cinsiyet değişikliği için aranan şartlardan birisi de evli olmama durumudur. Ancak kişi evli olmasına rağmen her nasılsa cinsiyetini değiştirmiş ise var olan evlilik “evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle açılacak boşanma davası” ile sonuçlandırılabilir.

Velayet hakkı bakımından cinsiyet değiştirme ameliyatında evli olmama şartı arandığı için velayet hakkı bakımında da herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Velayet hakkının düzenlendiği genel hükümlere göre sorunun çözülmesi gerekecektir. Çocukların velayeti konusunda boşanma halinde uygulanacak hükümler uygulama imkânı bulacaktır.

TMK m. 182/1 velayet hakkı konusunda hâkime takdir yetkisi tanımış ancak bu takdir yetkisinin sınırı olarak çocuğun yararının göz önüne alınması gerektiğini belirtilmiştir. Velayet hakkının tanınması bakımından anne ve baba eşit durumdadır. Bu bakımdan cinsiyet değiştiren kişinin de cinsiyet değiştirmeyen eşe göre velayet hakkı bakı-

mından herhangi bir önceliği veya sonralığı söz konusu değildir. Cinsiyet değiştiren kişinin hayatı düzenli, sosyal ve maddi yaşantısında problem olmadığı gibi çocuğuna da rahatlıkla bakabilecek durumda ise velayet hakkı kendisine verilmelidir.²⁹ Doktrinde aksi görüşe göre ise, hâkim çocuğun velayetini transseksüel yapıda olan eşe vermeme-lidir. Bu eşe çocuğun velayetinin verilmesi çocuğun psikolojisinin bozulmasına sebep olabilecektir.³⁰

Kanımızca velayet hakkı bakımından önemli olan çocuğun yararırır. Çocuğun yararına olan eş transseksüel yapıda olsa dahi çocuğun bakımını üstlenebilecek durumda ise ayrıca sosyal, psikolojik ve maddi durumu da iyiye çocuğun velayet hakkını almasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Velayet hakkının cinsiyet değiştiren eşe bırakılmaması durumunda; cinsiyet değiştiren eş Türk Medeni Kanunu m.182/2 hükmü anlamında çocuğu ile kişisel ilişki kurulmasını isteyebilecektir. Çocuğun psikolojisinin olumsuz etkilenebileceği durumlar söz konusu ise bu talep reddedilebilecektir. Örneğin; çocuğun yaşı küçük ise bu talep reddedilecektir.

Cinsiyet değiştirme ameliyatı ile diğer eş lehine tazminata hükmedilmeli midir? Cinsiyet değiştirme ameliyatı, tıbbi bir zorunluluktur. Bu zorunluluk sebebiyle diğer eş lehine maddi veya manevi tazminata hükmedilememesi gerekmektedir.³¹ Kanımızca cinsiyet değiştirme “evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle açılacak boşanma davası” na konu olabileceği için maddi ve manevi tazminat talep edilebilmesi mümkün olmalıdır.

Cinsiyet değiştirme ameliyatı evliliğin sona ermesi bakımından nafaka ödenmesine de engel teşkil etmeyecektir.

SONUÇ

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m.40 hükmünde cinsiyet değiştirme ve cinsiyet değiştirme için aranan şartların hangi hususlar

²⁹ Güven, s.73.

³⁰ Zevkliler, s.279.

³¹ Turan Başara, s. 261.

olduğu düzenlenmiştir. Bu hükme göre; cinsiyet değiştirmek isteyen kimse mahkemeye şahsen başvurarak cinsiyetinin değiştirilmesini talep edebilecektir. Mahkeme bu istem karşısında cinsiyet değişikliğine izin verebilmek için istem sahibinin 18 yaşını doldurmuş olması, evli olmaması, transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğunu bir eğitim araştırma hastanesinden alınacak resmi bir sağlık kurulu raporuyla belgelemiş olması şartlarını arayacaktır. Bu şartların yerine gelmesiyle cinsiyet değişikliği gerçekleşecek ve mahkemeden nüfus kaydının düzeltilmesi talebinde bulunularak yeni durum nüfus siciline işlenecektir.

Kaynakça

- Akipek Jale G. - Akıntürk Turgut - Ateş Karaman Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2012.
- Arpacı Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000.
- Aşçıoğlu Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara 1993.
- Ayan Mehmet - Ayan Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya 2014.
- Ayan Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.
- Dural Mustafa - Öğüz Tufan - Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2012.
- Dural Mustafa - Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, İstanbul 2013.
- Güven Kudret, "Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", GÜHFD, C.1, S.1, 1997.
- Hatemi Hüseyin, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013.
- Hatemi Hüseyin - Serozan Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- Helvacı Serap - Erlüle Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul 2011.
- Helvacı Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2013.
- Kaya Murat, "Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Sonuçları", Mecmua, Ankara 2008.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2012.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açılabilir Mi? İstanbul 1986.

- Oğuzman Kemal - Seliçi Özer - Oktay Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2004.
- Sağlam İpek, Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerinde Bir Değerlendirme", EÜHFD, C.VIII, S.3-4.
- Sarıal Enis, Sağlararası Nakillerden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.
- Serozan Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2011.
- Turan Başara Gamze, "Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", TBBD, Y.2012, S.103.
- Zevkliler Aydın - Acabey Beşir - Gökyayla Emre, Medeni Hukuk (Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku), Ankara 2000.
- Zevkliler Aydın - Ertay şeref - Havutçu Ayşe - Gürpınar Damla, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara 2013.

BİR MÜKELLEF HAKKI OLARAK MİRASIN REDDİ¹

DISCLAIMER OF INHERITANCE AS A TAXPAYER'S RIGHT

Ahmet EROL*

Dilek CİNGÖZ**

Özet: Miras bırakanın ölümü ile mirasçılara kalan borç ve alacakların kabulü veya miras bırakanın tüm haklarının, alacak ve borçlarının kendiliğinden mirasçıya geçmesi, miras bırakanın borçlarının mal varlığından fazla olması durumunda mirasçılar nezdinde olumlu sonuç doğurmayabilir. Bu gibi durumlarda, mirasçının mirası reddetme hakkı bulunmakta olup, buna “reddi miras”, “mirasın reddi” veya “mirasın kabul edilmemesi” denilmektedir. Bu çalışmada, bir mükellef hakkı olarak mirasın reddi konusu mevcut çalışmalar, anayasa ve ilgili Yargıtay kararları çerçevesinde, temel olarak medeni hukuk ve vergi hukuku odaklı araştırılmıştır. Medeni hukukta mirasın reddi hakkı, mirasçılara, gerçek (hakiki) ret ve hükmi (hükmen) ret olmak üzere iki şekilde tanınmıştır. Vergi hukukuna göre de “reddi miras” mirasçılar açısından aynı zamanda bir mükellef hakkıdır. Hukuki ve ekonomik durumunu daha kötü hale getirebilecek, vergisel yükü getirisinden daha fazla olan bir mirası kabul etmemek, vergi hukuku bakımından vergi yükümlüsüne tanınmış yasal bir hak olup, hemen tüm vergi mükellefi mirasçılar tarafından tercih edilen mantıklı bir seçimdir. Çalışmanın son bölümünde, mirasın reddine ilişkin hükümlerin kanunda yeterince açık olmamasından hareketle, ileride ilgili kanun maddelerinde yapılacak düzenlemelerde dikkate alınmasında yarar olacağı düşünülen öneriler sunulmuştur.

Anahtar Sözcükler: Miras Hakkı, Mükellef, Mükellef Hakları, Reddi Miras, Mirasın Reddi, Mirasın Reddedilmesi.

¹ Bu yazıda yer alan görüşler tümüyle yazarına ait olup, hiçbir biçimde yazarların görev yaptığı kurumların, Beykent Üniversitesi İşletme Yönetimi Anabilim Dalı, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ve Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin görüşü olarak kullanılamaz ve değerlendirilemez. Yazarlar ile iletişim adresi: ahmeterol@superonline.com , dilekcingz_2008@hotmail.com

* Doç. Dr., T.C. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, T.C. Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Beykent Üniversitesi İşletme Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

Abstract: It may not always lead to positive results that all the rights, receivables and payables of testator -upon his/her death- automatically pass to heir in case that the liabilities of testator were over his/her own assets. In such cases, heir has the right of refusing the inheritance which is called as “refusal of inheritance” or “disclaimer of inheritance”,. In this study, disclaimer of inheritance as a taxpayer’s right has been analyzed, mainly with the focus on civil law and tax law, in light of the literature, the constitution and the related supreme court desicions, The right of disclaimer of inheritance in civil law has been recognized in two types as “virtual disclaimer” and “judicial disclaimer”. Disclaimer of inheritance is also recognized as a taxpayer’s right in tax law..It is a logical choice preferred by almost all heirs, who are also taxpayer, to refuse an inheritance, which could make the heirs’ legal and economic situation worse, and of which tax burden were more than gainings. In the last chapter, we have offered some recommendations which can be taken into account in future legal arrangements to be made in the related articles of laws, since the provisions with regard to the disclaimer of inheritance is not clear enough in the existing law.

Keywords: Right of Inheritance, Taxpayer, Taxpayer’s Rights, Disclaimer of Inheritance, Disclaimer of Heritage, Refusal of Heritage, Refusal of Inheritance

1. Giriş

Bu çalışmada, bir mükellef hakkı olarak mirasın reddi konusu medeni hukuk ve vergi hukuku çerçevesinde incelenecektir. Bu bağlamda, çalışmada; mirasbırakanın ölümüyle meydana gelen hukuki süreçlerden; mirasçılarının hak ve sorumluluklarından bahsedilecek; konuyla ilgili kavramlar açıklanacak; kısaca mükellef hakkı kavramı üzerinde durulacak ve mirasın reddinin neden mükellef hakkı olduğu ayrıntılı olarak sorumlulukları ile birlikte irdenecektir.

İsviçre ve Türk hukukunda mirasın kanuni ya da atanmış mirasçılara intikali bakımından benimsenen ilkelerden biri külli halefiyet ilkesidir. Miras hukukunda geçerli olan külli halefiyet ilkesi gereğince, yasal ve atanmış mirasçılar mirasbırakanın ölümü üzerine kendiliğinden mirasçılık sıfatını kazanmakta ve mirasbırakanın borçlarından yalnız tereke ile değil, aynı zamanda kendi malvarlıkları ile de sorumlu olmaktadır. Böylece, özellikle terekenin borçları karşılamaya yetmemesi nedeniyle kişisel malvarlığı değerlerine başvuru mirasçı için ekonomik bakımdan birtakım sakıncalı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Bu husus göz önünde bulundurularak, mirasçılarını

korumak ve külli halefiyet ilkesinin irade serbestisine getirdiği sınırlamaları geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmak için mirasın reddi müessesesi düzenlemiştir. Mirasın reddi, terekeye dahil olan alacak ve borçlarının tamamının reddi demektir. Bir diğer deyişle, mirasçıya mirasçılık sıfatını kabul etmeme olanağı veren bir yoldur. İş ve toplum yaşamımızda birçok insan ölen eşinin, babasının, anasının veya kendisine miras bırakabilecek diğer kişilerin mirasını var olan yüklü miktardaki borçlarından dolayı ve diğer maddi veya manevi nedenlerle reddedebilmektedir.

Çalışmada Türk Medeni Kanunu (TMK) ve Vergi Usul Kanunu (VUK) hükümlerine göre mirasçı veya varislerinin ne gibi görev ve sorumlulukları olduğu üzerinde durulmuş, Danıştay Kararları'ndan yararlanılmıştır. Çalışmanın son bölümünde ise irdelenen konuya ilişkin değerlendirme, çözüm ve öneriler sunulmuştur.

2. Medeni Hukuk Yönünden Mirasın Reddi

2.1. Reddin Çeşitleri

Medeni hukukta mirasın reddi, gerçek (hakiki) red ve hükmi (hükmen) red olmak üzere iki şekilde de kabul edilmiştir.² Gerçek red, mirasçıların bu yönde bir irade beyan etmesinden kaynaklanırken, hükmi red ise kanunun öngördüğü karineden kaynaklanmaktadır.³

2.1.1. Gerçek Red

Mirasın; mirasbırakanın ölümüyle birlikte, tüm hak, alacak ve borçları ile kendiliğinden ve bir bütün olarak (kül halinde) mirasçılara geçmesi her zaman mirasçı lehine olan bir durum değildir.^{4,5,6,7} Miras-

² Y. Burak Aslanpınar, "Mirasın Gerçek Reddi Ve Hükmen (Hükmi) Reddi", *Yaklaşım Dergisi*, (198), 2009. s.272v

³ İzzet Başara, "Mirasın Reddi", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi, 2011, s.1.

⁴ Şakir Berki, "Eski ve Yeni Medeni Hukukumuzda miras sistemleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 37(1-4), 1980, s.233-234.

⁵ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, "Mükellef Hakkı Olarak Reddi Miras", *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Nisan (124), 2014, s.12.

⁶ Mustafa Dural, Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV: Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul. 2013, s.393.

⁷ Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul. 2014, s.494-495.

çının, ölümü anında mirasbırakanın alacak ve borçlarıyla uğraşmak istememesi, mirasbırakanın borçlarının alacaklarından fazla olması ya da mirasçılardan bu mirası birtakım kişisel ya da maddi-manevi nedenlerle kabul etmek istememesi gibi nedenlerle mirasbırakanın ölümüyle birlikte, yasal (kanuni) ya da atanmış mirasçılar mirası reddetme hakkına sahiptir.^{8,9} TMK'nın 605. maddesinin 1. fıkrasınca (EMK, m.545) gerçek red; "mirasbırakanın ölümünden sonra mirasçılık sıfatını kazanmış olan mirasçının kendi iradesiyle bu sığata son vermesi"dir.^{10,11} Gerçek red nedeninin açıklanması gerekmemekle ve sözlü ya da yazılı yapılabilmesiyle birlikte; mirasın açık olarak kabul edilmemiş olması, reddin kayıtsız ve şartsız olması, red sahibinin fiili ehliyete (medeni haklarını kullanma ehliyetine) sahip olması ya da fiili ehliyete sahip değilse (18 yaşını doldurmamış kişiler ve kısıtlılar gibi) kanuni temsilciyle (veli, vasi, kayyım gibi) bu hakkını kullanması, reddin tek taraflı irade beyanıyla mirasbırakanın son yerleşim yerindeki sulh mahkemesi hakimine ve kanunda belirtilen süreler içinde yapılması gerekmektedir.^{12,13,14,15,16,17,18} Reddin, fiili ehliyete tam olarak sahip olan bir kişi tarafından bizzat hukuki işlem yapma yerine, bir başkasına kendi adına ve hesabına hukuki işlemde bulunma yetkisi verilerek de yapılabilmesi mümkündür.¹⁹ Mirasın gerçek reddiyle, mirasçılık sıfatı kaybedilmekte, miras hakkı diğer mirasçılara geçmektedir.^{20,21}

⁸ Doğan Şenyüz, "Mirasın reddi ve emekli aylığı", *Yaklaşım Dergisi*, 11(131), 2003b. s.29.

⁹ TMK., 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 2001, s.105.

¹⁰ TMK., a.g.e., 2001, s.105.

¹¹ İzzet Başara, a.g.e., 2011, s.8.

¹² Şakir Berki, "Türk Medeni Kanununda miras hukukunun esasları (III)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 33(1-4), 1976, s.127.

¹³ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.19.

¹⁴ Seher Serap Dinçer, "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hukuki Sonuçları", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi. 2009, s.25.

¹⁵ İzzet Başara, a.g.e., 2011, s.69.

¹⁶ Y.Burak Aslanpınar, a.g.e., 2009. s.272-275.

¹⁷ Doğan Şenyüz, "Mirasçılık Hakkı, Mirasın Reddi, Verasetin İlamı Alınması ve Varislerin Sahip Olabileceği Haklar", *Yaklaşım Dergisi*, 11(127), 2003a, s.22.

¹⁸ Ali Deniz Tanrıverdi, "Türk Medeni Hukukunda Mirasçılıktan Çıkarma", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi. 2008, s.13.

¹⁹ Zariye Şenocak, "Yargıtayın Verdiği Bir Karar Dolayısıyla", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45(1-4), 1996, s.450.

²⁰ Şakir Berki, "Türk Medeni Hukukunda Halefiyet Suretiyle Mirasçılık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(3-4), 1970, s.151.

²¹ Memduh Aslan, "Mirasçılardan Vergi Borçlarından Sorumluluğu", *Marmara*

2.1.2. Hükmi Red

“Hükmen red”, “karinesel red” olarak da adlandırılan “hükmi red”, terekenin borca batık olması nedeniyle mirasçı tarafından reddedilmiş olması durumudur. Böylece mirasçılar, mirasbırakanın aktif malvarlığını oldukça aşan borçlarından kurtulmuş olurlar. Ancak hükmi redde, mirasçıların terekenin borca batıklığının açıkça belli olduğunu ya da resmen tespit edilmiş olmasını ispatlaması gerekmektedir. Hükmi red, mirasbırakanın alacaklılarının mirasçılara karşı açacakları dava ve takiplere karşı da mirasçıları korunması bakımından önem arz etmektedir.²²

EMK'nın 545. maddesinin 2. cümlesince “Mütevveffanın vefatı anında terekenin borca müstağrak olduğu şayi veya sabit olursa, miras reddolunmuş olur.” hükmü çerçevesince; mirasbırakanın ölümü anında terekenin borca batık olduğu sabit olursa miras hükmi olarak (hükmen, kendiliğinden) reddedilmiş olmaktadır.^{23, 24, 25}

Hükmi redde, terekenin borca batık olduğunun tespitine dair davada alacaklıların hısım gösterilmesi; terekenin borca batık olduğunun saptanabilmesi açısından mirasbırakanın taşınmaz ve taşınır malları, üçüncü şahıslardaki alacakları, varsa bankadaki para ve tahvillerini araştırılıp miktar ve değerleriyle beraber tüm tereke varlıklarının hesaplanması, tereke varlıklarından ölenin tüm borçlarının çıkarılması gerekmektedir. Bu davanın açılmasında herhangi bir süre söz konusu değildir.²⁶

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 18.04.2002 tarih ve 2002/4454 E. 2002/5478 K. Sayılı kararında; Mersin İcra Tetkik Hakimliği'nin dosyasında mirasçı sıfatıyla dava açan mirasçının, mirasbırakana ait SSK tarafından gönderilen Haziran 1998 maaşını alması, dolayısıyla TMK'nın 610. maddesi çerçevesinde terekenin olağan yönetimi niteli-

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Vergi Hukuku Özel Sayısı, 17(3-4), 2011, s.136

²² Orçun Horozoğlu, “Mirasın Hükmen Reddi ve Sonuçları”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi. 2010, s.iii, 8.

²³ Orçun Horozoğlu, a.g.e., 2010, s.9.

²⁴ Doğan Şenyüz, a.g.e., 2003a, s.22.

²⁵ İlhan Helvacı, Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi, Filiz Kitabevi, İstanbul. 2002, s.189.

²⁶ Memduh Aslan, a.g.e., 2011, s.137.

ğinde olmayan ya da mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanların dışında işler yapmış olması nedeniyle mirası reddedemeyeceğine karar verilmiş; ancak yasal düzenleme süresi içinde yapılacak olan red beyanı ile sınırlı tutulduğundan, borca batık olan terekeye ilişkin hükmi red kararı verilebilmesine engel olmadığı bildirilmiştir.²⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin terekenin borca batık olduğunun tesciline ilişkin isteğe ilişkin 11.12.1984 tarih ve 10040/19249 Sayılı kararında da; TMK'nın 605. maddesi (EMK, m.545), TMK'nın 610. maddesinin 2. fıkrası (EMK, m.550/c.2) çerçevesinde aleyhlerine açılan 1980/20 esas sayılı tazminat davasında davacı mirasçılar, davacıya bir miktar para ödeyerek davadan vazgeçmesini sağlamış, davacı ile sulh olmuşlardır. Dolayısıyla davacılar, terekeye sahip çıkma durumuna düştükleri için mirası reddetme ve/veya terekenin borca batık olduğunu ileri sürme haklarını kaybetmişler, sonuç olarak davanın reddinin gerektiği, mirasın hükmi reddi kararının verilmesinin usul ve kanuna aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.²⁸

2.2. Mirasın Reddinin Sonuçları

Mirasın reddi, mirasçılık sıfatını kazanmak istemeyen ve/veya mirasçılığı kendisi için tehlikeli gören mirasçılara tanınmış bir hak olup, mirasın reddi sonucunda mirasın açıldığı an itibariyle mirasçılık sıfatının kaybedilmesi anlamına gelir.²⁹ Yasal mirasçılar, atanmış mirasçılar, vasiyet alacaklıları ve devlet tarafından mirasın reddinin sonuçları aşağıdaki bölümlerde işlenmiştir.

2.2.1. Yasal Mirasçıların Mirası Reddetmesi

Yasal (kanuni) mirasçılar, "mirasbırakanın ölümüyle beraber, miras hakkına sahip olan kan hısımları, mirasbırakanın eşi, evlatlığı ve devlet" olarak tanımlanmaktadır.³⁰ TMK'nın 611. maddesine göre; yasal mirasçılardan birinin mirası reddetmesi halinde payı, miras açıldığında o kişi sağ değilmiş gibi kabul edilerek, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarıyla ilgili başka arzusu olmaması halinde en yakın

²⁷ Memduh Aslan, a.g.e., 2011, s.138.

²⁸ Doğan Şenyüz, a.g.e., 2003a. s.22.

²⁹ Memduh Aslan, a.g.e., 2011, s.136.

³⁰ Doğan Şenyüz, a.g.e., 2003a, s.22.

diğer mirasçılarında geçer.³¹ TMK'nın 612. maddesine göre; en yakın yasal mirasçılarının tamamının mirası reddetmesi halinde miras, sulh mahkemesi tarafından iflas hükümlerine göre tasfiye edilerek, tasfiye sonunda arta kalan değerler, mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verilir.³² TMK'nın 614. maddesine göre mirasçılarının mirası reddederken kendilerinden sonra gelecek mirasçılarının mirası kabul edip etmeyeceklerini mahkeme yoluyla öğrenme hakları da mevcuttur. Bu durumda, sulh hakimi tarafından bu mirasçılara bildirim yapılmasını müteakip bir ay içerisinde mirası kabul etmemeleri halinde bu mirasçılar için reddi miras kararı verilir ve miras iflas hükümlerine göre tasfiye edilerek tasfiye sonunda kalan değerler önce gelen mirasçılara (en yakın diğer yasal mirasçılara) verilir.³³

2.2.2. Atanmış Mirasçılarının Mirası Reddetmesi

Atanmış (mansup) mirasçılar "ölüme bağlı bir tasarrufla, mirasbırakanın kendi tasarrufuyla mirasın tamamı ya da belirli bir kısmını atadığı mirasçılar" olarak tanımlanmaktadır.^{34, 35} TMK'nın 605. maddesine (EMK, m.545) göre yasal mirasçılar gibi atanmış mirasçılar da mirası reddetme hakkına sahiptir. TMK'nın 519. maddesine göre; yasal mirasçılar gibi atanmış mirasçılar da, mirası reddetmiş dahi olsalar, lehlerine yapılmış bir tasarrufun yerine getirilmesini isteyebilir. TMK'nın 611. maddesi gereğince; "Mirası reddeden atanmış mirasçının payı, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufundan arzusunun başka türlü olduğu anlaşılmadıkça, mirasbırakanın en yakın yasal mirasçılarında kalır."³⁶

³¹ Hüseyin Hatemi, a.g.e., 2014, s.138.

³² Yrg. 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen 20.12.2010 tarih ve E.No:2010/15137, K.No:20977 sayılı karar da bu yönde olup; "Bu yasal düzenleme uyarınca, mirasın birinci derecedeki mirasçılarının tamamı tarafından reddi halinde miras ikinci derecedeki mirasçılara geçmez. Tereke tasfiye olunur, borçlar ödendikten sonra geriye kalan kısım varsa red vaki olmamış gibi birinci derece mirasçılarında verilir." denilmek suretiyle TMK'nın 612. maddesi çerçevesinde hüküm verilmiştir (İVDB. 6183 Sayılı Kanun ile İlgili Olarak Uygulama Birliğinin Sağlanması Amacıyla Daha Önce Yapılan Tamimlerin Güncellenmesi ve Birleştirilmesi. İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Tahsilat Grup Müdürlüğü, İstanbul. 2013, s.2).

³³ TMK, a.g.e., 2001, s.107.

³⁴ Doğan Şenyüz, a.g.e., 2003a, s.22.

³⁵ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.16.

³⁶ TMK, a.g.e., 2001, s.106.

2.2.3. Vasiyet Alacaklılarının Mirası Reddetmesi

TMK'nın 603. maddesine göre; "Mirasbırakanın alacaklılarının hakları, vasiyet alacaklılarının haklarından, vasiyet alacaklılarının hakları da mirasçılarının alacaklılarının haklarından önce gelir. Mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçılarının alacaklıları ile mirasbırakanın alacaklıları aynı haklara sahiptirler."³⁷ TMK'nın 616. maddesine göre ise "Vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesi halinde, mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, bu reddetme vasiyet yükümlüsü yararlanır."³⁸ TMK'nın 633. maddesine göre vasiyet alacaklıları da; mirasbırakanın alacaklarını elde edemeyeceklerinden inandırıcı nedenlerle kuşku duyarlarsa, istedikleri halde alacaklarını ödenmezse ya da kendilerine güvence verilmezse, mirasbırakanın ölümünden veya vasiyetnamenin³⁹ açılmasından itibaren üç ay içinde, terekenin resmi tasfiyesini isteme hakkına sahip oldukları gibi, haklarının korunması için gerekli önlemlerin alınmasını da isteyebilirler.⁴⁰ Dolayısıyla bu maddeyle vasiyet alacaklılarının hakları, mirasçının işlem ya da eylemsizliklerine karşı korunmuştur.⁴¹ Ancak, vasiyet alacaklısı mirasçı sıfatına sahip olmadığı için, bir diğer deyişle mirasbırakanın borçlarından kişisel malları ile sorumlu olmadığı için, vasiyet alacaklısının vasiyeti reddetmesini teknik anlamda reddi miras olarak adlandırmamak gerekir.⁴²

2.2.4. Devletin Mirası Reddetmesi

TMK'nın 605. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler" hükmü çerçevesince, yasal bir mirasçı olan devletin de diğer yasal mirasçılar gibi mirası reddetme hakkının olması gerektiği ya da devletin mirası reddetmesine bir engel olmadığı sonucu çıkarılabilir. Bu doğrultuda devletin mirası reddetme

³⁷ TMK, a.g.e., 2001, s.105.

³⁸ TMK, a.g.e., 2001, s.107.

³⁹ Vasiyetname: Vasiyet tasarruflarını içeren ve yasada gösterilen şekle uyularak yapılan ve vasiyetçi tarafından ölüncüye kadar dönülebilen yazılı irade beyanıdır. Vasiyetnameler; el yazısı vasiyetname, resmi vasiyetname ve sözlü vasiyetname olarak çeşitli şekillerde yapılabilir (Doğan Şenyüz. a.g.e., 2003a. s.21).

⁴⁰ TMK, a.g.e., 2001, s.110.

⁴¹ Hüseyin Hatemi, a.g.e., 2014, s.141.

⁴² Cehdi Cihan Sezen, "Türk Miras Hukukunda Mirastan Çıkarma" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi. 2008, s.25.

hakkı, en yakın yasal mirasçılardan mirası reddetme hakkına ilişkin TMK'nın 612. maddesindeki hükümler çerçevesince değerlendirilecek, İİK'nın 180. maddesi gereğince terekenin Sulh Mahkemesi tarafından iflas hükümlerine göre tasfiye edilmesiyle geriye bir şey kalırsa devlete ait olacaktır. Bu durumda devlet, zorunlu yasal mirasçı olduğu için, tasfiyenin kapanması sonrasında geriye kalan net aktifi reddetme hakkına sahip olamayacaktır.⁴³

3. Vergi Hukuku Yönünden Mükellef Hakkı ve Mirasın Reddi

3.1. Mükellef Hakları Kavramı ve Gelişimi

Mükellef haklarının temelini, vergi idaresinin vergilendirmeye ilişkin tüm eylem ve işlemlerine, mükellefin perspektifinden bakılabilmesi anlayışı oluşturmaktadır.^{44, 45} 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 8. maddesine göre mükellef; "vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu tereddüt eden, yani üzerine vergi borcu düşen gerçek veya tüzel kişi"dir.^{46, 47, 48} Dolayısıyla vergi hukukuna göre "mükellef" kavramının, mükellefiyetin niteliği itibariyle bir görevden ibaret olmasının da etkisiyle- daha çok "borç" ya da "yükümlülük" le eşdeğer tutulduğu görülmektedir.⁴⁹

Mükellef hakları kavramına ilişkin genel kabul görmüş bir tanım olmamakla beraber, literatürdeki tanımlardan hareketle mükellef haklarının "mükellef"e ya da "vergi kanunuyla ilişkili olan kişi"ye ait haklar olduğunu söylemek mümkündür.⁵⁰ Bu çerçevede mükellef

⁴³ İlhan Helvacı, a.g.e., 2002, s.47-48.

⁴⁴ Mualla Buket Soygüt, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi kararlarında Mükellefin Suç ve Cezalara İlişkin Hakları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 5(10), 2006, s.254.

⁴⁵ Güneş Çetin. "Mükellef Hakları ve Vergiye Gönüllü Uyum", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Celal Bayar Üniversitesi. 2010, s.14.

⁴⁶ 213 Sayılı Kanun 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu. 1961, s.3477.

⁴⁷ Ayşe Yiğit Şakar, "İş Güvencesi (İşe Başlatmama) Tazminatından Gelir Vergisi Kesintisi Yapılması Durumunda İşverenin Düzeltme Talep Etme Hakkı", *Maliye Dergisi*, Temmuz-Aralık (161), 2011, s.136.

⁴⁸ Haluk Egeli, Mehmet Dağ, "Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi", *Maliye Dergisi*, Temmuz-Aralık (163), 2012, s.131.

⁴⁹ Abdülkerim Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.40.

⁵⁰ Güneş Çetin, Ramazan Gökbunar. "Mükellef haklarına Vergi Dairesi Çalışanlarının Bakışı", *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 17(1), 2010, s.25.

hakları; “vergi kanunlarının gerektirdiği ya da mükellefe tanımış olduğu kazanımlar”,⁵¹ “vergilendirme sürecinde devletle vergi mükellefi arasındaki hukuki ilişki çerçevesince vergi mükellefine tanınan temel haklar”,^{52, 53} “vergi mükellefine, birtakım olumlu veya olumsuz taleplerde bulunabilme yetkisini veren ve ihlali halinde hukuki korunma sağlayan haklar”,^{54, 55, 56, 57} ya da “anayasa, yasa ve sözleşme, gibi diğer asli ve tali kaynaklar vasıtasıyla hukukun mükellefe tanıdığı, bu doğrultuda, devletin vergilendirme yetkisi çerçevesince vergi hukuku kurallarını oluşturması ya da uygulaması esnasında, mükellefin devletten bir şeyi yapmasını ya da yapmamasını talep edebileceği yetkiler”⁵⁸ olarak tanımlanabilir.

Her çağda kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde gerekli olan finansman ihtiyacı öncelikle vergiler aracılığıyla halktan, yani mükelleflerden elde edilmiştir. Bu nedenle verginin tarihi ve de vergiyi ödeyen bireylerin, yani mükelleflerin tarihi, “devlet” kavramının ortaya çıktığı İ.Ö. 3000’li yıllara kadar uzanmaktadır.⁵⁹ Dolayısıyla mükellef haklarının gelişimi, devletleşme ve sonrasındaki gelişmelerin tetiklediği üç önemli tarihsel süreçle koşut gitmektedir. Bunlar; *anayasacılık hareketleri*, *demokrasi tarihi* ve *vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması*dır. Bu süreçlerin gerektirdiği mükellef hakları gelişiminin başlıca iki ana nedeni; bir iktidara tabi olan bireylere kamusal ihtiyaçların karşılanması için bazı kamusal yükümlülüklerin yüklenmesi gerekliliği ve siyasi iktidarların da kamusal gelirleri toplama sürecinde bireylere karşı sorumlulukları çerçevesinde bazı kurallara uyma zorunluluklarıdır.⁶⁰

⁵¹ Güneş Çetin, a.g.e., 2010, s.14.

⁵² Doğan Gökbel, “Mükellef Hakları”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi), 2000, s.9.

⁵³ Selami Er, “Mükellef hakları ve kamuda faiz uygulamaları” *Sayıştay Dergisi*, (81), 2011, s.6.

⁵⁴ Fethi Heper, Recai Dönmez, Vergi Hukuku, (4.Baskı), TC. Anadolu Üniversitesi Yayın No: 1536, Açıköğretim Fakültesi Yayın No: 817. 123-127, Eskişehir 2006, s.126.

⁵⁵ Alper İnan, a.g.e., 2008, s.69.

⁵⁶ Selami Er, a.g.e., 2011, s.6.

⁵⁷ Haluk Egeli, Mehmet Dağ, a.g.e., 2012, s.132.

⁵⁸ Recep Yücedoğru, “Mükellef Hakları”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi. 2007, s.14.

⁵⁹ Recep Yücedoğru, a.g.e., 2007, s.15.

⁶⁰ Alper İnan, a.g.e., 2008, s.25.

Mükellef haklarının gelişiminin paralel seyrettiği vergilendirmenin gelişimi de insan haklarının gelişimine bağlı bir yapı arz etmiştir. Dolayısıyla mükellef haklarının gelişiminde insan haklarının gelişimi de önemli rol oynamıştır.⁶¹ İnsan haklarına ilişkin belgelerde kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunmasına ve vergilendirmeye yönelik kurallar da bulunmaktadır.⁶² Bu çerçevede 1215 yılında İngiltere’de ilan edilen Magna Carta Libertatum, yani Büyük Özgürlükler Fermanı mükellef hakları ve hukuku ile çağdaş hukukun başlangıcı sayılmaktadır.^{63, 64} Magna Carta Libertatum; mükellef haklarının gelişiminde, literatürde yaygın olarak bildirilen ilk yazılı belgedir. İngiltere’nin 13. yüzyıl başlarında Fransa’yla yaptığı savaşlar İngiltere Kralı’nın halktan ve baronlardan sık sık vergi almasına yol açmış; İngiltere’nin savaşı kaybetmesiyle de din adamları ve baronlar yararına birtakım ödünler vermek zorunda kalmıştır. Böylece 1215 yılında kralın mutlak iktidarını sınırlayan ve aynı zamanda ilk yazılı anayasal belge olan “Büyük Özgürlükler Fermanı” (Magna Carta Libertatum) imzalanmış; kral “ülkede her türlü cizye ve salmanın ancak Genel Meclisler (Common Councils) tarafından konulabileceğini” kabul etmek zorunda kalmıştır.⁶⁵ Anglo-sakson coğrafyasındaki insanların canlarını ve kanlarını vererek elde ettikleri bu haklarla;^{66, 67} kilisenin özgürlüğünün garanti altına alınması, kişi güvenliğinin ve özgürlüğünün sağlanması, vergilendirme ve mülkiyetinin sınırlandırılmasının yanı sıra kralın vergilendirme yetkileri sınırlandırılmış,⁶⁸ halkın temsilcilerinden oluşan parlamentonun gücü artırılmış ve vergilendirme yetkisi parlamentoya geçmiştir.⁶⁹ 1215 yılında ilan edilen, vergi mükelleflerinin hak ve hukukunun da başlangıcı olarak kabul edilen Magna Carta Libertatum sonrasında İngiltere’deki mükellef hakları hususunda gerçekleşen diğer önemli gelişmeler ise Haklar Dilekçesi (Petition of Rights, 1625-1629) ve Haklar Demeci (Bill of Rights, 1689) olarak gösterilebilir.^{70, 71}

⁶¹ Selami Er, a.g.e., 2011, s.7.

⁶² Güneş Çetin, Ramazan Gökbunar, a.g.e., 2010, s.24.

⁶³ Güneş Çetin, Ramazan Gökbunar, a.g.e., 2010, s.24.

⁶⁴ Ahmet Erol, a.g.e., 2011, s.19.

⁶⁵ Alper İnan, a.g.e., 2008, s.26-27.

⁶⁶ Ahmet Erol, a.g.e., 2011, s.19.

⁶⁷ Ahmet Erol, Vergi İncelemesi & Mükellef Hakları, (İSMMM Yayınları, 133), Tor Ofset, İstanbul, 2010, s.5.

⁶⁸ Güneş Çetin, a.g.e., 2010, s.16.

⁶⁹ Alper İnan, a.g.e., 2008, s.28.

⁷⁰ Güneş Çetin, a.g.e., 2010, s.16.

⁷¹ Alper İnan, a.g.e., 2008, s.28-29.

Vergi hukuku çerçevesinde ele aldığımızda, mükellef haklarının açıklanması ve duyurulması konusunda ilk girişim İngiliz Vergi İdaresi tarafından Temmuz 1986'da yayımlanan "Mükellef Hakları İmtiyazı" olarak kabul edilebilir.⁷² Ancak aynı yıllarda 1985 yılında Kanada'da yayımlanan Declaration of Taxpayer's Rights (Mükellef Hakları Bildirisi), 1986'da Yeni Zelanda'da yayımlanan Statement of Principles (İlkeler Bildirisi), 1987'de Fransa yayımlanan Taxpayer Charter (Mükellef Hakları Şartı), 1988'de ABD'de yayımlanan Taxpayer Bill of Rights (Mükellef Hakları Yasası) gibi yasal düzenlemeler de, mükellef haklarının gelişimi açısından öncü kabul edilmektedir.^{73,74} 1991 yılının Ağustos ayında İngiltere'de yayımlanan ve çağdaş anlamda ilk bildirgelerden biri olarak kabul edilen "Vatandaşlık Bildirgesi"yle birlikte "Mükellef Hakları Bildirgesi" gözden geçirilmiş, "Mükellef Hakları İmtiyazı"nın temel amacı olan "mükelleflere adil ve etkin hizmet sunulmasını sağlamak" amacı aynen korunmuş, ancak daha kolay anlaşılabilmesine yönelik olarak daha özet ve daha açık hale getirilmiştir.^{75,76,77} 1991 yılında ilan edilen bildirge devlet tarafından hazırlanmışken, sonraki mükellef hakları bildirgeleri sistemli şekilde devlet dışındaki birimlere danışılarak hazırlanmıştır.⁷⁸ Bu bildirgedeki "Vergi Mükellefleri İçin İmtiyaz" kısmı, 2003 Temmuz'unda yenilenerek 2004 Temmuz'unda yeniden gözden geçirilmiş, mükelleflere yönelik bir "hizmet taahhüt beyanı" niteliğini taşıyan bir broşür halinde basılmıştır.^{79,80,81} Böylece, "Vergi Mükellefleri İçin İmtiyaz", İngiliz Gelir İdaresi'nin mükellef hizmetlerine olan genel yaklaşımının bir ifadesi haline gelmiştir.⁸²

3.2. Mükellef Haklarının Sınıflandırılması

Literatürdeki yaygın görüşe göre, mükellef hakları; genel haklar (temel haklar) ve özel haklar olmak üzere iki grupta toplanmaktadır.

⁷² Recep Yücedoğru, a.g.e., 2007, s.17.

⁷³ Fethi Heper, Recai Dönmez, (Eds.), a.g.e., 2006, s.124.

⁷⁴ Recep Yücedoğru, a.g.e., 2007, s.54.

⁷⁵ Güneş Çetin, a.g.e., 2010, s.17.

⁷⁶ Recep Yücedoğru, a.g.e., 2007, s.17.

⁷⁷ Alper İnan, a.g.e., 2008, s.53.

⁷⁸ Güneş Çetin, a.g.e., 2010, s.17.

⁷⁹ Recep Yücedoğru, a.g.e., 2007, s.17.

⁸⁰ Alper İnan, a.g.e., 2008, s.53.

⁸¹ Güneş Çetin, Ramazan Gökbunar, a.g.e., 2010, s.27.

⁸² Alper İnan, a.g.e., 2008, s.53.

Genel haklar; vergi kanunların uygunluğuna, temel işleyişi ve geçerliliğine ilişkin mükelleflerin görmek istedikleri doğruluk ve etkinliği içermekte olup, bu haklar vergi idaresiyle mükellef arasındaki ilişkilerde ortaya çıkmaktadır. 1990 yılında OECD tarafından hazırlanan "Taxpayers' Rights and Obligations - A Survey of the Legal Situation in OECD Countries" adlı raporla, mükellef hakları bildirgesinde yer alan temel mükellef hakları ve yükümlülükleri konusundan bir belirleme yapılmış; ve mükelleflerin temel hakları "Bilgi edinme, yardım ve bildirme hakkı", "İtiraz edebilme hakkı", "Doğru miktardan fazla vergi ödememe hakkı", "Kesinlik hakkı", "Mahremiyet hakkı", "Gizlilik hakkı" olmak üzere altı grupta sınıflandırılmıştır.^{83, 84, 85} Özel haklar ise; vergi kanunlarındaki özel durumlara, işlemlere ve uygulamalara ilişkin olup vergi kanunlarının uygulanmasında esas alınacak usul süreci odaklıdır.^{86, 87} Vergi mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması sürecinde karşılaştıkları özel durumlar ve işlemler sırasında kanunların kendilerine tanıdığı özel haklar; "verginin tarh ve tahsili sırasında haklar", "vergi ihtilaflarının çözümü sırasında haklar" ve "vergi denetimi sırasında haklar" olarak üç grupta incelenebilir.^{88, 89, 90, 91, 92}

3.3. Mirasın Reddi ve Mükellef Hakkı İlişkisi

Ölümüyle mirasbırakanın tüm haklarının, alacak ve borçlarının kendiliğinden mirasçıya geçmesi⁹³, her zaman olumlu sonuç doğurmayabilir⁹⁴. Örneğin; mirasbırakanın borçları mal varlığından fazla olabilir.^{95, 96} Bu gibi durumlarda, mirasçının mirası reddetme hakkı

⁸³ OECD, Taxpayers' Rights and Obligations - Practice Note, OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Tax Administration, Paris, 2003, s.3.

⁸⁴ Güneş Çetin, a.g.e., 2010, s.32.

⁸⁵ Haluk Egeli, Mehmet Dağ, a.g.e., 2012, s.132.

⁸⁶ Adnan Gerçek, "Vergilemede Mükellef Hakları ve Türkiye'deki Durumun İncelenmesi", *Vergi Dünyası*, Şubat(209), 2006, s.126,132,140,143.

⁸⁷ Haluk Egeli, Mehmet Dağ, a.g.e., 2012, s.133.

⁸⁸ Adnan Gerçek, a.g.e., 2006, s.132.

⁸⁹ Neslihan Koşar, a.g.e., 2007, s.37.

⁹⁰ Recep Yücedoğru, a.g.e., 2007, s.128.

⁹¹ Alper İnan, a.g.e., 2008, s.146.

⁹² Haluk Egeli, Mehmet Dağ, a.g.e., 2012, s.139-140.

⁹³ Doğan Şenyüz, a.g.e., 2003b, s.28.

⁹⁴ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.12.

⁹⁵ Memduh Aslan, a.g.e., 2011, s.134.

⁹⁶ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.12.

bulunmakta olup, buna “reddi miras”, “mirasın reddi” veya “mirasın kabul edilmemesi” denilmektedir. Vergi hukukuna göre “reddi miras” mirasçılar açısından aynı zamanda bir mükellef hakkıdır. Hukuki ve ekonomik durumunu daha kötü hale getirebilecek, vergisel yükü getirisinden daha fazla olan bir mirası kabul etmemek, vergi hukuku bakımından vergi yükümlüsüne tanınmış yasal bir hak olup,⁹⁷ hemen hemen tüm vergi mükellefi mirasçılar tarafından tercih edilen mantıklı bir seçimdir.⁹⁸ Vergi idaresiyle irtibata geçerek mirasbırakanın vergi borçlarının öğrenilmesi, bu tutarın miras ile karşılaştırılarak mirasçılar tarafından vergisel yükü fazla olabilecek bir mirasın kabul ya da reddine karar verilmesi bir mükellef hakkıdır.⁹⁹

3.4. Miras, Ölüm, Veraset ve Vergi Hukuku İlişkisi

3.4.1. Miras

Miras konusu, VUK'un 12.¹⁰⁰ 16.¹⁰¹ ve 164.¹⁰² maddelerinde hükme bağlanmıştır. Bu maddelerdeki hükümlere göre; ölüm halinde mükelleflerin sağlığında yerine getirmesi gereken tüm vergisel ödevleri, mirası reddetmemiş yasal (kanuni) ve atanmış (mansup) mirasçılarında geçmekte olup, mirasçılardan her biri ölünün vergi borçlarından miras hisseleri nispetinde sorumlu olmaktadır^{103, 104, 105}. Mirasbırakanın iş bırakma hükmünde kabul edilen ölümüyle,^{106, 107} mirasını reddetmemiş olan mirasçılara geçen ödevler (ölüm halinin vergi dairesine bildirilmesi ve vergi beyannamesi verilmesi) için tanınan süre vergi kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde üç ay daha uzatılır.^{108, 109, 110}

⁹⁷ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.12.

⁹⁸ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.20.

⁹⁹ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.14.

¹⁰⁰ 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, 1961, s.3478.

¹⁰¹ 213 Sayılı Kanun, a.g.e., 1961, s.3479.

¹⁰² 213 Sayılı Kanun, a.g.e., 1961, s.3512.

¹⁰³ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.18.

¹⁰⁴ Ayşe Gınalı, “Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılarının Sorumluluğu”, *Mali Çözüm Dergisi*, Ocak-Şubat, 2011, s.237.

¹⁰⁵ Mehmet Korkusuz, “Ölüm Olayının Vergi Hukuku Açısından Sonuçları”, *Mali Çözüm Dergisi*, (24), 1993, s.23.

¹⁰⁶ Ayşe Gınalı, a.g.e., 2011, s.234.

¹⁰⁷ Mehmet Korkusuz, a.g.e., 1993, s.24.

¹⁰⁸ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.18.

¹⁰⁹ Ayşe Gınalı, a.g.e., 2011, s.232.

¹¹⁰ Mehmet Korkusuz, a.g.e., 1993, s.24.

