

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408

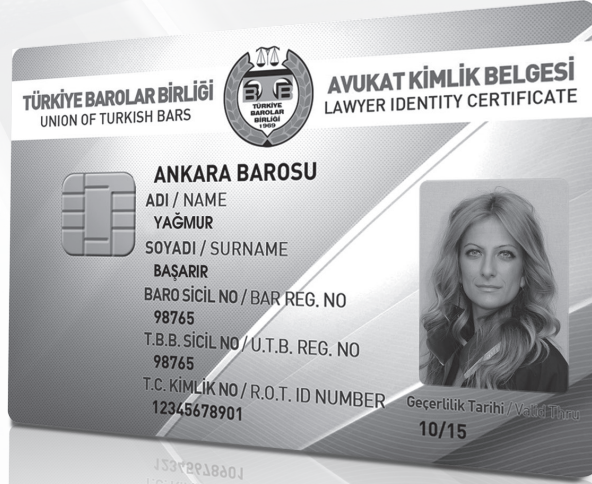




TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAROKART

Tek Kartla, Çok Hizmet!



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

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

www.barobirlik.org.tr

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

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

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

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

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

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

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana 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 İtalic** 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 **yayin@barobirlilik.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

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 Mahmut GÖKPINAR

Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması / Human Rights as a Concept and its Classification According to Various Criteria

73 Ayşen SEYMEN ÇAKAR

Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Hindistan'da Sati Geleneği / A Deviation Example from Women's Human Rights: Sati Tradition in India

87 Peri URAN

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Basın Özgürlüğüne Yaklaşımı / The Approach of the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court to Freedom of Press

131 Fatih DEMİRCAN

Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğü Durdurma Kararlarının Hukuki Niteliği / Legal Nature of the Turkish Constitutional Court Decision of Force Stop

155 Kahan Onur ARSLAN

İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması / The Concept of Human Dignity and the Protection of the Human Dignity as a Basic Principle of Measures of Precaution

173 Ali ALTINTAŞ

Protokol Sıradüzeni ve Ötelenen Yargıçlık / Order Of Protocol And Ignored Judgeship

209 Doğukan NİŞANCI

6545 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu / The Crime of Sexual Abuse of Children Brought by the Law No. 6545 Amending Turkish Penal Code

261 Alp Aziz BACAK

Adliyelerin Fiziksel ve Mimari Koşulları Bağlamında Yargısal Memnuniyet / Judicial Satisfaction in the Context of Physical and Architectural Conditions of Courthouses

289 Yusuf Ziya POLATER

Adli Kolluk-Savcı İlişkisi ve Soruşturmalara Etkisi / Law Enforcement Agencies-Prosecutor Relation and its Effect on Investigations

325 Servet YETİM

Siber Zorbalık, Türkiye ve ABD Karşılaştırması (ABD v. Drew Dosyası) / Cyberbullying, Turkey and USA Comparison (United States v. Drew Case)

385 Ferhat KARABULUT /Ersin KARAPAZARLIOĞLU / Hamza TOSUN

Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı / The Concept of Evidence in Criminal Procedure and Evidence Perception in the Prosecution Process of the Judges

423 Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ

Evlilik Birliğinin Korunması / Protection Of Marriage Union

465 Cüneyt UYSAL

Mülkiyet Hakkına Dayalı Tehlikenin Önlenmesi Sorumluluğunda Dava Yolu / The Short Cause in the Liability of Prevention of Risk Basis of the Property Right

493 Koray GÜVEN

Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Gut Springenheide" Kararı Üzerinden Bir İnceleme / Consumer Criteria in The EU, German and Turkish Laws from the Perspective of Advertising Law: an Analysis on the "Gut Springenheide" Judgment of the European Court of Justice

509 A. Eda MANAV

Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı / Social Insurance of Those Working in Home Services

539 Tuğçe ÇAKIROĞLU DEMİRÇİVİ

Asıl İşveren ve Alt İşveren Arasındaki Müteselsil Sorumluluğun Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İşçi Alacaklarının Tahsili Davasında Zamanaşımı Bakımından Etkisi (Karar İncelemesi) / Effect of Joint Liability Between Primary Employer and Subcontractors on Terms of Limitations Within Case the Collection of Employer Claims as Per Provisions of New Turkish Code of Obligations (Examination of Decision)

571 Cengiz OTACI

Hukuka Rağmen Kanun, Hâkimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak / Law Against Justice, Judge's Right to Resist, or Recalling the Radbruch Formula

başkan'dan

TBB BAŞKANI AV. PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU'NUN SON DÖNEMDE ÜLKEMİZDE YAŞANAN TERÖR BAĞLANTILI GELİŞMELERE İLİŞKİN ÖZET DEĞERLENDİRMESİ

Teröre karşı mücadelede ilk ve en etkili adım, terör örgütlerini halkın desteğinden mahrum bırakmaktır. Bunun için bütün siyasi partiler ve sivil toplum örgütleri "ama"sız cümleler kurarak, kararlı bir şekilde terör örgütlerine karşı durmalıdır. Her kim silahla arasına mesafe koymaz, şiddeti gerekli kararlılıkla kınamaz ise "silah"ın vesayetini kabul etmiş olur.

Teröre karşı mücadele, tüm yetkili ve ilgili kurumların iŐbirliĐini zorunlu kılar. Bu bağlamda özellikle MİT, Emniyet, Silahlı Kuvvetler, İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları arasındaki sınırları Anayasa ve yasalarla belirlenmiş olan işbirliği terörle mücadelenin olmazsa olmazıdır. Terörle mücadele sürecinde özellikle strateji üretimi, istihbarat paylaşımı ve uygulama esaslarının belirlenmesinde anılan kurumların işbirliğinin hayati önemi açıktır. Özeti Şudur; teröre karşı mücadelede ilgili kurumların Anayasal çerçevede iŐbirliĐini gerçeğleştirebilirsek baŐarırız.

Yukarıda saydığım kurumlar başta olmak üzere, kamuda liyakat esası, yani bilgisi ve yetenekleriyle layık olanın layık olduğu göreve gelmesi, sağlanmalıdır. Özellikle son dönemde yaşanan Şekliyle yandaş, kayırmacı ve ötekileŐtirici uygulamaların terörle mücadelede

büyük zaafılara yol açtığı unutulmamalıdır. Özeti şudur; geçmiş yanlışlardan ders almak gelecekte benzer yanlışlara düşmemenin en güvenilir yoludur.

Türk Silahlı Kuvvetleri'nin en yetkin kadrolarının, sahte belgelerle ve terör örgütü mensubu gizli tanıklarla acımasızca tasfiye edilmesi, dış işlerimizi adına "stratejik derinlik" denilen bir sığılğa sürüklemiştir. Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Ortadoğu'yu ve dünyayı en iyi şekilde analiz eden kadrolarından mahrum kalmış Türkiye Cumhuriyeti, "yurtta barış, dünyada barış" ilkesine dayanan milli duruştan uzaklaşarak sorumsuz bir hayalperestlik içinde tehlikeli maceralara atılmıştır. Türk Silahlı Kuvvetleri'ne reva görülen ülke güvenliği açısından vahim sonuçlar doğurabilecek haksız hukuksuz uygulamalara derhal son verilerek bu güzide kuruluşun anayasal görevini eksiksiz yerine getirebilecek konuma ulaşması hususu özenle değerlendirilmelidir. Elbette Türk Silahlı Kuvvetleri de siyaseti yönetmeye bir daha asla karışmamalı, darbelerin sivil toplumun bütün frenleme mekanizmalarını ezerek, devleti milletin korumasından mahrum bıraktığını görmelidir. Özeti şudur; varılan vahim noktada ders almak için geç değildir. Aksi takdirde ödeyeceğimiz korkunç bedelleri gelecek nesillerin omuzlarına yıkmış oluruz.

Suriye sınırının güvenliğinin sağlanması ülke güvenliği açısından hayati önemi haizdir. Mezhebe dayalı stratejilerin bölgeyi kana buladığı gerçeği göz ardı edilmemelidir. Esad'ı doğrudan hedef almak yerine Suriye'nin toprak bütünlüğü esas alınmalı ve bu hususta uluslararası kamuoyu da harekete geçirilmelidir. Özeti şudur; Türkiye; Ortadoğu'da yeniden etkin olmak istiyorsa başta İran, Irak ve Suriye olmak üzere bütün komşularına toprak bütünlüklerini korumak için üzerine düşeni yapacağını güvencesini vermelidir.

Terörle mücadele ediyoruz diye, çoğulcu katılımcı demokrasi he-definden asla vazgeçilmemeli, temel hak ve özgürlüklerin, sınırlandırılmasının bir çare olmadığı, tam aksine çözümün eksiksiz işleyen bir demokratik rejim olduğu daima hatırlanmalıdır. Özeti şudur; çıkış yolumuz 77 milyon vatandaşımızı, eşit vatandaşlık paydasında buluştur-

maktır. Her vatandaşımız, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olduğu için hem gurur hem de güven duyar hale gelmelidir.

Her vatandaşımızın güven içinde yaşaması, devletin temel kurumlarının birbirini düşman olarak değil, Anayasa gereği işbirliği yapılacak, birlikte çalışılacak kurumlar olarak görmelerine bağlıdır. Buna ilaveten kamuda liyakat sisteminin inşası için bağımsız, tarafsız, adil yargılama yapabilen ve hesap veren bir yargı sistemi kurulmalıdır. Bunu yapacak bilgimiz ve olumsuz örneklerden edindiğimiz inanılmaz bir tecrübemiz vardır. Özeti şudur; adalet mülkün yani vatanın temelidir. Adalet çökerse ülke de temelsiz kalır.

Vatan bize ata yadigarıdır, çocuklarımıza devredeceğimiz en değerli varlığımızdır. Öyleyse, bu varlığı korumak için üzerimize düşeni yapmak hepimizin boynunun borcudur. Bu noktada, vatanın hamasetle değil, aklın ve bilimin ışığında hayata geçirilecek icraatlarla korunup kollanacağını tekrar hatırlatmak isterim.

Hiçbir devlet, kuruluş felsefesinden, temellerinden uzaklaşarak yaşayamaz. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesinde yer alan ilkeler doğrudur. Bize düşen, evvelki günün, dünün ve bugünün doğru ve yanlışlarından ders alarak, doğruları yapmaktır. Bu çerçevede; bilimle, sanatla, insan sevgisiyle yoğrulmuş; okuyan, düşünen, çalışan; ahlaklı; fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür nesiller yetiştirmek en önemli görevimizdir. Özeti şudur; milli eğitim yeni baştan aklın ve bilimin ışığında yeniden planlanarak; demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olarak Türkiye Cumhuriyeti'ni yarınlara taşıyabilecek gençlerin yetiştirilmesi hedeflenmelidir.