Mirasçılardan her hangi birinin mirasbırakanın ölümünü bildirmesi, diğer mirasçıları bu ödevden kurtarır.^{111, 112} Mirası reddetmiş olan mirasçılarla, lehine muayyen bir mal vasiyeti yapılan kişiler, cüz'i halef durumunda olduklarından mirasbırakanın vergi borçlarından sorumlu tutulmazlar.^{113, 114}

3.4.2. Ölüm

Hukuki anlamda ölüm; “kişiliğe son veren bir olay” olarak belirtilmektedir.¹¹⁵ Hukuk düzeninde ölümün, doğal bir olay olması hususu dışında birtakım hukuki sonuçlara bağlanmış olması nedeniyle ölüm aynı zamanda hukuki bir nitelik taşımakta; ölüm nedeniyle bir hak veya yetkiye sahip olduğunu iddia eden kişinin bu iddiasını, yani ölümün gerçekleştiğini ispat etmesi gerekmektedir.¹¹⁶ VUK’un 164. maddesine göre; ölüm “iş bırakma” hükmünde olup; ölümün mükellefin mirası reddetmemiş mirasçıları tarafından vergi dairesine bildirilmesi gerekmektedir. Aynı maddeye göre; mirasçılardan herhangi birinin ölümü bildirmesi diğer mirasçıları bu ödevden kurtarmaktadır.^{117, 118} VUK’un 372. maddesine göre; evrensel bir hukuk kuralı olan cezaların kişiselliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak ölüm halinde vergi cezası düşmektedir.^{119, 120, 121, 122, 123} Mükellefe yönelik olarak kesilmiş ya da tahakkuk etmiş usulsüzlük, özel usulsüzlük, idari para cezaları ya da vergi ziyayı (tek kat veya üç kat) gibi cezalar, mükellefin ölümü halinde silinmektedir.^{124, 125} Ancak, gecikme faizi ve zammının ceza kap-

¹¹¹ 213 Sayılı Kanun, a.g.e., 1961, s.3512.

¹¹² Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.14.

¹¹³ Mehmet Tahir Ufuk, “Vergi Hukukunda Mirasçıların Sorumluluğu”, *Vergi Dünyası*, Mart(235), 2001, s.8.

¹¹⁴ Mustafa Harun Kıyık, “İslam Miras Hukukunda Kırk Hal ve İslam Miras Hukuku ile Medeni Kanunda Mirasın Mukayesesi” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yüzüncü Yıl Üniversitesi. 2006, s.124.

¹¹⁵ Mehmet Korkusuz, a.g.e., 1993, s.23.

¹¹⁶ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.14.

¹¹⁷ 213 Sayılı Kanun, a.g.e., 1961, s.3512.

¹¹⁸ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.14.

¹¹⁹ 213 Sayılı Kanun., a.g.e., 1961, s.3561.

¹²⁰ Mehmet Korkusuz, a.g.e., 23-32, 1993, s.24.

¹²¹ Memduh Aslan, a.g.e., 2011, s.132.

¹²² Ayşe Gımalı, a.g.e., 2011, s.235.

¹²³ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.18.

¹²⁴ Memduh Aslan. a.g.e., 2011, s.132.

¹²⁵ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.18.

samına girmemesi nedeniyle mirasçılar, mirastaki payları oranında hesaplanacak gecikme zammı ve faizden sorumlu tutulmaktadır.¹²⁶

3.4.3. Veraset

Veraset; ölen bir kişinin mal varlığının, yani mirasının, mirasbırakanın ölümü ile hayatta bulunan gerçek ve tüzel kişilere, yani mirasçılara geçişidir.¹²⁷ Veraset konusu, VUK'un 291, 296, 341, 342, 352, 354 ve 415. maddelerinde ele alınmakla birlikte, vergi hukuku-miras, vergi hukuku-ölüm ilişkilerine yönelik hususlar aynı zamanda veraseti de ilgilendirmektedir.

Hiçbir mirasçının terekede tek başına tasarrufta bulunması mümkün değildir.¹²⁸ Dolayısıyla, veraset kapsamındaki malların mülkiyetinin geçişi tek başına mükellefiyeti doğurmamaktadır.¹²⁹ Ölüm halinde veraset ve intikal vergisi kapsamında mükellefiyetin doğuşu çeşitli durumlara bağlanmış olmakla birlikte esas itibarıyla beyannamenin verilmesiyle başlamaktadır^{130, 131}. Veraset ve intikal vergisine ilişkin hususlar 7338 Sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'yla (VİVK) düzenlenmiştir.^{132, 133}

Veraset ile miras aktif ve pasifiyle birlikte bir bütün olarak (kül halinde) ele alınmaktadır. Buna göre bir bütün olarak kabul ya da reddedilebilen mirasın mirasçıya malvarlığı yönünden olumsuz etkide bulunacak olması halinde, mirasçının bu mirası reddetme hakkı saklı bulunmaktadır. Vergi hukuku yönünden bu durum, mirasbırakanın vergi borçlarının, bırakılan mirasın parasal tutarından daha yüksek olması halinde doğal olarak mirasçılar tarafından reddedilmesi şeklinde kendini göstermektedir. Vergi hukuku çerçevesinde, ölüm halinde; ölüm olayının ve mirasın kabulü halinde kabul edilen mirasın bildirilmesi varislerin başlıca yükümlülüklerindedir. Diğer yandan, vergi

¹²⁶ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.18.

¹²⁷ Mehmet Tahir Ufuk, a.g.e., 2001, s.11.

¹²⁸ İlhan Helvacı, Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul. 2010, s.496.

¹²⁹ Mehmet Tahir Ufuk, a.g.e., 2001, s.11.

¹³⁰ Aziz Özbek, "Servet Vergilerinde Reform İhtiyacı-I: Veraset ve İntikal Vergisi", *Vergi Sorunları Dergisi*, Nisan (37), 2014, s.107.

¹³¹ Mehmet Tahir Ufuk, a.g.e., 2001, s.11.

¹³² 7338 Sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, 1959.

¹³³ Aziz Özbek, a.g.e., 2014, s.103.

idaresiyle irtibata geçerek mirasbırakanın vergi borçlarının öğrenilmesi, bu tutarın miras ile karşılaştırılarak mirasın kabul ya da reddine karar verilmesi de bir mükellef hakkıdır.¹³⁴ VUK'un 12. maddesinde¹³⁵, mirasçılarının, mirasbırakanın vergi borçlarından sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre; ölüm halinde mükelleflerin ödevleri, mirası reddetmemiş yasal ve atanmış mirasçılara geçecektir. Ancak, mirasçılar vergi borçlarından diğer borçlardan farklı olarak miras hisseleri oranında sorumlu tutulurlar.^{136,137} Bu maddeye göre, mirası reddetmemiş kanuni ve mensup mirasçılarının; ölen kişinin vergi mükellefi ya da sorumlusu olması halinde, ölümü sonrası vergi idaresine bu kişiyle ilgili ölüm bildiriminde bulunulması; defter tutma, envanter çıkarma, kayıt nizamı, muhafaza ve ibraz gibi ödevlerin yerine getirilmesi, ölüm tarihi itibarıyla kıst dönemi kapsayan kar veya zararın tespit edilerek dönem gelirinin beyan edilmesi, kıst dönem için tahakkuk edecek vergilerin zamanında ödenmesi, mirasbırakanın sağlığında tarh ve tahakkuk ettirilmiş fakat kısmen ya da tamamen ödenmemiş vergi borçlarının ödenmesi gibi ödevlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Ancak bu vergi borçlarından, intifa hakkını seçen eşin sorumlu olmamakta, mülkiyet hakkına sahip mirasçılarının sorumlu tutulmaktadır.¹³⁸

4. Türkiyede Mükellef Hakları ve Mirasın Reddinin Medeni ve Vergi Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi

4.1. Türkiyede Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi, Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Türkiye'de vergilendirme sürecine ilişkin usul ve esaslar kanunlarla ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve sıkı kurallara bağlanmış olması, mükellef haklarının da esas itibarıyla anayasal normlarda ve vergi kanunlarında düzenlenmesini sağlamıştır.¹³⁹ Bu çerçevede, mükellef haklarının; 1982 Anayasa'sında, VUK'da, 6183 sayılı AATUHK'da ve

¹³⁴ Ahmet Erol, Nergiz Elmas, a.g.e., 2014, s.14.

¹³⁵ 213 Sayılı Kanun, a.g.e., 1961, s.3478.

¹³⁶ Memduh Aslan, a.g.e., 2011, s.131.

¹³⁷ İVDB. a.g.e., 2013, s.1-2.

¹³⁸ Mehmet Korkusuz, a.g.e., 1993, s.23.

¹³⁹ Neslihan Koşar, "Avrupa Birliği'nde Mükellef Hakları ve Türkiye'de Mükellefin Durumu", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi. 2007, s.100.

diğer ilgili kanunlarda dağınık halde bulunmasına rağmen, pozitif hukukun kapsamındaki haklar kategorisinde bulunduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla mükellef haklarının tek seferde bir araya toplanması yönünde bir adım atılmasa bile, vergi idarelerinin görevlerine ilişkin yeniden düzenlemelerde, bilhassa vergi mükelleflerinin daha iyi ve kaliteli hizmet alabilmesi için mükellef haklarının vergi mevzuatından ve diğer idari mevzuatlarda sistemli bir şekilde ve maddeler halinde bir araya toplanması bu noktadaki boşluğun doldurulmasına yardımcı olabilir.¹⁴⁰ Bunun yanısıra; Türkiye’de VUK’un mükellef haklarını düzenlemekten çok mükellef ödevleri ve vergi idaresi yetkilerini düzenleyen bir yapıda olduğu, dolayısıyla vergi sisteminin genel olarak verginin tarh ve tahsilini güvence altına almaya yönelik düzenlendiği görülmektedir. Bu çerçevede, hangi hakların mükellef hakları kapsamına girdiğinin net bir şekilde belirlenebilmesi için bu alanda ayrı bir İdari Usul Kanunu’na ihtiyaç duyulmakta olduğu söylenebilir.^{141,142}

Türk vergi hukukunda; özel hayatın gizliliği, vergi mükelleflerine yönelik bilgilerin gizliliği ve yargısal başvuru hakkı gibi diğer temel hakların yeterli korumaya sahip olduğu; ancak vergi mükelleflerinin avukatları ve doktorlarıyla olan iletişimine tanınan gizlilik hakkının, mükelleflerin muhasebecileriyle aralarındaki iletişimde eksik kaldığı görülmektedir. Dolayısıyla yasal düzenlemelerle mükelleflerle muhasebecileri arasındaki iletişimde de gizlilik hakkı tanınmalıdır.¹⁴³

Genel olarak mükellefler devlet karşısında kendilerini güçsüz hissetmekte, devlet de özellikle vergi tahsilatı gibi uygulamalarda bu gücünü daha da çok göstermektedir. Devletin bu uygulaması da çoğu mükellefin vergi ödemelerinden kaçmasına yol açmakta, bu da toplanan vergi miktarını sekteye uğratmaktadır. Devlet kendi alacakları için resen¹⁴⁴ ve ön şartsız bir şekilde faiz alabilmekte ancak kendi borç-

¹⁴⁰ Alper İnan, “Türkiye’de Vergilerin Meşruiyetinin Sağlanmasında Mükellef Haklarının Önemi ve Anayasal Dayanaklarının Belirlenmesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi. 2008, s.186.

¹⁴¹ Neslihan Koşar, a.g.e., 2007, s.147.

¹⁴² Haluk Egeli, Mehmet Dağ, a.g.e., 2012, s.141.

¹⁴³ Haluk Egeli, Mehmet Dağ, a.g.e., 2012, s.142.

¹⁴⁴ “zf. (re:sen) esk.: 1. Kendi başına, kendiliğinden. 2. Bağımsız olarak, kimseye bağlı olmaksızın: “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine ...

larının faiz ödemeleri gündeme geldiği zaman birtakım ön şartlar öne sürebilmektedir. Vergi idaresi de, faiz isteminde bulunan mükelleflerin işlemlerini çeşitli gerekçelerle uzatarak mümkün mertebe faiz ödeme yoluna gitmektedirler. Tüm bu yaklaşımlar mükellefte devlete karşı bir güvensizlik oluşturduğundan, devletin mükellefe karşı olan davranışlarını yeniden gözden geçirmesi ve mükellef hakları çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir.¹⁴⁵

Genel olarak değerlendirdiğimizde; yapılması gereken hukuki düzenlemelerin yanı sıra devlet, halk ve diğer ilgili kurum ve kuruluşların vergi politikalarının belirlenmesinde tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerine uyararak hareket etmesi halinde mükellefler vergiye gönüllü uyum konusunda daha istekli olacaktır.^{146,147} Bu çerçevede, Türkiye’de ilk kez 2006 yılı Mart ayında “Mükellef Hakları Bildirgesi” başlığı altında Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı’nca kamuoyuna duyurularak web sitesinde ilan edilen,¹⁴⁸ Türk Vergi İdaresi’nin de yayımlanmış olduğu Mükellef Hakları Bildirgesi; odağını mükelleflerin oluşturduğu, kaliteli hizmet sağlama, saygılı ve dürüst olma ilkelerinin çalışma prensibi edinildiği, vergi ödemenin bir yükümlülük olması yanında “vatandaş olma” ve “sorgulama” hakkı olduğunu da kabul eden, vergi hizmeti verilen her birey, kurum ve kuruluşu memnun etme ve sorunlarını çözme amaç edinmiştir.¹⁴⁹

4.2. Türkiyede Mirasın Reddinin Değerlendirilmesi, Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Mirasçıları korumaya yönelik bir müessese olan mirasın reddi, miras hukuku açısından büyük önem arz etmekte; ancak mirasın reddine yönelik hükümlerin yeterince açık olmaması nedeniyle birçok hukuki sorun ve tartışmayı da beraberinde getirmektedir.¹⁵⁰

yargı mercilerine başvurulamaz. Anayasa”, (TDK BTS, Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, 2014).

¹⁴⁵ Mehmet Yücel, “ Fazla ve yersiz ödenen vergilerin iadesinde faiz uygulaması ve anayasa mahkemesi kararı” *Mali Çözüm Dergisi*, Eylül-Ekim (107), 2011, s.185.

¹⁴⁶ Mehmet Yücel, a.g.e., 2011, s.187.

¹⁴⁷ Haluk Egeli, Mehmet Dağ, a.g.e., 2012, s.142.

¹⁴⁸ Recep Yücedoğru, a.g.e., 2007, s.54.

¹⁴⁹ Mehmet Yücel, a.g.e., 2011, s.187.

¹⁵⁰ İzzet Başara, a.g.e., 2011, s.i.

Medeni hukukta mirasın reddi, gerçek (hakiki) red ve hükmi (hükmen) red olmak üzere iki şekilde de kabul edilmiştir.¹⁵¹ Gerçek red, mirasçılardan bu yönde bir irade beyan etmesinden kaynaklanırken, hükmi red ise kanunun öngördüğü karineden kaynaklanmaktadır.¹⁵² Mirasın hükmen reddi, uygulaması oldukça fazla olmasına rağmen temel mantığındaki belirsizlikler nedeniyle çok farklı şekillerde uygulanmakta ve yorumlanmaktadır.¹⁵³ Kanunda belirtilen süre içinde mirası reddetmemiş olan mirasçılar için, TMK'nın 605. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen "Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır." hükmü çerçevesinde mirasın hükmen reddi uygulanmaktadır.^{154,155} Ancak bu ifadenin "Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczi durumunda, miras reddedilmiş sayılır; acz durumu resmen tespit edilmiş olabileceği gibi, başka şekilde de ispatlanabilir." şeklinde değiştirilmesi; mirasbırakanın ölümü anında borçlarını ödeyemeyecek durumda bulunmasının "açıkça belli" ya da "resmen tespit edilmiş" olması hükmen reddin bir şartı olarak aranmayarak, hükmen reddin kapsamının genişletilmesi önerilmektedir. Çünkü; hükmen reddin temel mantığının "mirasçının kendisine fayda sağlamayan ya da zararlı olacak bir mirası kabul etmemesi" düşüncesi olması nedeniyle böyle bir mirasın, mirasçı bu durumu bilse de bilmese de reddedilmiş sayılması uygun olacaktır. Bu karine; mirasçılardan mirasın kendilerine fayda sağlamayacağını bildiklerinde onları gerçek red külfetinden kurtarmak için devreye sokulabilir. Mirasçılardan mirasbırakanının ölümü tarihinde ödemedi aczini bilmemesi halinde de "bilseydi zaten reddedeceği" varsayımından hareket edilmelidir.¹⁵⁶

Mirasın reddedilmesi sonrası reddin geri alınması ancak red beyanının irade bozukluğuyla sakat olduğunun ispatıyla mümkündür.¹⁵⁷ Bu noktada; TMK'nın mirasın reddine ilişkin hükümleri arasında irade sakatlığı halinde sorunun nasıl çözüleceğine dair bir hükme yer

¹⁵¹ Y.Burak Aslanpınar, a.g.e., 2009, 272-275.

¹⁵² İzzet Başara, a.g.e., 2011.

¹⁵³ Hasan Petek, "Mirasın Hükmen Reddi" *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, III (Özel Sayı), 2013, s. 2191-2235.

¹⁵⁴ Memduh Aslan, a.g.e., 2011.

¹⁵⁵ Hüseyin Hatemi, a.g.e., 2014.

¹⁵⁶ Hasan Petek, a.g.e., 2013, s.2230.

¹⁵⁷ İzzet Başara, a.g.e., 2011, s.34.

verilmemiş olması nedeniyle; TMK'nın 5. maddesinde¹⁵⁸ yer alan "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düş-tüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır." hükmünden ha-reketle, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 23. maddesinde¹⁵⁹ ifade edilen "Akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf, o akit ile ilzam olu-namaz." ve diğer maddelerindeki hükümleri kıyasen uygulanabilir.¹⁶⁰ Sonuç olarak; mirasçının red beyanına yönelik iradesinin hata, hile veya ikrah ile sakatlanması durumunda mirasçı red beyanının iptalini isteyebilir. Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında¹⁶¹ da bu yönde bir çözümü benimsediği görülmektedir. Mirasçının, mirasın reddine yö-nelik beyanının irade sakatlığına dayanarak iptalini talep edebilmesi için dava yoluna başvurması gerekmektedir. İrade sakatlığı nedeniyle iptal edilen red beyanı, geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta; bu durumda mirasçı, mirası hiç reddetmemiş gibi mirasçılık sıfatına sa-hip olmaktadır.¹⁶²

GVK'nın 81. maddesinde yer alan uygun devirlerde ve KDV Kanunu'nun 17. maddesinin 4-c bendinde yer alan istisna uygulama-sında işletmelerin tüm aktif ve pasifleriyle birlikte kül halinde devre-dilmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla mirasbırakana ait indirilemeyen KDV de işletmenin devriyle beraber devralan mirasçılara geçecektir. Bu nedenle mirasbırakana ait indirilemeyen KDV'nin mirasçılar tara-fından sonraki dönemlerde indirim konusu yapılabileceği düşünül-mektedir.¹⁶³

5. Değerlendirme ve Sonuç

Mirasbırakanın ölümü ile birlikte tüm hakları, alacak ve borçları kendiliğinden mirasçıya geçer. Bu durum, mirasbırakanın borçlarının mal varlığından fazla olması halinde olumlu sonuç doğurmayabilir. Bu gibi durumlarda da mirasçının mirası reddetme hakkı bulunmak-

¹⁵⁸ TMK, a.g.e., 2001, s.1.

¹⁵⁹ 818 Sayılı Borçlar Kanunu, 1926, md.23.

¹⁶⁰ İzzet Başara, a.g.e., 2011, s.34.

¹⁶¹ Yrg. 2.HD. 27.11.1959 T., 6381 E., 5860 K. sayılı kararında "... reddin vazgeçilebilmesi ancak reddin iradeyi sakatlayan sebeplerle yapıldığının ispat edilebilmesine bağlıdır..." hükmüne varmıştır (İlhan Helvacı, a.g.e., 2002; İzzet Başara, a.g.e., 2011, s.34).

¹⁶² İzzet Başara, a.g.e., 2011, s.34.

¹⁶³ Mehmet Korkusuz, a.g.e., 1993, s.30.

tadır. Buna “reddi miras”, “mirasın reddi” veya “mirasın kabul edilmemesi” denilmektedir.

Vergi hukukuna göre “reddi miras” mirasçılar açısından aynı zamanda bir mükellef hakkıdır. Hukuki ve ekonomik durumunu daha kötü hale getirebilecek, vergisel yükü, bırakılan mirasın parasal tutarından daha fazla olan bir mirası kabul etmemek, vergi hukuku açısından vergi yükümlüsüne tanınmış yasal bir haktır. Reddi miras; mirasbırakanın borçlarının mal varlığından fazla olması halinde hemen hemen tüm vergi mükellefi mirasçılar tarafından tercih edilen mantıklı ve ekonomik bir seçimdir. Mirasçıların vergi idaresiyle irtibata geçerek mirasbırakanın vergi borçlarının öğrenme ve bu tutarı miras ile karşılaştırarak kendileri açısından vergisel yükü fazla olabilecek bir mirası kabul ya da reddetme hakları bulunmaktadır. Dolayısıyla reddi miras, bir mükellef hakkıdır.

Reddi miras, mirasçuları korumaya yönelik bir müessesedir. Reddi miras, miras hukuku açısından büyük önem arz eden mirasın reddine yönelik hükümlerin yeterince açık olmaması nedeniyle birçok hukuki sorun ve tartışmayı da beraberinde getirmektedir.

Medeni hukukta mirasın reddi, gerçek (hakiki) red ve hükmi (hükmen) red olmak üzere iki şekilde de kabul edilmiştir. Gerçek red, mirasçılarının bu yönde bir irade beyan etmesinden kaynaklanırken, hükmi red ise kanunun öngördüğü karineden kaynaklanmaktadır. Özellikle mirasın hükmen reddi, uygulaması oldukça fazla olmasına rağmen temel mantığındaki belirsizlikler nedeniyle çok farklı şekillerde uygulanmakta ve yorumlanmaktadır.

Mirasın reddine ilişkin hükümlerin kanunda yeterince açık olmaması nedeniyle, ileride ilgili kanun maddelerinde yapılacak düzenlemelerde aşağıdaki önerilerin dikkate alınmasının yararlı olacağı düşünülmektedir:

- Kanunda geçen, hükmen reddin bir şartı olarak mirasbırakanın ölümü anında borçlarını ödeyemeyecek durumda bulunmasının “açıkça belli” ya da “resmen tespit edilmiş” olması hükmünün reddin bir şartı olarak aranmayarak, hükmen reddin kapsamının genişletilmesi,

- Yargıtay kararlarının tam aksi olarak, hükmen red davalarında yetkili mahkemenin “mirasın açıldığı yerin mirasçı ya da mirasçılardan birinin ikametgahındaki mahkeme” değil, “mirasbırakanın son ikametgahındaki yetkili mahkeme” olarak seçilmesi,
- Mirasçılardan işe devam etmemeleri halinde, işletmenin kısmen ya da tamamen satılmasından elde edilen kazancın değer artış kazancı olarak düşünülmesi ve bundan ölen kişinin kazancı olarak vergilendirilmesi,
- Mirasbırakana ait indirilemeyen KDV'nin mirasçılar tarafından sonraki dönemlerde indirim konusu yapılabilmesi,
- Yine Yargıtay kararlarının tam aksi olarak, resmi tasfiye talebinin mahkeme tarafından kabul edilmesi ve buna istinaden tasfiye memurunun atanmasından sonra mirasçılardan birisinin mirası kabul ettiği yönündeki beyanının tasfiyede etkili olmaması,
- Resmi tasfiyenin başlaması sonrasında açıklanan kabul beyanının tasfiye işlemlerini durdurması halinde; tasfiye memurunun o ana kadar yaptığı işlemlerin geçerli kalması ve iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanmış olduğu hakların korunabilmesi için bu durdurmanın en azından geleceğe etkili sonuçlar doğuracak şekilde kabul edilmesi.

Mükellef haklarının geliştirilmesi için; bu haklara özen göstermeyen, mükellefin herhangi bir biçimde hukukunu sınırlayan veya sınırlama çabasına girişen, mükellefin hukuki küçük dünyasına hukuk normları dışında el atmaya çalışan veya buna kalkışan, mükellefleri hukuk dışı biçimde herhangi bir yolla tehdit ve icbar edenler hakkında çok ağır hukuki yaptırımların getirilmesi ve bunların da etkin şekilde uygulanması gerekmektedir.

Türkiye’de mükellef hakları da son derece dağınık ve OECD ülkeleri ile AIHM kararlarının oldukça gerisinde bulunmaktadır. Vergi reform çalışmaları çerçevesinde VUK’da yapılacak değişikliklerle bu hususların özenle göz önünde bulundurulması ve Türkiye’de mükellef haklarının yasal boyuta ve güvenceye kavuşturulması önemlidir.

Kaynakça

- 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 1960.
- 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, 1961.
- 818 Sayılı Borçlar Kanunu, 1926.
- 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu, 1984.
- 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 1953.
- 7338 Sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, 1959.
- Aslan Memduh, Mirasçıların Vergi Borçlarından Sorumluluğu. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Vergi Hukuku Özel Sayısı, 17(3-4), 2011.
- Aslanpınar Y.Burak, "Mirasın Gerçek Reddi ve Hükmen (Hükmi) Redd", *Yaklaşım Dergisi*, (198), 2009, 272-275.
- Başara İzzet, "Mirasın Reddi", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi, 2011.
- Berki Şakir, "Türk Medeni Hukukunda Halefiyet Surediyle Mirasçılık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(3-4), 1970, 129-157.
- Berki Şakir, "Türk Medeni Kanununda Miras Hukukunun Esasları (III)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 33(1-4), 1976, 125-138.
- Berki Şakir, "Eski ve Yeni Medeni Hukukumuzda Miras Sistemleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 37(1-4), 1980, 223-237.
- Çetin Güneş, Ramazan Gökbunar, "Mükellef Haklarına Vergi Dairesi Çalışanlarının Bakışı", *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 17(1), 2010. 23-46.
- Diñer Seher Serap, "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hukuki Sonuçları", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi, 2009.
- Dural Mustafa, Öz Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Egeli Haluk- Dağ Mehmet, "Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi", *Maliye Dergisi*, Temmuz-Aralık (163), 2012. 130-146.
- Er Selami, "Mükellef Hakları ve Kamuda Faiz Uygulamaları", *Sayıştay Dergisi*, (81), 2011, 3-32.
- Erol Ahmet, Vergi İncelemesi & Mükellef Hakları, İSMMMO Yayınları, 133. Tor Ofset, İstanbul, 2010.
- Erol Ahmet, Nergiz Elmas, "Mükellef Hakkı Olarak Reddi Miras" *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Nisan (124), 2014, 11-20.
- Gerçek Adnan, Vergilemede Mükellef Hakları ve Türkiye'deki Durumun İncelenmesi. Vergi Dünyası, Şubat (209), 2006, 121-149.

- Gınalı Ayşe, "Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılarının Sorumluluğu", *Mali Çözüm Dergisi*, Ocak-Şubat, 2011, 231-238.
- Gökbe, Doğan, "Mükellef Hakları", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Anadolu Üniversitesi, 2000.
- Hatemi, Hüseyin, *Miras Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Helvacı İlhan, *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.
- Helvacı İlhan, *Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul, 2010.
- Heper Fethi, Dönmez Recai, *Vergi Hukuku*, (4.Baskı), TC. Anadolu Üniversitesi Yayın No: 1536, Açıköğretim Fakültesi Yayın No: 817, 123-127, Eskişehir, 2006.
- Horozoğlu Orçun, "Mirasın Hükmen Reddi ve Sonuçları", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, 2010.
- İVDB, "6183 Sayılı Kanun ile İlgili Olarak Uygulama Birliğinin Sağlanması Amacıyla Daha Önce Yapılan Tamimlerin Güncellenmesi ve Birleştirilmesi", İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Tahsilat Grup Müdürlüğü, İstanbul, 2013.
- İnan Alper, "Türkiye'de Vergilerin Meşruiyetinin Sağlanmasında Mükellef Haklarının Önemi ve Anayasal Dayanaklarının Belirlenmesi" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, 2008.
- Kıylık Mustafa Harun, "İslam Miras Hukukunda Kırk Hal ve İslam Miras Hukuku ile Medeni Kanunda Mirasın Mukayesesi", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yüzüncü Yıl Üniversitesi, 2006.
- Korkusuz Mehmet, "Ölüm Olayının Vergi Hukuku Açısından Sonuçları", *Mali Çözüm Dergisi*, (24), 23-32, 1993.
- Koşar Neslihan, "Avrupa Birliği'nde Mükellef Hakları ve Türkiye'de Mükellefin Durumu" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, 2007.
- OECD, *Taxpayers' Rights and Obligations - Practice Note*, OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Tax Administration, Paris, 2003.
- Özbek Aziz, "Servet Vergilerinde Reform İhtiyacı-I: Veraset ve İntikal Vergisi", *Vergi Sorunları Dergisi*, Nisan (37), 2014, 96-113.
- Petek Hasan, "Mirasın Hükmen Reddi", *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, III(Özel Sayı), 2191-2235, 2013.
- Sezen Cehdi Cihan, "Türk Miras Hukukunda Mirastan Çıkarma", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, 2008.
- Soygüt Mualla Buket, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi Kararlarında Mükellefin Suç ve Cezalara İlişkin Hakları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 5(10), 2006, 253-265.

- Şenocak Zarife, "Yargıtay'ın Verdiği Bir Karar Dolayısıyla" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45(1-4), 1996, 449-451.
- Şenyüz Doğan, "Mirasçılık Hakkı, Mirasın Reddi, Verasetin İlamı Alınması ve Varislerin Sahip Olabileceği Haklar", *Yaklaşım Dergisi*, 11(127), 2003a, 21-25.
- Şenyüz Doğan, "Mirasın Reddi ve Emekli Aylığı", *Yaklaşım Dergisi*, 11(131), 2003b, 28-31.
- Tanrıverdi Ali Deniz, "Türk Medeni Hukukunda Mirasçılıktan Çıkarma", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, 2008.
- TBMM, 1982 Anayasası, 2011.
- TDK BTS, Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, 2014.
- TMK, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 2001.
- Ufuk Mehmet Tahir, "Vergi Hukukunda Mirasçılarının Sorumluluğu", *Vergi Dünyası*, Mart (235), 2001.
- Yıldırım Abdülkerim, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Yiğit Şakar Ayşe, "İş Güvencesi (İşe Başlatmama) Tazminatından Gelir Vergisi Kesintisi Yapılması Durumunda İşverenin Düzeltme Talep Etme Nakkı", *Maliye Dergisi*, Temmuz-Aralık (161), 2011, 133-147.
- Yücedoğru Recep, "Mükellef Hakları", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, 2007.
- Yücel Mehmet, "Fazla ve Yersiz Ödenen Vergilerin İadesinde Faiz Uygulaması ve Anayasa Mahkemesi Kararı", *Mali Çözüm Dergisi*, Eylül-Ekim (107), 2011, 183-190.

İŞVERENLERİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE AYKIRILIĞIN İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

EMPLOYERS OBLIGATIONS ON OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY AND THE EFFECT ON EMPLOYMENT RELATION OF NONFEASANCE

Cem BALOĞLU*

Özet: İşverenler iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmezlerse, çalışanlar iş sözleşmelerini feshedilebilir. Ancak bu hak, sadece bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalışanlara tanınmıştır. Kamu çalışanlarının böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Diğer taraftan, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlüklerini yerine getirmemeleri halinde çalışanların kullanabileceği tek imkân işten ayrılmak değildir. Böyle bir durumda çalışanlar, çalışmaktan kaçınma hakkını da sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Çalışan, Fesih, İşveren, Kaçınma, Yükümlülük.

Abstract: If employers do not fulfil their obligations concerning occupational health and safety, workers can terminate their labor contracts. But this right is only granted to workers who work with a labor contract. Public employees do not have this right. On the other hand, the only available remedy workers can do is not to leave the job if the employers do not fulfil their obligations on occupational health and safety, but they have the right to refrain from working in such a case, too.

Keywords: Employers, Obligation, Refrain, Termination, Worker.

* Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişi, Ankara Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Doktora Öğrencisi.

1.GİRİŞ

İş sağlığı ve güvenliği faaliyetleri; çalışanların, işyerlerinde işin yürütümü nedeniyle oluşabilecek çeşitli tehlikelerden korunması, işyeri içi ve dışındaki çalışma koşullarının iyileştirilerek refahının artırılması amacıyla yapılan sistemli çalışmalardır. Önceleri iş sağlığı ve güvenliği konusunda işçi odaklı yaklaşımlar benimsemiş olsa da, günümüzde çalışma şekillerinin ve üretim yapısının değişmesi ve yeni yönetim tekniklerinin benimsenmesi iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerinin sadece işçilere yönelik değil, işteki tüm unsurları kapsayıcı şekilde olmasını gerektirmiştir. Faaliyetlerin odağında “işçi” yerine “iş” kavramının yer alması, asıl vurgunun işçinin sağlığından çok iş üzerine yapıldığı ve emeğin korunmasına dönük koruyucu ilkenin zedelenmediği ve artık işin kendisinin özne olduğu şeklinde değerlendirmelere yol açmışsa da, “iş sağlığı ve iş güvenliği” anlayışı daha geniş kapsamlı ve koruyucudur.¹

İş sağlığı ve güvenliğine uygun hareket edilmemesi sonucunda ortaya çıkan iş kazası ve meslek hastalıkları tüm dünya için büyük bir sorundur. Her yıl dünya üzerinde milyonlarca insan, ölümcül nitelikteki iş kazası ve meslek hastalığı sonucunda hayatını kaybetmektedir. İş kazası ve meslek hastalığına maruz kalan bazı işçiler ise vücut bütünlüğünü yitirerek, çalışma gücünün tümünü veya bir kısmını sürekli ya da belirli bir süreyle yitirebilmektedir.² İş kazaları ve meslek hastalıkları insanı boyutunun yanında, ülke ekonomileri açısından da ciddi kayıplara yol açmakta ve bu durum bütün dünya ülkelerini, gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde kapsamlı bir iş sağlığı ve güvenliği politikası oluşturmaya ve uygulamaya zorlamaktadır.³

Avrupa Birliği’nde (AB) Tek Senedin getirdiği açılımla birlikte çıkarılan ve “Çerçeve Direktif”⁴ olarak adlandırılan 89/391/EEC sayılı İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Ted-

¹ Cem Baloğlu, Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.8.

² Benjamin Alli, Fundemantal Principles Of Occupational Health and Safety. ILO Organization Office, Geneva 2001, s.9.

³ Baloğlu, a.g.k., s.1.

⁴ Bu Direktif, kendinden sonra çıkarılan Direktiflere temel oluşturması sebebiyle Çerçeve Direktif olarak nitelendirilmektedir. Bknz. Baloğlu, a.g.k., s.45.

birler Alınmasına ilişkin Konsey Direktifi, AB’de iş sağlığı ve güvenliğinin en temel belgeleri arasında yer almaktadır. Bu Direktif, iş sağlığı ve güvenliği alanına “ortak sorumluluk” ilkesiyle yaklaşmaktadır.⁵ Bu anlayışa göre, iş sağlığı ve güvenliği alanında başarı elde edilebilmesi için ise hem çalışan hem de işveren taraflarına sorumluluk yüklenmesi ve her ikisinin birden sürece dahil edilmesi şarttır.⁶

Türkiye’deki iş sağlığı ve güvenliği sistemi de, AB’de olduğu gibi ortak sorumluluk ilkesini esas alan bir anlayış üzerine kurulmuştur. Bu anlayışın bir sonucu olarak da, iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerek çalışanlara gerekse işverenlere birtakım görev ve sorumluluklar yüklenmiştir. Bu çalışmada işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülükleri ve aykırılığın iş ilişkisine etkisi değerlendirilmektedir.

2. İŞVERENLERİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Anayasanın 17 nci maddesinde, herkesin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmek suretiyle, yaşama hakkı, Anayasal bir hak olarak teminat altına alınmıştır. Anayasanın yatay etkisi nedeniyle de işverenler, Anayasada yer alan yaşam hakkı uyarınca çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdürler.⁷ Başka bir deyişle, işveren tarafından alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, her şeyden önce çalışanın anayasal hakkı olan yaşama hakkının bir gereğidir.⁸

İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine ilişkin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve buna dayalı olarak çıkarılmış

⁵ Levent Akın, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2005, 54(1), s.2.

⁶ Cem Baloğlu, “İşverenlerin İş Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu”, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 2014, 13(3), s.110.

⁷ Mahmut Kabakçı, “İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2009, (86), s.257.

⁸ Aydın Başbuğ, *İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği*, Aydoğdu Ofset, Ankara 2013, s.16.

uygulama yönetmelikleri ile 6098 sayılı Borçlar Kanununda bazı düzenlemeler yer almaktadır. 6098 sayılı Kanunda daha genel nitelikte düzenlemelere yer verilmiş olmasına karşın, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile buna dayalı olarak çıkarılmış uygulama yönetmeliklerinde, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine ilişkin oldukça ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Öyle ki, 89/391 sayılı Çerçeve Direktif, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili bazı konularda sorumluluklarının sınırlandırılabilceği veya sorumluluk dışında bırakılabileceği konusunda ülkelere serbestlik tanırken, söz konusu Direktifin iç hukuka kazandırılması amacıyla çıkarılmış olan 6331 sayılı Kanunda sürekli bir biçimde işverenin sorumluluğuna vurgu yapılmıştır.⁹

6331 sayılı Kanunda yer alan işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülükleri; iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin genel yükümlülükleri, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunumuna ilişkin yükümlülükleri, acil durum yükümlülükleri, iş kazası ve meslek hastalıklarını kayıt ve bildirme yükümlülüğü, çalışanlarına yönelik yükümlülükleri ve diğer yükümlülükleri olmak üzere altı başlık altında toplanabilir.¹⁰

Bunun yanında, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri sadece yasal düzenlemelerden ibaret değildir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun “İşverenin genel yükümlülüğü” başlıklı 4 üncü maddesine göre, işverenler, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.

İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

⁹ Baloğlu, a.g.k., s.108.

¹⁰ Cem Baloğlu, İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Aykırılık Hallerinde Uygulanacak Yaptırımlar, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 2013, 13(2), s.103.

Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır.

Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır.

Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayatı ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.

6098 sayılı Borçlar Kanununun 417 nci maddesinin 2 nci fıkrasıyla ise; işverenler, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak ve araç ve gereçleri noksansız bulundurmaya yükümlü kılınmıştır. İş sözleşmesinin işverene yüklediği borçlar arasında yer alan işçiyi gözetme borcu, işverenin işyerinde işçinin yaşam, sağlık ve kişiliğinin korunmasına yönelik her türlü önlemi almasını gerektirmektedir.¹¹

Gerek 6098 sayılı Borçlar Kanunu, gerekse 6331 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun bahse konu maddelerinde; işverenlerin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli "her türlü" önlemi almakla yükümlü oldukları belirtilerek, iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınması gereken tedbirlerin sadece yasal düzenlemelerden ibaret olmadığı, yasalarla düzenlenmemiş konularda dahi işverenlerin yükümlü oldukları ve dolayısıyla sorumlu tutuldukları görülmektedir.

3. İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNE AYKIRI DAVRANMASININ İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2 nci maddesine göre; bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanmaktadır. Ancak;

Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki diğer Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri,

Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri,

¹¹ Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s.159.

Ev hizmetleri,

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

Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edin-dirme faaliyetleri,

Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri,

Kanun kapsamı dışında tutulmuştur.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 3 üncü maddesinde ise çalışan; kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi; işveren; çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmıştır.

6331 sayılı Kanunun, hem özel sektör hem de kamu sektörü işveren ve çalışanlarını kapsaması nedeniyle, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin iş ilişkisini ne yönde etkileyeceğini, statü hukukuna göre çalışanlar ve iş sözleşmesiyle çalışanlar yönünden ayrı ayrı ele almak ve irdelemek gerekir.¹²

3.1. Statü Hukukuna Göre Çalışanlar Yönünden

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun 3 üncü maddesinde kamu işvereni, kamu görevlilerinin çalıştığı tüzel kişiliği olan ya da olmayan kamu kurum ve kuruluşları; kamu işveren vekili ise; kamu kurum ve kuruluşlarını temsile ve bütününe sevk ve idareye yetkili olanlar ile bunların yardımcıları olarak tanımlanmıştır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının çalıştırabilecekleri personel türleri de öteden beri yasalarla belirlenmekte ve genel itibarıyla memur, sözleşmeleri personel, geçici işçi ve işçi olarak sınıflandırılmaktadır.¹³

¹² Emine Tuncay Kaplan, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanların Yükümlülükleri ve Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları", *Sicil Dergisi*, İstanbul 2014, (31), s.46,47.

¹³ Birgül Ayman Güler, *Kamu Personeli*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2005, s.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında; “İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabii oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir.” hükmüne yer verilmiştir. Kanun gerekçesinde de; iş sözleşmesi ile çalışanlara; talep etmelerine rağmen ciddi ve yakın tehlikenin işveren tarafından giderilmemesi halinde tabii oldukları kanunların hükümleri esas alınarak hizmet akitlerini feshedebilme hakkının tanındığı açıkça belirtilmiştir.

Bahse konu Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılık sebebiyle iş sözleşmesini feshedebilme hakkı, sadece iş sözleşmesine dayalı olarak çalışanlara tanınmış bir haktır. Dolayısıyla, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinde sayılan memur, sözleşmeli personel ve geçici işçilerin, bu yönde bir fesih hakları bulunmamaktadır. 6331 sayılı Kanunda memurlar ve diğer kamu çalışanları için fesih hakkı tanınmamasının nedeni ise, söz konusu personelin statüsünün özel hukuk sözleşmesiyle değil, yasayla belirlenmesidir. Bu çalışanların çalışma ilişkilerini belirleyen statü hukukunda, iş ilişkisinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle sona erdirilebileceğine yönelik bir düzenleme olmadığı sürece de, iş sözleşmesiyle çalışmayan kamu personelinin çalışma ilişkisini tek taraflı sona erdirebilme hakkından bahsetmek mümkün değildir.¹⁴

3.2. İş Sözleşmesiyle Çalışanlar Yönünden

6331 sayılı Kanunun 13/4 maddesine göre, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi sebebiyle iş sözleşmesini fesih hakkı yukarıda da bahsedildiği üzere sadece iş sözleşmesiyle çalışanlara tanınmış bir haktır. Ancak, yine aynı Kanun maddesine göre, bu hakka sahip olan çalışanların iş sözleşmelerini tabii oldukları kanun (İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu) hükümlerine uygun şekilde sonlandırmaları gerekmektedir. Bu nedenle, söz konusu Kanunlarda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin

109.

¹⁴ Gaye Baycık, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2013, (3), s.119.

yerine getirilmemesi durumunda kullanılacak bir fesih hakkının bulunup bulunmadığı yönündeki düzenlemeler oldukça önemlidir.¹⁵

4857 sayılı İş Kanununda, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedilebileceğine yönelik ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 24 üncü maddesinin I bendinin (a) ve (b) ile aynı maddenin (II) numaralı bendinin (f) fıkraları bu açıdan önemlidir. 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14 üncü maddesinde, 4857 sayılı İş Kanununun 24 üncü maddesinin (II) numaralı bendinin (f) fıkrasına benzer nitelikte bir düzenleme bulunmasına karşın, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda bu yönde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, gerek bu üç Kanunda hüküm bulunmayan hallerde gerekse bu Kanunlar kapsamında yer almayan hizmet sözleşmesiyle çalışanlar hakkında 6098 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından, 6098 sayılı Kanunun 435 inci maddesinde yer alan düzenleme de oldukça önemlidir.¹⁶

Bu nedenle, konunun sistematik bir yaklaşımla incelenebilmesi için 4857 sayılı Kanunun söz konusu maddelerinde yer alan düzenlemelerin ayrı başlıklar halinde ele alınarak değerlendirilmesinin, diğer Kanunlarda yer alan düzenlemelere de yeri geldikçe değinilmesinin uygun olacağı kanaatindeyim.

İşin İşçinin Sağlığı İçin Tehlikeli Olması Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi

4857 sayılı İş Kanununun 24 üncü maddesinin I bendinin (a) fıkrasına göre; iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

Bahse konu madde hükmüne göre, işçi lehine sağlık nedeniyle fesih hakkının doğabilmesi için her şeyden önce yapılan iş işçinin yaşamı veya sağlığı için tehlike yaratmalıdır. Kanun hükmünde yer alan

¹⁵ Baycık, a.g.m., s.120.

¹⁶ Baycık, a.g.m., s.120.

“tehlike” kavramı, işçinin yaşamının ve sağlığının ileride karşılaşacağı istenilmeyen, giderilmesi mümkün olmayan zararların ortaya çıkacağı kötü haller, ölüm ya da büyük zarar ihtimali anlamlarını taşımaktadır. Tehlikenin mutlaka ölümcül nitelikte olması gerekmemektedir. Ayrıca, tehlikenin geçici veya sürekli nitelikte olmasının ya da sözleşmenin kurulduğu sırada bilinip bilinmemesinin de fesih hakkının kullanılmasında belirleyiciliği yoktur. İşin tehlikeli olup olmadığının belirlenmesinde objektif koşullar ve işçinin yaşı, sağlık durumu, cinsiyeti vs. gibi subjektif koşullar belirleyici olmaktadır.¹⁷

Bununla birlikte, söz konusu tehlike işin niteliğinden kaynaklanmış olmalıdır. Yargıtay, işyeri koşullarından kaynaklanmayan hastalıkları haklı fesih nedeni saymamaktadır.¹⁸ İşçinin yaptığı işin, sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olup olmadığı hususunun tereddüde yer vermeyecek şekilde sağlık raporu alınarak ortaya konulması da, söz konusu kanun hükmüne dayalı olarak yapılacak fesih işleminin geçerliliği konusunda önemlidir.¹⁹ Ancak, işin niteliğinden doğmamakla birlikte, işçiyi çalışamaz hale düşüren bir hastalık nedeniyle de işçiye, bu fıkra hükmüne dayanarak sözleşmeyi fesih imkânı tanınması gerekmektedir. Yargıtay kararları da bu yöndedir.²⁰

İşverenin veya Başka Bir İşçinin Bulaşıcı veya İşçinin İşi ile Bağdaşmayan Hastalığa Tutulması Sebepiyle İş Sözleşmesinin Feshi

4857 sayılı Kanununun 24 üncü maddesinin I bendinin (b) fıkrasına göre ise; işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

Bu durumda, fesih hakkının doğabilmesi için, işverenin veya başka bir işçinin tutulmuş olduğu hastalığın işçinin sağlığı için ciddi bir tehlike oluşturması gerekmektedir. Dolayısıyla, işçinin sadece grip

¹⁷ Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.603.

¹⁸ Sarper Süzek, İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s.647.

¹⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas: 2011/2356, Karar: 2011/5968, Tarih: 03.03.2011.

²⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.k.,604.

gibi bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış olması fesih hakkının kullanılabilmesi için yeterli bir sebep değildir.²¹ Verem, AIDS, sarılık gibi hastalıklar söz konusu fıkra hükmüne dayalı fesih işlemini haklı kılabılır. Bunun yanında, işçinin hastalığa yakalanan işçi ya da işverenle sıkça bir arada bulunması gerekmektedir. Söz konusu işveren veya işçi ile çok ender görüşmesi halinde bu koşul gerçekleşmiş sayılmaktadır.²² Diğer taraftan, işçinin işiyle bağdaşmayan hastalıklardan ise, bulaşıcı hastalıklar dışında dışa yansıyışı bakımından tiksindirici, çevresindekileri itici hastalıklar ile psişik hastalıklar anlaşılmalıdır.²³

Ayrıca, yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, söz konusu madde hükmünde yer alan ve iş sözleşmesinin feshine gerekçe teşkil eden hastalık işyeri koşullarından kaynaklanmamaktadır. Aksi halde, kanımca yapılacak fesih işleminin bu madde hükmüne değil, 4857 sayılı İş Kanununun 24 üncü maddesinin I bendinin (a) fıkrasına dayandırılması gerektiği düşünülmektedir.

Son olarak, işçinin kendisinin tutulduğu hastalık bahse konu fıkra hükmüne dayalı olarak sözleşmenin haklı nedenle feshine imkân tanımaz. Fesih için işçinin tutulduğu hastalık değil, onun sürekli olarak yakından ve doğrudan doğruya buluşup görüştüğü işverenin veya işçinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan bir hastalığa yakalanması gerekmektedir.²⁴

İşverenin Çalışma Şartlarını Uygulamaması Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi

4857 sayılı İş Kanununun 24 üncü maddesinin (II) numaralı bendinin (f) fıkrasında düzenlendiği üzere, işveren tarafından çalışma şartları uygulanmazsa, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

Çalışma şartları; yasa, tüzük, yönetmelik, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelik, işyeri uygulamaları vs. gibi tüm iş hukuku kaynakları ile saptanmış bulunan kurallar bütünü ifade etmekte-

²¹ Süzek, a.g.k., s.647.

²² Süzek, a.g.k., s.648.

²³ Mollamahmutoglu, a.g.k., s.605.

²⁴ Süzek, a.g.k., s.647,648.

dir.²⁵ Dolayısıyla, iş sağlığı ve güvenliği konusunda mevzuatla ya da diğer iş hukuku kaynaklarıyla belirlenmiş olan hususlar da birer çalışma şartıdır. İşverenin, çalışma şartlarını uygulamaması, yani hiç uygulamaması veya eksik uygulaması, işçiye haklı nedenle fesih imkanı sağlamaktadır. Çalışma şartlarının uygulanmaması, başta iş sağlığı ve güvenliği ve işin düzenlenmesi hükümleri olmak üzere işçinin kanun ve sözleşme hükümlerine aykırı çalıştırılmak istenmesi halinde söze konu olmaktadır.²⁶

Yargıtay bir kararında; “...İşveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini korumak için gerekli olanı yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün sadece önlem almakla yetinilebileceği anlamına taşımadığı, alınan önlemlere uyulup uyulmadığını denetleme ve giderek önlemlere uyulmasını temin anlamında bulunduğu da kuşkusuzdur. Başka bir deyişle, işveren işyerinde, geniş anlamda, doğmuş veya doğabilecek tüm tehlikeleri önlemek zorundadır. Bu zorunluluk sonucu olarak işyerinde, işveren bakımından tam anlamı ile geniş bir kontrol mekanizması kurulmalıdır. Olayımızda ise; işverenin gerekli kontrol mekanizmasının bulunmadığı, işçilerin işin gerekleri dışında ve tehlike doğurabilecek şekilde dahi çalışabildikleri anlaşılmakta ve bu hal, işçinin görevi ile ilgili bulunmadığı halde, kendiliğinden, velev ki aşırı bir görev duygusu ile dahi olsa, çatıya çıkarılıp düşmesi şeklinde belirginleşmektedir. Kaldı ki; sigortalı işçinin kendisine ait olmayan tehlikeli bir iş için kendiliğinden ve uyarılara rağmen çatıya çıkmasının, hayatın olağan akışına ters düştüğü de ortadadır...” şeklinde hüküm tesis etmiştir.²⁷ Kanaatimce, söz konusu kararda, işverenin iş sağlığı ve güvenliğine yönelik çalışma şartlarını uygulamamasının işçinin doğrudan sağlığını ve güvenliği tehdit etmese dahi, işin sağlığını ve güvenliğini tehlikeli bir hale getirerek dolaylı bir biçimde işçiyi de etkilediği vurgulanmakta ve iş sağlığı ve güvenliği konusunda oldukça önemli bir noktaya temas edilmektedir.

4857 sayılı Kanunun söz konusu hükmüne benzer bir düzenleme 854 sayılı Deniz İş Kanununda da yer almaktadır. 854 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin II numaralı bendinin (b) fıkrasında yer alan “İşveren veya işveren vekilinin gemiadamına karşı, kanuna, hizmet akitlerine veya

²⁵ Süzek, a.g.k., s.655.

²⁶ Mollamahmutoğlu, a.g.k., s.616.

²⁷ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, Esas: 1978/2077, Karar: 1978/7689, Tarih: 31.10.1978.

*sair iş şartlarına aykırı hareket etmesi” hükmü gereğince, gemiadamları iş sözleşmelerini tehlike devam ettiği sürece ve tehlikenin sona ermesini takip eden 6 işgünü içinde derhal fesih hakkını kullanarak sona erdirebilir.*²⁸

Diğer taraftan, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 5953 sayılı Kanun kapsamında çalışanlar hakkında, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 6098 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

6098 sayılı Kanunun 435 inci maddesinde; *“Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.”* hükmü yer almaktadır. Bu nedenle, gerek 5953 sayılı Kanun ve gerekse 6098 sayılı Borçlar Kanunu kapsamındaki çalışanlar da, işverenleri tarafından iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi durumunda, söz konusu hükme dayanarak iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilecektir.²⁹

Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, çalışanın yapılabileceği tek şey işten ayrılmak değildir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13 üncü maddesinde çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Üstelik bu hak, sadece iş sözleşmesiyle çalışanlara değil, kamu ve özel ayırımı olmaksızın iş sağlığı ve güvenliği kapsamındaki tüm çalışanlara tanınmış bir haktır. Ancak, söz konusu hakkın Kanunda belirtilen şartlara uygun olarak kullanılması gerekmektedir.

6331 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine göre; ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini

²⁸ Baycık, a.g.m., s.120.

²⁹ Baycık, a.g.m., s.120.

talep edebilir. Bunun üzerine kurulun acilen toplanarak, işverenin ise derhâl kararını vermesi ve durumu tutanakla tespit etmesi gerekmektedir. Bu kararın da, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilmesi şarttır.

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

Ancak, İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelikte düzenlendiği üzere, iş sağlığı ve güvenliği kurulu üyelerinin nerdeyse tamamı işveren tarafından belirlenmekte ve kurul başkanlığını da işveren veya işveren vekili yapmaktadır. Bu şekilde oluşturulan Kurul, üye tam sayısının salt çoğunluğu karar almaktadır. Oyların eşitliği halinde ise başkanın, yani işveren ve işveren vekilinin oyu kararı belirlemektedir. Böyle bir yapıda çalışan lehine karar çıkıp çıkmayacağı konusunda tereddütler oluşmakla birlikte, kurulun almış olduğu kararlardan ötürü hukuki, mali ve cezai yönden sorumluluğu bulunduğu da bilinmelidir.

Diğer taraftan, çalışmaktan kaçınma hakkı sadece iş sağlığı ve güvenliği kurulu ya da işveren kararına bağlı olarak kullanılacak bir hak değildir. 4857 sayılı Kanun döneminde var olan çalışmaktan kaçınma hakkı, çalışana, ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığını kendi sübjektif değerlendirmesine göre takdir hakkı tanımazken³⁰, 6331 sayılı Kanun bu konuda çalışana da takdir hakkı tanımıştır. Buna göre çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda işveren ya da iş sağlığı ve güvenliği kurulu kararı olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gitme hakkına sahiptir.

Bununla birlikte, çalışanın tek başına ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu yönünde tespitte bulunması her zaman kolay olmayabilir. İş sağlığı ve güvenliği kurulu ya da işverenin, çalışanın ta-

³⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.k., s.974.

lebi yönünde karar vermemesi halinde, çalışanın başvurusu üzerine iş müfettişi de işyerinde gerekli incelemeyi yaparak çalışanın talebi doğrultusunda karar verebilir.³¹ Diğer yandan, talebi reddedilen çalışan tehlikenin mevcut olduğu yönündeki kanaatini sürdürüyorsa, iş müfettişince tespit edilmesine ihtiyaç duymaksızın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.³²

Çalışmaktan kaçınma hakkı herhangi bir süreyle sınırlı hak değildir. Yani, çalışmaktan kaçınan çalışan bu hakkını gerekli önlemler alınıncaya kadar kullanabilir. Tehlikenin birden çok çalışana ilgilendirmesi durumunda ise çalışanların topluca çalışmaktan kaçınma haklarını kullanması kanun dışı grev olarak nitelendirilemez.³³

SONUÇ

İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde, çalışanlar, iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilecektir. Ancak bu hak, sadece bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalışanlara tanınmıştır. Dolayısıyla, statü hukukuna bağlı olarak çalışan kamu çalışanlarının böyle bir hakkı bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, söz konusu fesih hakkını kullanabilmek için sadece iş sözleşmesiyle çalışmak da yeterli değildir. Aynı zamanda, bu hakka sahip olan çalışanların iş sözleşmelerini tabi oldukları kanun hükümlerine uygun şekilde sonlandırmaları gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanununa tabi olan çalışanlar, işverenlerinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde, iş sözleşmelerini, ilgisine göre, söz konusu Kanunun 24 üncü maddesinin I bendinin (a) ve (b) ile aynı maddenin (II) numaralı bendinin (f) fıkralarına göre haklı nedenle feshedebilecektir. 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14 üncü maddesinde de, 4857 sayılı İş Kanununun 24 üncü maddesinin (II) numaralı bendinin (f) fıkrasına benzer nitelikte bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda bu yönde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

³¹ Mollamahmutoglu, a.g.k., s.975.

³² Mollamahmutoglu, a.g.k., s.975.

³³ Baycık, a.g.m., s.119.

Bununla beraber, gerek bu üç Kanunda hüküm bulunmayan hallerde gerekse bu Kanunlar kapsamında yer almayan hizmet sözleşmesiyle çalışanlar hakkında 6098 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından, 5953 sayılı Kanun ve 6098 sayılı Kanun kapsamında çalışanlar da, işverenlerinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde sözleşmelerini 6098 sayılı Kanunun 435 inci maddesine göre feshedebilecektir.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, çalışanın yapılabileceği tek şey işten ayrılmak değildir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13 üncü maddesinde düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkı da bir alternatif olarak görülebilir. Üstelik bu hak, sadece iş sözleşmesiyle çalışanlara değil, kamu ve özel ayrımı olmaksızın iş sağlığı ve güvenliği kapsamındaki tüm çalışanlara tanınmış bir haktır. Ancak, çalışmaktan kaçınma hakkının 6331 sayılı Kanunda belirtilen şartlara uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Dolayısıyla, çalışmaktan kaçınma hakkı her durumda başvurulabilecek bir hak değildir. Bununla birlikte, daha önce 4857 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan çalışmaktan kaçınma hakkının kullanım alanı 6331 sayılı Kanunla birlikte genişletilmiştir. 4857 sayılı Kanun çalışana, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığını sübjektif değerlendirmesine imkan tanımamışken, 6331 sayılı Kanun bu konuda çalışana da takdir hakkı tanımıştır.

Kaynakça

- Akın Levent, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2005, 54(1).
- Akyiğit Ercan, *İş Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Alli Benjamin, *Fundamental Principles Of Occupational Health and Safety*. ILO Organization Office, Geneva 2001.
- Baloğlu Cem, *Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği*, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- Baloğlu Cem, "İşverenlerin İş Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 2014, 13(3).

- Baloğlu Cem, "İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Aykırılık Hallerinde Uygulanacak Yaptırımlar", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 2013, 13(2).
- Başbuğ Aydın, *İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği*, Aydoğdu Ofset, Ankara 2013.
- Baycık Gaye, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2013, (3).
- Güler Birgül Ayman, *Kamu Personeli, İmge Kitabevi Yayınları*, Ankara 2005.
- Kabakçı Mahmut, "İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2009, (86).
- Kaplan Emine Tuncay, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanların Yükümlülükleri ve Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları", *Sicil Dergisi*, İstanbul 2014, (31).
- Mollamahmutoglu Hamdi, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- Süzek Sarper, *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Esas: 2011/2356, Karar: 2011/5968, Tarih: 03.03.2011.
- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, Esas: 1978/2077, Karar: 1978/7689, Tarih: 31.10.1978.

İŞ HUKUKUNUN EMREDİCİ YAPISI İŞİĞİNDA REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ COVENANT NOT TO COMPETE IN LIGHT OF THE MANDATORY STRUCTURE OF LABOR LAW

M. Tarık GÜLERYÜZ*

Özet: Borçlar hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan “sözleşme özgürlüğü prensibinin” sıkı bir şekilde uygulanması iş hukukunun doğasıyla bağdaşmamaktadır. Emredici hukuk kurallarının iş hukuku özelinde farklılaşmasına neden olan bu durum, iş hukukunun kendisine özgü emredici bir yapı almasını sağlamıştır. Bu yapı ise işçi ile işveren arasında akdedilen inceleme konumuz olan rekabet yasağı sözleşmesi gibi tali sözleşmeler de dâhil olmak üzere tüm iş hukuku sözleşmelerinde kendini göstermektedir.

Bu makalenin konusu, taraflar arasındaki zıt menfaatler arasında denge kurulmasını amaçlayan işçi ile işveren arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmesinin incelenmesidir. Makalede bu yönü ile üçlü bir inceleme yapılmıştır. İlk olarak iş hukukunda rekabet yasağı sözleşmesine ve çatışan hukuki menfaatlere değinilmiştir. Takiben rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartları tartışılmıştır. Nihayet son olarak, emredici normlar karşısında rekabet yasağı sözleşmelerin sınırları ve bununla bağlantılı olarak aşırı nitelikteki rekabet yasaklarına hakim müdahalesi analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İş Sözleşmesi, Rekabet, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Rekabet Yasağına Hakim Müdahalesi, Sadakat Yükümlülüğü, Sır Saklama Yükümlülüğü; Emredici Hukuk Normları, İş Hukukunun Emredici Yapısı

Abstract: The strict application of “freedom of contract principle”, which is among the essential principles of law of obligation, is not in compliance with the nature of the labor law. The said suggestion, which originated from the differentiation of mandatory rules of law specific to the labor law, has resulted in the labor law to have a distinctive mandatory structure. The aforementioned distinctive structure of labor law reveals itself in every contract made between employee and employer, including the ancillary ones such as covenants not to compete, the analysis of which is the subject matter of our study.

* Avukat, İstanbul Barosu. Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, İstanbul Bilgi Üniversitesi.

This aim of this study is to examine covenants not to compete, which are made between by employee and employer, and which aims at balancing between conflicted interests of the parties. From this aspect, a threefold examination is conducted in the article. First, covenants not to compete in labor law and conflicted interests associated thereby are dealt with. Following this, the validity requirements of covenants not to compete are discussed. Last but not least, legal boundaries of covenants not to compete vis-a-vis the mandatory provisions of law and intervention of judge to excessive non-compete clauses in connection of the foregoing are examined.

Keywords: Employee Agreement, Competition, Covenant not to Compete, Non-competition Agreement, Intervention of Judge to Covenant not to Compete, Duty of Loyalty, Duty of Secrecy; Mandatory Provision of Law, Mandatory Structure of Labor Law.

GİRİŞ

İş hukukunun bağımsız bir hukuk disiplini olarak ortaya çıkmasına ve evrilmesine yön veren başat gerekçe, borçlar hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan “sözleşme özgürlüğünün” sıkı bir şekilde uygulanmasının iş sözleşmesinin doğasıyla bağdaşmayacağına ilişkin genel kabuldür. İş ilişkisinde zayıf olan işçinin korunması gerektiği yönündeki sosyal yanı ağır basan kaygı, bu bağlamda iş hukukunun doğuşunun ve gelişmesinin temel nedeni olarak kabul edilmektedir.¹ Bu anlamda, iş sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesinde ve çalışma koşullarının saptanmasında irade özerkliğine mutlak bağlı kalmanın yol açtığı *de facto* eşitsizliği gidermeyi hedefleyen iş hukukunun benimsediği belli başlı yöntem, sözleşme özgürlüğünün emredici hukuk kurallarıyla daraltılmasıdır.² Doktrinde bu yaklaşımın temel gerekçe-

¹ Sarper Süzek, “İş Hukukunda Yorum”, İnan Kırac’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1995, s. 231; Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta, İstanbul 2014, s.12. Belirtelim ki; “işçinin zayıf olduğu” önermesinin kabulü Sanayi Devriminin tarihsel gelişim süreci ile doğrudan ilintilidir. Burada genel kabule konu olan husus, yani işçinin sözleşmenin zayıf tarafı olduğu nitelendirilmesi, iş sözleşmesine ilişkin kabul edilen bir varsayımdır. Yoksa burada münferit iş sözleşmesi bağlamında işçinin zayıf ve korunmaya ihtiyacı olup olmadığına ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır. Buna göre, işçinin ekonomik, eğitim ve sair konularda görece işveren ile eşit ya da daha güçlü olması bu varsayımı değiştirmeyecektir.

² Doğan Yenisey, “Emrediciliğin tarihçesini bir anlamda iş hukukunun tarihçesi” olarak nitelendirmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 1 vd.

si, işçi ediminin konusunun başka sözleşmelerde görüldüğü gibi eşya değil ve fakat bizatihi işçinin çabası ve emeğinin olması biçiminde ifade edilmektedir.³

İş hukukunun bir anlamda emredici hukuk kurallarıyla imtihanı kabul edilebilecek bu tarihsel gelişim süreci, klasik hukuk teorisinde kabul edilen “emredici hukuk kuralları” - “yedek hukuk kuralları” ayrımının sorgulanmasına ve iş hukuku bağlamında farklılaşmasına yol açmıştır.⁴ Bu farklılaşma temelde iş hukukunun emredici hükümlerinin birçoğunun nispi emredici bir nitelik taşıdığına ilişkin kabulde kendisini göstermektedir.⁵ Bu bağlamda mutlak emredici normlar doğrudan; toplumun, üçüncü kişilerin veya işverenin menfaatlerini koruma hedefine yönelmişken, nispi emredici normlar ile işçinin korunması amaçlanmaktadır.⁶ İşte, iş hukukunda emredici hukuk kurallarının yapısını kendine özgü biçimde değişime uğratan ve bunlara nispi emredici bir nitelik kazandıran anlayış da, bu farklılaşmanın gerekçesini oluşturmaktadır.

İş hukukunun emredici norm teorisine getirdiği bu yapısal farklılaşmanın temel gayesi, taraflar arasındaki eşitsizliğin giderilmesi ve bir denge mekanizması kurulmasını sağlamaktadır. Bu açıdan, iş hukukunun bu kendisine özgü emredici yapısı işçi ile işveren arasında akdedilen tali sözleşmeler dâhil olmak üzere, tüm sözleşmelerde kendini göstermektedir. Bu kurala, inceleme konumuz olan rekabet yasağı sözleşmesi de dâhildir.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi dâhilinde işverenle rekabet ilişkisi içerisine girmemeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Rekabet sözleşmesinin tanımından hareketle; temelde çatışan ve bu nedenle dengelenmesi gereken iki

³ Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul 2006, s.19; Emre Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012, s. 8.

⁴ Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta, İstanbul 2013, s. 20. Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s.25 vd.

⁵ Sarper Süzek, “İş Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması”, Yiğit Okur’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998, s. 359; Çelik, s.19.

⁶ Erdem Özdemir, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Normların Yeri”, AÜHF 2005, C. 54, S., 3, s. 102.

menfaatin olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu menfaatin ilki, işçinin iş sözleşmesi kapsamında iş görme borcunu ifa ederken elde ettiği işverene ait ticari sırların korunmasının işveren açısından haklı bir menfaat olduğuna ilişkin varsayımda ortaya çıkmaktadır. Diğer menfaat ise, işçinin anayasal düzeyde teminat altına alınan çalışma hak ve özgürlüğüdür. Bahsi geçen her iki başat menfaate ek olarak bir de kolektif (toplumsal) menfaatin varlığından bahsedilmektedir. İşte, rekabet sözleşmesine ilişkin normların emredicilik görünümü, iş hukukuna özgü yapısı ile burada önem kazanmaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda rekabet yasağı sözleşmesini düzenleyen hükümlerin genel olarak nispi emredici hüküm niteliğinde olduğu;⁷ ve fakat bazı hükümlerin dar anlamda emredici hüküm niteliğinde olduğu kabullünden hareketle, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin bu kapsamda dikkatlice değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Çalışmamızda, rekabet yasağına ilişkin pozitif düzenlemeler ve yargı içtihatları bu kapsamda ele alınacaktır.

I. İŞ HUKUKUNDA REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

A. Genel Olarak Rekabet Yasağı Sözleşmesi

Doktrinde rekabet yasağı sözleşmesi,⁸ işçinin iş ilişkisi içinde işve-

⁷ Sabah Altay, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *MÜHF-HAD*, C.14, S.3, s.179, 181; M. Polat Soyer, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi* (BK m. 348-352), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1994, s. 19.

⁸ Türk Hukukunda, İsviçre Hukukundan farklı olarak işçinin iş sözleşmesi devam ederken rekabet etmeme yükümlülüğünü düzenleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, iş sözleşmesi devam ederken işçinin, işverenle rekabet etmemesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da, işçinin sadakat yükümlülüğü gereği rekabet yasağının iş sözleşmesinin özünde mevcut olduğu ve işçinin iş sözleşmesinin devamı esnasında rekabet etmeme borcu altında olduğu kabul edilmektedir. Nitekim işçinin iş sözleşmesi devam ettiği süreçte işvereni ile rekabet etmesinin, dürüstlük ve bağlılık ilkeleri ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir. İş sözleşmesinin devamı esnasında işçinin işverenle rekabetinin mümkün olmadığına ilişkin bu yaklaşımın temel nedeni, işverenin menfaatlerinin işçi tarafından ihlal edilmesinin engellenmesidir. Zaman zaman işçinin iş sözleşmesinin devamı esnasında rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin atıflar yapılacak olmasına karşın; işçinin iş ilişkisi boyunca işverenle rekabetten kaçınma yükümlülüğü (işçinin sadakat ve bağlılık borcu) çalışmamızın kapsamına girmemektedir. İşçinin iş sözleşmesinin devamı esnasında rekabet etmeme borcuna ilişkin bkz. Fatih Uşan, İş

renin müşterilerine nüfuz etmesi yahut iş sırlarına vakifiyeti nedeni ile iş sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi dâhilinde işverenle rekabet ilişkisi içerisine girmesini yasaklayan sözleşme olarak tanımlanmaktadır.⁹ Tanımdan da anlaşılacağı üzere, rekabet yasağı sözleşmesi rekabeti faaliyet alanı, coğrafi bölge ve zaman dilimi kısıtları dâhilinde sınırlayan bir sözleşmedir.

Türk hukukunda işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonrasına ilişkin rekabet yasağını normatif açıdan düzenleyen temel düzenleme Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Bu bakımdan rekabet yasağına ilişkin normatif bir düzenlemeden bahsedilebilmektedir. Karşılaştırmalı hukuk açısından ise, her zaman normatif bir düzenlemenin bulunmadığı, ortak hukuk (*common law*) sisteminin cari olduğu ülkelerin yanı sıra, Fransa gibi Kara Avrupası hukuk sistemine tabi ülkelerde de rekabet yasağına ilişkin hükümlerin yargı içtihatları ile belirlendiği ve uygulamanın mahkeme kararları ile şekillendirildiği görülmektedir.¹⁰

Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin, Ankara 2003, s.87 vd., 93 vd. 153 vd.

⁹ Fatih Uşan, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerlilik Meselesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2011, Y.6, S.21, s. 121. Rekabet yasağı sözleşmesi Anglo Amerikan hukukunda da benzer şekilde tanımlanmaktadır. Bu konuda bkz. John W. Ashbrook, "Employee Noncompetition Clauses in the United States and France", *Comparative Labor Law Journal*, S. 47, 1992-1993, s. 47; B. Maureen Callahan, "Post-Employment Restraint Agreements: A Reassessment", *The University of Chicago Law Review*, s.704, 52, 1985, s. 47; Kevin B. Fisher, "Post Employment Restraints: An Analysis of Theories of Enforcement, and a Suggested Supplement to the Covenant Not to Compete", *Tulsa Law Journal*, S. 17, 1981- 1982, s. 156; Matthew C. Palmer, "Where Have You Gone, Law and Economic Judges? Economic Analysis Advice to Courts Considering the Enforceability of Covenants Not to Compete Signed At-Will Employment Has Commenced", *66 Ohio St. L.J.* 1105 2005, s.126.

¹⁰ Örneğin İngiliz hukukunda, rekabet yasağına ilişkin normatif bir düzenleme bulunmamaktadır. Katherine Kemp, "The Significance of Consideration Paid for Post-Employment Restraints in England and Germany", *16 Stellenbosch L. Rev.* 257 2005, s. 263. Yine Amerikan ve Fransız hukuklarında da rekabet yasağına ilişkin normatif bir düzenleme bulunmamaktadır. Bahsi geçen her üç ülkede de, rekabet yasağına ilişkin geçerlilik koşulları ve sınırlar Yargı içtihatları ile belirlenmektedir. Rekabet yasağı sözleşmelerinin ortak hukuk (*common law*) sistemlerinde normatif olarak düzenlenmemesi şartı olmaksızın birlikte, kara Avrupası hukuk sisteminin cari olduğu Fransız hukukunda bu durum şartı ve istisnadır. Ashbrook, "Employee Noncompetition Clauses in the United States and France", s. 47.

Rekabet yasağına ilişkin hükümler Türk hukukunda, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nu¹¹ yürürlükten kaldıran 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹² hizmet sözleşmesi başlıklı altıncı bölümünün genel hizmet sözleşmesi ayırımının sonunda 444 ile 447'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir.¹³ Esasen 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydını düzenleyen maddeleriyle 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağı kaydıyla ilgili normları arasında içerik açısından kayda değer bir fark bulunmamaktadır.¹⁴

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonrasını konu alan rekabet yasağı, iş sözleşmesinden kaynaklanan doğal bir borç değildir¹⁵. Zira kural olarak, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işverene karşı herhangi bir rekabet etmeme borcu altında olmadığı kabul edilmektedir.¹⁶ Bu itibarla, işçinin iş ilişkisi devam ettiği sürece bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunmasını ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişmesini yasaklayan sadakat borcu, iş ilişkisinin

¹¹ 1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu. Bundan böyle EBK kısaltması ile anılacaktır.

¹² 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 11.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiş olup, 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Kanun eski düzenlemeden farklı olarak başlığında "Türk" ibaresini taşımaktadır. Burada Türk Medeni Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu ile bir bütün olmasının dikkate alındığı belirtilmektedir (Gerekçe, VI, 3, a).

¹³ EBK'da ise rekabet yasağına ilişkin hükümler 348 ile 352'inci maddeler arasında düzenlenmekteydi. 6098 s. TBK'da yer alan rekabet yasağına ilişkin hükümler madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, İsviçre Borçlar Kanununun ilgili maddelerinin bire bir (mot à mot) Türkçe çevirisinden ibarettir.

¹⁴ Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 4.

¹⁵ Belirtelim ki; Yargıtay bazı kararlarında işçinin iş ilişkisinin ortadan kalkmasından sonra "rekabet etmeme borcu" bulunduğunu ve borcun dayanağının işçinin "sadakat borcu" olduğunu içtihat etmiştir. "...dava konusu rekabet yasağının dayanağı, işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcundan kaynaklanmakta olup...", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.22.09.2008, E. 2008/9- 517, K. 2008/566, www.kazanci.com. Yargıtay söz konusu kararında, bir anlamda; iş sözleşmesinin sona ermesinden sonrasını konu alan rekabet yasağının dayanağının da iş sözleşmesinden kaynaklan doğal bir borç olarak kabul etmiştir. Ancak, Yargıtay'ın anılan kararı doktrinde vahim bir hata olarak eleştirilmektedir. Ertan., İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 21. Kanaatimizde de, sadakat borcunun hukuki etkisi iş sözleşmesinin sona ermesi ile ortadan kalkmaktadır. Bu itibarla, sadakat borcunun etkisinin sözleşme sonrasına sirayet ettiğinin kabulü mümkün olmamalıdır.

¹⁶ Altay, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s.179 ve 181. Alman hukukunda da, iş ilişkisinin sona ermesi ile işçinin sadakat ve dolayısıyla rekabet etmeme borcu sona ermektedir. Bu konuda bkz. Kemp, "The Significance of Consideration Paid for Post-Employment Restraints in England and Germany", s. 263.

sona ermesiyle birlikte son bulmaktadır (TBK. m. 396). İşçinin iş gördüğü sırada öğrendiği üretim ve iş sırları gibi bilgileri iş ilişkisi sürerken kendi yararına kullanamaması veya başkalarına açıklayamaması anlamına gelen ve sadakat borcunun bir uzantısı niteliği taşıyan sır saklama borcu da, kural olarak, iş ilişkisinin bitimiyle birlikte ortadan kalkmaktadır.¹⁷ Her ne kadar işçi, işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlü ise de bu durum iş sözleşmesi sona eren işçinin rakip bir işletmede çalışmasına veya rakip bir işletme açmasına engel teşkil etmemektedir (TBK m. 396/4).¹⁸ Bu nedenle; genel olarak, iş sözleşmesinin sonlanması ile işçinin rekabet etmeme borcu da sonlanmaktadır.

İş hukukunda iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin rekabet etmemesine ilişkin bir düzenleme yapılmak isteniyorsa, bu durumun taraflarca ayrıca ve açıkça kararlaştırılması gerekmektedir. Buna göre işçi aleyhine öngörülecek rekabet yasağı, ancak taraflar arasında açık bir anlaşma konusu ise hukuki açıdan geçerli olabilecektir.¹⁹ Bu sözleşmenin konusu; işçinin işverenle rekabet etmemesi, bir başka deyişle; işveren ile rekabetten kaçınmasıdır. Nitekim Türk Borçlar Ka-

¹⁷ Belirtelim ki; işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işverene ait ticari sırları saklama yükümlülüğüne ilişkin "sır saklama sözleşmesi" de konumuz dışında kalmaktadır. İşçinin sır saklama yükümlülüğü; işçinin iş sözleşmesinden doğan hizmet borcunun ifası sırasında öğrendiği iş sırlarını üçüncü kişilere açıklamama yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır. Fevzi Demir/ Gönenç Demir, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", Kamu-İş, C:11, S:1/2009, s. 23. Doktrinde, sır saklama sözleşmesinin rekabet yasağı sözleşmesinin özel bir türü olduğu ve rekabet yasağını düzenleyen hükümlerin sır saklama kayıtlarına da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. Kübra Doğan Yenisey/Özgür Öztürk, "İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü", Devrim Ulucan'a Armağan, Legal, İstanbul 2008, s. 426. Doktrinde bir başka görüş ise; amaç ve içerik bakımından, rekabet yasağı sözleşmesi ile sır saklama sözleşmesi arasında kısmi bir benzerlikten söz edilebileceğini; ve fakat bu yakınlığın, sır saklama sözleşmesini rekabet yasağı sözleşmesinin bir alt türü olarak nitelendirilmesi veya rekabet yasağını düzenleyen normatif kuralların kıyasen sır saklama sözleşmesine de uygulanması için yeterli olmadığı yönündedir. Anılan görüş; sır saklama sözleşmesi ile işçinin çalışma özgürlüğünü kural olarak sınırlamadığını, işçiye yalnızca bir işletmeye ait bir takım bilgilerin açıklanması yasağı getirildiğini, bu nedenle sır saklama sözleşmesinin rekabet yasağı sözleşmesinden farklı olduğunu ileri sürmektedir. Bu konuda bkz. Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 24 vd.

¹⁸ Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 12.

¹⁹ Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.55.

nunu da rekabet yasağının konusunu, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde işverenle rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınması olarak düzenlemiştir (TBK m. 444/1).

Rekabet yasağı sözleşmesi bu bağlamda işçi ile işveren arasında hizmet ilişkisini kuran iş sözleşmesine bağlı tali bir sözleşmedir.²⁰ Rekabet yasağına ilişkin anlaşma, taraflarca iş sözleşmesine konulacak rekabet yasağına ilişkin bir hükümlerle mümkün olabileceği gibi, tarafların münferit bir sözleşme yapmaları ile de mümkün olabilecektir.²¹ Öte yandan, ilk bakışta, 818 sayılı EBK'daki düzenlemeyi andıran 6098 sayılı TBK'nın 444'üncü maddesi bu açıdan esasen farklı bir düzenleme getirmektedir. Nitekim 818 sayılı EBK'nın "Rekabet Memnuiyeti" üst ve "Cevazi" kenar başlıklı 348'inci maddesinin 1. fıkrasında "*her iki taraf... şart edebilirler*" şeklinde bir ifadeye yer verilirken, 6098 sayılı TBK'nın "Rekabet yasağı" üst ve "Koşulları" kenar başlıklı 444'üncü maddesinde; "*...işçi işverene karşı... kaçınmayı yazılı olarak üstelenebilecektir*" ifadesine yer verilmektedir²². 818 sayılı EBK döneminde 348'inci maddenin lafzından ötürü doktrinde; rekabet yasağının ancak sözleşme ile kararlaştırılabileceği, işçinin tek taraflı taahhüdü ile rekabetin sınırlandırılmayacağı ileri sürülmüştür.²³ Kanaatimizce, 818 sayılı EBK ile 6098 sayılı TBK'da yer alan hükümler arasında yalnızca terminolojik bir farklılık olduğunun kabulü mümkün değildir. 6098 sayılı TBK'daki düzenleme ile esasen rekabet yasağına ilişkin taraflarca sözleşme yapma zorunluluğu ortadan kalkmış bulunmaktadır. Buna

²⁰ Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.55.; Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 76.; Altay, Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s.181. Yargıtay da rekabet yasağı sözleşmesinin iş sözleşmesine bağlı olduğunu ve fer'i bir nitelik taşıdığı görüşündedir. "...Borçlar Kanununun 348. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı asli yükümlülük doğuran bir sözleşme değildir, iş akdine bağlı olarak fer'i nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır. İş ilişkilerinden doğan rekabet yasağının düzenlenmesinin dayanağı iş ilişkisidir..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.09.2008, E: 2008/9- 517 K: 2008/566, www.kazanci.com.

²¹ Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), Ankara 1994, s. 9, 10.

²² Hakan Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2011-Sayı 24, s. 89.

²³ Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.55.

göre; işçinin işverene verdiği iş sözleşmesinden sonra işverenle rekabet etmeyeceğini taahhüt ettiği yazılı beyanı, diğer koşulların da bulunması halinde, geçerli olabilecektir. Esasen uygulamada genel olarak rekabet yasağı sözleşmelerinde; işçi, rekabet etmeme yükümlüsü, işveren ise sözleşme gereği bu konuda talep hakkıyla donatılmış hak sahibi taraf olarak yer almaktadır.²⁴ Bu açıdan bakıldığında işçi, sözleşme ile bir kaçınma, yapmama borcu altına girmekte iken, işveren açısından herhangi bir edim bulunmamaktadır. Bu nedenle, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesi ile işçinin tek taraflı taahhüdü ile rekabetin sınırlanmasının mümkün hale geldiği söylenebilecektir.

Ancak bu noktada rekabet yasağının ne şekilde düzenlenmesi gerektiği önem arzedecektir. Bu bağlamda belirtilmelidir ki, rekabet yasağı sözleşmesine konu yasak iç yönetmeliklerle düzenlenemez.²⁵ Evleviyet kuralı²⁶ gereği iç yönetmeliklerle düzenlenemeyen rekabet yasağı, iş sözleşmelerine konulacak atıf hükmü neticesinde bu yönetmeliklere yapılacak atıfla da düzenlenemez. Nitekim işveren tarafından düzenlenen iç yönetmelikler genel nitelikte olup işyerindeki tüm işçileri ve/veya işçilerin büyük bölümünü kapsar. Halbuki rekabet yasağına ilişkin geçerlilik koşullarının her işçi açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir.²⁷ Aksi takdirde genel nitelikteki rekabet yasağı kayıtları genel işlem şartları nedeni ile geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır. TBK m. 20/1'deki tanımdan hareketle genel işlem şartlarının varlığını kabul edebilmek için, zayıf konumda olan karşı âkidin bunların içeriğine etki edememiş olması gerekir. Eş deyişle genel işlem şartları, âkitler arası pazarlık ve müzakare konusu edilmemiş sözleşme şartlarını ifade eder.²⁸ İşveren tarafından tek yanlı olarak düzen-

²⁴ Altay, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s.181

²⁵ Sarper Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", İÜHFİM, C. LXXII, S.2, s.458.

²⁶ Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş, US-A Yayıncılık, Ankara 1998, s.178.

²⁷ Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s.458. Aynı yönde Savaş Taşkent/Mahmut Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2009, S.16, s. 23

²⁸ Hüseyin Hatemi/ Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.61 vd.; Necmi Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, (Necip Kocayusufpaşaoğlu) Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, Filiz, İstanbul 2014, s. 23.

lenen işyeri iç yönetmelikleri ülkemizde yaygın olarak kullanılmakta ve işçilerin bu yönetmeliklere müdahale şansı bulunmamaktadır.²⁹ O halde, genel nitelikteki rekabet yasağı kayıtlarının genel işlem şartları nedeni ile geçersizlik yaptırımına tabi olacağı açıktır.

B. Rekabet Sözleşmesinin Akdedilme Zamanı

Rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin bir diğer sorun, sözleşmenin yapıldığı veya rekabet etmeme taahhüdünün verildiği tarihtir. Sözleşme sonrası rekabet yasağı genel olarak uygulamada iş sözleşmesine konulan bir hükme dayanmaktadır. Ancak tarafların iş sözleşmesi esnasında ve/veya iş sözleşmesinin imzalandığı anda ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabileceklerinde kuşku bulunmamaktadır.³⁰ Tarafların, iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla sona erdirdiği durumlarda, yani iş ilişkisinin hukuken sona ermesinden önce de rekabet yasağı sözleşmesi akdetmeleri mümkündür.³¹ Benzer şekilde, işçinin iş sözleşmesinin devamı esnasında tek taraflı yazılı bir beyan ile rekabet etmeme taahhüdünde bulunabileceğinin kabulü gerekir. Buradaki sorun, işverenin işçiyi fesih tehdidi altında rekabet yasağı sözleşmesi yapmaya zorlama ihtimalidir. Buradaki korkutma riskinin iş sözleşmesinin imzalanması esnasındaki işçinin iş bulma umuduyla herhangi bir sözleşme maddesi altına imza atmayı kabul etmesi durumundan ayrı değerlendirmemek gerekmektedir. Nitekim işverenin iş sözleşmesinin devamı esnasında iş sözleşmesinin feshini bir korkutma aracı olarak kullanıp işçiyi rekabet yasağı sözleşmesi imzalamaya ve/veya rekabet etmemeye ilişkin tek taraflı beyanda bulunmaya zorlaması işçi açısından bir "işini kaybetme/işsiz kalma korkusu"dur. Öte yandan, işçinin iş sözleşmesinin imzalanması esnasında, önüne konulan ve çoğu kez matbu ve çok sayıda aleyhe hüküm içeren bir iş sözleşmesini imzalaması ise benzeri korkunun farklı bir tezahürüdür. Bu nedenle, esasen her iki durum arasında büyük bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla, rekabet yasağı sözleşmelerinin emredici

²⁹ Sarper Süzek "İş Hukukunda İç Yönetmelikler", *AÜHFD*, C.44, S.1, s. 185.

³⁰ Ertan, *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı*, s. 54.

³¹ Fesih bildirim süresi içerisinde kurulacak rekabet yasağı sözleşmeleri de TBK m. 444-447 hükümlerine tabi olacaktır. Bu konuda bkz. Ertan, *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı*, s. 54.

norm testine tabi tutulması esnasında söz konusu riskler dikkatlice değerlendirilmelidir. Ayrıca, Alman doktrininde de ifade edildiği üzere, işçinin iş sözleşmesinin devamı esnasında imzaladığı rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği değerlendirilirken, sözleşmenin fesih tehdidi altında imzalanmış olduğuna ilişkin emarelerin bulunması takdirinde, sözleşmenin korkutma (ikrah) nedeni ile iptal edilebilirliği değerlendirilmez.³²

Rekabet yasağı sözleşmesinin yapılma tarihi açısından bir diğer ihtimal, rekabet yasağı sözleşmesinin henüz iş ilişkisi kurulmadan önce akdedilmiş olmasıdır. Doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre, bir kısım yazarlar rekabet yasağı sözleşmesinin iş ilişkisinin kurulmasından önce yapılamayacağını ileri sürmektedir.³³ Bu görüş, rekabet yasağı sözleşmesinin tali ve bağlı bir sözleşme olmasından hareketle, akdedilmesi gereken ilk sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedir.³⁴ Dolayısıyla bu görüşe göre, henüz iş ilişkisi kurulmadan önce imzalanan rekabet yasağı sözleşmesine TBK m. 444-447 uygulanmamalı, söz konusu sözleşme genel hükümlere göre değerlendirilmelidir.³⁵ Bu konuda, bizim de katıldığımız doktrindeki bir başka görüş ise; rekabet yasağı kaydıyla ilgili hukuki düzenlemelerin uygulama alanı bulabilmesi için herhangi bir zaman dilimindeki iş ilişkisinin varlığının yeterli sayılacağını ileri sürmektedir.³⁶ Burada iş sözleşmesinin kurulması, bir geciktirici (tali) şart olarak düşünülmelidir. Zira bu gibi durumlarda rekabet yasağı sözleşmesinin hüküm ifade etmesi, tarafların ileride bir iş sözleşmesi akdetmesine yönelik geciktirici bir şarta bağlanmış olacaktır. Geciktirici koşul olarak kabul edilen iş sözleşmesi kurulmadığı takdirde, rekabet yasağı sözleşmesi de hüküm ifade etmeyecektir.³⁷

³² Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 54 dn.173'ten naklen Jobs-Hubertus Bauer/Martin Diller "Wettbewerbsverbote, Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder", 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2009, s.29

³³ Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.55.

³⁴ Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.55.; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 18. Aynı yönde; Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", s. 91.

³⁵ Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.55

³⁶ Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 54.

³⁷ Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 54.

Rekabet sözleşmesinin kurulma anına ilişkin son ihtimal ise iş ilişkisinin sona ermesinden sonrasındır. İş ilişkisinin sona ermesinin ardından akdedilen rekabet yasağı sözleşmeleriyle ilgili ayrı bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Zira iş ilişkisinin sona ermesinden sonra taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisi de ortadan kalkmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesinin tali ve bağlı yanı gözetildiğinde, bir rekabet yasağı sözleşmesinden bahsedebilmek için ön koşul olarak mevcut veya müstakbel bir iş sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Buna karşın, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da taraflar genel hükümlere göre rekabet yasağı sözleşmesi akdedebilirler. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra akdedilecek rekabet yasağı sözleşmelerinin de, genel hükümler açısından emredicilik denetimine tabi olacağı belirtilmelidir.

C. Korunan Hukuki Menfaatler

Rekabet yasağı sözleşmesi müessesesi ile yarışan ve korunması gerektiği düşünülen üç karşıt ve haklı menfaat arasında denge kurulması amaçlanmaktadır.

1. İşverenin Korunmaya Değer Haklı Menfaati³⁸

Gözetilmesi gereken söz konusu menfaatlerin ilki işverenin menfaatidir. Zira rekabet yasağı sözleşmesinin, işverenin özellikle üretim ve pazarlama faaliyetlerine ilişkin birçok menfaatini koruduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu bağlamda, rekabet yasağı sözleşmesinin, işverenin gayri maddi malvarlığı olarak kabul edilen ve kısaca know-how olarak özetlenebilecek, teknik örgütlenme, üretim yöntemleri, imalat ve pazarlama sırları, müşteri çevresi, good-will (peştamliye) gibi işletme dışı unsurlarını koruduğu gibi, dolaylı olarak insana ve onun gelişimine yaptığı yatırımı da koruduğu belirtilmektedir.³⁹ Bu

³⁸ Bkz. aşağıda "II/C" altında yapılan açıklamalar.

³⁹ Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 54; Altay, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s.171; Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", s. 88; Esra Ş. Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2) 2012, s. 117; Fisher, "Post Employment Restraints: An Analysis of Theories of Enforcement, and a Suggested Supplement to the Covenant Not to Compete", s. 156.

açından rekabet yasağı sözleşmesi, işverenin görece haklı menfaatlerinin korunması açısından oldukça önemli bir sözleşmedir.⁴⁰

2. Korunmaya Değer Kolektif Menfaat: Serbest Piyasa Ekonomisi

Rekabet yasağı sözleşmeleri açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer haklı menfaat kolektif (toplumsal) menfaattir. Rekabet yasağı sözleşmelerinin mal ve emek piyasasındaki işletmeler arası rekabet üzerinde sınırlayıcı bir etkisi bulunmaktadır. Nitekim rekabet yasağı sözleşmeleri nedeni ile işverenin rakip bir işletmenin işçisi ile iş akdi kurması engellendiği gibi, işçilerin iş sözleşmesinin sonlanmasından sonra kendi işletmelerini kurup işverenleri ile rekabet etmeleri de engellenebilmektedir.

İngiliz hukukunda, tarihi gelişim süreci içerisinde, rekabet yasağı sözleşmelerinin değerlendirilmesinde ilk zamanlar, korunması amaçlanan menfaatin “serbest piyasa ekonomisi” olduğu görülmektedir. Bu değerlendirmede hareket noktası ise, rekabet yasağı sözleşmesiyle üretim faaliyetine katılmayan işçi nedeni ile ortaya çıkan sosyal maliyet (social cost) olmuştur⁴¹. Nitekim iş sözleşmelerindeki rekabet yasağı hükümleri ticaretin engellenmesi doktrini (the restraint of trade doctrine⁴²) kapsamında değerlendirilmiş ve ticaretin serbestçe yapılması gerektiği fikri ile rekabet yasağı sözleşmeleri kesin hükümsüz (invalid) bulunmuştur⁴³. Kuşkusuz burada korunması amaçlanan menfaat

⁴⁰ Başkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, s.117.

⁴¹ Harlan M. Blake, “Employee Agreements Not to Compete”, Harvard Law Review, Vol. 73, No. 4, s. 686.

⁴² Ticaretin yasaklanması veya sınırlandırılması olarak Türkçe ‘ye çevrilebilecek “restraint of trade” doktrini yalnızca iş hukukuna ve rekabet yasağı sözleşmesine özgü bir hukuki kurum değildir. Anılan doktrin temelinin sözleşmeler hukukunda bulur ve iş hukukunda rekabetin yasaklanması sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Bu konuda bkz. Callahan, “Post-Employment Restraint Agreements: A Reassessment”, s.707. Ticaretin yasaklanması doktrini kamu düzenine ilişkindir. Kemp, “The Significance of Consideration Paid for Post-Employment Restraints in England and Germany”, s. 260; Ticaretin yasaklanması doktrinini tarihsel açıdan ele alan kapsamlı açıklamalar için bkz. Blake, “Employee Agreements Not to Compete”, s. 629.