Demokrasi içinde kalkınma her ilimizi, her ilçemizi ve ülkeleri birbirine bağlayacaktır. Özeti şudur; üretim ve ticaret ağlarıyla örülmüş bir ülkenin insanları asla bölünmeyi düşünmez. Böyle ülkelerin insanları komşu ülkelerle her zaman barış içerisinde yaşamak ister. Barış için ÇIKIŞ YOLU, demokrasi içinde üretim ve ticaret yoluyla kalkınma böylece yaratılan değerlerin hakça bölüşümünde aranmalıdır.

Sonuç olarak; milliyeti, dini, dili ya da etnik kimliği ne olursa olsun insan hayatı hakların en vazgeçilmez ve dokunulmaz olanıdır. Terör ya da benzeri katliamlarda hayatını kaybeden vatan evlatları vicdanlarımızı kanatmalıdır.

Bu vesileyle son dönemde ülkemizde yaşanan terör katliamlarında hayatlarını kaybeden tüm yurttaşlarımıza Allah'tan rahmet, geride kalanlara başsağlığı dileklerimi tekrarlıyorum.

Saygılarımla.

Avukat Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

BİR KAVRAM OLARAK İNSAN HAKLARI VE ÇEŞİTLİ AÇILardan SINIFLANDIRILMASI

HUMAN RIGHTS AS A CONCEPT AND ITS CLASSIFICATION ACCORDING TO VARIOUS CRITERIA

Mahmut GÖKPINAR*

Özet: İnsan Hakları günlük hayatın içinde bir sorun olarak hem ulusal hem de uluslararası düzeyde kamusal yetkinin kullanımına ilişkin tartışmaların merkezindedir. İnsan hakları pozitif hukuktan bağımsız olup hatta onun bir adım da önünde gitmektedir. İnsan haklarının devamlı olarak bir gelişim çizgisinde olması, ister istemez insan haklarının sınıflandırılmasını gündeme getirmiştir. Öyle ki insan hakları, kavramın ilk ortaya çıktığı andan itibaren değişik kriterlere göre ayrımlara tabi tutulmuş ve sınıflandırılmışlardır. İnsan haklarını belirtip sınıflandıran çok sayıda liste ortaya çıkmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Temel Hak ve Özgürlükler, Kamu özgürlükleri, İnsan Onuru, İnsancı Hukuk, Klasik İnsan Hakları Sınıflandırılması, Statü Hakları, Kuşaklara Göre İnsan Hakları Sınıflandırılması

Abstract: Human rights as an issue of everyday life is at the center of debate regarding the use of public powers both at the national and international level. The existence of human rights is not depended upon the positive law; it goes one step further than the positive law. A continuous line of development of human rights has rendered its classification inevitable. Indeed, human rights, soon after the concept emerged, has been subjected to categorization; accordingly human rights has been classified in reference to different criteria. For this reason, a great number of lists have emerged. These lists specify human rights under different category.

Keywords: Human Rights, Fundamental Rights and Liberties, Civil Liberties, Human Dignity, Humanistic Law, Classic Human Rights Classification, Statutory Rights, Human Rights Classification According to Generation

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

GİRİŞ

Günümüz hukuk ve siyaset gündeminin en başta gelen belki de kendisinden en çok söz edilen konularından biri insan haklarıdır. Konu, gerek teorik düzeyde gerekse günlük hayatın içinde bir sorun olarak hem ulusal hem de uluslararası düzeyde kamusal yetkinin kullanımına ilişkin tartışmaların merkezindedir. Bugün insan hakları olgusundan hareket etmeyen veya insan haklarını referans noktası olarak almayan herhangi bir hukuksal, sosyo-politik proje daha başlangıcında kabul görme şansını kaybetmiştir. Bu durum devletler açısından da geçerlidir. Sadece iç hukuklarını insan haklarına dayandırmayan değil, uluslararası alanda da insan hakları duyarlılığıyla hareket etmeyen devletlerin meşrulukları, net bir şekilde sorgulanmaktadır.¹ Bir siyasal sistemin etiği olarak, hukuk devleti ve demokrasi kurumları açısından da meşruiyetin kaynağını teşkil etmektedir. Başta devletler olmak üzere, kişiler, gruplar, çeşitli tüzel kişiler, insan haklarını korumayı ve gerçekleştirmeyi en temel amaçları olarak belirlemektedir.²

Bu durum öyle bir hal almıştır ki, politikasının temel niteliğini, insan haklarını düzenli bir şekilde ihlâl etmek üzerine kuran devletler bile insan hakları çerçevesinde bir söylem geliştirmeyi, bir zorunluluk olarak hissetmektedirler.³ Tüm devletler insan haklarına anayasalarının başında yer vererek, devletin, insan haklarına saygılı, hattâ insan haklarına dayalı olduğunu hüküm altına almaktadırlar.⁴ Çünkü modern insan hakları düşüncesi, birey-devlet ilişkilerinde bireyi öncelikli olarak tercih eden ve devleti bireyin haklarını korumaya yönelik tabir yerindeyse ehveni şer gören yaklaşıma dayanmaktadır. Devletin varlık nedeni bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumaktır.⁵ Bu yönüyle insan hakları Anayasa Hukuku'nun konusunu oluştururken diğer yönleriyle aynı zamanda bir uluslararası hukuk kurumudur.⁶ Şöyle ki

¹ Mustafa Erdoğan, "İnsan Hakları ve Türkiye", YTD, Sy.21, 1998, s. 136.

² Ali Rıza Çoban, "İnsan Haklarının Felsefi Temelleri", YTD, Sy.21, 1998, s. 187.

³ Erdoğan, Türkiye, s.136.

⁴ Çoban, s. 187.

⁵ Zühtü Arslan, "Postmodern Söylem ve İnsan Hakları", İçinde: Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 96.

⁶ Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4.Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2003, s. 1.

tüm insanlık tarihi boyunca devam etmiş ve bundan sonra da devam edecek olan zayıf ile çeşitli yönlerden güçlü olanlar arasındaki savaşın amacı ve konusu, her zaman için insan hakları, bireyin temel hak ve özgürlükleri davası olmuştur. Bugün uluslararası toplum ve uluslararası hukukta bireyler haklarıyla var olup bu çerçevede yer almaktadırlar.⁷ Uluslararası hukuk ağırlıklı olarak uluslararası andlaşmalardan oluşmakta, bölgesel ve evrensel ölçekteki uluslararası insan hakları sözleşmeleri de uluslararası hukukun en önemli, en temel parçasıyken⁸ diğer taraftan da başta Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Konseyi (AK) olmak üzere bölgesel ve uluslararası nitelikteki insan hakları andlaşmaları (sözleşme), İnsan Hakları Hukuku'nun içeriğini ve kaynağını oluşturmaktadır. Bu yönüyle aralarında çift taraflı bir ilişki söz konusu olmaktadır.⁹ Ancak hemen belirtilmelidir ki, insan haklarını düzenleyen, sağlayan normlar, önce iç-ulusal hukuklarda oluşmuştur.¹⁰ İngiliz, Amerikan ve Fransız Bildirileri ve sonrasında da çağdaş anayasaların başlangıç bölümünde yer alan temel hak ve özgürlükler, öncelikle bir ulusal hukuk belgeleridir ve birbirlerinden esinlenmişler, birbirlerini hemen hemen aynı ifadelerle tekrarlamışlardır. Ama hepsi sonuçta bir ulusal hukuk eseri, birer ulusal hukuk düzenlemesidir; başka bir ifadeyle birer iç hukuk normları toplamıdır. Ancak burada önemli olan konu şudur ki, bu ulusal hukuk normları, uluslararası insan hakları normlarını oluşturduktan sonra, bizzat kendileri de meydana getirmiş oldukları bu hukukun etki alanı içine girmişlerdir.¹¹

1- Tarihsel Bir Kavram Olarak İnsan Hakları

Öğretide, insan haklarını, insanlık tarihi kadar geriye götüren görüşler¹² de olmakla birlikte bu olgunun, modernitiyle birlikte var olduğu görüşü daha hakimdir. Buna göre, insan hakları devletin meş-

⁷ Güliz Aksun Uluç/Ahsen Armağan, "Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Hukukunda Türkiye'nin Bitmeyen Serüveni", *YTD*, Sy.22, 1998, s. 1374.

⁸ M. Emin Zararsız, "Devletin Egemenliği Kavramı ve İnsan Haklarının Korunması", *YTD*, Sy.21, 1998, s. 21-23.

⁹ İlhan Akbulut, "İnsan Hakları", *İHİD*, No:719, 1991, s. 1.

¹⁰ Bahri Savcı, "İnsan Hakları Üzerine, Uluslararası Alanda, 'Norm-İlkeler' ve Türk İç Hukuku", *AÜSBFD*, C.XXXV, No:1-4, 1980, s. 9.

¹¹ Ayhan Döner, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 9.

¹² Bu yöndeki görüşler için bkz. Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları*, 7.Baskı, Ankara 1993, s. 17.; Savcı, *İnsan Hakları*, s. 7.; Döner, s. 9.

ruluğu çerçevesinde ileri sürülen teoriler, özellikle de sosyal sözleşme ve doğal haklar doktrini ile yakından ilgilidir.¹³ Hemen belirtilmelidir ki, toplumsal yaşam içinde hiçbir olgu kendiliğinden ortaya çıkamamıştır. İnsan hakları gibi siyasal yönü bulunan ve ideolojik değerleri yoğun olarak barındıran kavramların ortaya çıkışı da uzun bir tarihsel sürece dayanmaktadır. Bu süreçte, kavramlar, olgular önce insanın düşünce dünyasında ortaya çıkmış sonra da ilke ve kurumlar halinde toplumda yer almıştır. İnsan hakları da işte böyle bir sürecin ürünüdür.¹⁴ Ancak önemli olan, konunun teorik düzeyde kendisine bir yer bulması değil; bir siyasal ve hukuksal yapılanma içinde hayata geçme imkânı bulmasıdır. Bu nedenle insan hakları olgusunun tarihi, düşünsel düzeyde ortaya çıktığı andan itibaren değil; gerçekleşme yolunda başlayan mücadele gününden itibaren başlamalıdır.¹⁵

İnsan hakları, özellikle, 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinden (İHEB) ve İkinci Dünya Savaşından sonra, gerek savaş sırasında gerek öncesinde işlenen insanlık suçlarına karşı, bir tepki olarak çıkmış,¹⁶ uluslararası düzeyde önem kazanmıştır. Savaşın galipleri, zaferlerini aynı zamanda totalitarizme karşı bir başarı olarak gördüler ve tüm dünyanın da böyle kabul edip algılamasını sağlamak için BM nezdinde insan haklarını bir dünya barışı projesi olarak sundular.¹⁷ BM Andlaşması'nın daha önsözünde insan hakları kendisine yer bulmuş, Örgüt'ün amaçlarından birinin, insan haklarının korunması olduğu kabul edilerek yeni dünya düzeninin felsefesi ortaya konmuştur.¹⁸

¹³ Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s. 2. , (Teori).

¹⁴ Süleyman Hayri Bolay, "İnsan Haklarının Felsefi Temelleri", YTD, Sy.21, 1998, s. 121.

¹⁵ Bahri Savcı, İnsan Hakları (Kanunilik Yoluyla Korunması), AÜSBFY, Ankara 1953, s. 4.

¹⁶ Z.Gönül Balkır, Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Yayımlanmış Profesörlük Takdim Tezi, KÜY, Kocaeli 2009, s. 84.

¹⁷ Erdoğan, Teori, s. 3.

¹⁸ Tarihsel süreç içerisinde, özellikle de XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren başlayan dönemi, insan hakları çağı olarak nitelemek mümkündür. Bu dönemde, insan haklarının sadece teorik düzenlemelerde yer almasıyla yetinilmeyip, bu hakların fiilen kullanılabilmesi ve etkili bir güvenceye kavuşturabilmesi için yoğun çalışmalar yapılmıştır. Bütün bunların sonunda günümüzde insan haklarının kurumsallaşması, korunup güvenceye alınması bir iç hukuk ve anayasa sorunu olmaktan çıkıp uluslararası bir nitelik kazanması sağlanmıştır. Bkz. Murat Yanık, "1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa

2-İnsan Hakları İle İlgili Kimi Kavramlar

a)İnsan Hakları, Temel Hak ve Özgürlükler, Kamu Özgürlükleri

İnsan haklarına verilen bunca öneme, kendisine yüklenen pozitif değere¹⁹ tüm kamusal eylem ve işlemler vesilesiyle ondan söz edilmesine rağmen, bu kavram ile ifade edilen hakların neler olduğu konusunda görüş farklılıkları bulunmaktadır.²⁰ Kimi zaman, 'insan hakları nedir' sorusuna karşılık değerli olduğu düşünülen insan haklarının bir listesi verilmeye çalışılmaktadır. Liste, insan haklarının tanımı hakkında bir ipucu verse de, kavram ile liste arasında orta seviyede de olsa bir ayırım vardır.²¹ Kimi zamanda, insan haklarının, evrensel, geri alınamaz, devredilemez ve mutlak olduğu,²² kişinin sırf bir insan olması nedeniyle sahip olduğu hakların bütünü olduğu²³ ileri sürülmektedir. Ancak kendi başına tartışmalı olan bu özelliklerin sayılıp sıralanmasıyla, insan hakları ortaya konulmuş olamaz. Olsa olsa, genellikle üzerinde uzlaşılan özellikler olan, evrensellik, geri alınamazlık, devredilemezlik, insan olmaktan kaynaklanma ile insan haklarının ne olduğu değil; sadece bazı özellikleri belirtilmiş olur.²⁴

Öğretide bu yaklaşımlar yerine insan haklarının anlamı nedir ya da insan hakları ne tür bir düşüncedir sorusuna cevap vermenin daha anlamlı olacağı²⁵ belirtilmekte ve çeşitli tanımlar yapılmaktadır: İnsan haklarını, insan hakları biliminden hareketle tanımlayan ve İHEB kalem alıp ona son halini verenlerden biri olan ünlü Fransız Hukukçu Rene CASSIN'a göre insan hakları bilimi, "*bütünü, her insanın kişiliğinin gelişmesi için vazgeçilmez olan hakları ve özgürlükleri belirleyerek, insan onurundan hareketle insanlar arasındaki ilişkileri inceleme konusu yapan sosyal*

Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *GÜHFD Prof. Dr. Attila Özer'e Armağan*, C.XII, Sy.1-2, 2008, s. 34.

¹⁹ Harun Tepe, "İnsan Hakları:Kavram, Kapsam ve Ölçüt", İçinde: Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Der.:Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 2.

²⁰ Döner, s. 19;Tepe, s. 2.

²¹ Jack Donelly, "Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights", *The American Political Science Review*, Vol.76, No.2, 1982, s. 304.

²² Bu yöndeki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Tepe, s. 2.

²³ Bu yöndeki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev.:Mustafa Erdoğan/Levent Korkut, Yetkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 19.; Döner, s. 19.

²⁴ Tepe, s. 2.

²⁵ Donelly, *Human Dignity*, s. 304.

bilimlerin bir dalıdır."²⁶ Tümdengelim yöntemine göre yapılan bu tanımda insan hakları, bir bilim olarak nitelendirilmekte, bu bilimin ölçütü insan onuru, konusu ise buna saygıyı sağlayan hakların ve özgürlüklerin araştırılması olmaktadır.²⁷

Bir başka tanımda insan hakları, "*pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun olmasın, belli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan bütün haklar*" olarak belirtilmektedir.²⁸ İnsan hakları, onurlu bir yaşam sürdürebilmek için gerekli olduğu düşünülen hakların bütünüdür.²⁹

İnsan haklarının pozitif hukuktan bağımsız olduğunu hattâ onun bir adım önünde gittiğini açıkça ortaya koyan bu tanımlara göre, bir hakkın insan hakkı olabilmesi için mutlaka hukuksal bir düzenlemeye konu olması gerekli değildir. İnsan hakları kavramı gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta pozitif hukuka taşınmamış olan hakları da içermektedir.³⁰ Varlıkları pozitif hukuktan bağımsız olup, geçerliliklerini, üstün bir ahlâki ilkeden almaktadırlar.³¹ Öğretide bu durum "somut insan hakları" ve "soyut insan hakları" ayrımı yapılarak da ele alınmakta, insan hakları kavramı ile tüm insanlara tanınması gereken hakların anlatılmak istendiği, buna soyut anlamda insan hakları deneneceği, bu anlamda insan haklarının "olanı" değil "olması" gerekeni" göstereceği belirtilmektedir.³² Her ne kadar, İHEB, AIHS gibi sözleşmeler aracılığıyla insan hakları ortaya konmaya çalışılmışsa da insan haklarının söz konusu soyut olma özelliğinden dolayı, bir insan hakları katalogu-listesi oluşturulamamıştır.³³ Buna göre, soyut anlamdaki insan haklarının bir bölümünün, hukuksal güvenceye kavuşturulması, pozitif hukuk tarafından düzenlenip bunun bir parçası haline getirilmesi durumunda ise somut insan haklarından söz edilecektir.³⁴

²⁶ Aktaran, Ö.İbrahim Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, DÜHFY, Diyarbakır 1989, s. 19.

²⁷ Kaboğlu, Özgürlük, s. 19.

²⁸ Bülent Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994, s. 14.

²⁹ Oktay Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.:Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 8.

³⁰ Bülent Algan, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 23.

³¹ Mustafa Erdoğan, "Başörtüsü, İnsan Hakları ve Teamüller", İçinde: Anayasa ve Özgürlük, Der.: Mustafa Erdoğan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 111.

³² Gölcüklü/Gözübüyük, s. 30.

³³ Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 351.

³⁴ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 30.

İnsan hakları, artık insan olmanın en temel şartı olarak kabul edilmektedir. Bu haklara sahip olmayan bir kişi, insan olma niteliği bakımından eksiktir. Düşünce özgürlüğü olmadığı için düşüncelerini açıklayamayan; inanç özgürlüğü olmadığı için istediği dine inanıp gereklerini yerine getiremeyen; mülkiyet hakkı olmadığı için çalışarak kazandıklarına sahip olamayan ve diğer birçok hakkı kullanamayan bir kişi, insan olma niteliğinden yoksundur.³⁵ Bu yönüyle insan hakları, herkesin sahip olduğu bir değerdir. Bir insan, belli bir işi yapması, belli bir rolü icra etmesi veya belli görevleri yerine getirmesi dolayısıyla bu hakları kazanamaz. Bunlar, sadece insan olmasından dolayı ona aittir.³⁶ Başka bir ifadeyle, insan hakları önceden “insan (ın) hakları” olarak adlandırılan olgunun yeni adıdır.³⁷ Filozof Jacques Martin’in belirttiği gibi: “İnsan bir kişi, bir bütün, kendisinin ve kendi eylemlerinin bir efendisi olması *dolayısıyla haklara sahiptir ve sonuç olarak insan, herhangi bir amaca yönelik bir araç değildir, fakat bir amaçtır. İnsan saygı gösterilme hakkına sahiptir, hakların konusudur, haklara sahiptir. Bunlar, insanın insan olması yüksek gerçeği dolayısıyla insana borçlu olunan şeylerdir.*”³⁸

Bütün bunlardan da anlaşılacağı üzere, insan hakları, benzer kavramlar olan ve öğretilerde kullanılan, “kamu hürriyetleri”, “temel hak ve özgürlükler”,³⁹ “medenî haklar”, “vatandaş hakları”⁴⁰ gibi kavramlardan, onları da içine alan daha geniş bir anlama sahiptir⁴¹ ve insan değerini korumayı, insanın maddî ve manevî varlığının bir bütün olarak geliştirilmesini, hayata geçmesini amaçlayan kuralların bütünüdür.⁴²

³⁵ Oktay Uygun, Türkiye’de Demokrasi ve İnsan Hakları, TODAİ Yayınları, Ankara 1996, s. 6.

³⁶ Maurice Cranston, “İnsan Hakları Nelerdir?”, Çev.:Atilla Yayla, İçinde: Sosyal ve siyasal Teori, Der.: Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 314.

³⁷ Cranston, s. 311.

³⁸ Aktaran, Cranston, s. 314.

³⁹ Bu tür kullanımlar için bkz. Algan, s. 23.

⁴⁰ Bu tür kullanımlar için bkz. Tanör, İnsan Hakları, s. 15.

⁴¹ Algan, s. 23.

⁴² Esra Atalay, “Yargısal Temel Haklar”, İçinde: Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, DEÜHFY, İzmir 1997, s. 438.; İnsan hakları, genel olarak, daha çok olması gereken alanında kalan veya sadece platonik bildirilene geçen bir ‘ulaşılacak hedefler programı’ olup ‘ideal bir haklar’ listesidir. Kapanı, Hürriyet, s. 14.; Tanör, İnsan Hakları, s. 15.; Atalay, Temel Haklar, s. 438.; Pozitif hükümlerden çok moral inançlara dayanmakta olup, insanların eylemlerine rehberlik etmektedir. Nihat Bulut, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 9.; Ayn Rand, “İnsan (ın) Hakları”, Çev.:Atilla Yayla, İçinde: Sosyal ve siyasal Teori, Der.: Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 317.