⁴³ Fisher, “Post Employment Restraints: An Analysis of Theories of Enforcement, and a Suggested Supplement to the Covenant Not to Compete”, s. 156

işveren yahut işçi menfaati değil ve fakat serbest piyasadır. Zira burada üretken işçi (productive workers) gücünün serbest dolaşımı konusunda toplumun bir yararı olduğu düşünülmüştür.⁴⁴

İş gücünün serbest dolaşımını engelleyen rekabet yasağı sözleşmelerinin işverenler tarafından sınırsız ve yaygın bir şekilde kullanımının önlenmesi, serbest rekabete dayalı ekonomik düzenler açısından kaçınılmaz bir gerekliliktir.⁴⁵ Zira rakip işletmeler arasında nitelikli iş gücü geçişini engellemeye yönelik rekabet yasağı hükümleri, serbest piyasaya dayalı bir ekonomik düzenle bağdaşmayacaktır.⁴⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağını düzenleyen hükümlerinin emredici yapısı düşünüldüğünde, toplumsal menfaatin korunması amacının göz ardı edilmediği görülmektedir.⁴⁷

3. İşçinin Çalışma Özgürlüğü Bağlamında Korunması Gereken Menfaati

İş sözleşmesi sonrası rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğünü kısıtladığı açıktır. Özellikle aşırı bir rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyetle bağdaşmayacak bir şekilde tehlikeye düşürme olasılığı, rekabet yasağı sözleşmesini iş hukukunun emredici yapısı bağlamında değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Gerçekten, yaşamını emeği ile sürdüren işçinin rekabet yasağı nedeniyle mesleğini ifa edememesi, işçinin yaşamını idame ettirememesi riskini doğurmaktadır.

Temel varlık amacı, iş sözleşmesinin kendine özgü yapısından kaynaklanan fiili eşitsizliği işçi lehine telafi etmek ve iş sözleşmesinin zayıf tarafı addedilen işçiyi korumak olan iş hukuku disiplini bu amaçları gerçekleştirmek için bir takım tekniklerden yararlanmaktadır. İş sözleşmesinin eşitler arası bir sözleşme olmadığı açıktır.⁴⁸ Bu

⁴⁴ Ancak, belirtmek gerekir ki, söz konusu anlayışın 18 yüzyıl İngiltere'sinde haklılık yanının bulunduğu belirtilmekte ise de, günümüz açısından bu yönde bir koruma anlayışının geçerliliğini yitirdiği ileri sürülmektedir. Bu konuda ayrıntılı tartışmalar için bkz. Callahan, "Post-Employment Restraint Agreements: A Reassessment", s.724

⁴⁵ Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 37.

⁴⁶ Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 112 vd.

⁴⁷ Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Normların Yeri", s. 100.

⁴⁸ Rekabet sözleşmesinin ve genel olarak iş sözleşmesinin tarafı olan işçinin zayıf ve

bağlamda rekabet yasağı sözleşmesinin, işçinin ekonomik geleceğini ve yaşamını idame ettirebilme imkânını ortadan kaldırmaması gerekmektedir.⁴⁹ Türk kanun koyucusu da bu amaçtan hareketle, birçok hukuk düzeninde olduğu gibi, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini ve bağlayıcılığını bir dizi koşula bağlama, yasağın kapsamını sınırlandırma ve rekabet etmeme borcuna aykırılığa bağlanan yaptırımları hafifletme gibi tekniklerle işçinin çalışma özgürlüğünü korumayı ve zıt menfaatler arasında uygun bir denge kurmayı amaçlamıştır.⁵⁰

Dolayısıyla burada korunması gereken başat menfaat, işçi menfaattir.⁵¹ Nitekim rekabet yasağı sözleşmesinin Türk hukukunda işveren açısından bir edim öngörülmesi şartına bağlı tutulmadığı ve işçinin tek taraflı taahhüdü niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, rekabet yasağı sözleşmelerinin sıkı bir normatif emredicilik denetimine tabi tutulmasını kaçınılmaz kılmaktadır

II. EMREDİCİ NORMLAR KARŞISINDA REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Rekabet yasağı sözleşmeleri ile kararlaştırılan ve temelde işveren menfaatini korumayı amaçlayan rekabet yasağı ve işçinin çalışma özgürlüğü arasında denge kurmaya çalışan normatif düzenlemeler, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği ve bağlayıcılığını bir takım sıkı kurallara bağlamaktadır.⁵²

korunması gereken taraf olduğu ve rekabet yasağı sözleşmelerinin bu anlayış çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği anlayışı Callahan tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre; pazarlık gücünün bir kıstas olarak kabul edilmesi ve bu bağlamda işçinin daha az pazarlık gücüne sahip olduğu varsayımının ölçülmesi oldukça zordur. Yazar, bu bağlamda; rekabet yasağı sözleşmelerin (post-employment restraint agreements) işçinin korunması gerektiği anlayışıyla geçersiz kabul edilmesinin de bu açıdan sorgulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazar bu noktadan hareketle, rekabet yasağı sözleşmelerinin sözleşmeler hukukunun genel prensipleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Callahan, "Post-Employment Restraint Agreements: A Reassessment", s.718 vd.

⁴⁹ Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.235.

⁵⁰ Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 38.

⁵¹ Zira, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü 'sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler' başlığı altında düzenleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre; herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olup, özel teşebbüsler kurmak serbesttir (Any. m. 48/1). Anayasal çalışma özgürlüğünün koruduğu temel menfaat, kişinin dilediği gibi çalışma özgürlüğüdür.

⁵² Belirtelim ki; her şeyden önce geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin varlığı ge-

Türk Borçlar Kanunu'nun "Rekabet Yasağı" üst ve "Koşulları" kenar başlıklı 444'üncü maddesinin birinci fıkrasında rekabet yasağı; fiil ehliyetine sahip olan işçinin, işverene karşı sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka rakip bir işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmakta; takiben ikinci fıkrada ise rekabet yasağı kaydının, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olması halinde geçerli olduğu belirtilmektedir.

Kanunun lafzından hareketle; rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğinin "üç geçerlilik şartı"na bağlandığı sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli ve bağlayıcı olması için, kanunda aranan her üç şarta da uyarlık gerekecektir. Aksi takdirde, rekabet yasağı sözleşmesi kesin hükümsüz (geçersiz) kabul edilebileceği gibi, kısmen geçersizlik yaptırımına ve hatta hâkimin müdahalesine de konu olabilecektir. Geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinden bahsedebilmek için bu şartlarının tümünün bir arada olması gerekmektedir.

Bahsi geçen üç geçerlilik şartını açıklamaya geçmeden önce burada bir parantez açarak belirtelim ki; rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğinin bir diğer koşulu, rekabet sözleşmesi yapılmasının tarafların tasarruf alanlarına bırakılmış olmasıdır. Eş deyişle, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğinin özel bir kanun hükmü ile engellenmemesi de esasen bir geçerlilik koşuludur. Bu bağlamda 5953 sayılı Basın İş Kanunu yönünden özel bir durum söz konusu olup, anılan

çerli bir iş sözleşmesine bağlıdır. Zira rekabet yasağı sözleşmesinin varlık nedeni taraflar arasında iş ilişkisidir. Bu bağlamda rekabet yasağı kaydıyla iş sözleşmesi arasındaki yakın ilişkiden kaynaklanan önemli bir sorun, iş sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünün rekabet yasağı kaydını nasıl etkileyeceğidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, Rekabet yasağı sözleşmesi bu bağlamda işçi ile işveren arasında hizmet ilişkisini kuran iş sözleşmesine bağlı, bir tali sözleşmedir. Bu açıdan, geçerliliği de, rekabet yasağı sözleşmesinin dayanak iş sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır. Altay, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s.181. Kanaatimizde de, iş sözleşmesinin kesin hükümsüz olması durumunda, rekabet yasağı sözleşmesinin de geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir. Esasen, işçi lehine yorum ilkesi ile de aynı sonuca varılmaktadır.

kanun gazetecilerin taraf olduğu rekabet yasağı kayıtlarını geçersiz saymaktadır (BİK m. 13/2)⁵³. Nitekim BİK m. 13/2 hükmü dar anlamda emredici bir normdur. Bu nedenle anılan norm, gazeteciler açısından rekabet yasağı sözleşmelerinin yapılmasını taraf iradelerine tamamen kapatmıştır.

A. İşçinin Fiil Ehliyetine Sahip Olması Şartı

Türk Borçlar Kanunu, rekabet yasağının geçerliliği için, işçinin fiil ehliyetine sahip olması şartını aramıştır. TBK'nın 444'üncü maddesinin 1. fıkrasında, '*fiil ehliyetine sahip işçi*' kavramından söz edilmiştir. Buna karşın, yürürlükten kalkan 818 sayılı EBK'da geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi işçinin reşit olması koşuluna bağlı tutulmuştu (EBK m. 348/2).

Fiil ehliyetine sahip olma; 'ayırt etme gücüne sahip olma', 'ergin olma' ve 'kısıtlı olmama' hallerinin tümünün bir arada bulunması halinde mümkün olabilecektir.⁵⁴ Türk hukukunda ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur (TMK m. 14).⁵⁵ Bundan dolayı ayırt etme gücünden yoksun olanların, küçüklerin ve kısıtlıların akdettiği rekabet yasağı sözleşmeleri geçersiz sayılmaktadır.^{56 57}

Türk hukukunda erginlik, kural olarak, on sekiz yaşını doldurulmasıyla başlamaktadır (TMK m. 11/1). Ancak, bu kuralın iki istisnası

⁵³ Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 44.

⁵⁴ Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, İstanbul 2012, s. 401.

⁵⁵ Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, Legal, İstanbul 2010, s. 53; M. Kemal Oğuzman, / Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, Filiz, İstanbul 2005, s. 43. vd.

⁵⁶ Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 88.

⁵⁷ Burada şu hususu ifade etmekte yarar buluyoruz: Esasen, rekabet yasağı sözleşmesinin başat geçerlilik şartı ehliyet olarak kabul edilse de, bu şart ve bu şarta bağlı tartışmalar pratik açıdan uygulanma olanağı görece oldukça sınırlı bir çerçevede kalmaktadır. Nitekim rekabet yasağı sözleşmesinin "mavi yakalı" olarak tanımlanabilecek işçiler açısından uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Henüz, fiil ehliyeti olmayan bir kişinin ise, teorik olarak mümkün olmakla birlikte, pratik olarak rekabet yasağı sözleşmesine konu olabilecek vasıflı bir iş yapabileme ihtimalinin oldukça sınırlı olduğu kanaatindeyiz. Zira doktrinde de belirtildiği üzere, vasıfsız işçilerle ilgili rekabet yasağı sözleşmesinin yapılması TBK m. 444/2 hükmünün emredici yapısı nedeni ile mümkün değildir. Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.230.

düzenlenmiştir. Buna göre, kişinin 18 yaşını doldurmadan önce evlenmesi durumunda kişi ergin kabul edilecektir (TMK m. 11/2). 18 yaşını doldurmamış kişinin ergin kabul edilmesinin diğer istisnası ise on beş yaşını dolduran küçüğün, kendi isteği ve velisinin rızasıyla veya vesa-yet altında ise vesayet veya denetim makamının izniyle mahkemece ergin kılınmasıdır (TMK m. 12). Evlilikle veya mahkeme kararıyla ergin olanlar da aynen on sekiz yaşını dolduranlar gibi tam ehliyetlidir.⁵⁸

Burada fiil ehliyetine sahip olmanın koşulu olarak gösterilen ergin olmanın, evlenmekle ya da mahkeme kararı ile kazanılması durumunda rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. Lafza bağlı bir yorum yapıldığında, evlilikle veya mahkeme kararıyla ergin olan on sekiz yaşından küçük işçilerle kararlaştırılan rekabet yasağı kayıtlarının geçerli olduğu sonucuna varılabilir. Gerçekten de kanun hükmü, tam olarak *'fiil ehliyetine sahip olan işçi'*den bahsetmektedir. Doktrinde bu nedenle evlenme ile veya mahkeme kararı ile ergin kılınan işçinin akdettiği rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olacağı ileri sürülmektedir.⁵⁹ Buna karşın bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre; normun yorumunda lafzi yorumla yetinilmemeli ve normun *ratio legis*'i dikkate alınarak *'fiil ehliyetine sahip işçi'* deyimini mahkeme kararıyla veya evlilikle ergin kılınan on sekiz yaşından küçük işçileri dışlayacak şekilde dar yorumlanmalıdır. Zira normun koruma amacı genç işçilerin belli bir olgunluğa ulaşmadan taraf oldukları bir sözleşme hükmü nedeni ile mesleki gelişimlerinin engellenmesinin önüne geçmektir.⁶⁰

Kısıtlılar açısından ise TBK'nın yürürlüğe girmesi ile daha net ve tartışmaya mahal vermeyen bir düzenleme oluşturulmuştur. Nitekim TBK m. 444/1' uyarınca kısıtlıların rekabet yasağı taahhüdünde bulunması ve/veya rekabet yasağı sözleşmesi yapması mümkün değildir. Anılan yasa hükmüne aykırılığın yaptırımını geçersizlik olacaktır.

⁵⁸ Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 49; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 52.

⁵⁹ Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", s.91; Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.57.; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 44.

⁶⁰ Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 90; Altay, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s.197.

Rekabet sözleşmesi yapılma anında 'fiil ehliyetine sahip' olmayan işçinin sonradan fiil ehliyetine sahip olması halinde sözleşmenin geçerli hale gelip gelmeyeceği ise, üzerinde durulması gereken bir başka konudur. Fiil ehliyetine sahip olma şartını bir geçerlilik şartı olarak düzenleyen kanun hükmü, dar anlamda emredici bir normdur. Zira burada normla düzenlenen alan tarafların iradelerine kapatılmıştır.⁶¹ Dolayısıyla emredici bir norma aykırı sözleşme hükmünün, ileride işçinin fiil ehliyetine sahip olması ile kendiliğinden (ipso iure) geçerli hale gelmesi mümkün değildir.⁶² Ancak işçinin on sekiz yaşını doldurduktan, ayırt etme gücünü kazandıktan veya vesayet sona erdikten sonra işverenle ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabileceği konusunda bir duraksama bulunmamaktadır.

B. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Yazılı Olması Şartı

TBK m. 444/1'de öngörülen bir diğer geçerlilik şartı da yazılılık şartıdır. Burada yazılılık şartı olarak öngörülen usul, adi yazılı şekil şartıdır.⁶³ Hizmet sözleşmesi açısından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olsa da, rekabet sözleşmesinin geçerli olması için mutlaka yazılı yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda, işyeri yönetmeliğine konulan bir hükümlerle veyahut iş sözleşmesinin söz konusu yönetmelikte yer alan rekabet yasağı kaydına yapacağı bir atıfla işçiye rekabet yasağı getirilip getirilemeyeceği de sorgulanması gereken bir konudur. Yargıtay, haklı olarak, rekabet yasağının personel yönetmeliği veya iç

⁶¹ Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s.68.

⁶² Aynı yönde Bkz. Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.57

⁶³ Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.59. Yargıtay da aynı görüştedir. Yargıtay ayrıca rekabet yasağı sözleşmesinde önceden düzenlenmiş bir takım formüllerin de taraflarca kullanılabileceğini belirtmektedir. Ancak Yargıtay'a göre böyle bir durumda genel işlem şartları alanında geçerli olan ilkeler rekabet yasağı sözleşmelerine de uygulanacaktır. "...Rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekil şartına tabidir. Yasada geçerlilik şartı olarak öngörülen şekil, adi yazılı şekildir. Bu bakımdan, sözleşme metninin herhangi bir surette yazılması mümkündür. Ayrıca, tarafların önceden düzenlenmiş bir formüller kullanmaları da imkân dâhilindedir. Yasağın hizmet akdi içinde veya hizmet akdine eklenen bir belgede düzenlendiği hallerde, çoğu kez formüllerden yararlanılmaktadır. Bu durumda işçinin özel olarak korunması gerektiğinden rekabet yasağına, genel işlem koşulları alanında geçerli olan ilkeleri uygulamakta tereddüt gösterilmemelidir" Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2010/25792, K. 2013/10539 T. 28.3.2013, www.kazanci.com

yönetmelik gibi adlar altında işveren tarafından tek taraflı olarak düzenlenen kurallara *'sadece bir atıfta bulunmak suretiyle'* kararlaştırmasını mümkün görmemekte ve geçersiz kabul etmektedir⁶⁴.

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, Alman hukukunda da yazılılık şartının rekabet sözleşmesi açısından bir geçerlilik şartı olarak kararlaştırıldığı görülmektedir.⁶⁵ Buna karşın İngiliz hukukunda yazılılık bir şekil ve dolayısıyla geçerlilik şartı olarak aranmamaktadır. Burada önemli olan husus tarafların bu yöndeki irade beyanlarıdır. Dolayısıyla, sözleşmenin yazılı ya da sözlü olması bu açıdan bir fark yaratmamaktadır.⁶⁶

TBK'da öngörülen bu düzenlemenin amacının işçiyi korumak olduğu belirtilmektedir.⁶⁷ Zira yasal düzenlemenin rekabet yasağı kaydının geçerliliğini yazılı şekil koşuluna bağlamasının arkasında yatan neden (ratio legis), işçinin bu yasağın kapsamı konusunda tam bir bilgi sahibi olmasını sağlamaktır.⁶⁸ Buradaki norm, dar anlamda emredici norm niteliğindedir. Dolayısıyla norma aykırılık sözleşmenin geçersizliğine yol açacaktır.

C. İşverenin Korunmaya Değer Haklı Menfaatinin Varlığı Şartı

TBK'da rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için öngörülen bir diğer şart ise, işverenin hukuken korunmaya değer bir menfaatinin olması gerekliliğidir. Buna göre, işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapmak isteyen işverenin bu yönde korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunması gerekmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işçinin iş ilişkisinin sona ermesinden sonra iş ilişkisinin içinde veya işyeri vasıtası ile edindiği bilgileri rakip işletmeler için kullanmasını engellemektir. Buna göre bu türden anlaşmaların geçerli kabul edilebilmesinin şartı, işveren açı-

⁶⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2010/25792, K. 2013/10539 T. 28.3.2013 www.kazanci.com

⁶⁵ Kemp, "The Significance of Consideration Paid for Post-Employment Restraints in England and Germany", s. 263.

⁶⁶ Kemp, "The Significance of Consideration Paid for Post-Employment Restraints in England and Germany", s. 260.

⁶⁷ Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 40, 41.

⁶⁸ Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 43.

sından bu tür bir tehdidin bulunması olacaktır. Korunması gereken menfaatten hareketle, kanun koyucu hangi durumlarda bu türden bir riskin olduğunu ve bu doğrultuda rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerli olacağını düzenlemiştir.

Türk hukukunda rekabet yasağı sözleşmesi, iş ilişkisi sebebiyle işçiye işverenin müşteri çevresi veya üretim ve iş sırları hakkında bilgi edinme olanağı sağladığı ve bu bilgiler kullanıldığında işverenin önemli bir zarar görme olasılığı ortaya çıktığı takdirde geçerli sayılmaktadır (TBK. m. 444/2). Anılan hükmün temelinde, ancak işverenin haklı bir menfaatine (legitimate interest of the employer) hizmet eden rekabet yasağı sözleşmelerinin caiz sayılacağına ilişkin kural yatmaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü maddesinin 2. fıkrası; *"Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir."* hükmünü haizdir.⁶⁹ Bu itibarla, söz konusu kanun hükmünde; *"iş ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlamasının ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olması"* bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir.

Bu anlamda, rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin geçerli olması için iş ilişkisinin işçiye, "müşteri çevresi" veya "üretim sırları" ya da "işverenin yaptığı işler" hakkında bilgi edinme imkânını sağlaması

⁶⁹ 818 sayılı EBK'da ise söz konusu hüküm; *"Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanınmasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hiss olunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir."* şeklinde düzenlenmiş idi. 6098 sayılı TBK'nın 444/2 hükmünün 818 sayılı yasanın anılan hükmünü andırmakla birlikte bazı farklılıkları da barındırdığı belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", s.93. Bu kapsamda, doktrinde, haklı olarak, yürürlükten kalkan EBK m. 348/2 hükmünde "ve" bağlacının kullanılmasından işçinin işverenin hem müşteri çevresine hem de iş sırlarına nüfuz etmesinin zorunlu olduğu gibi bir sonuç çıkarılamayacağı, rekabet yasağı kaydının geçerliliği için söz konusu koşullardan sadece birinin gerçekleşmesinin yeterli olduğu, kaldı ki İsviçre Borçlar Kanunu'nun mülga 348. maddesinin Almanca metninde de oder (veya) bağlacının kullanıldığı belirtilmiştir. Bkz. Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 49. Belirtelim ki; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu tartışma güncelliğini yitirmiştir.

yeterli olmayıp, aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması halinde işvereni önemli nitelikte bir zarara uğratabilecek mahiyette olması gerekliliği aranmıştır.⁷⁰ Ancak, rekabet yasağı ihlalden bahsedilebilmesi için zararın fiilen gerçekleşme şartı bulunmamaktadır. Yakın ve önemli bir zarar tehlikesinin varlığı yeterlidir.⁷¹ Doktrinde belirtildiği üzere, belirtilen üç durumun birlikte gerçekleşmesi şartı aranmamaktadır.⁷² O halde, iş sözleşmelerine konulacak rekabet yasağı kayıtları TBK m. 444/2 hükmü uyarınca daha geniş bir uygulanma imkânı bulacaktır.⁷³

Rekabet yasağı kaydının geçerli olabilmesi için “müşteri çevresi” veya “üretim sırları” ya da “işverenin yaptığı işler” hakkında bilgi edinme imkânı ile meydana gelecek zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. O halde rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi ve işverenin haklı bir menfaatinin varlığı koşulunun gerçekleştiğinin söylenebilmesi için, işçinin yukarıda sayılan konularda bilgi sahibi olması yeterli değildir. Ayrıca, söz konusu bilgilerin kullanılmasının işvereni önemli bir zarara uğratma ihtimalinin bulunduğunu kanıtlayan illiyet bağının da bulunması gerekecektir. Doktrinde anılan

⁷⁰ Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), s. 401. Yargıtay kararlarında rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin geçerli olması için iş ilişkisinin işçiye, “müşteri çevresi” veya “üretim sırları” ya da “işverenin yaptığı işler” hakkında bilgi edinme imkânını sağlamasının yeterli olmadığı, aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının işvereni önemli nitelikte bir zarara uğramasına yol açabilecek nitelikte olması gerektiği içtihat edilmektedir: “... davacının iş sahibinin müşterilerini tanıyıp tanımadığı, işyerinde yapılan işin sırlarına sahip olup olmadığı ve son olarak da bu durumdan bir zarara sebebiyet verip veremeyeceği anlaşılamamaktadır. Eksik inceleme sonucu verilen karar hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2005/18581, K. 2006/14299, T.13.2.2006, www.kazanci.com. Esasen, Yargıtay’ın işverenin önemli bir zarar görme olasılığının bulunmaması durumunda rekabet yasağı sözleşmelerinin geçersiz olduğu yönündeki kararları istikrar arz etmektedir: “...Borçlar Kanununun ilgili hükmünde ikinci cümlede ise rekabet yasağının kapsamı sınırlandırılmış ve işverene önemli bir zarar verilmesi ihtimalinin olmadığı durumlarda bu tür düzenlemelerin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır...” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13.06.2008, E: 2007/19368 K: 2008/15558, www.kazanci.com. Yargıtay bu konuda bir başka kararında: “... Davacı hemşire olup çalıştığı konum itibarıyla işverenin ilişkide olduğu müşterileri tanıması ve görülmekte olan işin bütün ayrıntılarına ulaşma imkânı olmadığı ve işverene önemli bir zarar verme olanağı bulunmadığı açıktır...” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/19368 K. 2008/15558 T. 13.6.2008, www.kazanci.com.

⁷¹ Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, s.460.

⁷² Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), s. 401.

⁷³ Keser, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Rekabet Yasağı”, s.94.

önermeden hareketle, hekimlik ve avukatlık gibi serbest mesleklerde müşteri (hasta, müvekkil) ile ilişkilerin daha ziyade kişisel yeteneğe dayandığı ve bu nedenle anılan mesleklere ilişkin rekabet yasağının geçerli olmayacağı belirtilmektedir. Nitekim söz konusu mesleklere ilişkin işveren zararının, işçinin “müşteri çevresi” veya “üretim sırları” ya da “işverenin yaptığı işler” hakkında bilgi edinme imkânının değil ve fakat kişisel yeteneği ve maharetinden kaynaklanacağı; bunun da TBK m. 444/2 bağlamında değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir.⁷⁴

III. EMREDİCİ NORMLAR KARŞISINDA REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SINIRLARI

İşçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne yönelik ciddi bir müdahale anlamı taşıyan rekabet yasağı sözleşmeleri, haklı işletmesel menfaatlerin korunması için gerekli olduğu ölçüde geçerli kabul edilmektedir. Ancak buradaki “gereklilik ölçüsü”, üzerinde dikkatle durulması gereken bir husustur. Zira sınırsız ve ucu açık bir rekabet yasağının, işçinin çalışma özgürlüğünü ortadan kaldıracığı ve işçinin geçim kaynağı olan emeğini istihdam piyasasına sunamaması sonucunu doğuracağı açıktır.⁷⁵ Dolayısıyla, rekabet yasağına ilişkin akdedilecek sözleşmenin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye uğratmayacak nitelikte olması esastır. Bu nedenle, mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı öngören rekabet yasağı sözleşmeleri geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır.⁷⁶

Türk Borçlar Kanunu’nun 445’inci maddesinde rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin zaman, yer ve konu açısından sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler kabul edilmiştir. Buna göre, TBK’nun anılan hükmünün ilk fıkrası ile rekabet yasağının, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyece-

⁷⁴ Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), s. 401; Uşan, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), s.59; Keser, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Rekabet Yasağı”, s.94; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 58; Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, s.459; Taşkent/Kabakçı, “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, s. 27.

⁷⁵ Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 138.

⁷⁶ Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), s. 402.

ği ve yasak süresinin özel durum ve koşullar hariç iki yılı aşamayacağı öngörülmüştür. TBK m.445/2 ile ise hâkime, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işveren üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle kapsam veya süre bakımından sınırlama yetkisi verilmiştir.

A. Süre Bakımından Getirilen Sınırlama

6098 sayılı TBK m. 445'de, 818 sayılı EBK m. 349'dan farklı olarak rekabet yasağı sözleşmelerinde düzenlenen rekabet yasağı süresinin, özel durum ve koşullar hariç olmak üzere, iki yılı aşamayacağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. 818 sayılı EBK'da rekabet yasağına ilişkin azami bir sürenin öngörülmemiş olması nedeni ile,⁷⁷ doktrinde ve Yargıtay uygulamasında; işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı bir şekilde sınırlanamayacağına ilişkin genel hükümden yola çıkılarak azami sürenin tespiti yoluna gidilmekteydi. Yargıtay bu bağlamda somut olayın kendine özgü niteliklerini dikkate alarak, rekabet yasağına süre bakımından bir üst sınır konulmamasının yarattığı hukuki boşluğu içtihatlarla doldurmaktaydı. Buna göre Yargıtay kararlarında, en fazla birkaç yılı aşmayacak sürelerin azami süre olarak geçerli olduğu kabul edilmekteydi.⁷⁸ Yargıtay, bir başka kararında da 6 ay olarak öngörülen rekabet yasağı süresini geçerli kabul etmişti.⁷⁹

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, rekabet yasağı sözleşmelerinin azami bir süreye tabi olması konusunda bir yeknesaklığın olmadığı görülmektedir. Alman hukukunda⁸⁰ rekabet yasağı söz-

⁷⁷ 818 sayılı EBK'da rekabet yasağı sözleşmesinin süresine ilişkin azami bir sürenin öngörülmemiş olması doktrinde eleştirilmiştir. Bu konuda bkz. Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 21; Altay, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s.184.

⁷⁸ "...Süre konusunda da en fazla bir ya da birkaç yılı aşmayacak şekilde rekabet yasağı öngörülebilir..." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 24.12.2009, E: 2009/26954, K: 2008/36971, www.kazanci.com. Belirtelim ki, Yargıtay kararlarında geçen "en fazla birkaç yıl" ibaresi de muğlaklığından ötürü eleştiriye açıktır.

⁷⁹ "...hizmet sözleşmesinde yer alan ve kendi isteği ile ayrılan personelin, ayrıldığı tarihten itibaren 6 ay süresince şirketin izni olmadan, şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusuna giren bir işte çalışamayacağını öngören özel şart hukuki olarak geçerlidir. Bu durum gözetilerek karar verilmesi gerekir." 9. Hukuk Dairesi, E. 1999/5784, K. 1999/9049 T. 18.5.1999, www.kazanci.com.

⁸⁰ Kemp, "The Significance of Consideration Paid for Post-Employment Restraints

leşmeleri, iki yıllık; İsviçre⁸¹ de ise üç yıllık azami bir süreye tabidir. Buna karşın, İngiliz,⁸² Amerikan ve Fransız hukuklarında azami bir süre öngörülmemiştir.⁸³ İngiliz, Amerikan ve Fransız hukuklarında rekabet yasağı sözleşmelerinin süre yönünden denetimi “makulluk/ uygunluk” (reasonableness) kriteri çerçevesinde değerlendirilmekte ve her somut olayın özelliklerine göre rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği tartışılmaktadır.⁸⁴ Buradaki makulluk yaklaşımı, 818 sayılı EBK dönemindeki Yargıtay uygulamasını anımsatmaktadır.

Öte yandan, TBK m. 445’de azami süreye ilişkin yer alan “*özel durum ve koşullar hariç olmak üzere*” ibaresinden tam olarak ne kastedildiği madde metninde belirtilmemektedir. Bu ucu açık ibarenin kanunda yer almasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira rekabet yasağına ilişkin getirilen azami süre kaydının temel gerekçesi işçiyi koruma düşüncesidir. Hüküm bu anlamda nispi emredici bir norm görünümündedir. Buna göre, iki yılı aşan rekabet yasağı sözleşmelerinin aşan kısım açısından geçersiz olması (kısmi geçersizlik) ve “*özel durum ve koşullar hariç olmak üzere*” ibaresinin de hükmün getiriliş amacı (ratio legis) da göz önüne alınarak dar yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

B. Yer Bakımından Getirilen Sınırlama

6098 sayılı TBK m. 445’te öngörülen bir diğer sınırlama yer bakımındandır. Rekabet yasağı sözleşmesinin yer bakımından sınırlandırılması konusunda 6098 sayılı Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndan farklı bir düzenleme içermemektedir. Doktrinde de ifa-

in England and Germany”, s. 264.

81 Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, s.460

82 Kemp, “The Significance of Consideration Paid for Post-Employment Restraints in England and Germany”, s. 260.

83 Ashbrook, “Employee Noncompetition Clauses in the United States and France”, s. 49 vd.

84 Kemp, “The Significance of Consideration Paid for Post-Employment Restraints in England and Germany”, s. 264; Ashbrook, “Employee Noncompetition Clauses in the United States and France”, s. 49 vd.; Fisher, “Post Employment Restraints: An Analysis of Theories of Enforcement, and a Suggested Supplement to the Covenant Not to Compete”, s. 705; Blake, “Employee Agreements Not to Compete”, s. 678.

de edildiği üzere yer bakımından sınırlamayla, yasağın coğrafi sınırları kastedilmektedir.⁸⁵

Yer bakımından sınırlama açısından dikkat edilmesi gereken husus, rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan coğrafi alan sınırlamasının, işverenin fiilen faaliyette bulunduğu coğrafi alanını aşmamasıdır.⁸⁶ Ancak Yargıtay, işverenin tüm Türkiye’de faaliyette bulunması durumunda, rekabet yasağı sözleşmesinin ülkenin tümüne sirayet edecek şekilde kararlaştırılmasının geçeriz olduğunu içtihat etmiştir.⁸⁷

C. İşin Türü (Konu) Bakımından Getirilen Sınırlama

Gerek 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu’nda, gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda rekabet yasağı kaydının, işin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyeceği düzenlenmiştir.

Doktrinde rekabet yasağının konu bakımından kapsamının işverene ait faaliyet alanı ile sınırlı kalması gerektiği, rekabet yasağının işletmenin ana sözleşmesinde belirtilen faaliyet alanını değil, fiili çalışma alanını kapsayacağı ve bu faaliyet alanının çerçevesinin sözleşmenin sona erdiği tarihe göre belirlenmesinin gerektiği belirtilmektedir.⁸⁸ Doktrinde ayrıca, rekabet yasağının işin türü bakımından kapsamının işçinin işletmedeki görev alanıyla sınırlı kalmasının zo-

⁸⁵ Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 21.

⁸⁶ Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 66; Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, s.460; Taşkent/Kabakçı, “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, s. 31. Belirtelim ki, “işverenin faaliyette bulunduğu coğrafi alan” kıstası son derece genel ve soyut olması nedeni ile doktrinde eleştirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı tartışmalar ve çözüm önerileri için bkz. Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 171 vd.

⁸⁷ “...Rekabet yasağının işçinin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmemesi için süre, yer ve işin türü bakımından duruma göre sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre süre, yer ve işin türü bakımından sınırlandırılmış olmadıkça rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Sınırlamaların işin ve hatta işçinin niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Dairemizce Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının ülke sınırlarıyla belirlenmesi mümkün olabilecektir.”, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2011/20759, K. 2013/19695, T. 26.6.2013, www.kazanci.com. Ayrıca, bkz. ; Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, s.461 dn. 18’de zikredilen diğer kararlar.

⁸⁸ Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 67.

runlu olduğu, işçinin genel ifadelerle (örneğin, otomotiv sektöründe rekabette bulunamayacağı) rekabet yasağına tabi kılınamayacağı, aksi takdirde böyle bir düzenlemenin işçi açısından meslek yasağı anlamına geleceği savunulmaktadır⁸⁹. Kanaatimizce de, işçi açısından meslek yasağı anlamına gelecek rekabet yasaklarının geçersiz kabul edilmesi gerekmektedir. Zira meslek yasağı anlamına gelecek rekabet yasakları mutlak ve genel nitelikteki bir rekabet yasağı niteliğindedir.⁹⁰

IV. AŞIRI NİTELİKTEKİ REKABET YASAKLARINA HÂKİM MÜDEHALESİ

818 sayılı EBK'dan farklı olarak,⁹¹ TBK m.445/2 hükmü hâkime aşırı nitelikteki rekabet yasağına müdahale ve sınırlama yetkisi vermiştir. Nitekim mezkûr kanun hükmü uyarınca hâkim, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle aşırı nitelikteki rekabet yasağını sınırlayabilir. Buna göre rekabet yasağı sözleşmesinin, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından sınırlamalar içermesi ve süresinin de, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşması durumunda uygulanacak hukuki yaptırım, rekabet yasağının hâkim tarafından kapsamı ve süresi bakımından sınırlanması şeklinde olmalıdır. Bu hüküm ile süre, yer ve işin türü bakımından sınırları çok geniş tutulmuş rekabet yasağı sözleşmelerine geçersizlik gibi ağır bir hukuki yaptırım uygulamak yerine, sözleşmenin kanuna uygun hale getirilmesinin yolu açılmıştır.⁹² Özetle, yeni hüküm ile sözleşme özgürlüğü ilkesiyle kamu düzeninin gerekleri arasında bir orta yol öngörülmüş ve “ya hep” (sözleşmenin geçerli ol-

⁸⁹ Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 68.

⁹⁰ Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), s. 401.

⁹¹ 818 sayılı EBK'da hâkimin aşırı rekabet yasağına müdahalesini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamasına karşın, doktrinde; rekabet yasağının kapsamındaki aşırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük değil, hâkim tarafından sınırlandırma olduğu görüşü savunulmuştur. Söz konusu görüşe göre, hakim rekabet yasağının meşru sınırlarını saptamakla görevlidir. Buna göre, hakim fahiş nitelikteki rekabet yasağı kayıtlarına müdahale ederek, bunları işçi açısından taşınabilir hale getirmekle görevlidir. Bu konuda bkz. Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), s. 68.

⁹² Ertan, İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, s. 200.

ması) “ya hiç” (geçersizlik) anlayışı normatif açıdan, kural olarak terk edilmiştir.

Buna göre, hâkim somut olayın özelliklerine göre rekabet yasağı kaydının ivazlı olarak düzenlenmiş olup olmadığına dikkat ederek, rekabet yasağını hakkaniyete ve kanunda yazılı sınırlar içersine çekebilir.⁹³ Örneğin, üç yıllık rekabet yasağını öngören ve yalnızca süre bakımından kanuna aykırılık taşıyan bir rekabet yasağı kaydını kanuni üst sınır olan iki yıla ya da uygun görülen daha az bir süreyle sınırlayabilir.

Ancak, TBK m.445/2 hükmü ile ilgili henüz doktrinde yeterince tartışılmamış bir sorun bulunmaktadır: Yer, zaman ve işlerin türü bakımından hiçbir sınır getirmeyen, mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı sözleşmelerinin de hâkimin müdahalesine konu edilerek geçerli hale getirilip getirilmeyeceği hususu ne şekilde çözümlenecektir? Eş deyişle, çoğu kez kişilik haklarına aykırı kabul edilebilecek anılan durum karşısında, hâkim rekabet yasağına ilişkin sözleşme hükmünü kanuni sınırlar dâhiline mi çekmelidir, yoksa emredici norma aykırılık nedeni ile sözleşme hükmünün tümünden geçersizliğine mi karar vermelidir?

Yukarıda ifade edildiği üzere, doktrinde mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı öngören sözleşmelerin geçersizlik yaptırımına tabi olacağı belirtilmektedir⁹⁴. Gerçekten kanaatimizce de işçinin ekonomik kaderini işverenin keyfiyetine bırakan, işçinin ekonomik geleceğini ipotek altına alan yer, zaman ve işlerin türü bakımından hiçbir sınır getirmeyen rekabet yasaklarına ilişkin kayıtlar artık TBK m.445/2 hükmü çerçevesinde değerlendirilmemeli ve doğrudan geçersizlik yaptırımına tabi tutulmalıdır.

Nitekim mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı sözleşmeleri, kişilik haklarına ve dolayısıyla dar anlamda emredici normlara aykırılık sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, söz konusu görüşün hareket noktası, mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı sözleşmelerinin MK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümlerine karşı oluşturacağı aykırılıktır. Ki-

⁹³ Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, s.462.

⁹⁴ Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), s. 402.

şilik haklarına aykırı sözleşmelerinin geçersiz olacağı TBK'da (m.27) açıkça düzenlenmiştir. Yine, kişilik hakları bağlamında MK m.23/2 hükmü de, bir kişinin özgürlüklerinden vazgeçmesini veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlamasını açıkça yasaklamaktadır. Dar anlamda emredici norm niteliğindeki anılan hükümlere aykırılığın yaptırımı da geçersizliktir. Ayrıca, birçok hukuk düzeninin aksine, Türk hukukunda rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli olabilmesi, karşı edim şartına bağlanmamıştır.⁹⁵ Bu durum da, mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı kayıtlarının geçersizlik yaptırımına tabi olması açısından başka bir gerekçe oluşturmaktadır.

Öte yandan işverenin mutlak ve genel nitelikteki bir rekabet yasağı sözleşmesi akdetmesinde, korunması gereken haklı bir menfaati bulunmamaktadır. Zira aksinin kabulü durumunda, temelde işçi ile işveren menfaatinin dengelenmesi amacı yatan rekabet yasağı sözleşmesini düzenleyen ve sınırlayan normatif düzenlemelerin ve yargı içtihatlarının varlık sebebi de ortadan kalkacaktır. Dahası, mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı sözleşmelerin doğrudan geçersizlik yaptırımına tabi tutulmak yerine TBK m.445/2 hükmü uyarınca sınırlandırılması ihtimalinin mahkemelerin iş yüklerinin arttırması sonucunu doğuracağı açıktır. Zira bu ihtimalde, işverenler *"en kötü ihtimalde hâkim rekabet yasağı kaydını kanuni sınırlara indirir ve geçersizlik yaptırımına tabi olmaz"* saiki ile hareket ederek rekabet yasağı kayıtlarını genel ve mutlak olarak düzenleme seçeneğine başvuracaklardır.

Esasen, savunduğumuz bu görüş her ne kadar 818 sayılı EBK dönemindeki Yargıtay uygulaması olan *"ya hep ya hiç"* anlayışını yansıtırsa da, kanaatimizce mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı kayıtlarına ilişkin anılan Yargıtay uygulamasının devam ettirilerek, söz konusu kayıtların geçersizlik yaptırımına tabi tutulması isabetli olacaktır.

V. SONUÇ

Rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin, temelde işveren menfaati ni korumayı amaçlayan rekabet yasağı ve işçinin çalışma özgürlüğü arasında denge kurmaya çalışan normatif düzenlemeler, rekabet ya-

⁹⁵ Taşkent/Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 36; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s.462.

sağı sözleşmesinin geçerliliği ve bağlayıcılığını bir takım sıkı kurallara bağlamaktadır. Bahsi geçen sıkı kurallar ise esasen, iş hukukunun emredici norm teorisine getirdiği yapısal farklılaşmanın temel gayesi olan, taraflar arasındaki eşitsizliğin giderilmesi ve bir denge mekanizması kurulması amacına paraleldir. Bu bakımdan iş hukukunun bu kendisine özgü normatif emredici yapısı, işçi ile işveren arasında akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinde de kendini göstermektedir.

Bu kapsamda rekabet yasağına ilişkin sınırlamalar getiren normatif emredici düzenlemeler, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi ve işçiyi bağlaması için bir dizi koşulun gerçekleşmesini zorunlu kılmaktadır. Geçerlilik koşullarından birinin veya tamamının yokluğu, rekabet yasağı sözleşmesinin geçersizliğine (kesin hükümsüzlük) neden olacaktır. Geçerlilik şartlarının dar anlamda emredici nitelik taşımasından dolayı, geçerlilik koşullarından birinin veya tamamının yokluğu, hâkim tarafından re'sen nazara alınmalıdır.

Yine işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne yönelik ciddi bir müdahale anlamı taşıyan rekabet yasağı sözleşmeleri, haklı işletmesel menfaatlerin korunması için gerekli olduğu ölçüde geçerli kabul edilmektedir. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nun 445'inci maddesinde rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin zaman, yer ve konu açısından sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler kabul edilmiştir. Dolayısıyla, rekabet yasağı sözleşmeleri ancak zaman, konu ve yer sınırlamaları dâhilinde geçerli olabilecektir. Söz konusu sınırlamaları somut olayın özelliklerine göre makul düzeyde aşan aşırı nitelikteki rekabet yasağı sözleşmeleri, EBK'da karşılığı bulunmayan TBK m.445/2 hükmü çerçevesinde, hâkim tarafından bütün durum ve koşullar serbestçe değerlendirilerek, kanunda öngörülen sınırlar dâhiline indirilebilir. Ancak yer, zaman ve işlerin türü bakımından hiçbir sınır getirmeyen, mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı sözleşmeleri tamamen geçersiz kabul edilmelidir. Zira mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı sözleşmeleri, kişilik haklarına ve dolayısıyla dar anlamda emredici normlara aykırılık oluşturacaktır. Dahası, mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı kayıtları açısından TBK m. 445/2'nin uygulanma alanı bulması, uygulamada da sorunlara yol açabilecektir. Dolayısıyla, mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı sözleşmeleri açısından TBK m. 445/2 hükmü uygulama alanı bulmamalıdır.

Kaynakça

- Altay Sabah, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İşçi ile İşveren Arasında Yapılan Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *MÜHF-HAD*, C.14, S.3
- Ashbrook John W., "Employee Noncompetition Clauses in the United States and France", *Comparative Labor Law Journal*, S. 47, 1992-1993
- Bauer Jobs-Hubertus/Diller Martin, "Wettbewerbsverbote, Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder", 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2009.
- Başkan Esra Ş., "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2) 2012
- Blake Harlan M., "Employee Agreements Not to Compete", *Harvard Law Review*, Vol. 73, No. 4
- Callahan B. Maureen, "Post-Employment Restraint Agreements: A Reassessment", *The University of Chicago Law Review*, s.704, 52, 1985
- Çelik Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, Beta, İstanbul 2006
- Demir Fevzi / Demir Gönenç, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", *Kamu-İş*, C:11, S:1/2009
- Doğan Yenisey Kübra, *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, Beta, İstanbul 2014
- Doğan Yenisey Kübra/Öztürk Özgür, "İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü", *Devrim Ulucan'a Armağan, Legal*, İstanbul 2008
- Ertan Emre, *İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012
- Fisher Kevin. B., "Post Employment Restraints: An Analysis of Theories of Enforcement, and a Suggested Supplement to the Covenant Not to Compete", *Tulsa Law Journal*, S. 17, 1981- 1982
- Gözler Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998
- Hatemi Hüseyin/Gökayla Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011
- Helvacı Serap, *Gerçek Kişiler*, Legal, İstanbul 2010
- Kemp Katharine, "The Significance of Consideration Paid for Post-Employment Restraints in England and Germany", *16 Stellenbosch L. Rev.* 257 2005
- Keser Hakan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2011-Sayı 24
- Kocayusufpaşaoğlu Necmi /Hatemi Hüseyin /Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt*, (Necip Kocayusufpaşaoğlu) *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme*, Filiz, İstanbul 2014
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Özdemir Saibe Oktay, *Kişiler Hukuku*, Filiz, İstanbul 2005
- Özdemir Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Normların Yeri", *AÜHFHD* 2005, C. 54, S., 3.

- Palmer Matthew C., "Where Have You Gone, Law and Economic Judges? Economic Analysis Advice to Courts Considering the Enforceability of Covenants Not to Compete Signed At-Will Employment Has Commenced", 66 Ohio St. L.J. 1105 2005
- Soyer M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1994
- Süzek Sarper, İş Hukuku, Beta, İstanbul 2013.
- Süzek Sarper, "İş Hukukunda Yorum", İnan Kırac'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1995, s. 231
- Süzek Sarper, "İş Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması", Yiğit Okur'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998
- Süzek Sarper, "İş Hukukunda İç Yönetmelikler", AÜHFD, C.44, S.1
- Süzek Sarper, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", İÜHFM, C. LXXII, S.2
- Uşan Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin, Ankara 2003
- Uşan Fatih, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşıma Gereken Şartlar ve Bunun Geçerlilik Meselesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2011, Y.6, S.21
- Taşkent Savaş/Kabakçı Mahmut, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2009, S.16
- Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, İstanbul 2012

OFFSHORE PETROL PLATFORMLARININ ULUSLARARASI HUKUKTAKİ YERİ

STATUS OF OFFSHORE OIL RIGS IN INTERNATIONAL LAW

İslam Safa KAYA*

Özet: Günümüzde offshore petrol faaliyetleri, petrol üretim pastası içerisinde hızla payını artırmaktadır. Geniş ve keşfedilmemiş deniz alanlarında var olduğu düşünülen rezervlere ilişkin yükselen iştah, büyük şirketlerin bir araya geldiği konsorsiyumlarca kesintisiz arama-üretim faaliyetlerini beraberinde getirmiştir. Artan teknolojik gelişmelerle de paralel şekilde artan deniz sondajı çalışmaları, sektörü başlı başına bir hukuki yapıya kavuşturulması gereken bir sektör haline getirmiştir. Makalede, bu sektöre yön veren hukuk kuralları detaylandırılmış olup çeşitli düzenleme ihtiyaçlarına da ışık tutulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Offshore, petrol platformu, çevre kirliliği, hukuki sorumluluk, gemi.