Buna karşılık kamu hürriyetleri, temel hak ve özgürlükler ise insan hakları denilen olması gereken'in, "idealin", gerçekleşen pozitif hukuka aktarılmış olan bölümüdür.⁴³ Devletten önce de var olan insan haklarına devlet güvencesinin sağlanmasıdır.⁴⁴ Bu süreç "norm öncesi durumdan norm aşamasına geçiş" olarak da adlandırılabilir. İnsan hakları pozitif hukukla temasa girmeden önce gerek düşünsel düzeyde gerekse hak talebi ve mücadelesi şeklinde beliren hayata geçme çabasıyla reel düzeyde, hukuk öncesi oluşum sürecinden geçerler. Bu süreç, insan haklarının tüm kategori veya kuşaklarında yaşanmış olup, insan haklarının toplumsal dayanağını ifade etmektedir. Özgürlük ve eşitlik uğruna yürütülen köle isyanları ve köylü hareketleriyle gündeme gelen bu mücadele ilk yazılı insan hakları belgesi olan 1776 tarihli Virginia Anayasası'nın başında yer alan Haklar Bildirisi (*Bill of Rights*) ile pozitif hukukun parçası olmuşsa da söz konusu sürecin ilk tamamlanma örneği asıl Fransız Devrimi ve onun ürünü olarak ortaya çıkan 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile simgelenir.⁴⁵

İnsan haklarıyla pozitif hukuk arasında çift yönlü bir ilişki söz konusudur. İnsan hakları, pozitif hukukça düzenlendiği ölçüde hayata geçecek iken, pozitif hukukta, insan hakları gibi üst ilkeye dayanarak, kurallaşık kurumsallaştıkça değer kazanacaktır.⁴⁶ Bu yönüyle insan hakları, pozitif (aktüel) hukuk düzenlerinin değer ölçüsüdür. Mevcut hukuk sistemlerinin iyileştirilmesinde başvurulacak ilk ve temel standarttır.⁴⁷ Başka bir ifadeyle insan hakları, bizatihi hukukun kendisi değildir ancak her koşulda adaleti gerçekleştirip hayatın bir parçası haline getirecek olan hukukun türetileceği referanslardır.⁴⁸

⁴³ Başka bir ifadeyle kamu özgürlükleri, temel hak ve özgürlükler, insan haklarının pozitif hukuk tarafından düzenlenip tanınan, korunan ve sınırlandırılan, somut özellikleri belirgin olan kısmına karşılık gelmekte olup anayasal sistemlerin de temel amacını teşkil etmektedir. Algan, s. 23.; Gören, Anayasa, s. 352.; Meltem Caniklioğlu Dikmen, "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", İçinde: Mahmut Tevfik Bırsel' e Armağan, DEÜHFY, İzmir 2001, s. 462.

⁴⁴ Gören, Anayasa, s. 352.

⁴⁵ Mithat Sancar, "Hukukun Oluşturulmasında İnsan Haklarının Rolü yada İnsan Hakları ile Pozitif Hukuk Arasındaki İlişki", içinde: Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 115.

⁴⁶ Yekta Güngör Özden, AYM'nin 30. Kuruluş Yılı Dönümü Töreni Açılış Konuşması, İçinde: İnsan Hakları Laiklik Demokrasi Yolunda, Bilgi Yayınevi, İstanbul 1994, s. 107.

⁴⁷ Erdoğan, Teamüller, s. 111.

⁴⁸ Ioanna Kuçuradi, "Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları", HFSA, 13. Kitap, 2004, s. 38.

İnsan haklarıyla temel hak ve özgürlükler arasındaki belirtilmesi gereken diğer bir fark ise insan haklarının, herkese karşı ileri sürülebi- len mutlak nitelikte haklar iken; temel hak ve özgürlüklerin bu niteli- ğinin olmadığıdır. Bunların büyük bir kısmı, özellikle de ekonomik ve sosyal haklar ile siyasal haklar bir anayasada düzenlendikleri oranda ve biçimde ileri sürülebilir. Öğretide söz konusu özelliklerinden dolayı bunların gerçek anlamda insan hakları olarak nitelendirilemeyeceğini belirten görüşler bulunmaktadır.⁴⁹ Daha çok Alman hukuk terminolo- jisinde yerleşik bir kavram olan⁵⁰ temel haklar terimi, Federal Alman Anayasası'nın özgürlükleri düzenleyen ilk bölümünün başlığının adı- dır. Bu terim, gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları ile Türk Hukukuna da girmiştir. 1982 Anayasası'nın İkinci Kısmı "Temel Haklar ve Ödev- ler" başlığını taşımaktadır.⁵¹

İnsan hakları kavramı karşılığında kullanılan bir başka terim ise kamu özgürlükleridir. Temel haklar gibi, insan hakları denen ideal programın hayata geçip gerçekleşmiş kısmıdır.⁵²

Diğer taraftan kamu özgürlükleri ile temel hak ve özgürlükler arasındaki farklar da şöyle belirtilebilir: Kamu özgürlükleri, adlî, idarî yargı tarafından; temel hak ve özgürlükler ise anayasa yargısı tara- fından korunur. Kamu özgürlükleri, sadece devlet ile birey arasında, temel hak ve özgürlükler ise bireylerin kendi arasında da hüküm ve

⁴⁹ Bu yöndeki görüşler için bkz. Atalay, Temel Haklar, s. 439.

⁵⁰ Kapani, Hürriyet, s. 14.

⁵¹ Temel haklar terimi, yerleşik anayasal terim olarak, iç hukukumuz bakımından Anayasada düzenlenmiş insan hakları anlamına gelmektedir. Öğretide, buna da- yanak olarak da Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri belirtilirken kullanılan, 1961 Anayasasındaki, 'insan haklarına dayalı', 1982 Anayasasındaki, 'insan haklarına saygılı' ifadeleri gösterilmektedir. Buna göre, her iki Anayasa da insan haklarını bir ilke olarak değerlendirmekte; buna karşılık temel haklar terimi ile anayasada yazılı olan pozitif insan hakları kastedilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay, Temel Haklar, s. 439.; Ancak öğretide temel hak kavramının beraberinde temel olmayan hak kavramını getireceği, bunun göreceli olacağı, kesin olarak geçerli ol- mayan ölçütlere dayanarak hak ve özgürlükler arasında bir hiyerarşi yaratılma- ması gerektiği de belirtilmektedir. Kaboğlu, Özgürlük, s.18.; Buna karşılık, terimde geçen 'temel' sözcüğüyle bir hiyerarşi yaratılmadığı, ilgili insan hakkının anayasal koruma ve tanımadan faydalandığının ifade edildiği, anayasal korumadan yarar- lanan tüm hak ve özgürlüklerin birer temel hak olduğu vurgulanmaktadır. Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.II, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s. 487.

⁵² Kamu özgürlükleri, insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve başta Anayasa olmak üzere pozitif hukuka girmiş bölümüdür. Belli insan hakları, Anayasa ve ka- nunlar tarafından düzenlenmiş, sınırları belirtilmiş böylece bireylerce doğrudan kul- lanılabilir niteliğe kavuşturulmuştur. Kapani, Hürriyet, s.14. Dolayısıyla her kamu özgürlüğü bir insan hakkıdır; ama her insan hakkı bir kamu özgürlüğü değildir.

sonuç doğurur. Kamu özgürlüklerinden sadece gerçek kişiler yararlanabilirken, temel hak ve özgürlüklerden tüzel kişiler de yararlanabilir. Dolayısıyla her temel hak ve özgürlük, bir kamu özgürlüğüdür. Ama her kamu özgürlüğü, bir temel hak ve özgürlük değildir.⁵³

b) Hak ve Özgürlükler

Hukukun en önemli sorunlarından birini, birbirinden ayırt edilmesi güç olan hak ve özgürlük kavramları oluşturmaktadır. Çoğunlukla birlikte kullanılsa da, zıt görüşlerin varlığına⁵⁴ rağmen, genellikle bunların aynı kavramlar olmadığı dile getirilmektedir.⁵⁵ Diğer taraftan Anayasal ve yasal metinlere, yargı kararlarına ve doktrine bakıldığında hak ve özgürlük sözcüklerinin, birbiri yerine ya da birlikte kullanıldığı da görülmektedir.⁵⁶ 1961 ve 1982 Anayasaları “Temel Haklar-Temel Hürriyetler” kavramlarını adeta eş anlamlı gibi kabul etmiştir. (1961 Anayasası; İkinci Kısım/md.10-62; 1982 Anayasası; İkinci Kısım/md.12-74)⁵⁷ Benzer şekilde, 1961 Anayasamızın pek çok alanında esin kaynağı olan 1949 tarihli Alman Anayasası da⁵⁸ “Temel Haklar” başlığı altında ‘özgürlükleri’ düzenlemiştir.

⁵³ Gözler, s.488.; Bu konuda bir özet yapmak gerekirse, bu konuda en geniş kapsamlı terim insan haklarıyken; bunu kamu özgürlükleri takip etmektedir. Temel hak ve özgürlükler ise daha dar bir anlama sahiptir. İnsan hakları terimi dışındaki söz konusu bu iki terimin varlığı, hak ve özgürlükler ile Devlet-siyasal iktidar arasındaki ilişkiyi de kendiliğinden ortaya çıkarmaktadır. Tunaya, s.187.

⁵⁴ Bu yöndeki görüşler için bkz. Ahmet Mumcu/Elif Küzeci, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitapevi, Yenilenmiş 4.Baskı, Ankara 2007, s. 10.

⁵⁵ Bu yöndeki görüşler için bkz. Muhlis Ögütçü, “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanında Bazı Kavramlar”, *DEÜHFD, C.7, Özel Sayı*, 2005, s. 558.; Kaboğlu, Özgürlük, s. 13.; Gözler, s. 481.

⁵⁶ Zafer Tunaya, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 4. Baskı, İstanbul 1980, s. 481; Gözler, s. 481.; Kaboğlu, Özgürlük, s. 13.; Uygun, Kuram, s. 4.

⁵⁷ Örneğin 1961 Anayasasının 20. maddesinde, ‘düşünce hürriyeti’ düzenlenmiş diğer taraftan da 25. maddesinde “gazete ve dergi çıkarma hakkından” söz edilmiştir. Benzer şekilde, 1982 Anayasasının ‘Bilim ve Sanat Hürriyeti’ başlığını taşıyan 27. maddesinde “herkes bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme hakkına sahiptir” ifadesi yer almaktadır.

⁵⁸ Alman Anayasasının Türkçe metni için Bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eyul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-Almanya%202009-276.pdf>, s. 217.

Örneğin 1961 Anayasasının 20. maddesinde, ‘düşünce hürriyeti’ düzenlenmiş diğer taraftan da 25. maddesinde “gazete ve dergi çıkarma hakkından” söz edilmiştir. Benzer şekilde, 1982 Anayasasının ‘Bilim ve Sanat Hürriyeti’ başlığını taşıyan 27. maddesinde “herkes bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme hakkına sahiptir” ifadesi yer almaktadır.

Hak kavramı, toplumsal hayata geçişle birlikte ortaya çıkmıştır. İnsanların doğuştan sahip oldukları bir takım hak ve özgürlüklerinin olduğunu kabul eden devlet, bunları koruyup, çeşitli güvencelerle destekleyeceğini ilan etmiştir. İnsanlar da bu güvenceler karşısında devlet tarafından getirilecek bazı sınırlamaları kabul etmişlerdir.⁵⁹ Hak ile hukuk arasında, çok yakın ve çok yönlü bir ilişki bulunmaktadır.⁶⁰ Hukukun en temel fonksiyonu, hakların nasıl ve hangi şartlarda doğup, nasıl kullanılıp, sona ereceğini ortaya koymaktır.⁶¹ Hukuk, köken olarak da aslında hak demek olup hakların bütünü, hukuku meydana getirmektedir. Hakların yok sayıldığı, çiğnendiği durumlarda aslında hak mücadelesinin yanı sıra hukuk mücadelesi de verilmektedir.⁶²

Hukukun temelini oluşturan⁶³ hak kavramı her şeyden önce olması gereken, başka bir ifadeyle, doğru olan toplumsal ilişkileri belirleyen bir ahlâk ilkesidir. Bir insan nasıl ki, hayatını idame ettirebilme yolunda fiilde bulunduğu zaman doğru amaçlar seçmek ve onları gerçekleştirebilmek için bir ahlâk yasasına ihtiyaç duyarsa, benzer şekilde, toplumsal yaşamda da insan doğası ve hayatını devam ettirebilmek gerekleriyle bağdaşır bir toplumsal sistem kurmak için ahlâk ilkelerinden, hak kavramına ihtiyaç duyulur.⁶⁴ Hakkın, hiçbir kimsenin, hiçbir yerde, hiçbir şekilde, adalete ağır bir ihlâl teşkil etmeksizin, mahrum bırakılmayacağı şey olduğu dikkate alındığında, kavramın adalet ile olan ilişkisi de anlaşılacaktır.⁶⁵

⁵⁹ Anıl Çeçen, İnsan Hakları, Gündoğan Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1989, s. 23.

⁶⁰ Çeçen, Haklar, s. 25.

⁶¹ Mumcu/Küzeci, s. 16.

⁶² Hukukun varlık nedeni, hakların korunması, hayata geçirilmesi, her bireyin bunlardan fiilen yararlanmasıdır. Hukuk bir bina ise hak bu binayı ayakta tutan ana kolonlarıdır. Bu kolonlardan bir tanesinin çökmesi binanın da çökmesine yol açacaktır. Hakkın yok sayıldığı, çiğnendiği, herkesin eşit olarak yararlanmadığı bir yerde hukuk yoktur. Dolayısıyla hak ile hukuk birbirleriyle bütünleşmiş iki kavramdır ve birbirlerinden ayrı olarak düşünülemezler. Her hukuk sisteminin en başta gelen, olmazsa olmaz temel görevi, hakların hayata geçirilmesini sağlamaktır. Çeçen, Haklar, s. 25.; Hukukun konusu, amacı, insandır. Düzenlediği alanlar da insanla bir şekilde ilişkilidir. Yekta Güngör Özden, 6 Eylül 1981 de Türkiye Barolar Birliğinde düzenlenen "Adalet Yılımı Açış" toplantısında yapmış olduğu konuşma, İçinde: İnsan Hakları Laiklik Demokrasi Yolunda, Bilgi Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 1994, s. 100.

⁶³ Çoban, İnsan Hakları, s. 188.

⁶⁴ Ayn Rand, "Kolektif Haklar", İçinde: Sosyal ve Siyasal Teori, Der.: Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 325.

⁶⁵ Hak kelimesinin başta İngilizce olmak üzere birçok dildeki karşılıklarının, iki te-

Diğer taraftan haklarla ilgili bir iddia, başka bir ifadeyle, “buna hakkım var”, bir hatırlatma ya da bir referanstan ibaret değildir; bu, aynı zamanda, bir fiilde bulunulmasına ilişkin güçlü bir talebin de temelidir. Bu talep de, hak sahibinin ayrıcalıklı konumuna dayanan, özgül sosyal pratikler dizisini devreye sokar. “Bir hakkı talep etmek, şeyleri gerçeğe dönüştürür.”⁶⁶ Bu yönüyle hak, özgürlüğün somutlaşmış bir

mel siyasi ve özellikle de ahlaki anlamı vardır. Bunlardan ilkinde, bir şeyin doğru (haklı) olduğundan, doğru (haklı) bir fiilden söz edilir. Örneğin fakirlere yardım etmek doğrudur; hırsızlık yapmak yanlıştır. Burada hareket noktası, istenen fiilin ‘doğruluğu’ ve ödev yükümlüsünün ‘doğru olanı’ yapma borcudur. Ancak belirtilmelidir ki, (A)’nın (X)’e sahip olması hali ‘doğru’ olmakla birlikte, (X)’i yapma hakkına sahip değilse; bazı açılardan hak sahibi olma durumuna göre daha zayıf bir konumda olacaktır. Örneğin sadece doğruluk, başka değerlendirmeler karşısında doğası gereği üstünlük sağlayamaz. Başka bir ifadeyle, bir hakkın yokluğunda, (A), (X)’i yapmaya özel olarak yetkili değildir. Ayrıca (A)’ya sağlanan korumalar onun tasarrufunda değildir; (A) hak taleplerini ileri sürmeye yetkili değildir ve bunun sonucunda da ödevli olana özel olarak bağımlı durumdadır. Cranston, s. 314.; Donnelly, İnsan Hakları, s. 19.; Ögütçü, s. 558. İkinci anlamda ise, bir kimsenin bir şey için bir hakka sahip olduğundan, o şey üzerindeki yetkisinin söz edilir. Hak, hukuk düzeni tarafından tanınan yetkidir. Daha net ifade etmek gerekirse hak, ‘yasal yetkidir’. Hak, sahibine bir şeyi yapabilme yetkisi verirken, başkalarına da bu yetkinin kullanılmasına engel olmama, saygı gösterme yükümlülüğü getirir. (X)’i yapma hakkına sahip olmak, (X)’e sahip olmaya, ondan yararlanmaya özel olarak yetkili olmak demektir. Yetki anlamında hak, sahibine mevcut hukukî durumu değiştirme veya yeni bir hukukî sonuç yaratma imkânı verir. Doğal olarak da muhatabına bir sorumluluk yükler. Polisin ehliyet sorma yetkisi gibi. Bu konuda da hakkın sahibi serbesttir. Kişi hakkını kullanmaya zorlanamaz. Hak sahibi, takdir hakkının da sahibidir. Tüm bu unsurlar, hakkın özünü oluşturmaktadır. Genellikle de hak sözcüğü hukukta bu ikinci anlamında kullanılır. Bu anlamda hak kavramı, özgürlük kavramını da içine alır; ancak herhangi bir şeyi devletten ya da onun aracılığıyla bireylerden isteme yetkisi olarak düşünüldüğünde, ondan farklı bir anlam taşır. Tüm haklar, sahibine, olumlu yada olumsuz bir istekte bulunma yetkisi verir. Böylelikle haklar, hem negatif hem de pozitif taleplerin dayanağını oluşturur. Başka bir ifadeyle, talep edilebilirlik bir hakkın doğasında vardır. Fransa’da 2007 yılında kabul edilen ve “Yargı Önünde Talep Edilebilir Konut Hakkı” adlı Kanun, içerisinde bulunan talep edilebilirlik ibaresi nedeniyle eleştirilmiş, bunun gereksiz bir nitelime olduğu belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eric Sales, “Yargı Önünde Talep Edilebilir Konut Hakkı’nın İki Yönü”, Çev.: Begüm Yıldız, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 95-98.; Donnelly, İnsan Hakları, s. 19.; Kaboğlu, Özgürlük, s. 14.; Çoban, İnsan Hakları, s. 188-189.; Mumcu/Küzeci, s. 16.; Ögütçü, s.558. : Uygun, Kuram, s. 4.; Vahap Coşkun, “İnsan Hakları Kapsamı Üzerine Tartışmalar ve Liberal Perspektif”, İçinde: Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, MÜHFY, İstanbul 2003, s.578;Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi Yayınları,3.Baskı, Ankara 1999, s. 163.; Bulut, Sosyal Haklar, s. 7.

⁶⁶ Donnelly, İnsan Hakları, s. 20.

halidir.⁶⁷ Özgürlüğü, sosyal çerçevede tanımlayıp, tasvip eder.⁶⁸ Başka bir ifadeyle, hak, özgürlüğün hayata geçme aracıdır. Örneğin hak arama özgürlüğü, dava açma, adil yargılanma hakkı ile gerçekleşir.⁶⁹ Hak, başta Anayasa olmak üzere kanunlar ve diğer yazılı hukuk belgeleriyle, özgürlükleri gerçekleştirmek için kişiye tanınmış yetkiler⁷⁰, devlet iktidarının tanıdığı imkânlardır.⁷¹ Örneğin, belli bir yaşa gelen herkesin oy kullanma hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır.⁷² Bu yönüyle hak ve özgürlüklerin tümü, kamu özgürlükleridir.⁷³

Öğretide bu hakların hukuksal haklar olduğu, dolayısıyla hukuktan doğacağı, bunun yanında akdî ve ahlâkî hakların da olduğu, akdî hakların sözleşmeden, ahlâkî hakların ise doğruluk ilkelerinden doğacağı belirtilmektedir.⁷⁴ İki kişi arasında yapılan sözleşme ile taraflardan biri bazı haklar elde etmiş, diğer taraf ise bazı yükümlülükler altına girmiş olabilir.⁷⁵ Örneğin kira sözleşmesi ile kiracı, belli bir ücret karşılığında kiraladığı evde oturma hakkını elde eder.⁷⁶ Bir hak iddiası, hak sahibine yetki ve talep dışında, tanınma-saygı gösterilme iddiasını da getirir. Hak, kişiye, hakkın konusunda, genel veya bir özel ilişkiye bağlı olarak yararlanma yetkisinin tanınmasını istemeyi, ona saygı gösterilmesini meşru olarak beklemeyi sağlar. Sırf ahlâkî haklarda bu unsur, talebin meşruluğuna ilişkin inanç şeklinde ortaya çıkarırken⁷⁷ hukuksal haklarda “zorla yerine getirme” ile bu inanç desteklenir.⁷⁸ Başka bir ifadeyle bu haklar, hukuk kurallarınca tanınmaları ve infazlarıyla varlık kazanmakta⁷⁹ ve hukuksal bir korumanın konusunu oluşturmaktadırlar.⁸⁰

⁶⁷ Gözler, s. 480.

⁶⁸ Rand, İnsan, s. 318.

⁶⁹ Gözler, s. 480.

⁷⁰ Tunaya, s. 87.; Erdoğan, Demokrasi, s. 163.

⁷¹ Ögütçü, s. 559.