Abstract: The share of offshore activities in petroleum production industry is recently increasing. Increasing appetite for potential reserves thought to be in giant and unexplored offshore areas, bring continuous exploration and production activities carried out by consortiums consisting of large companies. Increasing offshore drilling activities in parallel with developing technologies, necessitates an independent and authentic legal regime for the industry. This article provides a detailed analysis of legal rules directing the industry and shed light on necessity for miscellaneous legal arrangements.

Keywords: Offshore, oil rig, pollution, legal responsibility, ship.

GİRİŞ

Offshore petrol ve doğalgaz faaliyetlerine ilişkin mevcut uluslararası niteliğe sahip hukuki düzenlemelere bakıldığında, dünyadaki tüm deniz alanları için cari olacak ve offshore petrol platformlarının hukuki statüsünü tüm yönleriyle belirleyecek bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Bu konuda, yerel bazda mevcut olan bazı hukuki

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Uluslararası Hukuk ABD Öğretim Üyesi, islamsafakaya@kku.edu.tr

düzenlemelere de gereken önem verilmemekte ve bu düzenlemeler uygulanmamaktadır. Her şeyden önce, özellikle sabit offshore petrol platformlarının bir gemi olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda ihtilaf mevcuttur. Doktrinindeki görüşler, bazı sözleşmelerde yer alan hükümler birbirleriyle çelişmektedir. Bu konunun önemi, sabit offshore platformlarının gemi olarak kabul edilmesi halinde ortaya çıkacak sonuçlar bakımından önem taşımaktadır. Zira, bu doğrultuda operatörlerin tabi olacağı birçok hak ve yükümlülük farklılaşacaktır. Diğer bir sorun ise offshore faaliyetlerden doğan kirlilik nedeniyle ortaya çıkan zarardan hukuki sorumluluk konusudur. Bu konuda uluslararası nitelikte hukuki düzenlemeler mevcuttur ancak bu düzenlemelere de gereken önem verilmemektedir. Bunun sebebinin ise, güçlü devletlerin mevcut statülerine zarar vermemek olduğu söylenebilir.

Bu çalışmada, öncelikle offshore petrol platformlarının hukuki niteliği konusunda doktrinindeki görüşler ve uluslararası sözleşmeler bağlamında değerlendirmeler yapılmıştır. Daha sonra offshore faaliyetlerden ortaya çıkan kirlilikten doğan zarara ilişkin hukuki sorumluluk konusu irdelenmiş olup, nihayetinde bu konuya ilişkin hükümler içeren çeşitli uluslararası sözleşmeler ele alınmıştır.

1. OFFSHORE PETROL PLATFORMLARININ YAPISI

1.1. Genel Olarak

Denizler, tarih boyunca kavimler arası ticaretin ve iletişimin sürdürülmesi için kullanılan önemli bir yol olmuştur. Denizlerdeki petrol faaliyetlerinin başlangıcı ise 1890'lı yıllarda Kaliforniya kıyılarında yapılan çalışmalara dayanmaktadır. Bu doğrultuda, denizde yapılan ilk sondaj çalışması da 1909-1910 yıllarında Louisiana'da yer alan "Ferry Lake" bölgesinde yapılmıştır.¹

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki süreçte teknolojinin ilerlemesi neticesinde denizlerde sondaj faaliyetleri mümkün ve ekonomik olarak tercih edilebilir bir hale gelmiştir.²1947 yılına kadar denizlerdeki

¹ Hossein Esmaeili, *The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law*, Ashgate Dartmouth, Aldershot, 2001, s. 11.

² Bernard Taverner, *Petroleum, Industry and Governments: A study of the Involvement of Industry and Governments in the Production and Use of Petroleum*, Second Edition, Kluwer Law International B.V., The Netherlands, 2008, s. 305.

petrol üretimi, kıyılardan oldukça uzak bölgelerdeki platformlarda yapılmıştır.³ Bu durumdan, sözü edilen faaliyetlerin o dönemde kıyı devletinin karasuları, kıta sahanlığı ve yargı yetkisi alanı dışında gerçekleştirilmeye müsait teknik kapasiteyi haiz olduğu anlaşılmaktadır.⁴ 1947'den itibaren ise, kıyı devletlerinin bu şekilde açık denizlerde petrol faaliyetinde bulunması kabul edilmemiş ve aralarında ABD'nin de bulunduğu denize kıyısı olan devletler, sınırlandırma alanı olarak kıyıdan itibaren üç mil ölçüsü getirmişlerdir.⁵

1950'li yıllarda BP, Basra Körfezi'nde Abu Dabi açıklarında keşif çalışmaları yapmıştır. İngiltere'deki ilk deniz sondajı ise 1964'te yapılmıştır. 1973-1974 yıllarında yaşanan petrol krizi esnasında Yeni Zelanda, Avustralya, Endonezya, Brezilya ve Alaska bölgelerinde çok sayıda petrol platformu faaliyete geçmiştir.⁶

Günümüzde, kavramsal olarak kıyı ötesi anlamına gelen offshore bölgesindeki petrol platformları, kıyı devletinin kıta sahanlığı içerisinde kurulan petrol platformlarını tanımladığı gibi açık denizlerde diğer devletlerce inşa edilen platformları da anlatmaktadır. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) açık denizlerdeki bu faaliyetlere ilişkin "serbesti" ilkesini esas alarak sınırlandırıcı hükümler getirmemiş olmasının sonucunda, açık denizlerde inşa edilen platformlar, devletler arasında anlaşmazlığa yol açmaktadır. Dünyanın birçok bölgesinde artarak devam eden petrol üretimi pastasının önemli bir bölümünün, offshore petrol platformları aracılığıyla denizden gerçekleştirildiği dikkate alındığında ivedilikle açık denizlerdeki faaliyetlere ilişkin hukuki belirsizliğin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

³ Maria Gavouneli, *Pollution from Offshore Installations*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London, 1995, s. 2.

⁴ Taverne, s. 305.

⁵ Nikita Scicluna, *A Legal Discussion On The Civil Liability For Oil Pollution Damage Resulting From Offshore Oil Rigs In The Light Of The Recent Deepwater Horizon Incident*, Unpublished LL.M. Thesis, International Maritime Law Institute, London, 2011, s. 14. [http://www.rempec.org/admin/store/wywigImg/file/News/Forthcoming%20Meetings/Offshore%20Protocol%20WG%20\(Malta,%2013-14%20June%202013/WG%20384-%20INF.6%20-%20IMLI%20Doc%20-%20Dr%20\(Erişim%20Tarihi:%2013.08.2014\)\)](http://www.rempec.org/admin/store/wywigImg/file/News/Forthcoming%20Meetings/Offshore%20Protocol%20WG%20(Malta,%2013-14%20June%202013/WG%20384-%20INF.6%20-%20IMLI%20Doc%20-%20Dr%20(Erişim%20Tarihi:%2013.08.2014)))

⁶ Esmaeili, s. 12.

1.2. Offshore Petrol Platformlarının Hukuki Nitelendirmesi

Offshore Petrol Platformları sabit ve mobil olmak üzere iki türdür. Mobil platformlar ise, yüzer platformlar ve taban destekli platformlar olarak tanımlanmaktadır. Yüzer platformlar; bünyesinde sondaj gemisi, denge tekneleri (semi-submersibles) vs. bulundurmaktadır. Taban destekli platformlar ise bünyesinde denizaltı yapısı (submersible) ve yükseltici sondajı⁷ (jackup drill) bulundurur.⁸ Sabit platformlar ise kıyıdaki platformlara (onshore) benzer olmakla birlikte, biraz daha ayrıntılı özelliklere sahiptir.

Offshore petrol platformlarının bir "gemi" olarak nitelendirilmesinin veya bir başka kategoride değerlendirilmesinin uluslararası hukuk açısından farklı sonuçları olacaktır. Eğer bu platformlar gemi olarak kabul edilebilirse bir bayrak taşıma yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Ayrıca bayrak devletinin yargı yetkisi de kabul edilmiş olacaktır. Bunun yanında, gemiler için geçerli olan ve kaza, kurtarma çalışmaları, deniz kirliliği ve el koyma yetkisi gibi konuların da bu platformlar için devreye sokulması söz konusu olabilecektir.⁹

IMO'nun (International Maritime Organization) sözleşmelerine bakıldığında, gemi kavramının farklı yerlerde farklı biçimlerde tanımlandığı görülmektedir. Bu konuda, Prof. Lowe tarafından uluslararası sözleşmelerden yola çıkılarak yapılan bir yorum mevcuttur. Lowe'ye göre, 1992 tarihli "International Convention on Civil Liability For Oil Pollution Damage" (Petrol Kirliliğinden Doğan Zarardan Hukuki Sorumluluğa İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin) 1. maddesi¹⁰ dikkate alındığında, sabit offshore petrol platformları gemi olarak değerlendirilemez. Zira anılan sözleşme maddesinde, bir yapının petrol özelinde gemi kategorisine sokulabilmesi için, petrolü kargo amaçlı taşınması ve denizlerde yolculuk yapabilecek kapasiteye sahip olmasının gerek-

⁷ Platform donanımlarının Türkçe literatür karşılığı henüz mevcut değildir.

⁸ Scicluna; s. 17. [http://www.rempec.org/admin/store/wyswigImg/file/News/Forthcoming%20Meetings/Offshore%20Protocol%20WG%20\(Malta,%2013-14%20June%202013/WG%20384-%20INF.6%20-%20IMLI%20Doc%20-%20Dr%20Sciculna%20%20&%20%20Dr_%20Guterrez%20-%20E.pdf](http://www.rempec.org/admin/store/wyswigImg/file/News/Forthcoming%20Meetings/Offshore%20Protocol%20WG%20(Malta,%2013-14%20June%202013/WG%20384-%20INF.6%20-%20IMLI%20Doc%20-%20Dr%20Sciculna%20%20&%20%20Dr_%20Guterrez%20-%20E.pdf) (Erişim Tarihi:15.08.2014)

⁹ Esmaeli; s. 20.

¹⁰ Sözleşme için bkz. http://www.iopcfunds.org/uploads/tx_iopcpublishations/Text_of_Conventions_e.pdf, (Erişim Tarihi: 10.09.2014)

li olduğu ifade edilmektedir.¹¹ Bu yorumdan hareketle mobil petrol platformlarının gemi olarak kabul edilebilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Benzer biçimde, 1969 tarihli “International Convention Relating To Intervention On The High Seas In Cases Of Oil Pollution Casualties” (Açık Denizlerde Petrol Kirliliği Kaynaklı Zayıatlara Müdahaleye İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin) 2. maddesinde¹² de gemi tanımlanmıştır. Burada da açıkça geminin, deniz yatağındaki ve toprak altındaki kaynakların araştırılması ve işletilmesi amacıyla tesis edilen yapılar haricindeki yüzen tekne benzeri ürünler olduğu ifade edilmiştir.

Bahsi geçen sözleşmeler ve Lowe’un görüşü dikkate alındığında sabit offshore petrol platformlarının gemi olarak kabul edilemeyeceği ve bu yönüyle bayrak devletinin değil de kıyı devletinin yargı yetkisine tabi olduğu kabul edilebilir.¹³ Ancak, 1973 tarihli International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL-Gemi Kaynaklı Kirlenmenin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin) 2/4. maddesi, açıkça sabit platformları da gemi kategorisine dahil etmiştir.¹⁴ Hal böyle iken, tüm offshore petrol platformlarının, MARPOL sözleşmesine taraf olan devletler açısından gemi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun sonucunda da, gemilere ilişkin hukuki kuralların tüm offshore petrol platformlarına da uygulanacağı hususu bahsi geçen devletlerce kabul edilmelidir.

Halihazırdaki uluslararası sözleşmelere bakıldığında offshore faaliyetlerin hukuki açıdan ulusal nitelik arz ettiği görülmektedir. Zira,

¹¹ Peter Wetterstein, “Environmental Liability In The Offshore Sector With Special Focus On Conflict Of Laws (Part 1)”, The Journal of International Maritime Law, 20 JIML, 2014, s. 38. <http://www.lawtext.com/pdfs/sampleArticles/WettersteinJIML20-130-49.pdf> , (Erişim Tarihi: 05.09.2014)

¹² Sözleşme için bkz. <http://cil.nus.edu.sg/rp/il/pdf/1969%20International%20Convention%20Relating%20to%20Intervention%20in%20Cases%20of%20Oil%20Pollution%20Casualties-pdf.pdf> , (Erişim Tarihi: 10.09.2014)

¹³ Rosalie Balkin, Is There A Place For The Regulation Of Offshore Oil Platforms Within International Maritime Law? If Not, Then Where?, IMO Comite Maritime International Dublin Symposium, Eylül 2013, s. 6. <http://www.cmi2013dublin.com/download/file/192/> , (Erişim Tarihi: 10.09.2014)

¹⁴ Sözleşme için bkz. [http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20\(copies\)/MARPOL.pdf](http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20(copies)/MARPOL.pdf) , (Erişim Tarihi: 23.09.2014)

BMDHS'nin 77/1 maddesine göre¹⁵, “Sahildar devlet, kıt'a sahanlığı üzerinde araştırmada bulunmak ve buranın doğal kaynaklarını işletmek amacı ile egemen haklar kullanır”. Benzer şekilde 88. maddesinde, “Sahildar devletin, hangi amaçla olursa olsun, kıt'a sahanlığı üzerindeki delme faaliyetlerine izin verme ve bu konuda düzenlemelerde bulunma konusunda münhasır hakkı olacaktır” ifadesi yer almaktadır. Aynı sözleşmenin 78/1 maddesinde de bir temel husus ayırık tutulmuştur. Buna göre, “Sahildar devletin kıt'a sahanlığı üzerindeki hakları bu alanın üstündeki suların veya bu sular üzerindeki hava sahasının hukuki rejimine halel getirmez.”

Kıyı devletinin offshore faaliyetleri üzerindeki yetkisi, geleneksel deniz hukuku uygulamalarıyla çelişmediği ölçüde mevcuttur. Deniz hukuku konusunda yapılan son konferanslarda, kıyı devletinin, offshore petrol platformlar aracılığıyla yapılan araştırma ve işletme faaliyetleri üzerindeki yargı yetkisinin kesin olduğu dile getirilmiştir. Bu yolla, offshore petrol sanayisinin uluslararası hukuk rejimine tabi olması yerine kıyı devletinin ulusal hukukunun bir parçası olarak kabul edilmesi amacı güdülmüştür.¹⁶

Offshore petrol platformlarının hukuki yapısının netleştirilmesi ve faaliyetlerinden doğan başta çevresel riskler olmak üzere tüm risklerin minimize edilmesi için gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse iç mevzuatta düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Yapılan bu düzenlemelerde, offshore nitelik arz eden faaliyetlerin temel standartları ortaya konulmalı ve özelde yapay ada, offshore yapıları ve gemi kavramları net bir şekilde tarif edilmelidir. Ayrıca, bu faaliyetler neticesinde ortaya çıkan kirliliğin çeşitleri belirlenerek önlem alma yolları da detaylandırılmalıdır.¹⁷ Şüphesiz, hukuki metinlere dercedilen ve uluslararası camiada kabul gören hükümler, offshore petrol faaliyetlerine ilişkin tazmin hukuku, ceza hukuku ve deniz hukuku alanlarında halen var olan belirsizliği de ortadan kaldıracaktır.

¹⁵ Sözleşme'nin resmi olmayan çevirisi için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/denizhukuku.pdf, (Erişim Tarihi: 16.03.2015)

¹⁶ De La Rue Colin; Liability for Damage to the Marine Environment, Lloyd's of London Press, London, 1993, s. 213-214.

¹⁷ Scicluna; s. 19. [http://www.rempec.org/admin/store/wyiswimg/file/News/Forthcoming%20Meetings/Offshore%20Protocol%20WG%20\(Malta,%2013-14%20June%202013/WG%20384-%20INF.6%20-%20IMLI%20Doc%20-%20Dr%20Scicluna%20%20&%20Dr_%20Guterrez%20-%20E.pdf](http://www.rempec.org/admin/store/wyiswimg/file/News/Forthcoming%20Meetings/Offshore%20Protocol%20WG%20(Malta,%2013-14%20June%202013/WG%20384-%20INF.6%20-%20IMLI%20Doc%20-%20Dr%20Scicluna%20%20&%20Dr_%20Guterrez%20-%20E.pdf), (Erişim Tarihi: 01.09.2014)

2. OFFSHORE PETROL PLATFORMLARININ YOL AÇTIĞI KİRLİLİK VE ORTAYA ÇIKAN ZARARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN HUKUKİ SORUMLULUK ESASLARINI İÇEREN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

2.1. Offshore Petrol Faaliyetlerinden Doğan Kirlilik Çeşitleri

Offshore petrol faaliyetlerinden doğan kirliliğin üç çeşitte ortaya çıktığı görülmektedir. Öncelikle, kasıtlı kirletmeden bahsetmek mümkündür. Kasıtlı kirletme, kirlilik çeşitleri içinde yeri çok az olan bir kirletme çeşididir. Zira, genel olarak hidrokarbon rezervlerinin ne kadar değerli olduğu dikkate alındığında, rezervi, üretilen kaynak durumuna getirmek için çaba gösteren bir şirketin kasıtlı kaynak israfına sebebiyet vermesi ticari değildir.¹⁸ İkinci kirlilik çeşidi ise kaza kaynaklı kirliliklerdir. Geminin platforma yanaşması esnasındaki çarpma hadisesi, tanker sızıntıları, boru çatlakları, mekanizmadaki kaçaklar neticesinde ortaya çıkan kazalar bu tip kirliliğe sebebiyet vermektedir.¹⁹ Örneğin, mekanizmadaki kaçaklardan ortaya çıkan yüksek miktarda ve yüksek basınçlı gaz ve petrol patlamaya, yangına, hayat kaybına ve şiddetli kirlenmeye yol açabilmektedir.²⁰

Üçüncü kirlilik çeşidi ise operasyonel kirliliktir. Operasyonel kirlilik, olağan offshore faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan kirliliktir. Atmosfere salınan karbondioksit, nobelyum gibi zararlı gazlar, ağır metaller, çöpler, lağım atıkları, işin doğası gereği ortaya çıkan kimyasal maddeler, sondaj çamuru, petrol sızıntısı gibi kirlilikler, operasyonel kirliliğe örnek teşkil etmektedir.²¹

2.2. Kirlilikten Doğan Zararın Tazminine İlişkin Hukuki Sorumluluk

Offshore petrol faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan kirliliklerin hukuki boyutu çeşitli uluslararası sözleşmeler ile detaylandırılmaya çalışılmıştır. Ancak yürürlükte olan uluslararası sözleşme hükümlerine bakıldığında, daha çok, kirliliğin önlenmesine yönelik hükümler

¹⁸ Gaovuneli, s. 40.

¹⁹ Robin Rolf Churchill ve Alan Vaughan Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd Edition, Juris Publishing, Manchester, 1999, s. 371.

²⁰ De La Rue, s. 218.

²¹ Churchill ve Lowe, s. 371.

getirdiği görülmektedir. Buna karşın, offshore petrol faaliyetlerinin sebep olduğu zararlara ilişkin tek bir başlık altında, toplu nitelikte olup da sorumluluk içeren hükümler getiren ve güncel şekilde uygulanmakta olan bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece farklı farklı sözleşmeler içerisine dağılan çeşitli kuralların var olduğu söylenebilir.

Sorumluluk hükümlerinin tek bir çatı altında toplanamamasının birinci sebebi, offshore petrol platformlarının sebep olduğu kaza, patlama vs. hadiselerin, tanker kazaları gibi hadiselerle oranla az oluşudur. Her ne kadar, gerçekleşmesi halinde sonuçlarının çok ağır oluşu bir gerçekse de, petrol platformları nedeniyle gerçekleşen kazaların az oluşu toplu bir düzenlemeye gitme ihtiyacını da güçlendirememiştir.

İkinci sebep ise, offshore petrol faaliyetlerinin daha çok kıta sahanlığı alanlarında olması ve bu sebeple kıyı devletinin ulusal hukuk düzeyindeki mevzuat hükümleri ile tanzim ediliyor olmasıdır.

2.3. Çeşitli Uluslararası Sözleşme Hükümlerinin Değerlendirilmesi

2.3.1. Petrolün Denizyatağında Araştırılması ve İşletilmesinden Kaynaklanan Kirliliğin Sebep Olduğu Zarardan Sorumluluğa İlişkin Sözleşme (CLEE)

1977 tarihli CLEE (Convention of Civil Liability for Oil Pollution Damages resulting from Exploration for and Exploitation of Seabed Mineral Resources), özel olarak offshore faaliyetlerinden doğan zararın tazminine ilişkin sorumluluğa odaklanmış tek uluslararası sözleşmedir. Ancak bu sözleşme, taşıdığı önemin aksine unutulmuş durumdadır.²²

Dokuz Avrupa devletinin müzakeresine katıldığı sözleşme, sadece altı katılımcı (İngiltere, İsveç, Norveç, Hollanda, Almanya, İrlanda) tarafından imzalanmıştır. Halen imza ve onaya açık olsa da sözleşmenin güncel olmaması sebebiyle bu durumun pratikte bir anlamı olmadığı söylenebilir.²³

²² Evangelos Raftopoulos, Sustainable Governance of Offshore Oil and Gas Development in the Mediterranean: Revitalizing the Dormant Mediterranean Offshore Protocol, 2010. <http://www.mepielan-ebulletin.gr/default.aspx?pid=18&CategoryId=4&ArticleId=29&Article=Sustainable-Governance>, (Erişim Tarihi: 10.10.2014)

²³ De La Rue, s. 221.

CLEE'nin 3. maddesi²⁴, kaza sonrası sorumluluk hallerini düzenlemiştir. Sözleşmeye göre, bir kaza söz konusu olduğunda, bu kaza nedeniyle ortaya çıkan kirlilikten doğan zarardan operatör sorumlu olacaktır. Kaza, birden çok olaydan ortaya çıkmışsa her bir olay için sorumluluk yine operatöre aittir. Offshore petrol platformunun birden çok operatörü var ise sorumluluk müşterektir. Ayrıca, kazanın etkisi devam ederken operatör değişmiş olsa dahi eski operatör, yenisiyle beraber sorumlu olacaktır.²⁵

CLEE'nin 6. maddesinde operatörün sorumluluğu, sözleşmenin imzaya açıldığı tarihten itibaren 5 yıllık süre için 30 milyon SDR (special drawing rights)²⁶, sonrası için ise 40 milyon SDR ile sınırlandırılmıştır. Ancak zararın operatörün kusurlu veya kasıtlı davranışından kaynaklandığı ispat edilirse sorumluluk için herhangi bir limit bulunmamaktadır. Bu yönüyle sözleşmenin gerek kusursuz sorumluluğu gerekse kusur sorumluluğunu düzenlediği görülmektedir.

Sözleşmenin 15. maddesi ile getirilen düzenleme ise esasen bu sözleşmenin neden gündem dışı bırakıldığı ve neden itiraz görerek az sayıda devletçe imzalandığı sorusunun cevabını taşımaktadır. Zira, maddede offshore faaliyetlerin gerçekleştiği bölge üzerinde egemenlik hakkı sahibi olan devlet veya devletlere, sözleşmede belirlenen sorumluluk limitini değiştirme ve hatta sınırı tamamen kaldırma yetkisi getirilmiştir. Bu husus, karşılıklılık esasına bağlanmış olsa da sonucu değiştirememiş ve sözleşmeyi işlevsiz bırakmıştır.

CLEE'nin kapsamına bakıldığında, bu sözleşmenin amacının offshore platformlarına, kendine has ve bağımsız bir uluslararası hukuki statüye kavuşana kadar yasal bir kimlik tanınması olduğu anlaşılmaktadır.²⁷ Ancak aradan geçen uzun süreye rağmen halen offshore faaliyetlerini açık biçimde tanımlayan, ayrı ayrı sorumluluklar getiren ve çok sayıda devletin taraf olduğu bir sözleşme ortaya çıkarılamamıştır.

²⁴ Sözleşme için bkz. <http://cil.nus.edu.sg/1977/1977-convention-on-civil-liability-for-oil-pollution-damage-resulting-from-exploration-for-and-exploitation-of-seabed-mineral-resources/>, (Erişim Tarihi: 10.10.2014)

²⁵ Esmaili, s. 171.

²⁶ Özel çekme hakları anlamına gelen SDR, IMF tarafından 1969 yılında oluşturulan, nakit karşılığı olmayan bir likidite kaynağıdır. <http://neo-ekonomi.com/sdr-nedir/>, (Erişim Tarihi: 13.10.2014)

²⁷ De La Rue, s. 222.

2.3.2. Rio Taslağı - Sydney Taslağı

1977 yılında CMI (Comite Maritime International) tarafından IMO'nun talebi üzerine hazırlanan Rio Taslağı, offshore platformları ile ilgili sadece kirlilik konusunda değil diğer önemli açılardan da düzenleme getiren bir çerçeve çalışmasıdır. Ancak bu çalışma, IMO'nun diğer bazı meselelere daha fazla önem atfetmesi sebebiyle 1990'ların başlarına kadar gündeme alınmamıştır.²⁸

1977'de gerçekleştirilen konferansta offshore mobil petrol platformlarının bir gemi olarak kabul edilerek gemilere uygulanan hukuki kurallara mu tabi olacağı yoksa yeni bir yasal rejime mi dahil edilmesi gerektiği müzakere edilmiştir. Bunun sonucunda CMI'a dahil olan devletlerin çoğunluğu; özellikle kirlilikten doğan sorumluluk, sorumluluğun sınırlandırılması ve ipotek gibi konularda farklı ve özel bir rejimin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Ancak müzakereler sonucunda ortaya çıkan Rio Taslağı'nın kapsama alanı oldukça dar tutulmuştur. Zira, taslak maddelerine bakıldığında daha çok mobil nitelikte olan sondaj ünitelerine ilişkin düzenlemeler olduğu, buna karşın üretim platformu gibi sabit niteliği haiz ünitelerin dikkate alınmadığı görülmüştür.²⁹ 1994 yılında Rio Taslağı revize edilmiş ve Sydney Taslağı olarak gündeme alınmıştır.³⁰ Ancak bu taslak da sözleşme halini alarak yürürlüğe girememiştir.

2.3.3. Denizaltı ve Kıtasahanlığında Yürütülen Araştırma ve İşletme Faaliyetlerinden Doğan Kirliliğe Karşı Akdeniz'in Korunması Protokolü (Offshore Protocol)

Offshore Protokolü de denilen 1994 tarihli bu protokol, Barcelona Sözleşme Sistemi olarak adlandırılan sistemi oluşturan yedi sözleşmeden birisidir.³¹ Bu protokol, on bir devlet tarafından imzalanmış ancak bunlardan altısı³² protokolü onaylamıştır. Protokolün 32.

²⁸ Mikhail Kashubsky, "Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry", *Review of Major Conventions and Russian Law*, Part 1, Maritime Studies, November-December 2006, s. 5.

²⁹ De La Rue, s. 222, 223.

³⁰ Kashubsky, s. 5.

³¹ Diğer altı sözleşme için bkz. http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/l28084_en.htm, Erişim Tarihi: 20.10.2014)

³² Bu devletler; Suriye, Libya, Arnavutluk, Kıbrıs, Tunus ve Fas'tır. <http://www.>

maddesinde,³³ yürürlük için en az altı devletin protokolü onaylamış olması koşulu getirilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, 1994'te düzenlenen protokol, 2011'de Suriye'nin de onayının ardından yürürlüğe girmiştir.

Offshore Protokolü'nün kapsamına katı, sıvı ve gaz olmak üzere tüm formlardaki mineral kaynakların araştırılması ve işletilmesine yönelik olarak tesis edilen sabit ve yüzer platformlar ile bunların mütemmim cüzleri, kargolama amaçlı gemiler, sondaj ve üretim üniteleri, yükleme terminalleri, boru hatları ve bunların aparatları girmektedir.³⁴

Protokol, taraf devletlere kıta sahanlığında, deniz yatağında ve altında, kıyı bölgesinde ve iç sularda geniş yetkiler tanımış olup, 1. maddesiyle bu faaliyetlerin kapsamını da belirleyerek önemli düzeyde araştırma ve işletme hakkı sağlamıştır. Protokolün uygulanma alanının kıta sahanlığı olduğu ifade edilirken, esasında bu protokolün Akdeniz'in tamamı için cari olduğunu söylenmiş olmaktadır. Zira, Akdeniz Bölgesi'nde 200 milin ötesinde bir kıyı uzaklık mesafesi olan iki devlet veya ada sahili bulunmamaktadır. Protokolde dikkat çeken bir diğer husus ise, başta doğu kısmı olmak üzere Akdeniz'de yaşanan deniz alanları sınırlandırma uyuşmazlıklarına doğrudan etki edecek herhangi bir hüküm getirilmemiş olmasıdır. Zira, sınırlandırma konusundaki uyuşmazlıklar halen devam etmekte olup, kalıcı bir çözüme varamamış olan ve daha çok politik bir sorun haline dönüşen bu konuda haksız bir sonucun ortaya çıkması istenmemiştir.³⁵

Protokolün 1. maddesinde, operatör kavramının neye işaret ettiği de izah edilmiştir. Buna göre operatör, sadece offshore faaliyetleri yürüten lisans sahibi veya alt yüklenici değil aynı zamanda herhangi bir resmi yetkisi olmamasına karşın fiilen bu faaliyetleri yürüten tüzel kişidir.

milieu.be/index.php?page=legal-context-of-offshore-activities , (Erişim Tarihi: 20.10.2014)

³³ Protokol için bkz. <http://cil.nus.edu.sg/1994/1994-protocol-for-the-protection-of-the-mediterranean-sea-against-pollution-resulting-from-exploration-and-exploitation-of-the-continental-shelf-and-the-seabed-and-its-subsoil/> , (Erişim Tarihi: 20.10.2014)

³⁴ <http://www.milieu.be/index.php?page=legal-context-of-offshore-activities> , (Erişim Tarihi: 20.10.2014)

³⁵ Raftopoulos, <http://www.mepielan-ebulletin.gr/default.aspx?pid=18&CategoryId=4&ArticleId=29&Article=Sustainable-Governance> , (Erişim Tarihi: 20.10.2014)

Protokolün 3. maddesine bakıldığında, taraf devletlere çeşitli önlemleri alma yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Buna göre taraf devletler, bölgedeki offshore faaliyetlerden doğacak her türlü kirliliği önleme, azaltma, mücadele etme ve kontrol altında tutma yükümlülüğündedir. Bu önlemleri alırken de çevresel amaç doğrultusunda hareket ederek en iyi ve en elverişli teknolojiyi kullanmak zorundadır.

Protokolün 4. maddesinde ise izin sistemi detaylandırılmıştır. Maddeye göre, herhangi bir offshore yapı inşaatı da dahil olmak üzere tüm faaliyetler için ilgili taraf devletten yazılı izin alınması şarttır. Taraf devlet de bu izin talebi sonrasında ilgilinin uluslararası standartlara ve uygulamalara göre bu faaliyeti yapabilecek teknik yeterliliğinin ve ekonomik kapasitesinin olup olmadığını, faaliyetin çevreye bir zarar verip vermeyeceğini dikkatle incelemek ve bu konularda yeterli bulmadığı talepleri reddetmekle yükümlüdür.

9. maddede, Protokolün Ek-1 ve Ek-2 düzenlemesine atıfta bulunularak zararlı ve zehirli maddelere ilişkin izin sistemi tanımlanmıştır. Buna göre, offshore aktivitelerinden meydana gelen ve Ek-1'de mevcut olan listedeki maddeler tamamen yasaklanmıştır. Yani, bu maddelere ilişkin izin söz konusu değildir. Ek-2'deki maddeler ise ayrıca alınması gereken özel izine tabi tutulmuştur. Bu iki listede yer almayan, ancak yine de zararlı veya zehirli olarak nitelendirilebilecek diğer maddeler ise genel izin hükümleri dahilindedir.

Protokolün 10. maddesinde, offshore yapılardan ortaya çıkan ve çevre kirliliğine sebebiyet verecek olan petrol, petrol karışımı materyaller ve sondaj sıvı ve çelik malzemelerinin, taraf devletlerce belirlenecek ortak standartlar doğrultusunda bertaraf edilmesi gerektiği belirtilmiş ve bu husus teknik anlamda detaylandırılmıştır.

15. madde, güvenlik önlemlerini içermektedir. Taraf devletler, yetkisi altında olan bölgelerde gerçekleştirilen offshore faaliyetlerindeki düzenleme, yerleştirme, inşaa etme, ekipman ve işaretlerin uygunluğu konusundaki güvenlik önemlerinin alındığından emin olma yükümlülüğü altındadır.

Protokolün 16. maddesinde, offshore operatörünün beklenmedik kazalardan kaynaklanan kirliliğe karşı bir planının hazırda var olma-

sı gerektiği ve bu planın da Akdeniz Aciliyet Protokolü'ne³⁶ (Mediterranean Emergency Protocol) uygunluk taşımasının şart olduğu ifade edilmektedir.

Yapıların ortadan kaldırılması başlıklı 20. maddede ise, operatörün, artık terk edilerek kullanılmayan offshore yapıları yetkili uluslararası organizasyonun ortaya koyduğu esasları dikkate alarak ortadan kaldırması gerektiği ifade edilmiştir. Bu ilgili bölgedeki seyir güvenliği için şart koşulan bir yükümlülüktür. Maddede geçen yetkili uluslararası organizasyon ifadesinden kastedilenin de IMO olduğu söylenebilir. Zira, IMO'nun bu esasları ortaya koyan düzenlemesi mevcuttur.³⁷

Protokolün 21. maddesinde özel koruma altında olan alanlara ilişkin hüküm getirilmiştir. Buna göre, Akdeniz'deki özel koruma altında olan alanlara ilişkin offshore faaliyet izni verecek olan yetkili taraf devlet, bu izini daha sıkı şartlara tabi tutmalı ve hatta bazı aktiviteleri sınırlandırmalıdır. Bunu yaparken de uluslararası hukukun çizdiği çerçeve içerisinde kalmalıdır.

Her ne kadar devletçi bir yaklaşımı esas alarak birtakım eksiklikler taşıyor olsa da bu Protokol, Akdeniz'deki offshore faaliyetlerinin sürdürülebilir gelişimi açısından uygulanabilir bölgesel idare sistemini getiren ilk düzenlemedir. Ancak uygulamaya da bakılarak çeşitli açılardan yeniden değerlendirilmesi gerektiği de söylenebilir. Bu sayede gelişen offshore petrol ve doğalgaz faaliyetlerinin en başından en sonuna kadar geçen sürede mevcut tespitlere ilaveten yeni bakış açıları da getirilmiş olacaktır. Bu değerlendirme yapılırken iki temel aşama esas alınmalıdır. Birincisi, sismik tarama sürecidir. Özellikle, teknolojik gelişmelere rağmen sismik araştırma esnasında ortaya çıkan gürültü, deniz memelileri için oldukça önemli ve kronikleşmiş bir kirliliktir. Bunun dışında, daha birçok bilinmeyen olumsuz etkisinin olduğu da ifade edilebilir. İkinci olarak dikkate alınması gereken konu ise birinci aşamada gerçekleştirilenler doğrultusunda mevcut offshore yapılarının da yeniden dizayn edilmesidir. Ancak bu konuda atılacak adımların daha harmonize bir yönetim ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

³⁶ Protokol metni için bkz. <http://www.unep.ch/regionalseas/main/med/medemer.html> , (Erişim Tarihi: 24.10.2014)

³⁷ Düzenleme için bkz. http://www.imo.org/blast/mainframe.asp?topic_id=1026 , (Erişim Tarihi: 24.10.2014)

Yani bu çalışmanın planı; yetkili otoriteler, yüklenici şirketler, bölgesel topluluklar, deniz canlılarının korunması amacıyla kurulmuş sivil toplum örgütleri ve diğer tüm ilgili tarafların görüş alışverişi neticesinde ortaya çıkarılmalıdır. Bunun yanında, üretim yerinin iyileştirilmesi için daha önceden bölgede yapılmış çevresel denetimlerin de göz ardı edilmemesi gerekir.³⁸ İkinci aşamada gerçekleştirilecek olan bu işlemler sayesinde sistem, oldukça iyi bir yapıya sahip olacaktır.

Son olarak, yapılması gereken müzakerelere dahil edilmesi gereken nokta da offshore faaliyetlerden ortaya çıkan emisyon gazının salınımı ve hatta platformlarda gerçekleşebilecek gaz kaçaklarının engellenmesi amacıyla bölgesel diğer sözleşmelerle³⁹ de uyumlu biçimde ortak bir lisanslama veya izin sisteminin getirilmesi ve bunun da faaliyete geçmeden erken bir dönemde operatör firmadan talep edilmesidir. Bu konunun da tartışılarak hayata geçirilmesi olumlu bir adım olacaktır.⁴⁰

SONUÇ

Kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge gibi alanlarda gerçekleştirilen offshore faaliyetlerin daha açık kurallara bağlı olması yanında, BMDHS'nin açık denizlerdeki faaliyetler konusunda serbesti ilkesini esas alması, devletler arası anlaşmazlığa yol açmaktadır. Bu yönüyle, petrol ve doğalgaz sondajı için açık denizlerde gerçekleştirilen faaliyetlerin bir an önce net hukuki kurallara tabi tutulması gerekir.

Her ne kadar doktrinde sabit petrol platformlarının gemi olarak kabul edilemeyeceği açıklanmış ise de MARPOL sözleşmesi açıkça bu görüşe aykırı hüküm içermektedir. Kanımca da sabit petrol platformlarını gemi olarak kabul etmek mümkün değilken, MARPOL sözleşmesinin açık düzenlemesi karşısında adı geçen sözleşmeye taraf devletlerin, gemilere ilişkin hukuk kurallarını offshore platformlarına da uygulaması gerektiği söylenebilir.

³⁸ Raftopoulos, <http://www.mepielan-ebulletin.gr/default.aspx?pid=18&CategoryId=4&ArticleId=29&Article=Sustainable-Governance> , (Erişim Tarihi: 05.11.2014)

³⁹ Offshore faaliyetlerine ilişkin bölgesel anlaşmalara; 1978 Kuveyt Emergency Protocol, 1981 Abidjan Pollution Emergency Protocol, 1992 UNEP Regional Seas Programme ve OSPAR Convention örnek olarak verilebilir.

⁴⁰ Raftopoulos, <http://www.mepielan-ebulletin.gr/default.aspx?pid=18&CategoryId=4&ArticleId=29&Article=Sustainable-Governance> , (Erişim Tarihi: 05.11.2014)

Offshore petrol faaliyetlerine ilişkin mevcut hukuki düzenlemelere bakıldığında, kıta sahanlığı üzerine yoğunlaştığı ve bu yönüyle bu faaliyetlere ulusal nitelik atfedildiği gözlemlenmektedir.

Mevcut hukuki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, başta çevre kirliliği olmak üzere offshore faaliyetlerden doğan zararların tazminine ilişkin sorumluluk hükümlerinin farklı farklı sözleşmeler içerisine yayıldığı ve güçlü bir şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Bu durumun birinci sebebinin, devletlerin daha çok çevre kirliliğinin, yani zarar verici faaliyetin önlenmesine yoğunlaşması, ikinci sebebinin ise ulusal nitelikteki düzenlemeler ile konunun detaylandırılması olduğu söylenebilir.

Kaynakça

- Balkin Rosalie, Is There A Place For The Regulation Of Offshore Oil Platforms Within International Maritime Law? If Not, Then Where? IMO Comite Maritime International Dublin Symposium, Eylül 2013. <http://www.cmi2013dublin.com/download/file/192/> , (Erişim Tarihi: 10.09.2014)
- Churcill Robin Rolf ve Lowe Alan Vaughan, The Law of the Sea, 3rd Edition, Juris Publishing, Manchester, 1999.
- Colin De La Rue, Liability for Damage to the Marine Environment, Lloyd's of London Press, London, 1993.
- Esmaili Hossein, The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law, Ashgate Dartmouth, Aldershot, 2001.
- Gavouneli Maria, Pollution from Offshore Installations, Graham&Trotman / Martinus Nijhoff, London, 1995.
- Kashubsky Mikhail, "Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry", Review of Major Conventions and Russian Law, Part 1, Maritime Studies, November-December 2006.
- Raftopoulos Evangelos, Sustainable Governance of Offshore Oil and Gas Development in the Mediterranean: Revitalizing the Dormant Mediterranean Offshore Protocol, 2010. <http://www.mepielan-ebulletin.gr/default.aspx?pid=18&CategoryId=4&ArticleId=29&Article=Sustainable-Governance> , (Erişim Tarihi: 10.10.2014)
- Sciicluna Nikita, A Legal Discussion On The Civil Liability For Oil Pollution Damage Resulting From Offshore Oil Rigs In The Light Of The Recent Deepwater Horizon Incident, Unpublished LL.M. Thesis, International Maritime Law Institute, London, 2011.

- Taverne Bernard, *Petroleum, Industry and Governments: A study of the Involvement of Industry and Governments in the Production and Use of Petroleum*, Second Edition, Kluwer Law International B.V. , The Netherlands, 2008.
- Wetterstein Peter, "Environmental Liability In The Offshore Sector With Special Focus On Conflict Of Laws (Part 1)", *The Journal of International Maritime Law*, 20 JIML, 2014. <http://www.lawtext.com/pdfs/sampleArticles/Wetterstein-JIML20-130-49.pdf> , (Erişim Tarihi: 05.09.2014)
- [http://www.rempec.org/admin/store/wyswigImg/file/News/Forthcoming%20Meetings/Offshore%20Protocol%20WG%20\(Malta,%2013-14%20June%202013/WG%20384-%20INF.6%20-%20IMLI%20Doc%20-%20Dr%20](http://www.rempec.org/admin/store/wyswigImg/file/News/Forthcoming%20Meetings/Offshore%20Protocol%20WG%20(Malta,%2013-14%20June%202013/WG%20384-%20INF.6%20-%20IMLI%20Doc%20-%20Dr%20) (Erişim Tarihi: 13.08.2014)
- http://www.iopcfunds.org/uploads/tx_iopcpublications/Text_of_Conventions_e.pdf , (Erişim Tarihi: 10.09.2014)
- <http://cil.nus.edu.sg/rp/il/pdf/1969%20International%20Convention%20Relating%20to%20Intervention%20in%20Cases%20of%20Oil%20Pollution%20Casualties-pdf.pdf> , (Erişim Tarihi: 10.09.2014)
- [http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20\(copies\)/MARPOL.pdf](http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20(copies)/MARPOL.pdf) , (Erişim Tarihi: 23.09.2014)
- <http://cil.nus.edu.sg/1977/1977-convention-on-civil-liability-for-oil-pollution-damage-resulting-from-exploration-for-and-exploitation-of-seabed-mineral-resources/> , (Erişim Tarihi: 10.10.2014)
- <http://neo-ekonomi.com/sdr-nedir/> , (Erişim Tarihi: 13.10.2014)
- http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/128084_en.htm , Erişim Tarihi: 20.10.2014)
- <http://www.milieu.be/index.php?page=legal-context-of-offshore-activities> , (Erişim Tarihi: 20.10.2014)
- <http://cil.nus.edu.sg/1994/1994-protocol-for-the-protection-of-the-mediterranean-sea-against-pollution-resulting-from-exploration-and-exploitation-of-the-continental-shelf-and-the-seabed-and-its-subsoil/> , (Erişim Tarihi: 20.10.2014)
- <http://www.milieu.be/index.php?page=legal-context-of-offshore-activities> , (Erişim Tarihi: 20.10.2014)
- <http://www.unep.ch/regionalseas/main/med/medemer.html> , (Erişim Tarihi: 24.10.2014)
- http://www.imo.org/blast/mainframe.asp?topic_id=1026 , (Erişim Tarihi: 24.10.2014)
- http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/denizhukuku.pdf , (Erişim Tarihi: 16.03.2015)

YARGIDA YETKİNLİK / KEMÂLÂT KRİTERLERİ

THE CRITERIA OF EXCELLENT JUSTICE / JUDGEMENT

Mükemmel Türk Hâkimlerine ve Türk Yargısında ideale giden yolda karınca misali bir cehddir / bir gayreddir / mütevazı bir sadâdır / samimi bir teşebbüsdür.

“İnsanı sevmeden insana hizmet edilemez. kendini (hâkim bizzat kendisini) tanımadan ve insan (hâkimin muhatabı) tanınmadan, insan yargılanamaz.”

“Excellence On Judgement Requires Excellent Judges”

Atilla PINAR*

Özet: Şüphesiz ki dünyanın her yerinde halk /insanlar /kamuoyu; “İyi Eğitilmiş /Kalifiye Hâkimler” bekler, umar ve hakeder. İyi hâkimler mükemmelliği takip etmelidir. Asil, akil ve mütevazı Türk hâkimleri kazai hizmetlerinin her saniyesinde hatırlamalılar ki verecekleri her bir karar insanların; mülkiyet haklarını, özgürlüklerini ve dahi hayatlarını doğrudan etkileyecektir. Kendilerini adalete vakfetmiş Türk hâkimleri, tarafların anlaşmazlıklarına adil bir çözüm beklediği bir ortamda bizzat kendilerinden kaynaklanan bir başka anlaşmazlığa (ihlale) neden olmamak zorundadırlar. Gereksiz yere uzatılan yargılamalar çoğunlukla haksız tarafın hak etmediği bir yarar elde etmesine (durumdan nemalanmasına) neden olmakta ve haklı tarafı da fakirliğe /sefaletle sürükleyebilmektedir. Akil bir hâkim haklı tarafı zarara uğratmamak için her zaman basiretli olmalı ve bu öngörüyle hareket etmelidir.

Mükemmel yargılama ve mükemmel hüküm bizzat ve tamamen iyi insanlar (Mükemmel Hâkimler) eliyle mümkündür. Nitekim adil yargılama ve makul süreye dair esaslı deyimler vardır. Bunlardan bazıları; “Ertelenmiş /geciktirilmiş bir hak, inkâr edilmiş bir haktır.”, “Geciken adalet adaletsizliktir /insafsızlıktır.”, “Geciken adalet, inkâr edilmiş adalettir.” gibi.

* Ankara Tüketici Mahkemesi Hakimi

Anahtar Kelimeler: Mükemmel yargılama, mükemmel hâkimler, merhamet, insan sevgisi, hukuk ve insan bilgisi, bilim aşkı, tevazu, nezaket, idarecilik kabiliyeti, samimiyet, sabır, vicdan, eşit bakış, yaş ve ehliyet, tecrübe, olgunluk, liyakat, sürekli eğitim, edep, adap, sağlık.