⁷² Uygun, Kuram, s. 4.

⁷³ Tunaya, s. 187.

⁷⁴ Donnelly, İnsan Hakları, s. 22.

⁷⁵ Uygun, Kuram, s. 4.

⁷⁶ Uygun, Kuram, s. 4.

⁷⁷ Erdoğan, Demokrasi, s. 163.

⁷⁸ Coşkun, s. 580.

⁷⁹ F. Yonca Yücel, “Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme”, *TBB D*, Sy.91, 2010, s. 338.

⁸⁰ Sales, s. 95. Hemen belirtilmelidir ki, bir hakka sahip olmanın gördüğü saygı ile zorla yerine getirmenin-infazın kolaylık veya işlerliğini, bunun başarı şansını birbirinden ayırmak gerekir. Örneğin bir otomobilin mülkiyet hakkına sahip olma

Diğer taraftan öğretide, hak ve özgürlük kavramlarının aynı anlama geldiği, hak ve özgürlüğün aslında bir tek hukuksal gerçeğin sadece farklı iki yönünü oluşturduğu belirtilmektedir.⁸¹ Buna göre, özgürlük bir haktır; ancak, hak da özgürlükle gerçekleşebilir.⁸² Bunlardan biri olmadan diğeri olamaz. Hayata geçirilecek bir hak yoksa özgürlüğün bir anlamı olmayacağı gibi, özgürlük yoksa hakkın da bir anlam ve değeri yoktur. Hak, özgürlüğün temeli ve konusunu oluştururken; özgürlük ise hakkın gerçekleşme aracıdır.⁸³

Kısaca özgürlük, herhangi bir zorlamaya maruz kalmamak demektir.⁸⁴ Daha somut olarak özgürlük, bireyin özel alanı içinde zorlamadan uzak olması, onun herhangi bir fiili gerçekleştirme imkânlarının haksız yere sınırlanmaması durumudur.⁸⁵ Bir hak olmaktan çok yapabilme gücü niteliğinde olan özgürlük, toplumun bireye tanıdığı serbestçe hareket etme alanıdır.⁸⁶ Bu serbesti, kaynağını insanın doğuşunda bulan, insanın insan olduğu için sahip olduğu bağımsızlığın (otonominin)

durumunda, otomobil hak sahibinin ister garajında beklemekte olsun ister olmasın, ister hak sahibi tarafından ödünç verilmiş olsun olmasın, ister çalınmış daha sonra iade edilmiş olsun isterse olmasın, hırsızın yakalanıp yakalanmadığı önemli olmaksızın, hak sahibi otomobili üzerinde mülkiyetten kaynaklanan hakların tamamına sahiptir. Donnelly, İnsan Hakları, s. 22.; İnfaz imkânı, hakkın kendisini vurgulamakla birlikte, hakkın kendisini yaratamamaktadır. Buna ilişkin özel hükümler olmasına rağmen haklar hukukça tanınabilmektedir. Vatandaşların Anayasa'daki eşitlik ilkesine dayalı hakları örnek olarak gösterilebilir. Bu nedenlerle infaz, yerine getirme hususu hukuksal haklar için esaslı bir nitelik değildir. Yücel, 2010, s. 338.; Öğretide, bir hakkın, yetki, talep, tanınma (saygı gösterilme) dışında muafiyet gibi dördüncü bir unsuru da içerdiği belirtilmektedir. Buna göre muafiyet, hak sahibine yasalardan istisna edilme yetkisi verir. Muhatabının da yetkisini kısıtlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hohfeld Wesley, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 1919, s. 25 den nakleden, Çoban, İnsan Hakları, s.189.

⁸¹ H. Nail Kubalı, Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1964, s. 318.

⁸² Mumcu/Küzeci, s. 14.; Kaboğlu, Özgürlük, s. 15.; Ögütçü, s. 559.

⁸³ Kaboğlu, Özgürlük, s. 15.; Ünlü düşür Kant da hakkı, özgürlükten hareketle tanımlamaktadır. Ona göre, hak, bireyin, diğer bireyler ile bağdaşır özgürlükleri toplamıdır. Bütün bunlar özgürlükle hakkın bağlantılı olduğunu göstermekle birlikte, bu iki kavramı bir kalıp içinde açıklamaya çalışmak da hukukun pratik amacı bakımından doğru değildir. Öyleyse pozitif hukukun gereklerine uygun olarak özgürlüğü de tanımlamak gerekmektedir. Aktaran, Mumcu/Küzeci, s. 16.

⁸⁴ Ögütçü, s. 558.

⁸⁵ Mustafa Erdoğan, "İnsan Haklarına Kavramsal Bir Yaklaşım", *YTD*, Sy.21, 1998, s.8

⁸⁶ Ögütçü, s.559; Mumcu/Küzeci, s. 11.

ifadesidir.⁸⁷ Dolayısıyla özgürlük, hukuk öncesi bir durumu, hukuk tarafından düzenlenmemiş bir serbest durumu ifade eder. Başka bir ifadeyle, yasaklanmamış davranış biçimleri, özgürlük sayılır.⁸⁸ Kişinin herhangi bir zorlamaya maruz kalmaması anlamında özgürlük, onun izleyeceği amaçlarla ilgili mülhazalardan da bağımsız olarak bizatihi bir değerdir.⁸⁹ Hemen her rejimin kendine özgü bir özgürlük anlayışı, hattâ bir bakıma felsefesi vardır ve tek tek kişilerin özgürlükleriyle, toplumsal yaşamın gereklerini bağdaştırmak ister. “Şunu yapabilirsin, şu alanda özgürsün” gibi ortaya koydukları ilkeler ile aslında kişilerin hareket alanının sınırları çizilir. Bu noktada da nelerin yasak, nelerin özgürlük alanı içinde olduğunun tespiti önem kazanmaktadır. Her insanın istediği gibi düşünüp, hareket edebileceği bir alan vardır; o da kendi dünyasıdır. Bu dünya ne kadar geniş ise o kadar özgürlükçü bir rejim içinde yaşanıyor demekken alan, ne kadar dar ve sınırlıysa o derece otoriter bir rejimde yaşanıyordu. Bu alan siyasal rejim tarafından tümüyle ortadan kaldırılmışsa totaliter bir rejimin iş başında olduğu sonucuna varılır.⁹⁰

Diğer taraftan özgürlüğün esasını oluşturan, serbestlik başka bir ifadeyle zorlamaya tâbi olmadan dilediği gibi davranma olgusunu da net bir şekilde tanımlamak mümkün değildir. Özgürlüğe temel olan serbestliğin ölçüsü, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde⁹¹ yer alan ve uzun bir süre geçerliliğini sürdüren bir tanımlamada şöyle belirlenmiştir: “Özgürlük, başkasına zarar vermeden her şeyi yapabileme gücüdür; bundan ötürü her insanın doğal haklarının kullanılmasının sınırı; toplumun diğer üyelerine aynı haktan yararlanmayı sağlayan sınırdır; bu sınırlar ancak yasa ile belirtilebilir. Yasa ise yalnız toplum için zararlı hareketleri yasaklayabilir...” Ancak bu tanımda ortaya konan ölçü tartışmalıdır. Adı geçen, “başkasına zarar vermemek” ne demektir? Zarar kavramı toplum ve kişiye göre değişebilir. Yoksulluk içinde yaşayan bir insan sırf başkalarına zarar vermeyen sokaklarda dolaşmak gibi fiilleri gerçekleştirdiği için özgür sayılabilecek midir? Yine Bildiri’ye göre, yasa sadece toplum için zararlı olan şeyleri

⁸⁷ Tunaya, s. 187.

⁸⁸ Atalay, s. 437.

⁸⁹ Erdoğan, Yaklaşım, s. 8.

⁹⁰ Tunaya, s. 188.

⁹¹ <http://www.dusuncetarihi.com/makale/insan-ve-yurttas-haklari-bildirisi-1789>

yasaklayabilecektir. Toplum için neyin zararlı neyin zararsız olduğu hangi ölçüye göre nasıl belirlenecektir?⁹²

Diğer taraftan özgürlüklerin gerçekleşmesi için başkalarının veya devletin bir şey yapmaması gerekir. Özgürlük kişinin kendi fiili ile gerçekleşirken hakkın gerçekleşip hayata geçmesi için devletin ya da diğer üçüncü kişilerin, hak sahibi lehine bir takım edimlerde bulunması gerekir. Hakkı hayata geçiren fiil, hak sahibinin değil, devletin de dahil olduğu başka kişilerdir. Örneğin seyahat özgürlüğü, bir "özgürlük"tür, seyahati kişinin kendisi yapar. Ama konut hakkı bir "hak"tır; çünkü kişiye bir konut sağlayacak ya da kira yardımı yapacak olan kişinin kendisi değil, devlettir.⁹³

c) İnsan Onuru

İnsan hakları öğretisinin sistemli bir şekilde ortaya çıkışı, Avrupa kültürü çerçevesinde XVII. ve XVIII. yüzyıllarda olmuştur. Bunca tarihsel geçmişe rağmen, daha öncede belirtildiği gibi konuyla ilgili temel kavramlar olan, özgürlük, eşitlik, insan doğası ve inceleme konumuz olan insan onuru gibi terimler üzerinde uzlaşmaya varılmış değildir.

Günümüzde başta insan hakları olmak üzere ilgili diğer bütün kavramların yüzlerce farklı tanımı bulunmaktadır.⁹⁴ Bütün bunlardan da anlaşılacağı üzere, insan onuru kavramının soyut olarak bir tanımının yapılması mümkün görülmemektedir.⁹⁵ Kavramın tarihsel gelişimi, toplumun farklı alan ve yönlerine işaret etmektedir.⁹⁶ Onu belirleyebilmek için başta hukuk olmak üzere, tüm kültür ve ahlâk düzeninden yararlanmak gerekmektedir. Diğer taraftan insan onuru kavramının içeriği zaman içinde toplumda meydana gelen değişim-

⁹² Mumcu/Küzeci, s. 10.

⁹³ Gözler, s. 480.

⁹⁴ Oktay Uygun, "Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltilti Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi", İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.: Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 45.

⁹⁵ Zafer Gören, "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", AYD, Sy.9, 1992, s. 171.; Barış Seçer, "Refah Sistemlerini Değerlendirmede Chan ve Bowpitt Kriteri: İnsanlık Onuru", İçinde: Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III Bildiriler, Düz: Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkiler Bölümü, Petrol İş Yayınları, No:16, 2011, s. 190.

⁹⁶ Seçer, s. 190.

lere paralel olarak değişmekte, bu değişim de yargısal uygulama ile şekillenmektedir.⁹⁷ İnsan hakları çeşitli şekillerde sınıflandırılrsa da aslında hep aynı amaca yönelmişlerdir ki o da insan onurunun korunmasıdır.⁹⁸ Aynı zamanda, insan hakları için düşünsel anlamda bir başlangıç noktası olduğu da kabul edilen insan onuru, insan kişiliğinin içeriğini oluşturmaktadır.⁹⁹ Gerçekten de insan hakları, çeşitli şekillerde de belirtildiği gibi, dil, din, ırk, cinsiyet vb. hiçbir ayırım gözetilmeksizin, bütün bireylerin yalnızca insan olmalarından dolayı, insanlık onurunun gereği olarak sahip olmaları gereken hakları ifade etmektedir. İşte bu noktada insan onurunun anlamının ve insan hakları ile ilgisinin ortaya konup belirlenmesi gerekmektedir.

Sözlükler dikkate alındığında, onur sözcüğünün birbiriyle ilişkili bir şekilde iki anlamda kullanıldığı görülmektedir. Birinci anlamda onur, insanın kendisine duyduğu saygıyı ifade ederken; ikinci anlamda, yine gurur merkezli olarak bir insana başkalarının gösterdiği saygının nedeni olan kişisel değere, gurur ve şerefe işaret edilmektedir.¹⁰⁰ Başka bir ifadeyle, bir insanın genel olarak saygı hakkına sahip olma durumu ve nedenini açıklamaktadır.¹⁰¹

Bütün insan hakları, insan onurunun hayata geçmesi için gerekli görülmüştür ve insan onurundan kaynaklanmışlardır.¹⁰² Bu anlamda insan onuru, insan hakları kavramının öncüsü ve temelidir.¹⁰³ İnsan onuru, hak ve özgürlükler aracılığıyla kendisini gerçekleştireceğinden korunması, hak ve özgürlüklerin anayasal olarak tanınmasıyla ger-

⁹⁷ Gören, *Kişiliğin Korunması*, s. 171.

⁹⁸ Bulut, *Sosyal Haklar*, s.11; Uygun, *Demokrasi*, s. 6.

⁹⁹ Caniklioğlu, s. 471.

¹⁰⁰ TDK *Türkçe Sözlük C: II*, s. 1111.

¹⁰¹ Bahçeci, s. 190.; Aslında her iki anlamda da onur, çok değerli kılınmış bir şeyin özelliği olarak karşımıza çıkmakta olup burada değerli kılınan şey insan; ona değer kazandıran özellik de, onurdur. Nihat Bulut, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış" *EÜHFD*, C.XII, Sy.3-4, s. 1.; Böylelikle insan onuru kavramı, insan varlığının saygıya hak kazandığı statü olmaktadır. Bu öyle bir statüdür ki, ilk ve düzenlenmiş sayılan statüdür. Lebech Mette, "What is Himan Dignity", *Maynooth Philosophical*, 2004, s. 59 dan nakleden, Bahçeci, s. 190.

¹⁰² Zafer Gören, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru", *İTÜSBD*, Yıl:6, Sy.12, 2007/2, s. 21.

¹⁰³ İlyas Doğan, "Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Bakış", *SÜHFD*, C.13, Sy.2,2005, s. 53.

çekleşir.¹⁰⁴ Diğer taraftan, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri'nde, insan haklarının, "insan kişinin özündeki onurdan türediği" belirtilmektedir.¹⁰⁵ İnsan onurunu açıkça kabul eden çok sayıda uluslararası andlaşmadan, 1948 tarihli İHEB¹⁰⁶ ve daha yakın tarihli AB Temel Haklar Sözleşmesi,¹⁰⁷ bunlardan bazılarını oluşturmaktadır.¹⁰⁸ Bu çerçevede insan onuru kavramının evrensel ölçekteki belgelerdeki ilk yerini almış olduğu düzenlemelerden biri BM Sözleşmesi¹⁰⁹ ve BM İHEB'dir.¹¹⁰

¹⁰⁴ Caniklioğlu, s. 470.

¹⁰⁵ Donnelly, İnsan Hakları, s. 74; Ali Tarık Gümüş, "Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı", Yayımlanmış Yüksek Lisans Tez Özeti, *SÜHFD*, C.13, Sy.12, 2005, s. 137.

¹⁰⁶ Bildiri'nin başlangıç kısmında, "İnsanlık ailesinin tüm üyelerinin doğasında var olan onur ve eşitlik ile vazgeçilmez hakların tanınmasının dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli" olduğu kabul edilmektedir. Bildirinin tüm metni için bkz. http://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html

¹⁰⁷ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <http://www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/Avrupa%20B%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0%20Temel%20Haklar%20C5%9EARTI.pdf>

¹⁰⁸ Jutta Limbach, "Yüksek Yargıda İnsan Onuru İlkesi-Almanya'daki Durum", İçinde: *Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları Konferansı*, Düz.: Bilgi Üniversitesi, 2008, s. 69.

¹⁰⁹ Sözleşmenin girişinde şu ifadeler bulunmaktadır: "Bir insan yaşamı içinde iki kez insanlığa tarif olunamaz acılar getiren savaş felaketinden gelecek kuşakları korumaya, temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük uluslarla küçük ulusların hak eşitliğine inancımızı yeniden ilan etmeye, adaletin korunması ve andlaşmadan doğan yükümlülüklerle saygı gösterilmesi için gerekli koşulları yaratmaya ve daha geniş bir özgürlük içinde daha iyi hayata koşullarını sağlamaya, sosyal bakımdan ilerlemeyi kolaylaştırma... karar verdik." Sözleşmenin tam metni için bkz. Enver Bozkurt, *Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı*, Nobel Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 518.

¹¹⁰ Beyannamenin girişinde, "İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan onurun ve bunların eşit ve devredilemez haklarının tanınmasının, dünyada özgürlüğün adaletin ve barışın temeli olduğuna, insan haklarının dikkate alınmaması ve hor görülmesinin insanlık vicdanını isyana sevk eden barbarca eylemlere yol açtığına... göre, BM Genel Kurulu, bu Evrensel İnsan Hakları Bildirisini, bütün halklar ve bütün uluslar için başarılması gereken ortak bir standart olarak ilan... eder" denmektedir. Tam metin için bkz., Bozkurt, s. 309. Görüldüğü üzere, BM Sözleşmesi ve İHEB, insan onuru ile insan hakları arasında dolaylı bir şekilde ilişki kurmaktadır. Söz konusu bu ilişki BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde daha açık bir şekilde ifade edilmekte ve insan haklarının, kişinin doğuştan sahip olduğu onurundan kaynaklandığı vurgulanmaktadır. Bu ilişki Sözleşmenin girişinde şu şekilde ortaya konmuştur. "Bu Sözleşmeye taraf devletler, Birleşmiş Milletler Şart'ında ilan edilen prensiplere göre insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onurunu ve eşit ve vazgeçilmez haklarını tanımanın, yeryüzündeki özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu dikkate alarak bu hakların insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onurundan türediğini kabul ederek... aşağıdaki hükümlerde anlaşmışlardır" Sözleşmenin tam metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>.

İnsan hakları, insan onuruna ilişkin temel bir andlaşmayı gerçekleştirmeyi amaçlayan kendine özgü toplumsal bir pratiktir.¹¹¹ Bunlar aracılığıyla, tüm kişilerden insanın, evrendeki yerini koruyan bir tavır, diğer bütün kişilere göstermelerini talep eder.¹¹² Bütün temel haklar, insan onuru uğruna vazgeçilmez ve hepsinin temelinde yatan ortak düşünce oldukları için insan onurundan kaynaklanırlar ve insan onurunun bağımsız parçalarıdır.¹¹³ İnsan onuru, modern zamanlarda, ama özellikle de İkinci Dünya Savaşından sonra, insan haklarının üzerine inşa edildiği bir kavram haline gelmiştir.¹¹⁴

İnsan hakları, insanın değerini koruyan haklardır. Buradaki “insanın değeri” kavramı, her şartta saygıyı hak eden bir insanî özü, ifade etmektedir.¹¹⁵ İnsan onurundan söz etmek insanın en yüksek aklî ve ahlâkî değerlerin, dokunulmaz, kaybedilmez bir öz değerinin sahibi olduğunda söz etmek demektir.¹¹⁶ Bu bağlamda insan onuru, insanın, özü, öz değeri, doğasıdır. İnsanı diğer canlılardan ayıran, insanı tür olarak diğer varlıklar arasında özel bir yerinin olmasını sağlayan en önemli özelliktir. Bu öylesine güçlü bir gerçekliktir ki başkaca bir ispata gerek duymaz.¹¹⁷

¹¹¹ Donnelly, İnsan Hakları, s. 74.

¹¹² Ioanna Kuçuradi, “İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları”, İçinde: Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları Konferansı, Düz.:Bilgi Üniversitesi, 2008, s. 79.

¹¹³ Gören, Kişiliğin Korunması, s. 172.

¹¹⁴ İnsan onuru insan haklarının temelini oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, insan hakları dendiğinde aynı zamanda insan onuru da kastedilmektedir. Aralarında iki yönlü bir ilişki söz konusudur. Bu iki yönün bir tarafını, ‘olan’ (insan hakları), diğer tarafını ‘olması gereken’ (insan onuru) oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, insan onuru, insan hak ve özgürlüklerinde olması gerekene ulaşmada bir yol haritası fonksiyonunu yerine getirmektedir. Doğan, s. 53-56. İnsan onuru, kişinin toplumla olması gereken ilişkileri hakkındaki belli bir anlayışı ifade ederken; insan hakları, tersine, her bir kişinin sırf bir insan olmak itibarıyla sahip olduğu eşit ve vazgeçilmez haklardır. Donnelly, İnsan Hakları, s. 75. Özetle belirtmek gerekirse insan onuru insan haklarının, temel hak ve özgürlüklerin özünü oluşturmakla birlikte, öncesinde de ifade edildiği üzere, soyut ve içeriği kolayca anlatılamayacak kadar karmaşık bir kavram olan insan onuru, salt olarak bir insan hakkı değildir Mehmet Merdan Hekimoğlu, “İnsan Haklarının Temelini Oluşturan ‘İnsan Onuru’ Kavramının Anayasal Boyutları: Federal Almanya Örneği”, *KHHD*, Sy.71-72, s. 100.

¹¹⁵ Uygun, İnsan Onuru, s. 46.

¹¹⁶ İnsan onuru, insanın bu değerinin farkındalığına işaret etmektedir. Bu değer, insanın bütün potansiyelini gerçekleştirebilecek şekilde muamele görmeye de layık kılan bir değerdir. Kuçuradi, İnsan Onuru, s. 79.

¹¹⁷ Bulut, İnsan Onuru, s. 2.; Seçer, s.191.; Kuçuradi, İnsan Onuru, s. 78.