Abstract: Without doubt, the public expects and deserves “well-trained” judges all around the world. Good judges must pursue excellence. Modest, wise and noble Turkish judges must remember in every seconds of their service that each single decision of them affects directly upon the property, liberty, and even life of the human beings. Dedicated Turkish judges have to cause no failure while the parties are awaiting a fair judgment for their legal dispute. Unnecessarily extended trials mostly make the unfair parties get undeserved gains or put the just parties into poverty. An enlightened / wise judge always has to foresee not to hurt the right side.

Perfect judgment could only and exactly be served by good people, by excellent judges. In fact, there are some idioms about faulty judiciary such as: “A right delayed is a right denied.” Or “Justice denied anywhere diminishes justice everywhere.” or “Delay in justice is injustice.” or “Justice delayed is justice denied.” and “Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus, rectum aut justiciam.” (To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice. Magna Carta Libertatum, Article 40.)

GİRİŞ

Kurulan ve söylenen her cümle bir telkindir. Her cümle pozitif veya negatif manada (ister emir kipiyle olsun isterse lütfen moduyla) kişiye yapması veya yapmaması gerekeni telkin eder.

Bu manada en etkili ve kalıcı telkin yöntemi ise eğitimidir. Sürekli eğitim ise sürekli telkin demektir.

Bizler bugüne kadar yargıda pozitif telkinin (Eğitimin /Sürekli Eğitimin) gücünü maalesef pek kavrayamadık veya negatifine maruz kaldık / maruz bıraktık.

Dilenirse denememize evvelerden ve de eskimeyenlerden, hem de Doğu’dan, Batı’dan ve Orta’dan (Anadolu’dan) cümleler aktararak başlayalım.

Doğu’dan birinci karakterimiz Nuşirevan-ı Adil;

“Zulüm (adaletsizlik) devlete, nankörlük¹ nimete zeval (son) verir.”

Doğu'dan ikinci karakterimiz Nizam-ül mülk;

“Küfr ile belki amma zulm (adaletsizlik) ile paydâr kalmaz memleket.”²

(Nizam-ül mülk'ün idare teorisinde “adalet” sine qua non ‘olmazsa olmaz’ bir şart olarak takdim edilir.)

“Güzel zamanlar adil hükümdarların hüküm sürdüğü zamanlardır. Adalet hâkim olunca ihsan da hâkim olur. Nitekim adaletin olduğu yerde civanmertlik de vardır.”³

Batı'dan, İngiliz Kralı 8. Henry'nin Başyargıncı olan (Böylelikle anlıyoruz ki kendisi bir hâkimmiş.) Thomas MORE Utopia adlı eserinde;

“Bir devletin gelişmesi de, yıkılması da o devleti yönetenlerin ve hâkimlerin elindedir.”

Orta'dan, (Anadolu'dan) Mevlana Celâlettin-i Rumî;

“İyiler giderler, güzel âdetleri kalır. Kötülerden geriye ise zulüm (adaletsizlik) ve kötülük kalır.”

Demişlerdir.

Yine kültürümüzde; “İnsanlar gidecekleri yere göre yaşarlar.” denilmektedir.

“Adliyelerde neler/ nasıl/ ne için / kimin için yapılmaktadır?” sorusu sadece davacı-davalı-sanık-avukat gibi sınırlı bir kitlenin merak ettiği bir husus değildir. Aksine bu soru sadece ilgililerince değil tüm toplumca ve (Bugün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince denetlenildiği gibi) tüm insanlıkça izlenmekte, gözlenmekte, denetlenmekte ve Yargımızla / Yargı Teşkilatımızla ilgili olumlu veya olumsuz kanaat oluşturulmaktadır.

Şüphesiz ki dünyanın her yerinde insanlar/ halk/ kamuoyu; “İyi

¹ ‘Nan’; Farsça’da ekme demektir ve ‘nankörlük’ ise ekmeğe kör bakan, ekme veren ele / iradeye ihanet eden anlamına gelir.

² Nizam-ül Mülk /Siyasetnâme sayfa xxiii, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi, III. Baskı

³ Nizam-ül Mülk /Siyasetnâme sayfa 64, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi, III. Baskı

Eğitilmiş / Sürekli Eğitilen/ Kalifiye/ Vizyon sahib / -hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn sıfatlarıyla donanmış / donatılmış” Profesyonel Hâkimler bekler, umar ve hakeder. Hizmet standardı/ donanımı yüksek hâkimler, mükemmelliği takip etmelidir. Asil, akil ve mütevazı hâkimler hizmetlerinin her saniyesinde hatırlamalılar ki verecekleri her bir karar insanların; mülkiyet haklarını, özgürlüklerini ve dahi hayatlarını doğrudan etkileyecektir. Kendilerini adalete adanmış/ vakfetmiş hâkimler, tarafların anlaşmazlıklarına adil çözüm beklediği bir ortamda bizzat kendilerinden kaynaklanan bir başka anlaşmazlığa (ihlale) neden olmamak zorundadırlar. Örneğin; gereksiz yere uzatılan yargılamalar çoğunlukla haksız tarafın hak etmediği bir yarar elde etmesine (durumdan nemalanmasına) neden olmakta ve haklı tarafı da fakirliğe/ sefalete sürükleyebilmektedir. Akil bir hâkim haklı tarafı zarara uğratmamak için her zaman basiretli olmalı ve bu öngörüyle hareket etmelidir.

Ceza yargılamasında da hâkim tam donanımlı olmalıdır ki, yargılaması makul sürede bitsin ve hükmü de adil olsun.

Ara sonuç olarak mükemmel yargılama ve mükemmel hüküm bizzat ve müstakillen iyi/ güzel /mütebessim /adil insanlar (Mükemmel Hâkimler) eliyle mümkündür.

Bu meyanda hâkimin (diğer tüm mesleklerde olduğu gibi) karakteri / mizacı / insan kalitesi hukuk bilgisinden ve tecrübesinden çok daha önemlidir.

Bu konseptte göre ve en kaba tarifiyle hâkimin 2 türlü niteliğinden bahsolunabilir; 1) Objektif, doğrudan ölçülebilir nitelikleri ki, yaşı, fiziği, sağlığı, baktığı davalardaki tecrübesi, v.s. bunlardandır. 2) Sübjektif ve şahsi özellikleri ki, bu husus kısaca hâkimin karakteri / mizacı olarak adlandırılabilir. Örneğin; sabır, maksimum nezaket, doğruluk, dürüstlük, tarafsızlık, kolay kolay (aşlında ve esasında asla) öfkelenmeme ve kızmama, tarafları, insanları sabır ve nezaketle dinleme ve bunların tam aksi hallerden kaçınarak egoist, asabi, agresif, nezaketsiz olmama gibi hususlardır.

Esasında her insanın mizacı/ kişiliği farklı ise de hâkimlikte bunun bir asgari normunun /standardının olması önemlidir. Dolayısıyla her hâkimin kişiliği ne kadar değişik olsa da hâkimliğin standart bir

kalıbının (Hâkim karakterini/Hâkimin karakteristik özelliklerinin) tanımının yapılmasının artık zamanı geldi diye düşünülmektedir. Dolayısıyla hâkimin şahsi özelliklerinin belki standart hale çevrilmesi çok daha isabetli olacaktır.

Bu da hâkimin karakteri/ ideal vasıfları olarak tanımlanırsa mahzuru olmaz diye değerlendirilmektedir.

Hâkimin niteliklerinden en önemli husus olan karakter diğer tüm özelliklerin üzerinde /üstündedir. Hatta burada karakterle ilgili olarak daha da ileri giderek 'hâkimliğin özü /temeli /esas; nezaket ve sabırdır' dersek bu bir mübalağa sayılmamalıdır.

Basit mottolar /sözler genellikle her meslekte farkındalığın gelişimine pozitif katkı yapar. Örneğin "Paylaşmak; (problemin-muhatabın) farkında olunduğunu fark ettirmektir/ umursamaktır /önemsemektir." gibi. Ne zaman ki paylaşmanın gücü fark edilir, esaslı değişimler artık muhtemel, belki muhakkaktır.

Paylaşmanın en bariz örneği de mesleki alandaki her türlü çalışmanın teşvik edildiği bu tip enstitüleşen eğitim faaliyetleri, bir manada fiili akademiye dönüşen Yargıda Sürekli Eğitim ve Profesyonel Gelişim seminerleridir.

Sürekli eğitim her hâkim (gerçekte insana hizmet eden her bir memuriyet veya servis) için gereklidir. Ancak yargıda eğitimden (belki sürekli eğitimden) kasıt hâkimlikte bilgi, tecrübe ve karakter üzerine inşa edilen ve bunları artırmaya /geliştirmeye hizmet eden eğitimidir.

Eğitimin önemine dair de geçmişe göz atılırsa;

"Tahsîl-i kemâlât kem âlât ile olmaz." (Lâedri / Anonim)

(Uygunsuz yollardan yürünerek olgunluk kazanmak imkânsızdır.⁴)

Kuvvetli ve samimi şekilde inanıyoruz ki; acı, hüznün, gam, tasa ve keder paylaşıldıkça azalır. Mutluluk ise bunun tam tersine paylaşımın artar. Yine bilgi, irfan ve farkındalık da paylaşımın yayılır, artar ve genişler. Özellikle günümüzün dijital çağında ve internet sayesinde bilgiye erişim (son derece hızlı ve ucuz bazen bedava şekilde) mümkün

⁴ İskender Pala /Hoş Sadâ /Kapı Yayınları, sayfa 62

hale gelmiştir. Bu ise insanoğlunun şu ana kadar gerçekleştirdiği belki en esaslı reform olarak tanımlanabilir.

Adil yargılama ve en önemli parametrelerinden (Belki en yaygın adli arızanın kaynağı/ dayanağı) olan makul süreye dair şu ana kadar rastladığımız bir demet deyim de aşağıda arz edilmiştir.

Bunlar;

“A right delayed is a right denied.”

“Geciken bir hak, inkâr edilmiş/ reddedilmiş bir haktır.”, Martin Luther King, Jr.

“Justice denied anywhere diminishes justice everywhere.”,

“Adaletin bir yerde inkârı, her yerde inkârdır.”, Martin Luther King, Jr.

“True peace is not merely the absence of tension: it is the presence of justice.”

“Gerçek barış sadece gerilim yokluğu değildir, gerçek huzur adaletin varlığıdır / ortaya çıkmasıdır / gerçekleşmesidir.” Martin Luther King, Jr.⁵

“Delay in justice is injustice.”

“Adalette gecikme adaletsizliktir.” Walter Savage Landor.⁶

“Justice delayed is justice denied.”

“Geciken adalet, inkâr edilmiş / reddedilmiş adalettir.”

William Ewart Gladstone veya William Penn.⁷

Bu deyim aynı zamanda 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'da⁸ (Büyük Özgürlükler Layihasında / Bildirgesinde / Belgesinde) da mevcuttur. Bu da Belgenin 40. maddesinde belirtilen;

“Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus, rectum aut justiciam.”

⁵ <http://www.inspiration-oasis.com/martin-luther-king-quotes.html#Justice>

⁶ http://thinkexist.com/quotation/delay_in_justice_is/197197.html

⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Justice_delayed_is_justice_denied

⁸ http://tr.wikipedia.org/wiki/magna_carta

"To no one will we sell, to no one will we deny or delay, right or justice."⁹

"Kimseye satmayacağımız, reddetmeyeceğimiz veya geciktirmeyeceğimiz şeyler; hak veya adalettir." cümlesidir.¹⁰

Şu halde yargı bağımsızlığının sorumsuzluk, yargısal takdirin keyfilik olarak algılanamayacağı/ algılanmaması gerektiği açıktır. Zamanında ve isabetle tecelli etmeyen bir adaletin ise bizzat adaletsizliğin ta kendisi olduğu az evvel arz olunmuştur.

Toplumdan, sosyal konulardan ve sosyal meselelerden izole olmuş/ edilmiş ve de sürekli değişen hukuka bigâne/ ilgisiz/ yabancı kalmış bir yargı, bağımsız yargının bedeli değildir. Bağımsız yargıdan kasıt asla bu olmamalıdır.

Türk Yargı Teşkilatı değildir; vahşi despotlar, vicdansız zorbalar, sapkın Neronlar, hak tanımaz Nemrudlar, kibri izanını dumura uğratmış Firavunlar, gaddar zalimler, kendine tapınan narsistler, benmerkezci egoistler ve hazcı hedonistlerden mürekkep bir şebeke.

Bilakis Türk Yargı Teşkilatı; hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn sıfatlarıyla donanmış, irfanı ve vicdanı temayüz etmiş, diri ve hassas kalp taşıyan, merhamet / rikkat sahibi, kalbi ve kafası /

⁹ Justice; adalet, hak, yargı, dürüstlük, doğruluk, Hâkim, Injustice; haksızlık, adaletsizlik, insafsızlık, Delay; geciktirmek, ertelemek, gecikmek, geç kalmak; oyalamak, oyalanmak, alıkoymak, savsaklamak, Deny; reddetmek, inkâr etmek, yalanlamak, yadsımak; mahrum etmek, yoksun bırakmak,

¹⁰ Denied; reddedilmiş, inkâr edilmiş, yalanlanmış, mahrum edilmiş
<http://books.google.com.tr/books?id=DeQYXYMBtwgC&pg=PA761&lpg=PA761&dq=nullum+vendemus&source=bl&ots=CU1llZcb7J&sig=2asmXdBBFa3BVeERBFGEWktP7gU&hl=tr&sa=X&ei=c6FHUaGTJoiktAaD6YH4BQ&sqi=2&ved=0CEQQ6AEwBQ#v=onepage&q=nullum%20vendemus&f=false>
http://books.google.com.tr/books?id=-yL4B0q4k1UC&pg=PA2014&lpg=PA2014&dq=nullum+vendemus&source=bl&ots=7g8bG_ke70&sig=zcrDJHAnzMHcg2QTBCKDF8-woY&hl=tr&sa=X&ei=c6FHUaGTJoiktAaD6YH4BQ&sqi=2&ved=0CDcQ6AEwAg#v=onepage&q=nullum%20vendemus&f=false
<http://books.google.com.tr/books?id=EZJoSq45EPQC&pg=PT297&dq=differemus&hl=tr&sa=X&ei=ZqRHUZb1HsSxPLfkgeAK&ved=0CF4Q6AEwCA>
<http://books.google.com.tr/books?id=WKhLAAAAYAAJ&pg=PA3&dq=differemus&hl=tr&sa=X&ei=ZqRHUZb1HsSxPLfkgeAK&ved=0CDAQ6AEwAA#v=onepage&q=differemus&f=false>

beyni ve gönlü barışık, batınındaki insan sevgisi zahirine yansımış, sadece ve sadece insana hizmet eden, hukuka hakikaten ram olmuş, hakka saygılı, her / cümle canı bir ve eşit gören, hiç kimseden tebessümü esirgemeyen, incitmeden hiçbir gönlü adaleti tevzi / hakkı teslim eden, her hâlden anlayan (empati yapan), hâli (uyuşmazlığı/ nizayı) halleden, kinden/ garezden/ hasedden/ fesaddan beri, haksız menfaatten geri, hatır ve gönülle iş yapmaktan öte duran, tepeden tırnağa samimi, insan oğlu/ insan kızı insanlardan oluşan bir meslek ocağıdır/ bir akademidir/ bir ailedir/ bir hizmet sınıfıdır.

HÂKİM KİMDİR/HÂKİMİN VASIFLARI NEDİR?

Hâlihazırda ve meri mevzuatımızda (işin doğrusu bir anlamda uluslararası literatürde) hâkimin kim olduğu veya olması gerektiğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

HÂKİM VE SAVCININ MECELLE, BANGOLAR VE BUDAPEŞTE İLKELERİNE GÖRE VASIFLARI NELERDİR?;

Hâkim ve savcının Mecelle, Bangolar ve Budapeşte ilkelerine göre vasıflarına göz atıldığında dikkati çeken hususlar vardır.

Bunlar da şunlardır;

- 1- Hâkimin kim olduğu ve vasıfları Bangalore İlkelerinde tanımlanmamıştır. Ancak uyması gereken etik ilkeler tanımlanmıştır.
- 2- Savcının kim olduğu ve vasıfları Budapeşte İlkelerinde tanımlanmamıştır. Lakin meslek icrasında gözetmesi gereken etik prensipler düzenlenmiştir.
- 3- Hâkimin kim olduğu ve vasıfları Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de tanımlanmıştır. Ayrıca bugünün etik kavramları adap başlığı altında ve müstakillen ve de bizzat aynen vasıfların belirlendiği gibi aynı kanunla düzenlenmiştir.
- 4- Hâkimin evsafı / vasıfları hususunda Mecelle dışında şu ana kadar milli veya mukayeseli hukukta herhangi bir yasal düzenlemeye henüz rastlanamamıştır. Şu halde Mecelle'mizin arz olunacak düzenlemesinin halen en üstün evrensel değer olduğu cümlesi bir iddiadan öte bir vakıanın tespiti / bir hakkın teslimi olacaktır.

Bu meyanda bu konuda kafa yoran ve ürün veren kişiler de yoktur denemez. Örnek kabilinden arz edilecek olunursa ABD'den Yüksek Yargıç Edward F. HENNESSEY'in¹¹ Yazdığı 'Excellent Judges /Mükemmel Hâkimler' kitabı örnek gösterilebilir.

TÜRK HUKUK TARİHİNE BU GÖZLE BAKILDIĞINDA

Rastlanan kaynak 1869 tarihli Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'dir. Toplamda 16 kitaptan oluşmaktadır. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin "Hüküm ve hâkimlikten" bahseden 16. kitabının 1. babının 1, 2, 3 ve 4. fasıllarında hâkimin vasıfları, adabı, vazifesi ve yargılama şekilleri düzenlenmiştir.

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE KANUNU'NA BAKILDIĞINDA; ONALTINCI KİTAP. HÜKÜM ve HÂKİMLİKTEN BAHSEDEN KİTAPTIR.

Hüküm ve Hâkimlik hakkında olup bir önsözle dört bölümden ibarettir.

ÖNSÖZ: Bazı hukuk terimleri hakkındadır.

1. BÖLÜM: Hâkimlere dair olup dört fasıldan ibarettir.
1. FASIL: Hâkimlerin vasıfları/nitelikleri hakkındadır.
2. FASIL: Hâkimin hareket ve davranışı hakkındadır.
3. FASIL: Hâkimin görevleri hakkındadır.
4. FASIL: Muhakeme şekli hakkındadır.

¹¹ Edward Hennessey; ABD'nin Massachusetts Eyaletinde önce hukuk ve ceza davaları avukatlığı, sonra 5 yıl kürsü hâkimliği, ardından da son 13 yılı Temyiz Mahkemesi Başkanlığı olmak üzere 18 yıl Temyiz Mahkemesi Üyeliği, derken 1 yıl Amerikan Baş yargıçları "Temyiz Mahkemesi Başkanları" Ulusal Konferans Başkanlığı ve ayrıca Eyalet Mahkemeleri Merkezinin Başkanlığını yapmıştır. Yazdığı 'Excellent Judges / Mükemmel Hâkimler' kitabı "Sürekli Eğitim" Continuing Education ve 'Profesyonel Gelişim' Professional Development kavramları kapsamında 1979 yılında kurulan ve amacı Massachusetts Hâkimlerine mesleki anlamda hizmet olan Flaschner Adalet Enstitüsü'nde (Flaschner Judicial Institute) halen ders kitabı olarak okutulmakta / eğitim materyali olarak kullanılmaktadır.

2. BÖLÜM: Kararlarla ilgili olup iki fasıldan ibarettir.

1. FASIL: Kararın şartları hakkındadır.

2. FASIL: Gıyapta verilen karar hakkındadır.

3. BÖLÜM: Hüküm verildikten sonra davanın tekrar görülmesi hakkındadır.

4. BÖLÜM: Tahkimle ilgili meseleler hakkındadır.

- "HÂKİMİN VASIFLARI" başlıklı 1. Fasil;

- Madde 1792 - Hâkim; hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır.

(Hakîm ; âlim, bilgin, haklı ve haksızı ayırıp hak ve adalet üzere hükmeden.

Fehîm ; akıllı, zeki, anlayışlı.

Müstakîm ; doğru, eğri olmayan, hilesiz, temiz, dürüst.

Emîn ; emniyetli, kendine inanılan, itimat edilen, güvenilir.

Mekîn ; vakarlı, temkinli, yerleşmiş, oturmuş, sakin.

Metîn ; sağlam, kendine güvenilir olan, metanet sahibi, dayanıklı.)

- Madde 1793 - Hâkim; hukukî konulara ve yargılama usulüne vakıf ve bunları davanın taraflarına tatbik ve meseleyi çözmeye muktedir olmalıdır.

- Madde 1794 - Hâkim temyiz kudretine haiz olmalıdır. (İyi kö-tüden ayırt edebilmelidir.)

Bundan dolayı; küçük çocuk veya bunak veya kör veya tarafların kuvvetli seslerini işitemeyecek derecede sağır olan kişi hâkim olamaz.

Denilmektedir.

HÂKİM VE SAVCIDA YETKİNLİK KRİTERLERİ

1) FAAL VE PAK BİR KALBE-VİCDANA SAHİP OLMAK

Tüm bu metnin merkezinde KALP bulunmaklan ve kalp her bir bölümün neredeyse iksiri olmaklan burada kalbe dair müstakil bir ba-

his açılması gerektiği değerlendirilmiştir.

“Aklın yoksa yandın. Ya kalbin yoksa, o zaman sen zaten yoksun ki.” Mevlana Celâlettin-i Rumî

Kültürümüzde, toplumumuzda, halkımız arasında ve de dünyamızda kalple ilgili o kadar çok deyim/ deyiş/ atasözü vardır ki meselelerin ehemmiyeti izahtan varestedir.

Bunlardan bazıları;

“Kalpsiz adam”, “Vicdansız insan”, “Taş kalpli insan.”, “Kalbini karartmak.”, “Kalbini bir yana bırakmak.”, “Kalbini / ruhunu şeytana satmak.”, “Kalbine mukayyet olmak.” “Kalbini temiz tutmak.”, “Kalpten sevmek.” v.b. olarak sayılabilir.

Kalb ve vicdana dair evrenselleşen deyim ve cümleler;

- “Gözün beğendiğini kalp de beğenir.” Çerkez atasözü
- “Kalp ağlamazsa göz ağlamaz.” Kafkas atasözü
- “Aklen halledilemeyen nice güç şeyler vardır ki ancak kalben çözülebilir.” Avient
- “Kalb bütün erdemleri kendinde toplamıştır. Ama bütün kötülükler de oradadır.” Andersen
- “Kalb kör olduktan sonra, gözün görmesinde pek yarar yoktur.” Hz Ali
- “Kalb ne ile doluysa, dudaklardan o dökülür.” Goethe
- “Kuru kalbe kuru göz.” Victor Hugo
- “Temiz bir kalb zehirli dillerin bozduğunu düzeltir.” Homeros
- “Gönlümüz bize daima aklımızdan daha yakındır.” Goethe
- “Kalb kadar yumuşak ve kalb kadar sert bir şey yoktur.” G C Lichtenberg
- “Kendi kalbine baktığın zaman orada kötü bir şey görmezsen, üzülecek ve korkacak bir şey yoktur.” Confucius
- “Sevgiye açık bir kalb kadar dünyada değerli bir şey yoktur.” Goethe

- “Kalbin en büyük düşmanı insanın yine kendisidir.” Christian BarnarD
- “Gönüller silahla değil, sevgi ve yüksek gönüllülükle yenilir.” Spi-noza
- “Fikir kalpten aldığı hızla ilerler.” Confucius
- “Kalbin, muhakemenin asla tanımadığı fikirleri vardır.” Pascal
- “Büyük fikirler kalpten doğar.” Vauvenargues

Yine arızasız (mekanik olarak değil amma insani yönleriyle bozulmamış) ve faal bir kalbin ne kadar önemli ve bir hâkimde ne kadar gerekli olduğu ise bizzat en temel metinlerimizde (mevzuatımızda) hem de ana kanun (1982 Anayasası) ve kanun (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu) seviyesinde düzenlenmiştir.

Bunlar ise;

a) 1982 Anayasası'nın;

Madde 138 - Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

b) 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun;

Madde 4 - Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.

Madde 184 - Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabidir:

1. Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediğçe, bunları ispatlanmış sayamaz.

Şeklindeki maddeleridir.

Beyin/ akıl/ bellek/ us pek tabiidir ki hukuk bilgisinin ve de formasyonunun yüklendiği ana depodur. Ancak vicdansız (kalpsiz) veya vicdanî (kalbi) dışlayan bir beyinin (isterse tüm dünyadaki bütün mevzuatları /kodifikasyonları ezbere bilsin) şu andaki en gelişmiş bir süper bilgisayardan, tabir-i diğerle gelişmiş bir makineden farkı yoktur. (Esasen kalbsiz bir makine; çalışması her ne kadar mekanik

de olsa kalpsiz /taş kalpli / kalbi bozuk bir hâkime göre her halde ve mutlak olarak daha iyi çalışır. Zira ki en azından eşit davranır.

Öfke, kin, garez, hatır, gönül, menfaat, ayrımcılık gibi kalbe dair 've hâkimin muhakkak surette uzak durması gereken' kavramları taşımadığından kendine yüklenen formüllere göre eşit davranmak zorundadır. Ancak bu, her halde hâkimlik görevinin bir makine tarafından yapılmasını haklı ve gerekli göstermez.) Bundandır ki Anayasamız ve Medeni Kanunumuz enfes bir şekilde hukuk (kanun, mevzuat) bilgisi yanında vicdanı (kalbi) da hâkimde aramakta / görmek istemekte ve işlevselliğini emretmektedir.

İlaveten, insan gözüyle görür, beyniyle muhakeme (önceden yüklenen ve kendisince 5 duyusuyla algılanan verileri analiz) eder ancak muhakkak kalbiyle senteze varır ve sonuca gider.

Bunu en bariz şekilde "Hoşlandım, beğendim, içim ısındı veya bana göre değil, benimsemedim." Tarzı kanaat belirten ifadelerde görürüz.

Hele bir husus vardır ki bu muhakkak ve mutlaka kalpte / gönülde ikmal olunan bir durumdur. Halk arasında "Göz görür, gönül sever." tarzında ifade olunan sevmek / âşık olmak veya "Kanım kaynadı.", "Mizacımız uyuştu." şeklinde ortaya dökülen bir başka insanı beğenmek hususunda kendini hissettirir. "Sendeki güzellik beş para etmez, bende bu aşk olmasa." (Âşık Veysel Şatıroğlu) sözü ise manidardır.

Şu halde insan olarak beynimizle düşündüğümüz, muhakeme yaptığımız, ancak muhakkak son merhalede kalbimizle karar verdiğimiz açıktır. Ayrıyeten; iyi-kötü, doğru-yanlış, ahlaklı-ahlaksız, az-çok, değerli-değersiz, güzel-çirkin, vs. birçok kavramın da esas değerlendirildiği merkez kalptir.

Nitekim sevgi, nefret, ihtiras, arzu, öfke, intikam, af, merhamet, insafılık, erdem, vb. gibi birçok kavram da kalp olmaksızın hiçbir anlam ifade etmez /edemez. Zira bunların neredeyse tamamı kalple bağlantılıdır. Hiçbir mekanik /makine de bunları kavrayamaz. Örneğin "Gönül vermek", "Gönlünü kaptırmak", "Sevmek", "Nefret etmek", gibi birçok duygu ve sıfat beynin aşabileceği, kendi başına halledebileceği hususlar değildir. Burada en önemli rehber, kılavuz, yol göster-

rici, vicdandır, kalptir. İnsanı makineden ayıran, hatta meşhur ucube Frankenstein'de vurgulanan da tam olarak budur. (Kalpsiz ve vicdansız bir insansı robotun nelere yol açabileceğidir.)

Bütün bilgiler beyinde depolanır /kodlanır /mekanik olarak işlenir, ancak ve muhakkak kalpte harmanlanır, insanileştirilir ve hüküm, kanaat, fikir, düşünce olarak dışarıya yansıtılır.

Pek tabiidir ki hâkim de beyniyle düşünür, bilgiyi beyniyle işler, analiz eder, ancak kalbin (vicdanının) gösterdiğince /emri ve isteği doğrultusunda kanaatini hükümleştirir.

Özellikle ceza hukukunda ve yargılamasında vicdanın ne kadar öne çıktığına dair örneğimiz barizdir. Bir kısım suçta; suç tipine uygunlukta gözetilen kasıt unsuru (suçun bu kasıtle /niyetle /amaçla) işlenip işlenmediğinin tespiti tamamen hâkimin vicdanına kelimenin asıl manasıyla KALBİNE kalmıştır. Demek ki kalp ve vicdan hakim için en esaslı / olmazsa olmaz /vazgeçilmez vasıf /argüman /yetkinlik kriteridir.

Mükemmel hâkim tüm iş, işlem ve kararlarında en son aşamada muhakkak kalbinin yumuşuna /buyruğuna /sağduyusuna ve vicdanının sesine bakmalı ve kulak vermelidir.

Neticeten biz de deriz;

“Ati der kim, Ey Ati, Ey âdem,

Fikir oldu kelim, his oldu nazım,

Hassas bir kalp, diri bir vicdan her bir hâkime /hükmedene lazım.”

Ve de ekleriz ki;

“Eğer ki adaletin herhangi bir kılıcı inerse,

Kinle, garezle, hasetle, fesatla, gayzla,

Nemayla, menfaatle, rüşvetle,

Öfkeyle, nefretle, kızgınlıkla, azgınlıkla,

Ve de adalet nam, perde ve kisvesiyle;

Anda derhal firar eder nesafet,

Veyl eder adalet,

Lanet okur hakkaniyet,

İniler kâinat,

Şeş bakar isabet,
 Şaşar hikmet,
 Hüzünderdir beşeriyet,
 Dehşettedir âlem,
 Bizardır cümle can / canlar / âdem,
 Yakındır olmak viran,
 Yokdur fark Firavn'dan, Nemrud'dan ve dahi Neron'dan,
 Hemi cism hemi de ism yoktur merhametten,
 Bahtsız ve zalimdir kılıcı tutan el,
 Buharlaştırmıştır izan,
 Tahrip edilmiştir mizan,
 Fuzulidir, zinhar araman gayri,
 Cihandaki en zalim, gaddar ve lâini,
 Zira ki ta kendisidir bu el ve sahibi,
 Biz dahi deriz ki;
 Burada veya ötede hemi de iki cihanda,
 Olmaya hiç kimesne bu zalim ve gaddar ve melundan,
 Daha hor, hakir, zelil, rezil, rüsvay, bedbaht ve düşkün,
 Varacağı yer dahi anca ola tamu / nar anın / anların kamusun,
 Çün anda demiş eskiler / eskimeyenler,
 Bir devlet illa adaletle beka bulur,
 Ve dahi elan zülm ile abad olan / kalan tek memleket yoktur şu ze-
 minde,
 Evvelkinin yanlışı ahirinin doğrusu zinhar olmaz / olamaz.
 Olsaydı eğer muhakkak iştilirdi her yandan tiz ve avaz,
 Olmaya kazaya / adliyeye;
 Kazaen / ihmalen / kasden / hataen / taksiren,
 Maznunen / mazlumen / mağduren / müştekiyyen,
 Temerrüden / taammüden / iradiyyen / gayriiradiyyen,
 Giren hiç kimesne,
 Bizzat kazanın mağduru / mazlumu / müştekisi,

Almasın hiçbir adli / kazai,
 Anların intizarın / sitemin ve dahi ahın,
 Ati der RİKKATLİ OL;
 Tedbir, dikkat ve temkini elden bırakma,
 Her dem teyakkuzu düstur eyle,
 Ne ki / ta ki / zinhar “Fakılık olmasın sana fak¹²,
 Ati der ADİL OL;
 Ki isabet bulsun hükmün,
 Böylecene gösteresin nesafetin,
 Anda çıksın meydana hakkaniyetin,
 Katibeten berbad olmasın ahirin,
 Heman ziyalansın batın ve de zahirin,
 Şavkından hicap etsin ziyası Şemsin, nuru Kamerin,
 Ta ki abad olsun atın,
 Böylelikle ilamın olsun beratın,
 Ati der ADİL KAL;
 Gerçek olsun cümle arzun, emelin,
 Gayen, maksadın, muradın,
 İlişmesin sana fitnessin, fesadın,

¹² Ey çok kitaplar okuyan
 Sen kim tutarsın bana dak (hile)
 Sırrı ayân ister isen
 Gel aşktan oku bir sebak (ders)
 .../...
 İkilikten geçemedin
 Hâli hâlden seçemedin
 Dosttan yana uçamadın
 Fakılık (Fakih, hukukçu) oldu sana fak (tuzak)
 .../...
 Bilmeyesin bednâm u nâm (kötü veya iyi)
 Bir ola sana hâs u âm (her kes / cümle âlem)
 Bildin ise ilmi tamam
 Gel imdi oku bir varak
 .../...
 Aşık ma’şûk birdir bile
 Aşkdan gelir bu söz dile
 Bîçâre Yûnus ne bile
 Ne kara okudu ne ak

Hasedin, şerrin, zararın, ziyanın,
 Kem gözün, şom sözün, şeririn, hasedin, fesadın,
 Razi olsun senden her âdem, âlem, can, canan,
 Irak olasın gamdan, kederden,
 Öte durasın hastalıktan, dertten, hüzünden,
 Beri kalasın envai çeşit tasadan,
 Yaşantınca rast gitsin bahtın,
 Öldükte ruşen kalsın kabrin,
 Huzur bulsun bedenin,
 Şad olsun ruhun,
 Zira ki sözün özü / özün sözü;
 “Şu gökkubbede bâkî kalan temiz bir vicdan¹³ imiş.”

2) SAMİMİYET

Sıfat ve statü asla samimiyetin önüne geçmemelidir.

“Candan saygı ve iyiniyet, laflardan da, yazılı anlaşmalardan da çok daha sıkı bağlar insanları birbirine.”¹⁴ Utopia / Thomas MORE.

Hiçbir makam ihdas ve tevdi amacı olan (insana) hizmeti inkâr edip, bizzat kendini kutsayan ve böylelikle amacından saptırılmış bir ikon /ikona yapılmamalı, amaca (insana /çevreye /doğaya /topluma /insanlığa) hizmet etmesi gereken araç / vasıta (makam / sıfat /statü /koltuk /post) kendisine tapınılan bir metaya dönüştürülmemeli, her parametre doğru kurgulanmalı, her sistem doğru dizayn edilmelidir.

“Devletten maaş alan herkes memurdur.” Hollanda’da yargı kararı ile darbu mesel haline gelen bir deyimdir.

Kaynak olay şudur; ikinci dünya savaşının ilk günlerinde Hollanda Başbakanı D.J. de Geer’dır. Başbakan D.J. de Geer, Almanya ve Hit-

¹³ “Âvâzeyi bu âleme Dâvûd gibi sal,
 Bâkî kalan bu kubbede bir hoş sadâ imiş.” Bâkî, İskender Pala, Aşk ve Hikmete dair Hoş Sadâ, Kapı Yayınları.

¹⁴ Utopia / Thomas More, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi XV. Basım, Çevirenler Sabahattin Eyuboğlu, Vedat Günyol, Mîna Urgan sayfa 81.

ler sempatisi ve Hollanda'nın savaşta Almanya'nın yanında yer alması gerektiğine dair görüşü nedeniyle Kraliçe Wilhelmina ile ters düşer. Kraliçe görüş ayrılığı sebebiyle neticede kendisini başbakanlık görevinden alır ve o dönem Hollanda kolonisi olan Endonezya'ya sürgüne gönderir. Başbakan D.J. de Geer Endonezya'ya gitmek için yola çıkarılır. Lizbon limanında mola verilince, D.J. de Geer bir trene biner ve (Kraliçenin emrine aykırı şekilde) Berlin'e / Almanya'ya gider, sonra da o sıralarda Alman işgalinde olan Hollanda'ya ailesinin yanına döner. Bu sadakatsiz bir eylem, bir ihanet olarak görülür. Savaş sonrası adı "Raad van Cassatie" olan özel bir mahkeme kendisini yargılar ve 29 Ekim 1947 tarihinde ülkeye ihaneti nedeniyle 1 yıl şartlı hapsine karar verir ve tüm imtiyazlarını da kaldırır. Bu yargılama sırasında "Devletten maaş alan herkes memurdur." tanımını ortaya çıkar. Zira başbakan da olsa sonuçta D.J. de Geer devletten maaş alan bir kamu görevlisidir.

Thomas MORE ismi buraya özellikle alınmıştır. Zira ki kendisi meslektaşımızdır.

THOMAS MORE KİMDİR SORUSUNA CEVAP / EVRENSEL HUKUK TARİHİNDE KISA BİR SEYAHAT

- {1509'da Sekizinci Henry tahta geçince, Thomas MORE, "undersheriff" unvanıyla yargıçlığa atandı.../... 1517'de "King's Council'e girdi; yani kralın danışmanı olarak görev aldı. 1521'de Knight oldu, yani "Sir" unvanını aldı. 1523'de Avam Kamarasında "Speaker" yani meclis başkanı oldu. 1529'da Lancaster bölgesinin "Chancellor"u oldu. Ve aynı yılın Ekim ayında, çağın en yüksek devlet görevine, yani "Lord High Chancellor"luğa atandı. Gerçekte başbakanlıkla eşit bir görevdi bu; çünkü Lord Chancellor, başyargıç sıfatıyla tüm adalet mekanizmasını denetim altında bulundurur, sarayın başdanışmanı olarak halkın deyişiyle "Kralın vicdanının bekçisi" sayılır, en önemli belgelere basılan devlet mührünü elinde tutar ve o sıralarda Avam Kamarası'ndan çok daha önemli olan Lordlar Kamarası'na başkanlık ederdi.¹⁵
- Sekizinci Henry'nin sonradan eşi olan Anne Boleyn'le evliliğine onay vermediği için (sırf samimi bir Katolik olduğu ve Sekizinci

¹⁵ A.G.E. sayfa 130-135.

Henry- Anne Boleyn evliliğine sıcak bakmadığı için) 8. Henry'nin Başyargıçlığını yapan More mahkemede yargılanmış, "Kralın Savcısı" Sir Richard Rich'in yalan tanıklığıyla idama mahkûm edilmiş ve yargılayan heyet, sadece on beş dakika süren bir görüşmeden sonra More'un suçlu olduğuna karar vermiştir. More'un bu mahkemedeki şu cümlesi de manidardır; "Sizler; Lord Hazretleri, yeryüzünde benim yargıçlarım olup beni ölüm cezasına çarptırdınız."¹⁶

- More hakkında söylenenler;

Çağdaşlarından Robert Whittington; "İyilik, alçakgönüllülük ve nezaket açısından kim eşi olabilirdi onun?"

"Gulliverin Seyahatleri" kitabıyla meşhur Jonathan SWIFT; "More, İngiltere'nin en erdemli insanı." demektedir.¹⁷

Erdemin hayatı hâkimlikle geçen bir insan hakkında (bizce tasamam yerinde) kullanılması dikkate şayandır. Zira ki hâkimin neredeyse en esaslı dış görüntüsü ve toplumdaki doğrudan algısı ERDEMİDİR.

A) SAMİMİYET KAVRAMINA DAİRDİR

Öncelikle her türlü çözümün iksiri /özü /mayası samimiyettir. Öyle ki bu iksirin varlığı her zaman, zemin ve kesimde karşılığını bulmaktadır. Buna verilecek en güzel örneklerden birisi ise bizzat Abraham Lincoln'dür. Ki, kendisi bir ABD Başkanı olarak gücünün doruğunda iken devletin de hukuk karşısında sorumlu olması gerektiği, kanun ve kuralların sadece insanlar arasında değil devlete karşı da aynı kararlılıkla ve tazyikle uygulanması gerektiğini ve devletin de bu anlamda kurulacak bir Yargı Teşkilatının (Federal Mahkemelerin) denetimine muhtaç olduğunu savunmuş / istemiş ve kurdurmuştur. Bugün Federal Mahkemelerin, ABD halkına, Abraham Lincoln'ün bir armağanı olduğunu söylemek bir mübalağa olmasa gerektir.

Abraham Lincoln'ün buna dair meşhur cümlesi ise şudur;

"It is as much the duty of government to render prompt justice against itself in favor of citizens as it is to administer the same between

¹⁶ A.G.E. sayfa 144-145.

¹⁷ A.G.E. sayfa 149.

private individuals.”¹⁸

“Devlet; sivil vatandaşları arasında adaleti sağlamakla görevli olduğu kadar aynı şekilde adaleti bizzat kendisine (devlete) karşı ve vatandaşları lehine tatbiki zorlamakla da görevlidir.”

Bundandır ki ölümünün ardından neredeyse 150 yıl geçmesine rağmen ABD halkının kalbinde ve kafasında Abraham Lincoln’un yeri müstesnadır.

Bu arada Abraham Lincoln’un ABD’de hemen herkes tarafından ezbere bilinen en meşhur sözü ise; ‘Kendi içinde bölünen bir ev ayakta kalamaz.’dır.

“A house divided against itself cannot stand,”¹⁹

Nitekim aileden başlayıp en yüksek dereceli kamu görevlisine kadar devam eden her türlü karar mekanizmasının hemen tüm tasarruflarının sorgulanması ve eşin / evladın / kardeşin / diğer insanların / kamunun vicdanında bir şekilde yargılanarak / değerlendirilerek hakkında kanaat oluşturulması hem tabiidir, hem hayatın doğal akışı icabıdır, hem de olması gerektir.

Bu süreçte sorgulamayı yapanlar, kritiğe tabi tuttıkları kişi, makam veya mercilerin;

- a) Yapması gerekip de yaptıklarını ne oranda yerine getirdiklerini, bunun için gösterilen samimi gayretin varlığını ve dozunu,
- b) Yapmaması gerektiği halde yaptıklarını neden yaptıklarını, bunda ihmalcı veya kasıtlı davranıp davranmadıklarını,
- c) Yapması gerekip de yapmadıklarını neden yapmadıklarını, bunların yapılması için herhangi bir gayretin gösterilip gösterilmediğini, gayret var idiyse ne kadar samimi olduğu, varlığı ve dozunu veya yapılması için gayret bulunmamasına karşın yapılmaması için kasıtlı veya ihmalcı davranılıp davranılmadığını,

Tabir-i diğerle ilgili tasarruf sahibinin SAMİMİYETİNİ sürekli sorgularlar.

¹⁸ Abraham Lincoln’un 3 Aralık 1861 de yaptığı konuşmanın tam metni; <http://www.infoplease.com/t/hist/state-of-the-union/73.html>

¹⁹ <http://showcase.netins.net/web/creative/Lincoln/speeches/house.htm>

Bundandır ki “Ben elimden geleni yaptım” cümlesi; bazen samimi olarak elden gelen her şey tamamen yerine getirildiği halde tam veya beklenen seviyede sonuç alınamaması karşısında bir sitemi (En saf haliyle samimiyeti), bazen hiçbir şey yapılmadığı halde sorumluluğu ötelemek adına bir çeşit kaçışın perdelenmiş maskesi, bazen de az bir gayretle (Eksik himmetle) yetinip akabindeki muhtemel veya muhakkak negatif sonuç karşısında savunmaya geçişin, mevcut kifayetsizliğin veya acziyetin meydana çıkmaması için ön /pozisyon almanın veya gidilen yolda erkenden pes etmenin ilanı olabilmektedir.

B) SAMİMİ BİR HÂL ÜZERİNE TEZDİR

Samimi bir hâl²⁰ ile halledilmeyecek hiçbir hâl yoktur.

SAMİMİ bir hâl (duruş /temsil /davranış /hitabet /nezaket /nezahet /mütevazılık /es / söz /zarafet /letafet /hilm /fiil /kal /kavil /giyim /kuşam /kalenderlik /hasbılık /mertlik / dobralık /dürüstlük /liyakat /tolerans /hâlden anlama /empati) ile halledilmeyecek (çözülemez /tatlıya bağlanamayacak /içinden çıkılamayacak /sonuçlandırılmayacak) hiçbir hâl (durum /mesele /müşkül /problem / sorun /açmaz /kısırdöngü) yoktur.

Elverir ki; samimi hâller paralel gitsin, uyumlu olsun ve de çelişmesin.

Aksi hâlde beklemek bir hâle hal, anca ve sırf olur muhal.

Madem berbat eden insandır. Tamir /telafi /izale /abad edecek olan da insandır. Yeter ki usulü /yolu /yordamı /formatı /metodolojisi gösterilsin ve bu yoldaki her paylaşıma (kaynağı-kökünü-hazırlayanı-sunanı-destekleyen-i-teşvik edenini her kim olursa olsun) alkış tutulsun veya en azından gölge edilmesin.

Samimiyetin karşısında duracak bir set /duvar /engel /mani /müşkül /problem /mesele / paradoks /arıza yoktur. Şu halde her bir müşkülün samimiyetle aşıldığı /çözüldüğü /çözülebildiği /çözüleceği aşikârdır.

²⁰ Türk Dil Kurumu: I- Hal; 1. Çözme, çözümlenme. 2. Çözüm. 3. Eritme. 4. Karışık bir sorunun içinden çıkma, sonuca varma. II- Hal: durum; vaziyet. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

İşbu hâl de Türk Yargısına ve değerli mensuplarına samimiyetle arz olunur.

C) ÖTELEMeye / GECİKTİRMEYE DAİR TEZDİR

Bazen çözümün ÖTELENMESİ, (başka bir dil veya üslupla) bizzat REDDEDİLMESİDİR. "ÖTELEMEK REDDETMEKTİR."

Bu bakışın en genel geçer / tumtaraklı/ illüzyonist kalıpları ise;

- "Henüz zamanı değil, toplum/ kurum/ meslektaşlar/ altyapı/ kafa yapısı, vs. hazır değil."
- "Çok güzel bir fikir/ proje/ teklif/ düşünce ama daha sonra (gerçekte asla ve hiçbir zaman) ele alalım."
- "Benim/ senin/ bizim görevimiz/ işimiz değil."

Tarzında karşımıza çıkmaktadır.

Bu hususta verilecek en münasip/ mutedil ve samimi cevap; "Çözüm şimdi değilse hiçbir zamandır. O hâlde hiç vakit kaybetmeden ivedi ve derhâl! Biz veya ilgilisi ama mutlaka birisi eliyle çözülmeli." Şeklinde olabilir diye değerlendirilmektedir. Ki bu yolla sergilenen samimi gayret iş çözülsün de akim kalsa da herkesçe/ her kesimce/ her vicdanda hak ettiği yeri, değeri bulacaktır.

Bu hususta; "Bürokraside esas, mezkur meseleyi çözmek değil, meseleyle arandaki mesafeyi iyi tayin etmektir! Ne zarar görecektir kadar yakın, ne de olası faydayı kaybedecek kadar uzak konuşlanacaksınız! Devletle işi olan herkes bilir, çözüm bekleyen meseleye mesafe tayini ince iştir. .../... Öyle ha deyince karar verilemez, uhuletle, suhuletle hareket edilmelidir. Makbul hareket, devlet vekarına uygun hızda gerçekleştirilen olmalıdır. 'Geç olsun, güç olmasın' şeklinde ifade edilen üşengeçlik.../..." şeklinde konuşturur Kirkor SAROYAN'I Alev ALATLI.²¹

Nitekim öteleme, geciktirme ve reddetme / inkâr etme ile yargının yolları maalesef ve mateessüf makul sürede yargılama özel başlığı ile ve adil yargılama kavramında kesişmektedir. Bu husustaki "Ertenilmiş / geciktirilmiş bir hak, inkâr edilmiş bir haktır.", "Adaletin bir

²¹ Alev Alatlı, Beyaz Türkler Küstüler, sayfa 57, Everest Yayınları

yerde inkârı, adaleti her yerde zayıflatır / azaltır.”, “Geciken adalet, adaletsizliktir /insafsızlıktır.”, “Geciken adalet, inkâr edilmiş adalettir.” şeklindeki deyimler daha evvelden arz edilmişti.

Bu bapta şu sonuca ulaşıldığında hatalı davranmış sayılmayız; geciktirme /öteleme ile çözümün reddedilmesi genel şablon ise, yargıdaki adil yargılama ve makul sürede yargılamayı sonlandırma ilkesi ve buna aykırılık da bu genel şablonun Adalet mekanizmasındaki özel şablon (görünüş) halidir.

D) ARA TESPİTTİR (HİZMET ARZI)

Özünden uzaklaşmış, bir anlamda kendisine tapınılan, aslından-konuluş amacından uzak şekillerin /usullerin kıskacında kime /neye hizmet sunduğumuzu / arz ettiğimizi unuttuk /daha doğru tabirle unutturulduk.

Burada “Hizmet arzı” tabiri özellikle seçilmiştir. Zira Anayasamızın 6. maddesinin verdiği yetkiyle / yaptığı atıfla ve 9. maddesi gereğince kullanılan Yargı Yetkisi; Yargı camiası tarafından yetkinin kaynağına ‘Türk Milletine’ yine ‘Türk Milleti adına’ sunulan bir ‘Hizmettir’. Nitekim Batı’da bu tabir çok yaygın kullanılmaktadır. Özellikle ABD’de her türlü kamu /özel hizmet için kullanılan tabir ‘Service’ olup Türkçesi; hizmet, memuriyet anlamındadır. Neredeyse tüm ABD Başkanları veya sair kamu görevlileri konuşmalarında / yazılarında / biyografilerinde yaptıkları veya yapmakta oldukları kamu görevlerine atıf yaparken /kamuya hitap ederken /kendini ifade ederken bu kelimeyle hitap etmektedirler. Kamu görevlilerinden -ki buna Hâkimler de dâhildir- bahsedilirken veya bunlar tanıtılırken ‘.../... olarak hizmet etti /hizmete devam ediyor.’ tarzında sunulmaktadır. Ne gariptir ki bizde özellikle bu kelime “Hizmetli, Hizmetkâr, Hizmetçi” kavramları dışında pek /sık /yaygın olarak kullanılmamaktadır.²²

2013 yılı Şubat ayı içerisinde ABD’de Savunma Sekreteri ile CIA Direktörü değişti. Halka yeni yöneticilerin arzı sırasında şu cümle biz-

²² Özel sektörün ticari dehasına karşı bir kez daha saygıyla şapka çıkartılması gerekmektedir. SÜTAŞ Firmasının Tırlarında resimleriyle dolaştırılan ineklerin sloganı / mottosu “Hizmetinizdeyiz” kelimesidir. Her ne kadar hizmet kavramı burada ineğe tahsis edilmişse de nihayetinde ve son tahlilde yine insana hizmet ettiği için saygıya değer diye düşünülmüştür.

zat yeni bakan tarafından ve eski bakana iltifat sadedinde kullanıldı. “Dedicated public servant.” Türkçesi; “Vakfedilmiş / adanmış kamu hizmetkârı / hizmetlisi / memuru.”dur.

Kamu görevi ABD’de HİZMET (Service) olarak algılanır ve uygulanır. Aynı anlayışın hem de samimi şekilde bize de yansıması / bizde de gerçekleşmesi temennisiyle.

Hatırlanmalıdır ki şekil; esasa hizmet ettiği oranda makbul ve esastan / amaçtan uzaklaşıldığı nispette de merduttur.

Bu nedenle artık şekli kutsamak yerine şeklin ihdas amacına tahsisinin, hizmete ram edilen bir argüman olarak algılanmasının anı ve zamanı gelmiştir diye düşünülmektedir.

Bu meyanda her türlü kamu görevinin, hizmet arzı için ilgili görevlisine tevdi edilmiş birer emanet olduğu artık özümsemeli /sindirilmeli ve deyim yerinde ise tüm kurum ve kuruluşlarımızla insana bakışımız sorgulanmalı ve hâkim devlet parametresinden hadim devlet anlayışına geçilmelidir.

Zira ki; irfanla, huzurla, sağlıklı, güvenlikle ve de olmazsa olmazıyla adaletle yaşatılması gerekene /İNSANA HİZMET ETMEYEN bir devlet mekanizmasının, her ortamda gereksiz güç gösterisi yapan ve biat beklentisi içine giren bir teşkilattan farkı kalmayacaktır. Yine hatırlanmalıdır ki hizmet eden /kamu görevlisi ve hizmeti alan /vatanndaş nihayetinde aynı bünyenin /toprağın /toplumun /ortamın / kültürün müşterek ürünüdür /insanıdır. Sadece sıfat ve pozisyonları farklıdır.

Kaldı ki bir kamu görevlisi yaptığı işte devleti temsil ederken kendisiyle ilgili başka bir konuda devletin muhatabı /hizmeti alan veya hizmet bekleyen pozisyonunda olabilmektedir. Örneğin bir hâkim adliyesinde adalet hizmeti sunarken, hastalandığında aynı hâkim hastanede sağlık hizmeti alan veya talep edendir. Sıfat ve statülerin bu kadar değişken olduğu böyle bir ortamda hizmet arzı kavramının artık esaslı şekilde öne çıkartılması gerekmektedir.

Bu paralelde hiçbir görevin salt grammer veya hiyerarşik anlamıyla ve sadece sıfatın taşınmasıyla kutsal olmadığı /olmayacağı, bilakis her görevin ihdas amacına hizmet ettiği oranda, bu sıfatın içinin hakıyla doldurulduğu nispette itibarının ziyadeleşeceği de sarihtir.

Zira saygı veya hürmet beklenmez veya dayatılamaz ancak ne zaman ki sıfatın hakkı verilir (Hakkıyla hizmet edilir), bunlar (saygı / hürmet) muhatapça kendiliğinden gösterilir. Sıfat ve statü asla samimiyetin önüne geçmemelidir.

Büyüküğün alamet-i farikasının “mütevazılık” olduğundan hareketle, neye / kime / niçin hizmet ettiğimizin bilinmesi, asıl /asli misyonumuzun, adalet hizmetinin hakkıyla ve hakkını vererek yapmak olduğunun hatırlanması temennimizdir.

Şahsen biz kendimizi Türk Milletinin bize verdiği yetkiyle yine Türk Milletine ve insana iktidarınca /gücünce /takatince /nefesi yettiğince /tüm samimiyetiyle hizmet eden /etmeye çalışan /hizmeti şeref sayan bir Türk Hâkimi /hâkimleri olarak tanımlamaktayız.

3) İNSAN BİLGİSİ

A) KAZAİ AKTÖRÜN / HÂKİMİN KENDİNE DAİR BİLGİSİ (KENDİNİ TANIMASI) ve UZAK DURULMASI GEREKEN EN CİDDİ / EN ESASLI / EN SİNSİ TEHLİKE, DİĞER TÜM ARIZALARIN BAŞI / KAYNAĞI; KİBİR

Hâkim-savcı olsun veya olmasın her /er kişinin kendini tanımasına dair Batı'dan ve Doğu'dan 2 farklı evrensel tanım ve bakış açısına vurgu yapılabilir /yapılmalıdır.

Bunlardan;

- aa) Antik Yunan Filozofu Sokrates “Kendini tanı /bil” demektedir.
- bb) Aynı kavramın benzer versiyonu hemen bitişiğindeki Anadolu'da bu kez bir Türkün mısralarında hayat bulmuş, gün yüzüne çıkmış ve evrenselleşmiştir.

Enfes beyit şudur;

“İlim ilim bilmektir,

İlim kendin bilmektir,

Sen kendini bilimezsiz,

Ya nice okumaktır.

YUNUS EMRE

İki ayrı zaman, iki ayrı mekân, iki ayrı kültür, ancak tek ve birebir aynı gerçek /tespit / fikir /düşünce /kanaat dikkati çekmektedir. Bu da bize gösteriyor ki; insan her yerde insandır ve birçok kavram ve insana dair fikir de evrenseldir. Enlem /boylam, coğrafya, kültür, ülke farkı bunu değiştirememektedir.

Yine hatırlanmalıdır ki; insan her yerde insandır, hâkim her yerde hâkimdir ve adalet beklentisi de her yerde yektir /tektir /aynıdır.

Kendine (tenine/ bedenine /karakterine /mizacına /kişiliğine) dair pozitif {sabır, metanet, insan sevgisi, samimiyet, merhamet, tevazu, öfkelenmeme, vs.} ve negatif { haset, yalan, kibir, hatır ve gönüle bakma, kızma, şehvet düşkünlüğü, hırs, kötü huy, zulüm, hodgâmlık, acelecilik, nankörlük, hafiflik, vs.} tüm özelliklerini bilmek hâkim için bir lüks değil, tam tersine bir ihtiyaçtır / bir zarurettir ve de elzemdir, olmazsa olmazımızdır. Erdem veya zaaflarıyla hâkimin bizzat kendini tanınmasının önemi izahtan varestedir.

Kendimizi tanırsak erdemlerimizde sebat eder, zaaflarımızda ise terk, tamir, tedavi, izale ve tersine dönüşüm yapabiliriz. Zaaflarımızı disipline ederek erdeme çevirebiliriz ki, bu da bir beklentiden ziyade esaslı bir görevdir. Nitekim insanlar /halk haklı olarak kendini yargılayan ve hakkında hüküm kuran hâkimlerin erdemli olmasını ve her türlü kusurdan da arındırılmış bulunmasını ister /bekler /umar. Bu da muhataplarımızın, adli süreçte haklarında tasarrufta bulunduğu-muz insanların /insanımızın en doğal haklarıdır.²³

Erdemli olmak ve bu standartlara uygun yaşamak hâkim için bir görev iken, diğer yandan erdemli hâkimler eliyle yargılanmak ise yargılanan insanlar ve kendisine hizmet olunan /adalet hizmeti sunulan toplum için vazgeçilmez /terk edilmez /görmezden gelinemez bir temel ve asgari haktır.

Yargılama sürecinin en önemli aktörünün, hâkimin; önündeki davada /dosyada /evrakta (ceza hukukunda sanığın beraati veya suçlu bulunması, hukuk yargılamasında davanın kabulü veya reddi gibi)

²³ Adil yargılanma hakkı başlıklı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin 1. Fıkrasında; "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir." Denilmektedir.

her iki yönde de karar vermesi mümkündür. Zira hâkim sadece kuru metni veya hazır şablonu karşısındakine, olaya, davaya uygulayan ve katı metne göre karar veren bir kişi değildir. Aksine mevzuata ve vicdanına göre hüküm kurandır. (Hâkimi, mekanik çalışan ruhsuz, kalpsiz bir bilgisayardan, bir hesap makinesinden ayıran da budur.) Bu hususta hâkime yön verecek, ı ışık tutacak kavram ise entelektüel merakı ve birikimi olacaktır.

Hâkimin kendini bilmesi /tanınması /müktesebatının farkında olması önce kendisi ve ardından da yargıladığı kişilerin akıbeti bakımından hayati önem taşımaktadır.

Kendini tanımak veya tanımamak /kibir hakkında Edward Hennessey yazdığı 'Excellent Judges /Mükemmel Hâkimler' Kitabında; Peggy Noan'a²⁴ atfen şu cümlelerden bahseder.

"Peggy Noan der ki; Kamuda görevli insanların (özelde politikacıların) karşılaştığı 3 yıkıcı güç /kuvvet (liquor, lucre and lust) alkol, şehvet, servet /paradır. Ki hepimiz onun (Peggy'nin) görüşünü ispat eden insan trajedilerinin tanığıyız.

Bu konuda (yıkıcı /mahveden güç hususunda) sıra hâkimlere gelince Peggy literatüre hâkime verilen gücü /iktidarı /otoriteyi eklerdi. Hâkime verilen bu güç /yetki her hâkimin veya her hâkimliğin en bariz /büyük özelliğidir ki varsa egoizmi ve kibiri dışa vurabilir /gün yüzüne çıkartabilir.

Güç /kuvvet; yozlaşmaya /çürümeye /baştan çıkarmaya /mahvetmeye /bozmaya meyillidir. (Bu anlamda Egoizm, daha çok seçkin bir kamu kişiliği olarak görünme dürtüsüyle tetiklenir ve mizacı esir alır.)

Egoizm (kendine hayranlık) ve ileri seviyesi olan kibir ise hâkimler için çürümenin / bozulmanın /mahvolmanın ince /sinsi /kolay kolay fark edilmeyen virüsüdür.

Kabul edelim ki egoizmi (kibiri) tanımlamak oldukça zordur. Belki tanımlanamaz. Ama karşılaştığımızda /gördüğümüzde /gözlediğimizde onu tanırız /biliriz /hissederiz."²⁵

²⁴ Peggy NOAN; 2 ayrı ABD Başkanının danışmanlığını ve konuşma / hitabet metni yazarlığını yapmıştır.

²⁵ Hennessey Edward F, Excellent Judges, sayfa 27, Franklin N. Flaschner Institute, Inc. 1997.

Denilmektedir.

Yine aynı konuda bu kez doğudan, eski Farslılardan /Perslerden bir örneğimiz daha vardır.

Meslektaşımız 'hâkim' Buzurcmihr adil hükümdar Nuşirevan'a (Kendisi tarihte Nuşirevan-ı Âdil olarak bilinir) der ki:

"İdarecilerde olmaması gereken kötü hasletler: haset, yalan, kibir, kızma, şehvet düşkünlüğü, hırs, emel, dik başlılık, hasislik, kötü huy, zulüm, hodkâmlık, acelecilik, nankörlük, hafifliktir.

İdarecilerde olması gereken iyi hasletler: Önce hayâ, iyi niyet, itidal, affetme, kerem sahibi olma, alçak gönüllülük (tevazu /mütevazılık), eli açıklık, doğruluk, sabır, şükretme, merhamet, ilim, akıl ve adalettir."²⁶

Yeniden Batıya dönersek bu kez karşımıza Utopia adlı eseriyle meslektaşımız Thomas More çıkacaktır.

MORE ESERİ UTOPIA'DA VE KIBİR HAKKINDA;

"Ne var ki, insanın kendini beğenmişliği, bütün ahlaksızlıkların kaynağı olan o hayvanca tutkusu, dünya halkının doğru yola girmesine engel olmuştur. 'Kendini beğenmiş adam, mutluluğunu kendi rahatlığı üstüne değil, başkalarının acıları üstüne kurar'; *ezeceği, köle gibi kullanacağı insanlar olmazsa mutluluğunu başkalarının yoksulluğu üzerine kuramazsa, malını mülkünü ortaya serip yoksulların bellerini bükemeyeceğini, umutlarını kıramayacağını bilmezse, Tanrı olmayı bile istemez.* Kendini beğenmek öyle bir cehennem yılılanıdır ki, insanın yüreğine sinsice süzülüp girer, onu zehirleyip gözünü kör eder, daha güzel bir hayata giden yoldan saptırır onu. Bu sürüngen, insanların öylesine içine işler ki, onu koparıp atmak kolay olmaz."²⁷ demektedir.

Doğu veya batı, eski veya yeni ancak söylenenler evrensel ve zaman ve mekân bu doğruları değiştirmemiştir. Üç aşağı beş yukarı ne-

²⁶ Nizam-ül Mülk / Siyasetnâme sayfa 227, Timaş Yayınları, Şark Klasikleri, 2005

²⁷ Utopia / Thomas More, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi XV. Basım, Çevirenler Sabahattin Eyuboğlu, Vedat Günyol, Mîna Urgan sayfa 103-104.

redeyse birebir aynı hususlar dile getirilmektedir.

Alçakgönüllülük ve kibir arasındaki giderilemez tenakuz /ezeli-
ebedi husumet ve buna dair enfes ihtar yine yerel kaynağımızdan,
Yunus Emre'mizdendir.

“Miskin²⁸ ol bre miskin,
Gide senden kibr ü kin,
Rüzgâr gelip geçer,
Pes kime ne kalasıdır.”

Yunus EMRE.

Esasında tevazu bahsinin konusu olsa da sağlam bağı ve önemi
nedeniyle Yunus Emre'nin işbu enfes beytinin buraya derci münasip
görölmüştür.

Yine eskimeyenlerimizden biri de der ki;

“Âhir²⁹ yine hâk³⁰ olur bu tenler,
Bilmem neye kibr eder edenler.”

Şeyhülislam Vasîf³¹

Biz de deriz ki;

“Ey hâkim! hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmak
gereken sen! Eğer kim,

Caka satmaktaysan, kasım kasım kasılmaktaysan,

Hava atmaktaysan, tepeden bakmaktaysan,

Tümünü de yapmaktaysan,

Oturduğun şol pak kürsüden /masadan,

Kim, tastamam hikmet /hükmetmek /hizmet makamındasın,

²⁸ Miskin; alçak gönüllü, kibirlenmeyen, benlikten (Ego'dan) geçmiş kişi. Yunus Emre Hayatı ve Bütün Şiirleri Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, V. Basım, sayfa 289, 502.

²⁹ Âhir; Eninde-sonunda, nihayet.

³⁰ Hâk; toprak.

³¹ İskender Pala, Aşk ve Hikmete dair Hoş Sadâ, Kapı yayınları, sayfa 111.

Bilesin kim bu hallarda nadiren insan,
Umumen, alenen ve de zahiren despotsun / tiransın,
Zira ki tavrınla zulmetmekteyin,
Davranışınla evvelen kendine ve sonra herkese eziyettesin,
İster isen ardın sıra iyi bir sadâ /eser bırakasın,
Mütevazı olmak ve de kendin bilmek /tanımak zorundasın,
Öyle hükmet kim Nuşirevan-ı Âdil /Thomas More gibin anılasın,
Ati neticeten der kim mütemadiyen,
İster isen dünya durdukça böyle bilinesin,
Asla ve asla kibr ve kin libasın /esvabın giymeyesin.”

B) KAZAİ AKTÖRÜN/ HÂKİMİN MUHATAPLARINA (YARGILADIĞI İNSANA) DAİR BİLGİSİ

İnsan bedenini tanımayan ve vücut anatomisini /vücutun çalışma sistematüğünü bilmeyen bir doktorun; hastası (İnsan) hakkında sağlıklı teşhis ve tedavide bulunması (esasen doktorluk yapması) imkânsızdır. Aynı şekilde malvarlığı veya özgürlükler bağlamında insanı yargılayan ve insan hakkında hüküm kuran bir hâkim de eğer ki insanı (Psikolojik, sosyolojik, psikiyatrik, kültürel, antropolojik, vs. açılardan) tanımıyorsa adaleti ne oranda gerçekleştirdiği veya kararında ne oranda isabet ettiği tartışılır hale gelecektir. Mesleğin hakkıyla icrası için hâkimin insana dair gerekli hayati kurumlarla donatılmaması, Hukuk Fakültelerinde, Adalet Akademisinde; Psikoloji, Sosyoloji, Davranış bilimleri, Psikanaliz gibi parametrelerin hiç yüklenmemesi ve / veya yeterince yüklenmemesi esaslı bir nakısadır.

AA) ARA TESPİTTİR / ARA SORUNDUR

Madem hizmetimiz insanadır, şu halde insanı sevmeden insana hizmet edilemeyeceği ve bizi ilgilendirmesi babında insanı tanımadan / insan tanınmadan insanın yargılanamayacağı da aşikârdır.

- Hâkimlere yönelik olmak üzere, ortalama 23-24 yaşında ve bekâr ve genel hayat tecrübelerinde yeterince olgunlaşmadan kürsüye

çıkılması sonucunda (Ki; biz dahi benzer yaşta o güzel hâkim kürsüsüne oturmuştuk);

- Boşanma davasında; karı-kocanın boşanmasına ve çocukların velayetinin eşlerden birine tevdiinde, bu kararı veren hâkim bekar ve çocuksuz ise ne kadar empati yaptığı, kendisini tarafların yerine (asgari ücretli, kadının çalışmadığı bir ailede, ay sonunun nasıl getirildiği, yeme, içme, giyinme, barınma gibi temel ihtiyaçların neyle karşılandığı) ne oranda koyduğu tespite muhtaçtır.
- Herhangi bir ceza davasında; yine genç yaşta kürsüye çıkan hâkim Atilla, suçun mağdurunun ne oranda tatmin edildiğini, mağduriyetin ne oranda giderildiğini veya sanığın işlenen suç sonrası ne oranda ve ne kadar samimi şekilde nedamet / pişmanlık duyduğunu, kendisine yüklenen birtakım bilimsel ve mesleki verilerle ölçmeksizin, belki sadece sanığın duruşma sırasındaki iğreti ve kendisini yanıltmaya yönelik sahte / kalp saygı ve davranışlarını dikkate alarak hüküm kurmaktan kaçınmamaktadır.
- Hâkim Atilla adli işlemleri sırasında tarafların; tavır, mimik, jest veya el kol hareketlerini (karar sürecinde kendisine ışık tutacak sair verileri) dikkate almaksızın işlem görebilmektedir.

Bu ve benzeri örnekleri çoğaltabiliriz.

Tüm bunlara yönelik kamuoyunda yerleşik bazı önyargıları (hâkim bey veya hâkime hanım da pek gençmiş, tecrübesizmiş, vs. gibi) aşmak için bizlerin birtakım esaslı argümanlarla güçlendirilmemiz gerektiği düşünülmektedir.

Bunlara yönelik temelde ve yaygın olarak karşılaşılan sorunlar;

- Mesleğimiz her hâkimin profesyonel seviyede olmasa da aynı zamanda iyi bir sosyolog, psikolog, pedagog, vs. sosyal bilimci olmasını gerektirmektedir. Belki ABD' de hâkim meslektaşlarımızın hukuk öncesi bir başka mesleğe ait fakülteyi bitirmelerindeki (Bu bir zorunluluktur. Dolayısıyla bir hukukçunun birinci bölüm / fakülteden sonra en erken 26 yaşında hukuk fakültesini bitirebileceği açıktır.) espri bu olsa gerekir. Bir ceza davasında hâkimin sosyoloji, suçlu psikolojisi, psikiyatri, psikanaliz gibi temel bilimsel argümanlardan mahrum halde hüküm kurması ne kadar adildir? Bunun tartışılması lazımdır. Çünkü marjinal bir örnek vermek ge-

rekirse cinayetten yargılandığı bir davada sanığın; maktulün ailesine karşı hiçbir olumlu /pozitif davranışı (tazminat, belki samimi bir özür dileme veya bunu somuta indirgeyen hiçbir eylemi) olmaksızın salt duruşma salonunda düzgün traşlı ve takım elbiseli arz-ı endamı ve sadece kürsüyü yanıltmaya yönelik suni nedamet cümleleri kurması sonucunda, hâkimin sanığın şahsi ve sosyal durumu ile duruşmadaki iyi halini gerekçe göstererek asgari haddeden hüküm kurması ve pişmanlığını dikkate alarak cezada indirim yapması ne kadar adildir!?

Tabii ki sanık tüm bu davranışları gösterebilir ancak hakikaten /samimi bir şekilde pişman olmuş veya (cinayetiyle yıktığı, tahrip ettiği, en yakınını, eşini, evladını, ana /babasını, belki hayata bağlayan her şeyini, en sevdiğini kaybedene karşı zerrece pişman olmayan, ancak nedense sadece kürsüye karşı pişman olduğunu beyan eden ve bu maskeli haliyle de) gerçekte hiçbir nedamet duygusu taşımadan duruşma salonunda rol yapan sanığı birbirinden nasıl ayıracağız? İşte bu noktada hâkimi bazı materyallerle (argümanlarla) donatmak lazımdır ki verdiği karar dava ile tam çakışsın ve mağduru da tatmin etsin ve kamuoyunda hükmün etkisi ve içeriği tartışılmasın. Ta ki müşteki /mağdur adalete ve devletine küsmeden adliyeden ayrılmasın.

- Yine hâkim meslektaşımız belki işini, yani görevini yaptığını düşünerek bazı davranışlar sergilediği halde insanlarla ve kurumlarla ilişkilerinde agresif, kırıcı veya incitici olabilmektedir. Bu konuda muhatabı kendi personeli, davanın tarafları, meslektaşı olabildiği gibi bir başka kurumun mensubu veya temsilcisi veya bizzat vatandaşın kendisi olabilmektedir.
- Ayrıca meslektaşımız personel idaresinde bazen tamamen yetersiz kalabildiği gibi bazen de totaliter veya dayatmacı olabilmektedir. Örneğin 22-24 yaşında hâkim olarak taşrada göreve başlayan meslektaşımız karşısında 55 yaşında deyim yerinde ise ve negatif anlamda "İşinin ehli" bir personel ile muhatap olmakta ancak kalem idaresi konusunda tam bir yetersizlik hissetmekte, daha ilk günden itibaren tüm otoritesini yazı işleri müdürüne belki de kâtibine terk edebilmektedir. Çünkü önceden yaşı ve cinsiyeti ne olursa olsun personel idaresi konusunda bilgi yüklemesi

yapılmamıştır ve yetersizdir. Aksine durumda da meslektaşımız kalem personeliyle (ekibi ile) birlikte bir “aile /bir takım” olduğunu dikkate almaksızın ve personelini hiçe sayarak rencide edici tavırlar gösterebilmektedir. Kalemmini önemseyerek ve sorumluluk vererek /paylaşarak değil tümünü hiçe sayarak kırıcı olmaktadır. Özeleştirilme anlamında biz dahi bu ifrat veya tefriti bizzat yaşadık ve /veya uyguladık.

- Hâkim-savcı da sonuçta herkes gibi bir “insan” olup muhatabı sürekli olarak insanlardır. Hali vakti yerinde, işi tıkırında insanların adliyede ne işi olur? Sorusuna yanıt işi olmazdır. Peki, adliyeye yolu düşen insanlar genelde sorunlu, boşanma davası açılmış karı-koca, suç mağduru ile sanık veya borçlu ile alacaklı veya davacı-davalı olduğuna, diğer deyimle toplumun hukuken ihtilafa düşmüş bölümü adliyenin muhatap olduğu kitle olduğuna göre bu insanlarla ilişkilerimizde geliştirilmesi gereken davranış modelleri yok mudur? Veya gerekli değil midir?

Bu hususlara yönelik somut önerilerimiz;

BB) ARA ÇÖZÜM / HÂKİM-SAVCILARIMIZA DAİR ARA ÖNERİDİR

- Hâkim-savcı meslektaşlarımıza meslek öncesi eğitimlerinde davacı-davalı, mağdur-sanık vs. tüm ilgililer hakkında yapacakları tasarruflarında isabet oranını yükseltmek için Hukuk Fakülteleri ve Adalet Akademisi aşamasında ve mesleğin ilerleyen yıllarında sosyoloji, psikoloji, psikiyatri, suçlu psikiyatrisi gibi bilim dalları doyurucu ve etkili bir şekilde yüklenmelidir.
- Kalem personeli ile ilişkiler, insan (personel) idaresi, amir-memur ilişkilerinde temel normlar ve dikkat edilmesi gereken hususlar doyurucu /etkili ve bilimsel metodoloji ile ve profesyonel kişiler eliyle meslektaşlarımıza yüklenmelidir. Bu eğitim gerekirse uygulamalı olarak da yapılabilir.
- Davanın veya işlemin taraflarıyla, vatandaşlarla veya diğer kurum mensupları ve temsilcileriyle ilişkilerimizde gözetilmesi gereken kurallar, etkin / etkili dinleme, empati kurma, hâlden anlama, çözüm üretme metotları, davranış modelleri, insan ilişkileri, medeni

iletişim ve sair hususlarda gerekirse, Profesör Doktor Üstün Dökmen, Doğan Cüceloğlu veya Nevzat Tarhan gibi uzmanların eserlerinden veya bizzat kendilerinden de yararlanılmalıdır. Böylece de çağdaş ve sosyal olgularla yani tam olarak insanların sosyal ve ekonomik davranışlarını yargılayan Yargı /Adalet Teşkilatı ile sosyal bilimler arasında köprü kurulmalıdır.

- Özellikle işin doğası gereği stres yoğun olan tüm adli birimlerde ilgili meslektaşımızın /bizim de insan olduğumuz ve her insanda olan olumlu ve olumsuz kabiliyetlerin bizde de var olduğu gerçeğinden hareketle, bir dava sırasında veya keşifte veya sair ortamda oluşan /muhtemel gergin havanın kontrolünü sağlamak, tarafsızlığını ve itibarını zedelemekten doğru sonuca varmak ve kendini kaybetmemek için somut olarak STRES KONTROLÜ gibi muhtemel çözüm tekniklerinin akademik seviyede ve akademi aşamasında veya mesleğin icrası sırasında meslektaşımıza /bizlere sunulması ve bu gibi zayıf alanlarımızın da güçlendirilmesi gerekmektedir.

4) İNSAN SEVGİSİ /MERHAMET DUYGUSU

Şiddetin, nefretin, hiddetin ve şehvetin mütemadiyen tahrik ve teşvik edildiği bir zaman ve mekânda yaşıyoruz. İnsani olan vasıflarımızı sürekli kaybediyoruz. Bunların başında da; şefkat, merhamet, empati, etkili iletişim ve belki de tüm bunların özünü, yani insana dair en hassas değerimizi; sevgiyi kaybediyoruz. Dünya, toplum böyle iken içinde /bağrında yetişen ve yaşayan, bu millete /insana / insanlığa hizmetle görevli hâkim-savcının bundan etkilenmemesi mümkün değildir. Şu halde, en önemliyi, insan sevgisini ve hassas vicdan mekanizmasını öne çıkarmak önceliğimiz olmalıdır.

“Aklın yoksa yandın. Ya kalbin yoksa, o zaman sen zaten yoksun ki.” Mevlâna Celaleddin-i Rumî.

Rüzgâr eken fırtına, kin eken nefret biçer. Sevgi eken ise sevgi derer / hasat eder.

Hukuk ve sevgi evrenseldir. (Law and love are universal.)

O halde hukuk ve sevgi her alanda ve her konseptte el ele, birlikte yürümelidir.

Evet, insanı sevmeden insana hizmet mümkün müdür? Sevgi bize bahşolunan en kıymetli hazine, solmaz ışık ve aldatmaz kılavuzumuzdur.

İnsan sevgisi ve hukuk küreseldir /evrenseldir. Biri diğersinin yapışık ikizidir. Biri yoksa öbürü, aslında; hiçbiri yoktur.

Nitekim Hollanda'da (Hâkimler Okulunda) hâkim adaylarının mesleğe kabul ve yetiştirilme sürecinde, mesleki sınav haricinde ayrıca psikolojik teste tabi tutulduğu, sabır, dayanıklılık ve insan sevgisinin araştırıldığı hususu da bir vakiadır.³² Bu husus da hukuk ve sevginin (Law and love) ne kadar önemli ve birbiriyle irtibatlı olduğunu göstermektedir.

MERHAMET/RİKKAT³³ (COMPASSION)

Yargılanan insana arıza yapmış bir makine gözüyle bakılmaz / bakılamaz /bakılmamalıdır. Yargının yargıladığı /konusu /muhatabı; asla ve asla mekanik veya yazılım arızası /hatası /kusuru olan bir bilgisayar /bir araba /bir cep telefonu tabir-i diğerle bir makine değildir. Yargının muhatabı; (maddi ve manevi kişiliğiyle, inkâr edilemez-her ortamda korunması ve kollanması gereken temel ve evrensel haklarıyla, malvarlığıyla /özgürlüğüyle) her biri bir âlem olan, ten, beden ve karaktere sahip ÂDEMDİR /CANDIR / İNSANDIR.

Bir bilgisayar, bir hesap makinesi muntazam hesaplama yapar ve neticede sıfır hatayla sonuç verir /işlemi sonlandırır. Ancak insanda (hâkimde) olan /olması gereken en önemli donanım bu makinelerde yoktur. O da kalptir /vicdandır. İşte bir makine ile hâkim arasındaki fark da budur. Diğer deyimle makine işlem yapar, hesaplar ve sonuç verir. Ancak hâkim yargılar, beyniyle analiz, gönlüyle /vicdanıyla /kalbiyle teşhis ve beyin ve kalp ikilisiyle sentez eder ve neticeten de müşterek ve paralel muhakeme ile de tam bir kanaate varır ve hüküm verir. Her yargılamada muhakkak matematik öyle veya böyle, az veya çok yer alır.

³² Yargı Etiği Sempozyumu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Yayınları, Temmuz 2013, Selçuk Hondu, Kamu Etik Kurulu Üyesi / Emekli Danıştay Üyesi sunumu, sayfa 156.

³³ Rikkat; merhamet, acıma, incelik, kalp yufkalığı.

Ancak adli yargılama asla ve asla salt matematik hesaplamalardan ibaret bir prosedür /bir ritüel /bir cebri formüller geçidi /işlemler süreci değildir. Öyle olsaydı cebri hesaplama ve adli muhakeme belki de tek kavramla ifade edilirdi.

Hâkimde merhamet /rikkat duygusu çok güçlü olmalıdır. Ancak bu parametre sağlam ve hassas şekilde oluşturulmalıdır.

Merhamet; ama kime, ne zaman, hangi dozda ve ne şekilde? Bunların cevabı merhamette isabeti ve adalette mizanı belirleyecektir.

Sadece sanığa veya sadece mağdur /müştekiye gösterilecek merhamet eksiktir, hatalıdır.

Taraflardan birine gösterilen merhamet, diğer taraftan nefret etmeyi /öbür tarafa karşı merhametsizliği gerektirmez.

Merhamet; her şart, her zemin, her zamanda ve her kese karşı olması gereken bir mayadır /özdür.

Merhamet hususunda verilebilecek en bariz örneklerden biri İngiltere'dendir.

KONUMUZDUR/KONUMUMUZDUR/SORUNUMUZDUR/SORUMUZDUR; Hangi hâkim profilindensiniz?

Bir Thomas More mu olmak isterdiniz yoksa bir Scoresbie mi?

Kalp, vicdan, merhamet, muhakeme, muaheze, mahkeme, karar / adalet sıralamasında ve sürecinde yeriniz / yerimiz neresidir?

Buna dair tarihten bir yaprak;

“More’un İngiliz halkına en hoş gelen özelliklerinden biri de bu güler yüzlülüğü olduğu için, Elizabeth çağında oyanan Sir Thomas More’da Utopia yazarının bu yanı üstünde ayrıca durulur. Oyunun birinci perdesinde, More’un başka bir yargıçla nasıl alay ettiğini anlatan ve o sıralarda Londra’da dillere destan olan bir öykünün sahnede canlandırıldığını görürüz: Adı Scoresbie olan bu yargıç *parası çalınanları iyice azarlarmış*; üstlerinde fazla para taşımakla hırsızları kışkırttıklarını, üstelik kendi ceplerini korumak gücünden bile *yoksun olduklarını söylermiş*. Bu çeşit sözleri çok dinleyen More,

meslek arkadaşına bir ders vermeyi aklına koymuş; Londra'nın en usta yankesicilerinden birini çağırıp yargıca gizli gizli bilgi vermek bahanesiyle onunla konuşmasını; bu görüşme sırasında da parasını çalmasını istemiş. Bu suçu yüzünden cezalandırılmayacağına da söz vermiş. Yankesici More'a öylesine güvenirmiş ki, isteğini hemen yerine getirmiş. Soyulan Scoresbie kıyametleri koparınca, More onun başkalarına söylediklerini, harfi harfine yargıç arkadaşına tekrarlamış.³⁴ Ve gülünç duruma düşen Scoresbie, paraları geri vermeye hazır olan usta yankesicinin suçunu bağışlamak zorunda kalmış.”³⁵

Nitekim kendimizden / toprağımızdan / dipdiri ve taptaze bir evrenselimizden, konumuza dair enfes tespitlerin arzının vakti geldi de geçiyor diye düşünülebilir.

Evrenselimiz der ki;

“Zulüm, bir şeyi yeri olmayan yere koymaktır.”

“Ağaçlara su vermek adalet, dikenleri sulamaksa zulümdür. Adalet, bir nimeti yerine koymaktır, her su çeken tohumu sulamak değil.”
Mevlana Celâleddin-i Rumî.

Merhametin dozu, uyarı, miktarı ve mizanı hâkimlerimizin hukuk bilgisine, insan sevgisine, vicdanlarına ve samimi uygulamalarına bağlıdır.

Neticeten biz de bir kıta deriz ki;

“Ey Ati, Ey Hâkim ver dikkati,

Her dem, her daim diri tut rikkati,

İster isen ger (eğer) hükmün şaşmayı,

Evvelen / ahiren / mütemadiyen şarttır sevmen beşeri.”

³⁴ Psikolojide / bu davranışa “aynalama / ayna tutma / mirroring”, kişinin davranışını bir ayna görevi görerek kendisine gösterme / yansıtma denilmektedir. Bkz; [http://en.wikipedia.org/wiki/Mirroring_\(psychology\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Mirroring_(psychology))

³⁵ Utopia, Thomas More, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi XV. Basım, Çevirenler Sabahattin Eyuboğlu, Vedat Günyol, Mîna Ur-gan sayfa 129.

5) EŞİT BAKIŞ / EŞİT GÖRME

A) TEMELDEN KAVRANMALIDIR, EŞİTLİK

Herkesi eşit görme, herkese eşit davranma bir erdem, bir kavram, bir ilke ve slogandan öte BİR UYGULAMADIR ve tereddütsüz ve de samimiyetle UYGULANMALIDIR.

B) EŞİT BAKIŞA DAİR TEZDİR

Eşit bakış, eşit davranma üzerinedir.

Biz doğmadan evvel bize ana-babamızı / ebeveynimizi seçme hakkı verilmemiştir. Hangi aile / klan / toplum / etnisite / mezhep / kabile / aşiret / boy / soy / renk / ırk / dil / din / kültür / sosyal statü / vb. içerisinde doğacağımız, doğmazdan evvel, bize bir hak / seçenek / lüks / imtiyaz / tercih olarak verilmemiştir.

Şu hâlde başkalarını /önümüze gelen İNSANI, herhangi bir insanı; sırf /salt /sadece / bizatihi ve de bizzat rengi /ırkı /cinsiyeti / serveti /statüsü /dili /dini /siyasi /sosyal görüşü nedeni ile kınama / ayıplama /tahkir ve her türlü ile düşük görme ve davranma hakkı da bize asla ve asla, zinhar, katıyyen ve katıbeten verilmemiştir.

Zira şu an beğenmediğimiz, yadırgadığımız, nefret ettiğimiz, hor, hakir ve zelil gördüğümüz bir başka insanın kimlik ve statüsünde de doğabilirdik.

C) TÜRK KÜLTÜRÜNDE EŞİTLİK KAVRAMI

Herkesi eşit görme bilinci hakkında evvelen söylenen enfes bir kıtayı burada tekrar etmek bizim için bir borçtur. Metin de Yunus EMRE'mize aittir.

“Bilmeyesin bednâm u nâm

Bir ola sana hâs u âm

Bildin ise ilmi tamam

Gel imdi oku bir varak”

Yunus EMRE

Yine aynı kaynağın / pınarın / şelalenin / menbain eşitlik hakkındaki bir başka tarifi de şudur;

“Cümle yaradılmışa
Bir göz ile bakmayan
Halka müderris³⁶ ise
Hakikatte asidir.”
Yunus EMRE

D) TÜRK YARGISINDA EŞİTLİK KAVRAMI VE UYGULAMASI

Sıra mesleğimize geldiğinde Türk Yargısında geçmiş ve bugünüyle; gördüğümüz ve görmemiz gereken eşit bakış ve eşitlik uygulaması, fantastik / ulaşılamaz bir Utopia'dan / söylemden / slogandan ziyade somut bir metin ve samimi bir uygulamadır.

Metnimiz Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 1799. Maddesidir.

Madde 1799; “Hâkim; hasım taraflar arasında adaletle hükmetmeye memurdur.

Bundan dolayı; taraflardan biri her ne kadar şerefli kimselerden ve diğeri halktan biri olsa bile yargılama sırasında *tarafları oturtmak ve kendilerine bakmak ve söz vermek* gibi muhakemeye ait işlemlerde tamamıyla Adalet Ve Eşitliğe riayet etmelidir.”

Denilmektedir.

6) HÂLDEN / AHVALDEN ANLAMA (EMPATİ YETENEĞİ)

Hâli (olanı / olmuşu / mevcudu / durumu / olayı / vakayı / davayı / nizayı / ihtilafı / uyuşmazlığı / anlaşmazlığı) yargılayan ve halden hâkimin bir başka “hâl”i (örneğin; geciken adaletin neden olduğu bir başka olanı / olmuşu / olmakta olanı) görmemesi / fark etmemesi ve dahi anlamaması ne derece adildir? Bu soruya verilecek cevap şüphesiz bize çıkış yolunu da göstererek önümüze / yolumuza ışık tutacaktır.

³⁶ Müderris; Profesör.

Nasıl ki gittiğimiz ve en fazla 1 veya 1,5 saat ayırdığımız bir lokantada /restoranda 10 dakika sonra servisi gereken bir ürünün /yemeğin 50 veya 75 dakika sonra /gecikerek /çok tehirli veya soğumuş veya tadı kaçmış şekilde hazır edilmesi ağır bir hizmet / servis kusuru ise, bizim de yargı olarak açılan bir davayı uzun yıllar boyunca bitirmememiz /sonuçlandırmamamız aynı şekilde ağır bir hizmet kusurudur. Bir Culpa Lata'dır. Bunun bir Culpa Levis olarak görülmesi / algılanması meseleyi hafife almak veya görmezden gelmekle eş anlamlıdır.

Görevi; a) Hâli (ceza hukukunda suç, medeni hukukta nizam) saptamak /tespit etmek ve b) Hemen akabinde halletmek /herkese hakkını (cezada; suçlu-suçsuz, hukukta; haklı-haksız) vermek olan hâkimin davayı uzatarak bizzat başka bir negatif hâle neden olması makul değildir. Bu hâl de asla Adalet / Nesafet / Hakkaniyete uygun değildir.

Hâkim-hâl ilişkisine dair en bariz ve kuvvetli evrak /belge /senet /vesika /delil / dayanak /mesnet /kanıt bizzat hâlin metne dökülmüş hâlidir; arzuhâldir. Belki orijinal /saf / ilk hâli ile arz-ı hâldir. (Burada arzuhâl kelimesinden kasıt dava dilekçesi olup kavram bu anlamda kullanılmıştır.)

Belli bir ana /mekâna /tavra /davranışa /fiile /fiilsizliğe tabiri diğerle hâle ait yargılama yapan hâkimin hâle dair gerekli /beklenen /verilmesi gereken hükmü süratle ve isabetle kurmaması, adaleti geciktirmesi, adaletin taraflarca geciktirilmesine alet olması ve sırf bundan dolayı (haklının hakkına kavuşamaması, haksızın haksızlığına / durumdan nemalanmasına devamı ile) oluşan mağduriyeti /mazlumiyeti /felaketi /sefaleti /helaketi diğer deyimle MENFİ HÂLİ görmemesi /öngörmemesi /engellememesi akla /izana /mizana /insafa /vicdana adalete / hakkaniyete /nesafete sığmaz ve tüm bu kavramlara, hâkimlik mesleğinin özüne ve eşyanın tabiatına aykırıdır diye değerlendirilmektedir.

Makul süre ihlali nedeniyle haklının sefaleti /felaketi rağmına ve /veya üzerine inşa edilen bir 'Saadet ortamının!' sebep-i müsebbibi olmak Türk Yargısı için hoş görülebilir / tolere edilebilir affedilebilir bir hâl olmasa gerek diye düşünülmektedir.

Bir davada / dosyada prensip doğru /isabetli karar vermektir. Ancak her halde, her hâlükârda 'hâlice, hâlince ve kârlıca' (yani ki yani

gecikmeden /zamanında /vaktinde / deminde /ötelemeden /öteletmeden /haksız abad ve de haklıyı mağdur etmeden) karar vermektir.

Örneğin; bir özel sektör işçisinin tanık sıfatıyla defalarca ve gereksiz şekilde aynı mahkemece çağırılması halinde 2. Belki 3. Çağırılışında işvereni / patronu tarafından ("Sen, burada, yanımda mı çalışıyorsun, yoksa adliyede mi? Her gün adliyedesin. Kusura bakma, benim her gün ve düzenli çalışan işçiye ihtiyacım var. İşine son veriyorum." Denilerek) işinden kovulması durumunda maalesef bu yıkıma yol açan biziz / yargıdır. Bu nedenle her bir kişinin yargıdaki işleminin mümkünse bir defada ve ikinci kez çağırılmasına ve gerçekte mağdur edilmesine yol açılmadan tastamam (tekrarına ihtiyaç duyulmayacak şekilde) yapılması çok önemlidir. Buradaki örneğimizi bir ceza davasında tanığın, mağdurun veya müştekinin defalarca ve gereksiz yere çağırılmasına da uyarlayabiliriz.

Yine örneğin; cinsel saldırı mağduru bir kadının veya çocuğun uzmanlarınca, detaylı, tüm yönleriyle ve bir defada beyanının alınması yerine, önce ve birinci aşamada polis karakolunda, ardından ikinci aşamada ve bizzat savcı tarafından, ardından üçüncü aşamada açılan kamu davasında ve 1. mahkemede hâkimce ve dördüncü aşamada da 1. mahkemenin görevsizlik kararıyla işi bir başka mahkemeye göndermesi halinde yeni ve görevli 2. mahkeme hâkimince tekrar tekrar (esasında tek mağdur ve tek olay ancak tam 4 kez hem de 4 farklı mercice) dinlenmesi durumunda cinsel saldırının oluşturduğu maddi / manevi yıkımın, tıbbi tabirle depresyonun /tramvanın /anksiyetenin 4 ayrı zaman ve 4 farklı mekânda mağdura /müştekiye yaşatılması asla ve asla adil /makul / tıbbi /insani /insan haklarına uygun değildir.

Empatinin (hâlden anlama melekesinin) en güçlü olması gereken alanlardan birisi ve belki de en evvel geleni ise ahkâm-ı şahsiye (Sulh Hukuk Mahkemesi) hâkimliğidir. Vesayet makamında oturan meslektaşlarımızdır. Bu hâkimlerimiz klasik manada sadece hâkim değildir. Sırf vesayet makamında oturmakla, devletimizin /Türk milletinin kendilerine emanet ettiği her türlü kısıtlının /kimsesizimizin (ki bunların neredeyse tek, biricik kimsesi vesayet makamındaki hâkim meslektaşımızdır) /muhtacımızın (yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı veya hapis hali veya bunama nedeniyle veya düşkün hale gelmesi

sebebiyle veya bizzat kendi isteğiyle kısıtlanan /vesayet altına alınan her bir insanımızın /bu ülkenin yetimiyle, öksüzüyle, düşkünüyü, görünmeyen bir diğer (sahipsiz) kitlesinin /bizi biz yapan toplumumuzun bir başka parçasının; ana babasıdır, velisidir, mürebbisidir, biricik kimsesidir, tabir-i diğerle her şeyidir. Hâkim her bir kısıtlıyla ilgili tasarrufunda ilgili hacredilen sanki kardeşi, eşi, evladı, ana veya babası veya yakınıymış gibi davranmalı ve kararlarını buna göre vermelidir. Vesayet makamı hâkimi kısıtlanan kişinin sanki atasıdır, ötesidir, sahibidir. Kısıtlının asıl sahibi (Türk Milleti) adına görüp gözetendir. Örneğin kısıtlının malvarlığıyla ilgili bir satış kararında o mal / taşınmaz kendi mülkü olsa idi nasıl davranacak idiyse ona göre davranmalıdır. Zira kısıtlanmışın hele de akıl hastalığı ve yaş küçüklüğü nedeniyle vesayet altına alınmışın hâkimden başka sahibi çoğu zaman yoktur. Yine atanmış vasinin görevini ne oranda yaptığı, kötüye kullanıp kullanmadığı, kısıtlıyla ne oranda ilgilendiği, kısıtlanmışın ihtiyaçlarına karşı ilgisi, samimiyeti ve kapasitesi her dem ve ortamda vesayet makamı hâkimince denetlenmeli ve asla ve asla mutlak bir güvene ve teslimiyete yol açılmamalıdır. Örneklerimiz genişletilebilir. Misal olarak vasiye kısıtlı adına tazminat davası açmak için verilen izin, dava vekille temsil edilecekse, avukatla yapılacak vekâlet ücret sözleşmesinin miktar ve yüzdesini kapsamadığını, işbu (vekâlet ücretinin belirlendiği) sözleşmenin de ayrıca hâkimin denetim ve onayına sunulması gerektiği hususunu verebiliriz.

Vesayet makamı ve ahkâm-ı şahsiye hâkimliği neden bu kadar önemlidir?

Bu suale dilenirse bir beyitle cevap vermeye çalışalım.

“Ey Ati! İster isen medeniliğimizi ve seviyesini ve sevgi ve samimiyetimizi görmek,

Kâfidir düşkünümüze, delimize ve kabirde yatan ölümüze verdiğimiz değere bakmak.”

Neticeten hakimde empati yeteneği şarttır ve çok güçlü olmalıdır. Zira geciken, gereksiz yere tekrür eden (Ki sırf bu tutum başlı başına eziyettir /zulümdür /AİHS'nin 6. md gereğince insan hakları ihlali-dir), kusurlu /hatalı / yetersiz adli işlemin yapacağı tahribatı / yıkımı /felaketi / tramvayı / psikiyatrik-psikoloji çöküntüyü /işten kov-

durmayı, tabir-i diğerle hayatın her hâlini (esasen kendi kusurumuzla bizzat neden olduğumuz negatif hâlleri) öngörmek, hikmet, basiret ve ferasetle davranmak, yargılamanın ve adli hizmetin her bir anında ve aşamasında bunları dikkate almak temel ve asıl olmalıdır.

İlaveten günlük hayatın ve olayların her hâlini yargı faaliyetinde, yargısal iş ve işlemde nazara almamak veya görmezden gelmek mesleğimizle /meşgalemizle /meşrebimizle de bağdaşan bir hâl olmasa gerektir.

7) NEZAKET / TEVAZU VE SABIR

A) NEZAKET

Buradaki nezaket sadece ailemizin bize öğrettiği nezaket değildir. Hâkimin nezaketi anneden ve aileden aldığımız nezaketi de içeren ancak bunun da ötesinde bir kurum, kavram ve uygulamadır.

Zira bilinmeli ve her aşamada hatırdan tutulmalıdır ki; bazen davanın tanığı, mağduru, müştekisi ve dahi vekili (belki sanığı) tehditlerörize edilmiş, korkutulmuş veya şantaja maruz bırakılmış olabilir. Her zaman sergilenen genel davranış kalıbı içinde ve özellikle bu durumlarda esirgenmeyen ve samimiyanne hissettirilen nezaket; duruşma salonunda gerçeğin ifadesi için gerekli ortamı hazırlayan en hassas temeldir / teminattır. Güven duyulmayan / verilmeyen / telkin edilmeyen ortamda, baskılanmış /sindirilmiş iradenin bütünüyle içe kapanacağıının veya firar edeceğinin tahmini ise kehanet olmasa gerektir. Gerçeğin özgürce ifade edilebilmesi için gerekli ortamı sağlamak ise yargı ve hâkim için bir görevdir. İşte hâkimin nezaketinden kastolunan da budur.

Bu manada nezaketin bir kısım unsurları; sabırla dinleme, kürsüden yapılan konuşmanın içeriği, kalitesi ve miktarı, düşüncelilik, mahkeme personeli dâhil herkese karşı samimi alaka /ilgi ve olmazsa olmazımız, olmayınca olmayacağımız; medenilik /incelik / zarafet / kibarlık olarak sayılabilir.

Denilebilir ki hâkim savcının mümeyyiz vasfı; nezaketi ve mütevazılığdır.

B) TEVAZU

Tevazu hakkında yine evvelce söylenen birçok özlü sözden sadece birini hatırlamak mesleğimizle olan bağı nedeniyle bizim için hayati-dir. Kaynak yine aynıdır ve Yunus EMRE'mizdir. Bu mevzuda daha fazla söz ise fuzuldür.

“Miskinlikte³⁷ buldular

Kimde erlik var ise

Merdivenden ittiler

Yüksekten bakar ise.”

Yunus EMRE

C) SABIR

İyi bir hâkim aynı zamanda sabırlı olmalıdır ki, bunun diğer adı da mutedil bulunmaktır. Zira asabi / agresif bir mizacın sabırlı olması muhaldir, o mizaca terstir, uygun değildir. İtidal ve iyi bir dinleyici pozisyonu korunmalı, sabırlı olmak mizacın bir parçası haline getirilmelidir.

Nitekim Amerikalı meslektaşımızca enfes şekilde vurgulandığı üzere “Nezakat ve sabır hâkimliğin mizacının /doğasının /yapısının bir gereğidir.” Hâkim muhataplarını sabırla dinlemelidir ki insanlar kendilerini rahatça ve özgürce ifade edebilsin ve de gerçek anlaşılıp adalet yerini bulsun. Hâkim bu sabrı gösterirken paralelinde de nazik olmalı ki muhatap kendini baskı altında hissetmesin ve tüm iradesiyle sürece katkısını yapabilsin.

8) HUKUK LİYAKATİ / HUKUKA LİYAKATİ / HUKUK BİLGİSİ

Hâkimlik-savcılık için olmazsa olmazımızdır. İşin asgari altyapısıdır. Temel ve zaruri kriterdir.

³⁷ Miskin; alçak gönüllü, kibirlenmeyen, benlikten (Ego'dan) geçmiş kişi. Yunus Emre Hayatı ve Bütün Şiirleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, V. Basım, sayfa 289, 502.

Miskinlik; Alçak gönüllülük. tevâzu, kendi kusurunu bilip kendine haddinden fazla kıymet vermemek, tevâzu içinde olmak.

Hâkimde hukuk bilgisinin hem de vukufiyet derecesinde zaruri olduğunu söyleyen neredeyse tek yerel veya evrensel kod Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 1793. Maddesidir.

Mecelle'nin 1793. maddesinde; "Hâkim; hukukî konulara ve yargılama usulüne vakıf ve bunları davanın taraflarına tatbik ve meseleyi çözmeye muktedir olmalıdır."

Denilmektedir.

Meselenin önemi ayan ve beyan olmakla daha fazla kelime sarfı israf olacaktır.

9) ADALET / NESAFET / HAKKANİYET ÜÇLEMESİNİN (EX AEQUO ET BONO) ÖNEMİNİ BİLMEK VE HASSASİYETLE UYGULANMASI BİLİNCİNİ TAŞIMAK

Adalet ≠ sadece ADALET,

Adalet ≠ sadece NESAFET,

Adalet ≠ sadece HAKKANİYET.

Adalet = Adalet + Nesafet + Hakkaniyettir.

Gelin bu kavramlara farklı bir perspektifle bakalım.

ADALET = Bağımsız, tarafsız, doğru / dürüst ve tutarlı, eşitlik ilkesine gönülden inanmış, ehliyetli ve liyakatli, etik ilkelere uygun çalışan, edep, adablı yüksek ahlaki değerlerle mücehhez ve hakîm, fehîm, müstakîm, emîn ve mekîn sıfatlarını haiz hâkim / hâkimler tarafından icra edilen, yasal ve yetkili bir mahkeme eliyle yürütülen "Adil" bir yargılama faaliyetidir / adli hizmettir / kamu görevidir.

NESAFET = Merhamet ve adalet dairesinde hareket, hakikat kabul ve itiraf.

HAKKANİYET = Haktan ve doğruluktan ayrılmamak, Adalet üzere bulunmak, Adalet ve insaf ile lâzım olanı icra etmek.

"ADALET / HAK YERİNİ BULDU / TESİS EDİLDİ / GERÇEKLEŞTİ." CÜMLESİ AÇILDIĞINDA,

Burada mezkur davanın;

- a) Bağımsız, tarafsız, doğru / dürüst ve tutarlı, eşitlik ilkesine gönülden inanmış, ehliyetli ve liyakatli, etik ilkelere uygun çalışan, edepli, adaplı yüksek ahlaki değerlerle mücehhez ve hakîm, fehîm, müstakîm, emîn ve mekîn sıfatlarını haiz hâkim / hâkimler tarafından icra edilen ve yasal ve yetkili bir mahkeme eliyle yürütülen “Adil” bir yargılama faaliyeti olduğu ve ilaveten,
- b) Nesafete uygun, insaf ölçüleri içinde kalınarak ve dozu tutturularak karar verildiği ve ilaveten,
- c) Hakkaniyetin zedelenmediği, herkesin (davacı, davalı, sanık, mağdur, müşteki, v.s.) hakkını aldığı, herkesin hakkını haklılığı / hak ettiği nispette / oranda aldığı, hiç kimseye hak ettiğinden fazlası veya eksigi verilerek eziyet edilmediği, izanın çalıştırıldığı, mizanın tutturulduğu,

Unsurlarını içerdiği anlaşılacak /görülecektir.

Nitekim karşılaştırmalı hukuka bakıldığında aynı kavramın Roma Hukukundan beri (Belki daha öncesinden itibaren) kullanıldığını ve Latince adına “Ex Aequo Et Bono” dendiğini göreceğiz.

Şu halde bu kavram enlem veya boylam farkı olmaksızın evrensel ve genel geçerdir.

10) YAŞ (HÂKİM İÇİN) VE SAĞLIK (HÂKİM VE SAVCI İÇİN)

Yaş ve sağlık hâkim ve savcı için vazgeçilmezlerdendir. Şüphesiz yeterli olgunluk ve bunun gerektirdiği yaş hâkim için eşsiz değerdedir.

Sağlıklı olmayan bir bünyenin ise sağlıklı düşünmesi ve isabetli karar vermesi ise çoğu zaman zor bazen ise imkânsızdır.

A) HÂKİMLİK YAŞININ EN AZ 35-40'A YÜKSELTİLMESİ, BELİRLİ SÜRE SAVCI VEYA AVUKAT OLARAK GÖREV YAPMIŞ MESLEKTAŞLARIMIZIN HÂKİMLİĞE KABULÜ VE KÜRSÜDE YETKİLENDİRİLMESİ ZARURİDİR.

İyi hâkimlik olgunlukla /kemâlâtla olur. Olgunluk ise zaman ve tecrübenin müşterek ürünüdür.

24 yaşında genç ve bekâr ve çocuksuz bir meslektaşımızın vereceği boşanma kararı ve velayetin bir tarafa tevdi ve nafakaya dair hükmü ne kadar adildir? Veya hiçbir şekilde kambiyo senedi tanzim etmemiş, ciro silsilesine dair pratik bilgisi olmayan veya ticari hayatın günlük işleyişine dair yakın bilgisi bulunmayan bir meslektaşımızın ticari davalarda vereceği tedbir veya esasa dair karar ne oranda adil veya isabetli olacaktır?

Bu hususta dilenirse ecdadın /Nizam-ül mülk'ün Siyasetnamesi'ni referans yapalım. Burada da; devlet işlerinde istihdam edilecek /yükseltilecek kişilerin "çölün sıcağını ve soğuğunu tatmış olması" diğer tabirle tecrübeli olması ve bu kişiler arasından işbu seçimin yapılması gerektiğinden bahsolunmaktadır.

Bir hâkimin önünde bulunan herhangi bir hukuk-ceza dosyasındaki malvarlığı veya özgürlüğe dair evraktaki esaslı hatası veya kusuru parayla ölçülebilir mi? Zannımızca hâkim önündeki bir davanın, hele de özgürlüğe dair bir evrakın parasal anlamda ölçümü imkânsızdır. Şu halde insanı yargılayan, tüm faaliyeti ve icraatı insana dair (malvarlığı ve özgürlük bağlamında) olan hâkimde tecrübenin / yeterli yaşın /olgunluğun /kemâlâtın aranmaması makul değildir / normal değildir.

Belki ABD veya Avustralya Yargı teşkilatları Siyasetname'yi okumamıştır veya haberleri yoktur. Ancak, her iki ülkede de, somut bazda misal verilecekse ABD'nin Massachusetts Eyaletinde 10 yıl veya Avustralya'nın New South Wales Bölgesinde 20 yıl³⁸ hukuk mesleği

³⁸ http://www.ehow.com/how_6703457_become-judge-australia.html
Instructions; 1- Obtain a Bachelor of Law degree from a university. You will need to meet the entry requirements of your chosen university to enter the program. Depending on the university, a law degree course might take four to five years to compete.
2- Practice law for a minimum of eight years. An average judge has practiced for 20 years or more before receiving his appointment. Judges often have worked in litigation as barristers. According to a speech presented at the Judicial Conference of Australia in 2003, this is because no formal legal training and development program exists for new judges, and solicitors and law teachers lack familiarity with procedures in the courtroom.
3- Network with judges and lawyers, establishing your reputation as an outstanding legal practitioner. When the government requires a new judge, government officials will consult existing judges and legal professionals for advice. If you are nominated and eventually selected for appointment, you can become a judge.

icra etmeyen birinin hâkim kürsüsüne oturması /oturtulması mümkün değildir.

Nizam-ül mülk'ün Siyasetnamesi'nde şart koştuğu yaş ve tecrübe bu 2 ülkenin yargı teşkilatında somut uygulamadır.

Hâkimin evsafı /vasıfları hususunda şu ana kadar milli veya mukayeseli hukukta herhangi bir yasal düzenlemeye henüz rastlanamamıştır. Şu halde Mecelle'mizin evvelce arz olunan düzenlemesinin halen en üstün evrensel değer olduğu cümlesi bir iddiadan öte bir vakianın tespiti /bir hakkın teslimi olacaktır.

Daha evvel arz edildiği üzere ABD'den Yüksek Yargıç Edward HENNESSEY'in yazdığı 'Excellent Judges /Mükemmel Hâkimler' kitabı bu hususu işleyen ancak kodifikasyona dökülmeyen en esaslı akademik metindir.

İşbu akademik metinde hâkimin vasıflarına bakıldığında;

- a) YAŞ ve Sağlık
- b) Eğitim /Hukuk formasyonu
- c) Öğreticilik /Eğiticilik / İletişim
- d) İdarecilik /yöneticilik Kabiliyeti
- e) Dava Tecrübesi
- f) Doğruluk /Dürüstlük ve Tarafsızlık
- g) Meslek Etiği /Ahlakı
- h) Cesaret
- ı) Nezaket /İncelik
- j) Sevgi /Merhamet /Şefkat /Acıma Duygusu
- k) Tevazu /Mütevazılık (Ve karşıt kavram olarak Egoizm)

Olarak tanımlanmıştır.

Excellent Judges'da YAŞ KONUSUNA BAKIŞ;

Edward HENNESSEY yaş ve dava tecrübesiyle ilgili bahsinde; 30'lu yaşlardaki çoğu hâkim adayının (Ki tamamı o anda avukattır) kürsüde oturmak için (müstesna yeteneğe sahip olanlar hariç) yeterli olgunluğa (yaşa ve dava tecrübesine) sahip bulunmayabileceğini beyan etmektedir.³⁹

Nitekim Edward HENNESSEY enfes bir şekilde, hâkimlikte iyi bir muhakemenin (iyi hâkimliğin) eğer varsa tümüyle kemâlâtle / olgunlukla mümkün olduğunu, olgunluğun ise, zaman ve tecrübenin bir ürünü olduğunu söylemektedir. "İyi hâkimlik olgunlukla / kemâlâtle olur. Olgunluk ise zaman ve tecrübenin ürünüdür."⁴⁰

Ayriyeten ABD'de hukuk okullarına, başka bir bölüm veya fakülteyi bitirdikten sonra başvurulabildiğini hatırlarsak (Ki hâlihazır ABD Başkanı Barack Obama ve eşi Michelle Obama önce Sosyoloji bölümünü bitirmişler ve ardından da Harvard Hukuk Okulunda 'Harvard Law School' hukuk eğitimi almışlardır. ABD'de Hukuk eğitimindeki branşın adı Fakülte değil Okuldur.) ülkemizde 18 yaşında Üniversiteye giren, 23 yaşında hukuk mezunu olan bir kişinin 10 yıl Avukatlık veya Savcılık yaptıktan sonra hâkim kürsüsüne oturması makuldür / makuldür / mümkündür / doğaldır / idealdir.

ABD'de birinci bölüm veya fakülteyi 22 yaşında bitiren birinin üstüne ikinci fakülte olarak hukuk okuluna gittiğini varsayarsak bu kişi en az 26 yaşında daha ancak hukuk bölümü mezunu olabilmektedir. Üstüne 10 yıl da avukatlığı eklersek zaten hâkimlik için geldiği 36 yaşında ancak aday olabilmektedir.

Bu anlamda hâkimlerin; belirli süre savcılık veya avukatlık yapan meslektaşlar arasından ve kıdem ve tecrübelerine göre kürsüye kabulü halinde şu anda dile getirilen birçok olumsuzluğun kendiliğinden kalkacağı tahmin edilmektedir. Bu süre en az 5 yıl olabileceği gibi daha fazlası da öngörülebilir.

³⁹ Edward F. Hennessey "Excellent Judges" sayfa 5.

⁴⁰ Edward F. Hennessey "Excellent Judges" sayfa 5.

B) HÂKİM-SAVCIDA SAĞLIK (AKIL VE BEDEN SAĞLIĞI)

Sağlık hususunda Bangalore ve Budapeşte Etik ilkeleri dâhil hâkim veya savcının sağlığının ne şekilde olması gerektiğini düzenleyen herhangi bir uluslararası metne henüz rastlanamamıştır. Ancak enteresan bir şekilde hâkimin sağlığı 1869 tarihli Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 1794. Maddesinde düzenlenmiştir. Ki bu da neredeyse bu alandaki yegâne düzenleme /kaynaktır.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 1794. maddesinde; "Hâkim temyiz kudretine haiz olmalıdır. (İyi kötüden ayırt edebilmelidir.)

Bundan dolayı; küçük çocuk veya bunak veya kör veya tarafların kuvvetli seslerini işitemeyecek derecede sağır olan kişi hâkim olmaz." denilmektedir.

Mesleğe kabulden önce aranan sağlık şartları bir yana, mesleğin icrası sırasındaki sağlık şartlarında herhangi bir negatif değişim halinde dahi hâkimin karar vermekten uzak durmasının açıkça emrolunduğu bir kanun maddesi ise zannımızca Türk Yargısı hariç hiçbir ülke mevzuatında bulunmamaktadır.

Bu konudaki kanun maddesi ise Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 1812. Maddesidir.

1812. maddede; "Hâkimin zihni; gam, keder, açlık veya uyku basması gibi sağlıklı düşünmeye engel olabilecek bir arıza ile belirsiz veya düzensiz hale gelirse hüküm vermeye girişmemelidir." denilmektedir.

Bu haller hâkimde var ise o oturumda kesinlikle karar vermemeli, hüküm kurmamalıdır.

1794 ve 1812. maddeler de akıl ve beden sağlığının mesleğimiz için bizde ne denli önemli olduğunu ve öne çıkartıldığını sarîh şekilde göstermektedir.

Esasen bu baba dair hemen arz olunmalıdır ki ideal olması gereken kürsü teminatının da bir esnekliği ve muhtemel istisnalara karşı (özellikle hâkim-savcı lehine) açık kapısı olmalıdır.

Aksi hal bizzat yetki /görev değişimine muhtaç olan hâkim-savcı için eziyet /zulüm veya yıldırıcı bir durum olabilir. Mesleki performansı etkileyen (azaltan) ciddi seviyede sağlık problemi veya burada

öngörülemeyen tahdidi (numerus clausus) olmayan sair kişisel veya ailevi mazeret halinde hâkimin-savcının talebi rağmına kendisini aynı görevde tutmak ve bunda ısrar etmek adil olmayabilir. Bu hallerde kişinin durumuna en uygun ve yapabileceği / verimli olabileceği bir göreve getirmek adalet /nesafet /hakkaniyet üçlemesinin bir başka halinin yansıması veya doğru istihdamın veya sağlıklı işleyen yargının bir emaresidir.

İlaveten sağlık şartları bir kısım mahkemede çalışmaya veya bazı adli görevlerin icrasında elverişli olmayan meslektaşlarımızın bu durumlarını Bakanlığımıza ve Yüksek Kurulumuza bildirmeleri ve bu mercilerin de teşkilat mensuplarının sıhhat durumunu sürekli takibi yüksek standartta hizmete odaklanmış bir kamu servisi için bir zurettir. Bu durumda sağlık şartlarına uygun bir mahalde /yörede / mahkemede /görevde istihdam meslektaşımız için hakkaniyet, kurumlarımız için nesafet ve halkımız için de adalet beklentisinin gereğidir.

Doğru (ehil, sağlık şartları uygun, liyakatli, dürüst, tarafsız, vs.) insanı doğru yerde (görevde, mahalde, yörede, mahkemede, vs.) istihdam maharet işidir /hünerdir. Hizmet alan ve veren arasındaki memnuniyeti ve toplam kaliteyi doğrudan etkiler.

11) HÂKİM-SAVCININ İDARECİLİK /YÖNETİCİLİK VASFI

Bu hususa değinmek gerekirse, öncelikle Bangalore İlkelerinde bu hususta herhangi bir açık / örtülü bahis yoktur.

İkinci olarak da bu hususta maalesef eski veya yeni mevzuatımızda herhangi bir düzenlemeye rastlanamamıştır. Bu hususun Türk Yargısında bir gelenek /kurumsal örfle bugünlere geldiği düşünülmektedir.

Üçüncü olarak da farklı yargılama sistemiyle dikkati çeken ABD yargısında konu gelişen uygulamalar ışığında en azından mesleki anlamda ve akademik bazda kaleme alınmış ve İdarecilik /Yöneticilik Yeteneği “Mükemmel Hâkimin” mümeyiz vasıflarından biri olarak ele alınmıştır.⁴¹

⁴¹ Edward F. Hennessey “Excellent Judges / Mükemmel Hâkimler” sayfa 8 ve 9.

Buna göre Mahkeme veya adliyenin idaresindeki /yönetimindeki anlaşmazlık, sürtüşme, fraksiyon, bizzat “Yargı Ailesi” içinde gerçekleşmektedir. Bu arızanın kaynağında ise; Kalp /sahte onur, gurur, azamet, ihtişam, gösteriş veya yersiz /anlamsız /saçma / beceriksiz / acemi insan ilişkileri yatmaktadır.

İdarecilik yeteneği hakkında ve “ÖNEMLİ” kelimesi üzerine şu kalıpları önermek hâkime-savcıya zarar vermez;

- a) En önemli 6 kelime; “Kabul ediyorum ben bir hata yaptım.”
- b) En önemli 5 kelime; “Ben seninle / sizinle gurur duyuyorum.”
- c) En önemli 4 kelime; “Senin buradaki görüşün / fikrin nedir?”
- d) En önemli 3 kelime; “Lütfen yapar mısınız?”
- e) En önemli 2 kelime; “TEŞEKKÜR EDERİM.”
- f) En önemli 1 kelime; “BİZ”
- g) En ÖNEMSİZ 1 kelime; “BEN”

“Teşekkür” cebimizdeki para veya canımızdan bir parça değildir. Kullanıldığında / harcandığında bize sıhhaten veya serveten hiçbir zarar vermez. Bilakis doğru yerde ve zamanda karşdakini, çevredeki, ilgili herkesi pozitif motive eder, verimliliği artırır. İş barışını korur.

Ne de olsa;

“Marifet iltifata tâbîdir,

Müşterisiz metâ zâyîdir.”⁴²

Muallim Nacî

Yeri gelmişken, ayriyeten unutulmamalıdır ki ‘İnsana’ teşekkür etmeyen “Yaradanına” da şükretmez. İkisi arasında korelasyon /ilişki vardır. Ki insan için en esaslı yüksek performans araçlarından birkaçı MORALDİR /MOTİVASYONDUR /TAKDİRDİR / TEŞEKKÜRDÜR.

Nitekim Nevzat TARHAN teşekkür hakkında der ki;

“Değerlerin aşınmasına sebep olan davranışlardan bir diğeri de teşekkür etmekten kaçınmaktır. İnsanlara teşekkür etmek, herhangi bir sebeple kalplere nefret yerleşmesine engel olur. Ayrıca iyiliğe verdiğimiz değer, zihinsel olarak endişelerin azalmasına yardımcı olur. Teşekkür etmek, davranışı beslemek ve yatırımını desteklemektir.”⁴³

⁴² İskender Pala, Hoş Sadâ, Kapı Yayınları, sayfa 168.

⁴³ Nevzat Tarhan “Ailede, Toplumda, Siyasette Değerler Psikolojisi / Güzel İnsan

12) HAK KAVRAMI VE HAKKA SAYGI

Bizim için önemsiz olan herhangi bir ekmek kııntısı, yere düşünce onu alan KARINCA için esaslı bir nimettir. Belki de 1 haftalık gıdasıdır. Bir kısım lüks restoranlarda bahşiş kabilinden verilen 500 veya 1000 Liralık para, bir başka ortam ve mekânda fakir bir aile için tam bir yıllık geçimlidir veya bir üniversite öğrencisi için hayati bir yekündür. Şu halde bizim için nispeten 'önemsiz!' olan bir hak, dava edilmiş 50 veya 100 Liralık alacak belki de davacı için bir veya birkaç aylık nafaka parasıdır. Şu halde HAK kavramı; neye / kime / hangi kritere göre ÖNEMLİ veya ÖNEMSİZDİR? Bunun tek cevabı vardır. Her HAK ÖNEMLİDİR.

Bize (Adalet Hizmeti Sunanlara) düşen; hakkın küçüğüne /büyüğüne, miktarına /içeriğine, alacaklının sıfatına /borçlusunun statüsüne bakmaksızın herkese HAKKINI teslim etmek, ancak öncelikle ve ivediyen HERKESİN HAKKINA SAYGI DUYMAKTIR.

13) YÜKSEK BİR EDEB / ÂDÂB / AHLAKÎ MİZACA SAHİP OLMAK;

ETİK / ETHOS ;

"Etik veya en yalın tanımıyla töre bilimine baktığımızda şunlar söylenebilir. Etik terimi Yunanca ethos yâni "töre" sözcüğünden türemiştir.

Konumuz açısından ele alınması gereken konu, Erdemler etiği olacaktır.

Erdemler etiği insanın nasıl birisi olması gerektiğini söylemeye çalışır. Erdemler etiği ilk olarak Eski Yunan'da ortaya çıkmıştır. Plato'nun Symposium'unda insanların sahip olması gereken dört erdem olarak Basiret, Adalet, Cesaret ve İtidal gösterilmiştir. Aristo erdemleri ahlâkî ve aklî olarak ikiye ayırmıştır. Dokuz aklî erdem en üstünde sophia yani teorik hikmet ve phronesis yani pratik hikmet gelmektedir. Aristo da ahlâkî erdemler olarak basiret, adalet, cesaret ve itidali verir. Aristo'ya göre her ahlâkî erdem her iki uçtaki kusurun ortalamasıdır. Örneğin cesaret erdemi, korkaklık ve deli cesareti gibi kusurların ortasında yer alır."⁴⁴

Modeli" sayfa 53.

⁴⁴ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Etik>

ETİK VE MESLEKİ PROFESYONELLİK

Etik ve profesyonellik birbirinden farklıdır. Etik; mesleğin icrasında DAVRANIŞ OLARAK ‘şunu /şunları yap veya bunu / bunları yapma’ der ve birçok meslekte de ya birebir aynıdır veya çok yakındır. Ancak profesyonellik ise mesleğin icrasında yürütülen işlemlere dair zorunlulukları veya idealleri diğer deyimle asgari standartları ve hedefleri içerir. Görev alanıyla ilgili maksimum performansı ve verimliliği sergilemek, örneğin, makul sürede soruşturma veya yargılama yapmak gibi hususlar profesyonelliğin icabıdır. Her mesleğin profesyonelliği, o mesleğin içeriğine göre değişebilir.

Yeri gelmişken etik ilkelerden en önemlisi sayılabilecek doğruluk ve dürüstlük ilkesine dair bir hususun altını çizmekte fayda vardır. O da şudur ki, hâkimin olmazsa olmazlarından bir başka mümeyyiz vasfı olan doğruluk ve dürüstlük ilkesine yapılan /yapılabilecek en ağır ve en yaygın saldırı bu ilkenin parçası sayılan TARAFSIZLIK boyutundan gelir. Bir hâkimin tarafsızlığını yitirmesi veya tarafsız olmaması / olamaması doğrudan doğruya doğruluğunu /dürüstlüğü nü lekeler. Bizzat bu ilkeyi tahrip eder. Bundandır ki Türk Yargısında bir zamanlar hâkim ve savcılar değerlendirilirken “DOĞRULUK VE TARAFSIZLIK” kavramları yapışık ikiz, mütemmim cüz sayılıyor, birlikte mütalaa ediliyordu.

Türk Yargısında edep, adap ve ahlaka dair son derece zengin bir geçmişimiz vardır. Hatta buna dair düzenlemeler en üst metinde, hem de kanun seviyesinde ele alınmıştır. Bu da 1869 tarihli Mecelle Ahkâm-ı Adliye’imizdir.

Bugünün etik kavramı Mecelle Ahkâm-ı Adliye’de âdâb başlığı altında (hem de çok daha kapsamlı şekilde) ve müstakillen ve de aynen hâkimin vasıflarının kanunla belirlendiği gibi bizzat kanunla düzenlenmiştir.

ETİK VE ÂDÂB⁴⁵ FARKI ÜZERİNERİ ;

Mukayeseli hukukta ve Türk Yargısında (Mecelle’de) Etik / Âdâb bahsi nedir diye bakılırsa Türkçemiz ile sair dillerin mukayesesi gündeme gelecektir.

⁴⁵ Âdâb; (Edeb kelimesinin çoğuludur.) Usul, yol, yordam, davranış kaideleri, terbiye. Ahlâk ve terbiyenin gerektirdiği konuşma ve hareket tarzı. Adaba uymayanlara edepsiz denir.

Osmanlıcada ve bugünkü Türkçemizde kullanılan benzer kelime veya kalıplar;

“Yol yordam bilmek”, “Usul erkân gözetmek”, “Âdâba, edebe riayet etmek”, vs. deyim, tabir veya kavramlardır.

Bundandır ki Mecelle bugünün Etik denilen kavramının tam karşısına “Âdâbı” koymuştur.

Etik kelimesinin sadece töre anlamına geldiği ve âdâb kelimesinin ise usul, yol, yordam, terbiye, davranış kaideleri gibi son derece kapsayıcı anlamı dikkate alınırca Türk Yargısında ve Türk Yargı literatüründe etik yerine âdâb kavramının kullanılmasının çok daha isabetli olacağı düşünülmektedir. “Türk Yargısında Âdâb” kavramı işlenmeli, geliştirilmeli ve teşvik edilmelidir.

Daha evvelden de arz olunduğu üzere 1869 tarihli Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’nin “Hüküm ve hâkimlikten” bahseden 16. kitabının 1. babının 1, 2, 3 ve 4. fasıllarında hâkimin vasıfları, âdâbı, vazifesi ve yargılama şekilleri düzenlenmiştir.

Mecelle’nin “Hâkimin Âdâbı” başlıklı 2. Faslındaki maddeler tamamen buna dairdir.

Bakıldığında;

Madde 1795 – Hâkim; mahkeme meclisinde alışveriş veya şakalaşma gibi meclisin azametini giderecek (gölgeleyecek) fiil ve hareketlerden sakınmalıdır.

Madde 1796 – Hâkim; taraflardan hiçbirinin hediyesini kabul etmez.

Madde 1797 – Hâkim; birbirini mahkemeye veren taraflardan hiçbirinin ziyafetine gitmez.

Madde 1798 – Hâkim; mahkeme esnasında taraflardan yalnız birini hanesine kabul veya hüküm sırasında biriyle yalnız kalmak veya taraflardan birine el, göz veya baş ile işaret eylemek veya taraflardan birine gizli lakırdı veya diğerinin bilmediği lisanla söz söylemek gibi töhmet ve su-i zanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır.

Madde 1799 – Hâkim; hasım taraflar arasında adaletle hükmetmeye memurdur.

Bundan dolayı; taraflardan biri her ne kadar şerefli kimselerden ve diğeri halktan biri olsa bile yargılama sırasında *tarafları oturtmak ve*

kendilerine bakmak ve söz vermek gibi muhakemeye ait işlemlerde tamamıyla Adalet Ve Eşitliğe riayet etmelidir.

Şeklindeki maddeleri dikkatimizi çekmektedir.

14) ELEŞTİRİYE/TENKİDE/KRİTİĞE AÇIK OLMAK

Hâkim mutlak surette eleştiriye açık olmalı, en ağır tenkidde bile karşı tarafın haklılık payı bulunabileceğini öngörmeli, böyle bir durum ne kadar negatif olsa dahi bu süreci ağırbaşlılık ve sabırla ele alarak değerlendirmeli, analizini kalbinde ve beyninde yapmalı ve pozitif (suhuletle ve sükunetle) davranmalıdır. Hele hâkimin bizzat kendi kusur veya ihmalden kaynaklanan bir hususta karşı tarafın (doz aşımı /ölçüsüz, mizansız olsa dahi) dile getireceği tenkidi, (bu bazen bir sitem, bazen açıkça tepki, bazen de daha ağır hali olabilmektedir) asla ve asla ölçüsüz bir refleksle ele almamalı ve oluşan yarayı / arızayı / anomaliyi derinleştirmemelidir. Zira ki kendisi bir nizayı /anlaşmazlığı çözmekle (yargılama yapmak ve karar vermekle) vazifelidir. Yoksa, bizzat kendisinin sebep olacağı yeni bir nizaya yol açmamalıdır. Örneğin bilirkişi veya tanık A saat sabah 10;30 da adliyede duruşma salonu önünde hazır bulunması hususunda bilgilendirilmiş ve vaktinde gelmiş ve beklemektedir. Hâkimin ise o gün itibariyle diğer dosyalarında süreç uzamış ve maalesef A şahsı ancak saat 14;33 de dinlenebilmiştir. Esasen bizler de bir başka ortamda (bankada, lokantada, hastahanede, vs.) bu kadar bekletilsek muhakkak bir şekilde tepkimizi dile getiririz. Genel hayat sürecinde hal böyle iken bizim elimizde olmayan bir nedenle saatlerce bekleyen birinin, olayımızdaki A şahsının daha salona girer girmez tepkisini dile getirmesi son derece doğaldır, anlayışla karşılanmalıdır. Hatta bu duruma istemeyerek veya elimizde olmayarak yol açtığımız için son tahlilde kusur bizim (yargı teşkilatının) olup bunu da kabul etmek, belki münasip bir lisanla da özür dilemek ve ardından adli prosedüre başlamak/geçmek gerekir. Zira ki nezaket ve tevazu bizim için esastır. Yanlışımız/kusurumuz varsa, bize yakışan erdemli davranmak, yürüttüğümüz işlemlerde yanlışımız nedeniyle güven zedelenmesine yol açmamaktır.

Nitekim kusur halinde genelde; insanlar sözle, devletler ise tazminat ödeyerek özür dilemektedirler. Bizlerin (hâkim-savcının) da insan olmamız hasebiyle kusurumuz halinde derhal özür dilemek erdem-

den kaçınmamamız ve samimi şekilde bunu yapmamız gerekir diye düşünülmektedir.

Bazı ortamlarda ise eleştiri veya tenkit esasen hakkındaki yargılamanın seyrini tahmin eden ve bundan hoşlanmayan taraftan da gelebilir. Belki de bundan amaç doğru, dürüst ve tarafsız hâkimi bir polemik için çekmek, onunla tartışarak, soğukkanlılığını / metanetini / kendine hâkimiyetini sarsmak ve bu yolla en önemli vasıflarını yani sırasıyla önce tarafsızlığını, ardından da doğruluğunu gölgelemek ve böylece davadan çekilmesini hedeflemek olabilir. Pek tabiidir ki basiretli bir hâkim bu manevrayı öngörmeli ve kendisine yükleneni ve bekleneni yerine getirmelidir. O da sabırla ve sükunetle davranmak, itidalini kaybetmemek ve aynen Mecelle’de vurgulandığı gibi; hakîm, fehîm, mekîn, metîn, müstakîm, emin sıfatlarının hakkını vermektir. En hafif veya en ağır bir tenkit karşısında öfkelenen veya kızan veya kinlenen bir hâkim artık hâkim değildir. Zira en önemli vasfını yani kendine hâkimiyetini kaybetmiştir. Şu halde eleştiriye açık ve metin olmak basit bir beklenti veya erdem değil bizzat hâkime yüklenmiş bir sorumluluktur.

Hâkim yargılama prosedürünün ev sahibi /idarecisi olarak, en azından duruşmadaki tansiyonu yükseltmemekle, varolan stresi arttırmamakla /yoğunlaştırmamakla, tam aksine mutedil ve sakin bir ortam ve mekânda süreci ikmal ettirip, karar vermekle görevlidir. Bu husus herhangi bir metinde yazılı olmayabilir. Ancak her halde hâkimin bizzat gerdiği /hâkimin tavırlarıyla gerilen veya provoke edilen bir duruşmanın veya yargılamanın da artık yargılama olmayacağı, en azından adil bir yargılama olmayacağı bilinmek gerekir.

Evvelden arz edildiği gibi; duruşma salonunda gerçeğin özgürce ifade edilebilmesi ve adaletin tecelli edebilmesi için gerekli ideal ortamı sağlamak hâkim için bir görevdir /hâkimin görevidir.

15) BİLGİYE SONSUZ AÇLIK/BİLİME KARŞI AŞK/SEVDA/ TUTKU DERECESİNDE MERAK

Daha evvelden Mecelle’nin “HÂKİMİN VASIFLARI” başlıklı 1. Faslında bulunan 1792. Maddede; “Hâkim; hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır.”

Denilmiş idi.

Yine bu maddede geçen 2. Vasıf, yani Hakîm kelimesinin lügat anlamının da; âlim, bilgin, haklı ve haksız ayırıp hak ve adalet üzere hükmeden olduğu vurgulanmış idi. Şu halde bilgisiz bir kişinin hakîm tabir-i diğerle âlim, bilgin ve neticede hâkim olması imkânsızdır.

Hâkimin vicdanı yanında en esaslı sermayesi bilgisidir. Bilginin sürekli güncellenmediği bir yerde ise hukukun donacağını ve dogmaya dönüşeceğini söylemek mübalağa olmasa gerektir.

Bu meyanda Türkiye Adalet Akademisi'nin misyon tanımına baktığımızda;

- “- Adalet ve Hukuk alanını ilgilendiren gelişmeleri yakından takip etmek,
- Bilimsel araştırma ve geliştirme çalışmaları ile özgün bilgi üretmek ve toplumla paylaşmak,
- İnsan haklarına ve hukuka uygun, adil ve hızlı yargılama becerisinin kazandırılmasına yönelik eğitimler vermek,
- Ulusal ve uluslararası alanda projeler yapmak ve paydaşlar ile birlikte çözümler üretmek”⁴⁶

Şeklinde tanımlandığını görürüz.

Hikmet makamında oturan ve hikmetle (bilgiyle) hükmeden (karar veren) hâkimin ise hikmetin kendisine /bilgiye, bilime ilgisiz kalması veya sürekli kendini update /upgrade etmemesi makul ve mazur görülecek bir hal olmasa gerektir.

Anadolu’da yeşeren ve evrenselleşen bir başka değerimiz, Edebali⁴⁷ der ki; “Kişinin gücü, günün birinde tükenir, ama bilgi yaşar. Bilginin ışığı, kapalı gözlerden bile içeri sızar, aydınlığa kavuşturur. Hayvan ölür, semeri kalır; insan ölür eseri kalır. Gidenin değil, bırakmanın ardından ağlamalı... Bırakanın da bıraktığı yerden devam etmeli.”

Yine kültürümüzün kadim bir başka ferdi, Lokman Hekim, ise hikmet ve bilgi hakkında;

“Şu cihanda bana ilimden daha yakın bir dost bulunmaz. İlim ha-

⁴⁶ <http://www.taa.gov.tr/362-misyonumuz.html>

⁴⁷ http://tr.wikipedia.org/wiki/%C5%9Eeyh_Edebali

zineye bedeldir; zira hazineyi sen muhafaza edersin, ilim ise seni muhafaza eder."⁴⁸ Demektedir.

Bu konuda denebilir ki bilgi; bizim canımızdır, kanımızdır, atar damarımızdır, bizim için havadır, sudur, hayattır, hikmettir, kararımızda isabettir, nihayette de adalettir.

"Âvâzeyi bu âleme Dâvûd gibi sal,

Bâkî kalan bu kubbede bir hoş sada⁴⁹ imiş."⁵⁰ Bâkî.

SON SÖZ

Şu hususu hatırlamakta fayda vardır ki; mükemmellik bir hedefdir. Belki bazıları için ulaşmak imkânsızdır. Amma ve lakin bizler (Türk Yargısının samimi ve mütevazı mensupları) için bu yoldaki her gayret mukaddestir, takdire /teşvike / tebşire /tasdike değerdedir.

Son tahlilde; üstün değerler üreten ve bu değerleri icra ve ihraç eden bir Türk Yargısı ve hukukun üstünlüğüne ve temel ve evrensel hakların dokunulmazlığına tüm benliğiyle inanan, insana hizmet eden, sevgi ve barışı evrensel kılan bir dünya temennisiyile,

En samimi saygılarımı arz ederim.

Kaynakça

Nizam-ül Mülk, Siyasetnâme, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi, III. Baskı, İstanbul 2011.

Pala İskender, Hoş Sadâ, Kapı Yayınları, I. Basım, İstanbul 2013.

<http://www.inspiration-oasis.com/martin-luther-king-quotes.html#Justice>

http://thinkexist.com/quotation/delay_in_justice_is/197197.html

http://en.wikipedia.org/wiki/Justice_delayed_is_justice_denied

http://tr.wikipedia.org/wiki/magna_carta

<http://books.google.com.tr/books?id=DeQYXYMBtwgC&pg=PA761&lpg=PA761&dq=nullum+vendemus&source=bl&ots=CU1llZcb7J&sig=2asmXdBBFa3BVeERBF>

⁴⁸ Nizam-ül Mülk/Siyasetnâme sayfa 79, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi, III. Baskı

⁴⁹ Sadâ; ses, eser, ürün, her insanın dünyada bıraktığı bakiye, bizde (Yargıda) adil bir karar / hüküm olmalıdır.

⁵⁰ İskender Pala, Aşk ve Hikmete dair Hoş Sadâ, Kapı Yayınları.

- GEWktP7gU&hl=tr&sa=X&ei=c6FHUaGTJoiktAaD6YH4BQ&sqi=2&ved=0CEQ
Q6AEwBQ#v=onepage&q=nullum%20vendemus&f=false
- http://books.google.com.tr/books?id=-yL4B0q4k1UC&pg=PA2014&dq=nullum+vendemus&source=bl&ots=7g8bG_ke70&sig=zcrDJHA_nzMHcg2QTBCKDF8-woY&hl=tr&sa=X&ei=c6FHUaGTJoiktAaD6YH4BQ&sqi=2&ved=0CDcQ6AEwAg#v=onepage&q=nullum%20vendemus&f=false
- <http://books.google.com.tr/books?id=EZJoSq45EPQC&pg=PT297&dq=differemus&hl=tr&sa=X&ei=ZqRHUZb1HsSxPLfkgeAK&ved=0CF4Q6AEwCA>
- <http://books.google.com.tr/books?id=WKhLAAAAYAAJ&pg=PA3&dq=differemus&hl=tr&sa=X&ei=ZqRHUZb1HsSxPLfkgeAK&ved=0CDAQ6AEwAA#v=onepage&q=differemus&f=false>
- Gökdemir Sevgi, Gökdemir Ayvaz, Yunus Emre, Güldeste, T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları, 1000 Temel Eser, Ankara 1996.
- More Thomas, Utopia, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi XV. Basım, Çevirenler Sabahattin Eyuboğlu, Vedat Günyol, Mîna Urgan, İstanbul 2012.
- Lincoln Abraham, speeches; <http://www.infoplease.com/t/hist/state-of-the-union/73.html>
- <http://showcase.netins.net/web/creative/Lincoln/speeches/house.htm>
- Alatlı Alev, Beyaz Türkler Küstüler, Everest Yayınları, 10. Basım, İstanbul 2013.
- Hennessey Edward F, Excellent Judges, Franklin N. Flaschner Institute, Inc. Boston MA 1997.
- Nizam-ül Mülk, Siyasetnâme, Timaş Yayınları, Şark Klasikleri, İstanbul 2005.
- Gölpınarlı Abdalbaki, Yunus Emre Hayatı ve Bütün Şiirleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi V. Basım, İstanbul 2013.
- Hondu Selçuk, Yargı Etiği Sempozyumu, Kamu Etik Kurulu Üyesi / Emekli Danıştay Üyesi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Yayınları, Temmuz 2013.
- [http://en.wikipedia.org/wiki/Mirroring_\(psychology\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Mirroring_(psychology))
- http://www.ehow.com/how_6703457_become-judge-australia.html
- Tarhan Nevzat, Ailede, Toplumda, Siyasette Değerler Psikolojisi / Güzel İnsan Modeli, Timaş Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2011.
- <http://tr.wikipedia.org/wiki/Etik>
- <http://www.taa.gov.tr/362-misyonumuz.html>
- http://tr.wikipedia.org/wiki/%C5%9Eeyh_Edebalı