İnsanın, insan olmasının anlamı ve amacı insan onuruyla açıklanabilir.¹¹⁸ İnsan, onurunu doğuştan ve doğal olarak kazanmıştır. Bu nedenle insan onuru, vazgeçilmez, devredilemez ve dokunulmaz bir niteliğe sahiptir.¹¹⁹ Bu kural 1982 Anayasası'nın 17/1 maddesinde; "Herkes hayata, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" biçiminde ifade edilmiştir. Alman Anayasası'nın¹²⁰ ilk maddesinin ilk cümlesi 'insan onuru dokunulmazdır' diye başlamaktadır¹²¹ ve devlet düzeninin temeli olarak nitelenmiştir. Portekiz Anayasası'nda¹²² da benzer bir şekilde, "**İnsan kişiliğinin onuru**" cumhuriyetin dayanakları arasında gösterilmiştir.

Benzer şekilde İsveç Anayasası'nın¹²³ 2. maddesinde kamu yetkisinin herkesin eşit değerine ve "bireyin özgürlük ve onuruna" saygı gösterecek şekilde kullanılacağını hüküm altına almaktadır. İnsan onurunun dokunulmazlığının ve bireyin özgürlük ve haklarının geliştirilmesini **öngören Finlandiya Anayasası'nın**¹²⁴ 1. maddesi de aynı çerçevede değerlendirilebilir. Yunanistan Anayasası'nın¹²⁵ 2. maddesinde "**İnsan değerinin saygı görmesi ve korunması**" devletin asli yükümlülükleri arasında sayılmaktadır.¹²⁶ **Söz konusu hükmün, insan onurunun yasal sistemin temeli olarak kabul edilmesi amacını taşıy nitelikte olmadığı belirtilmektedir.**¹²⁷ Bir anayasanın başında insan onuru ilkesinin yer alması, devletin insan için olduğunu ve bunun tersi bir durumun asla kabul edilemeyeceğini açıkça ortaya koyar.¹²⁸

¹¹⁸ Bulut, İnsan Onuru, s. 2.

¹¹⁹ Seçer, s.161.

¹²⁰ <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-Almanya%20209-276.pdf>, s. 216.

¹²¹ Hekimoğlu, İnsan Onuru, s. 109.

¹²² bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-Portek%C4%B0Z%20439-532.pdf>, s. 445.

¹²³ bkz. <http://demokratikanayrasahareketi.net.siteler.yh.com.tr/kategori/dunyadan-anayasalar/16761/isvec-anayasasi>

¹²⁴ bkz. <http://demokratikanayrasahareketi.net.siteler.yh.com.tr/kategori/dunyadan-anayasalar/16716/finlandiya-anayasasi>

¹²⁵ Yunanistan Anayasası'nın Türkçe metni için bkz. Serap Yazıcı, Yunanistan Anayasası, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005

¹²⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Mustafa Erdoğan, "Avrupa Birliği Anayasalarında Devletin Temel Nitelikleri", İçinde: Anayasa ve Özgürlük, Der.: Mustafa Erdoğan, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 306.

¹²⁷ Sylvie Brahy, "Avrupa Anayasası ve Türk Anayasası Bağlamında İnsan Hakları", AYD, Sy.22, 2005, s. 278.

¹²⁸ Christan Starck, "Özgürlük ile Güvenlik Arasındaki Gerilim İlişkisinde İnsan

Avrupa Temel Haklar Sözleşmesi'nin birinci bölümü, "İnsan Onuru" başlığı altında "insan onurunun dokunulmazlığı" vurgulanarak ile başlamakta hayat hakkı, bedensel ve ruhsal dokunulmazlık hakkı, işkence, insanlık dışı, aşağılayıcı davranış ile kölelik yasağına yer vermektedir.¹²⁹ Benzer şekilde 1982 Anayasa'mızın 25, 26, 28 ve Alman Anayasası'nın 5. maddesinde düzenlenmiş olan düşünceyi açıklama, basın ve özellikle haberleşme (serbest ve olabildiğince kapsamlı haber alması insanın temel ihtiyaçlarından olduğu için) özgürlüğü, insan onurunun dokunulmazlığından kaynaklanan haklardır.¹³⁰

Öğretide insan onurundan kaynaklanan bütün temel hakların, dokunulamayan bir insan hakkı ya da insan onuru çekirdeğine sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, örneğin, insan onurundan kaynaklanan yargısal temel haklar, olağanüstü hallerde dahi askıya alınamamalıdır.¹³¹ İnsan onuru devlet ilişkisinde, devletin 3 temel görevi olarak belirtilen, iç ve dış barışı güvence altına almak, özgürlüğü teminat altına almak ve sosyal dengeyi kurmaya çalışmak, ancak ve ancak her bir insanın, onurunun gözetilmesi, dokunulmazlığının sağlanması ve korunmasıyla amacına uygun bir şekilde yerine getirilir.¹³² Devlet bireyin, vücut tamlığına ve kişisel dünyasına saygı göstermeli; sosyo-ekonomik alanda da piyasa koşullarının inisiyatifine terk etmemeli, bu alanda maruz kaldığı açmazlarda tek başına ve korumasız bırakmamalıdır.¹³³ Başka bir ifadeyle, yasal sistemin temel değeri insan onurudur. Devletin amaçları, insanın fiziksel, sosyal, kültürel ve zihinsel refahına bir şekilde hizmet ettiği süre ve ölçüde meşrudur.¹³⁴ Bu çerçevede, insanın sadece devlet gücüne karşı korunmasının insan onuru bakımından çok fazla bir anlamı yoktur. İnsan onurunun korunması, sosyal adaletin sağlanması ve insanın içinde bulunduğu sosyo-ekonomik güçlüklerden korunmasını da gerektirir.¹³⁵ İnsanın sosyal ve ekonomik açıdan da insan onuruna yakışır hayat standart-

Onuru", İçinde: Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları Konferansı, Düz.:Bilgi Üniversitesi, 2008, s. 73.

¹²⁹ Bkz. <http://ihd.org.tr/index.php/san-haklarylgeleri-mainmenu-96/900-avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi.html>.

¹³⁰ Gören, Kişiliğin Korunması, s. 173.

¹³¹ Atalay, Temel Haklar, s. 447.

¹³² Starck, İnsan Onuru, s. 73.

¹³³ Doğan, s. 52.

¹³⁴ Brahy, s. 277.

¹³⁵ Erdoğan, Teori, s. 52.

larına kavuşturulması düşüncesi, farklı yöntemler izlenmekle birlikte hem Marxist hem de Liberal öğretilerde kendisine yer bulmuştur.¹³⁶ Bütün bu nedenlerle, bireyin devlete karşı korunması yanında, sosyal haklar aracılığıyla “toplumda yaşayan herkese, insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyini sağlamak” yoluyla devletin bireyi korumasına da ihtiyaç vardır.¹³⁷

Söz konusu bu gereklilik, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde¹³⁸ de, insan onuru idealinin hayata geçebilmesi için kişisel ve siyasal hakların tek başlarına yetmeyecekleri, sosyal hakların kullanılabilmesi için şartların yaratılması şeklinde belirtilerek daha başlangıç kısmında özellikle vurgulanmıştır.¹³⁹

Diğer taraftan belirtildiği üzere, insan onuru, Anayasa Hukuku’nda bir anda yaratılmamış, düşünce tarihinde bir geçmişleri ve hukukun tüm alanlarında geçerli olmasına¹⁴⁰ rağmen pozitif anayasa hukukuna ait bir kavramdır.¹⁴¹ Yer almış olduğu anayasaların kendisi bu kavramı diğer her şeyin önüne koyar. Başka bir ifadeyle, her şeyin ön koşulu sayar.¹⁴² Ancak devletlerin anayasalarına bu şekilde bağlayıcı ve yaygın bir değer olarak girmesi XX. yüzyılın ortalarında mümkün olmuştur. Yaşanan iki büyük Dünya Savaşı’nın ortaya çıkardığı yıkımdan ders alan insanlık, temeli insan onuruna dayalı bir insan hakları düzenini, barış ve güvenliğin sağlanmasında vazgeçilmez nitelikte görmüş ve bunu güvence altına almak için çeşitli ulusal ve uluslararası metinler hazırlamıştır. Böylece II. Dünya Savaşı’ndan sonra insan onurunun başta Birleşmiş Milletler Andlaşması olmak üzere, çeşitli devletlerin anayasalarının en üst ilke olarak kabul edildiği yeni bir döneme giril-

¹³⁶ Doğan, s. 55.

¹³⁷ Erdoğan, Teori, s. 52.

¹³⁸ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf.

¹³⁹ Sözleşmeye göre taraf devletler, “İnsan Haklarının insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onurundan türediğini kabul ederek, İnsan Hakları Evrensel Bildirisine göre, korkudan ve yoksulluktan kurtulma özgürlüğünü kullanabilen özgür insan idealinin, kişisel ve siyasal haklarla birlikte ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını da kullanabildiği şartların yaratılması halinde gerçekleştirilebileceğini kabul ederek... aşağıdaki hükümlerde andlaşmışlardır.”

¹⁴⁰ Gören, İnsan Onuru, s. 25.

¹⁴¹ Starck, İnsan Onuru, s. 73.

¹⁴² Lımbach, s. 66.

miştir.¹⁴³ Alman Anayasası'nda¹⁴⁴ insan onuru, bütün bir devlet iktidarının eylem ve işlemlerinin referans kaynağı olarak ve değiştirilmesi mümkün olmayan bir temel hak olarak düzenlenmiştir.

İnsan onuru, diğer temel hak ve özgürlüklerin de güvencesidir. Bu güvence sıradan bir güvence olmayıp bütün özgürlük güvenceleri, insan onurundan kaynaklanmaktadır.¹⁴⁵ Anayasa'nın bu özgürlükçü yaklaşımı, söz konusu kavramı en üst anayasal değer olarak kabul eden Alman Anayasa Mahkemesi'nin (AAM) süreklilik kazanan içtihatlarıyla da iyice pekiştirilmiş¹⁴⁶ ve insan onuruna ilişkin tanım ve nitelermelerin ortaya çıkması sağlamıştır. Bu anlamda AAM, insan onurunu diğer bütün temel hakların kökü olarak nitelermekte hattâ devletin embriyonun dahi onurunu koruması gerektiğine hükmetmektedir.¹⁴⁷ Böylelikle birey devlet içinde, bizatihi bir amaç olup hiçbir zaman araç haline dönüşmesine izin verilmeyecek¹⁴⁸, bir eşya olarak muamele görmeyecektir.¹⁴⁹ İnsanı devletin nesnesi haline getiren her düzenleme Anayasa'ya aykırı olarak görülecektir.¹⁵⁰

Türk Hukukunda insan onuru ilkesi, ayrı bir temel hak olarak düzenlenmemiş; ancak, 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde temel bir kavram olarak yer almıştır. Anayasa'nın "İnsanın maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı" (md.17) ile "insan haysiyetine aykırı ceza ve işlem uygulanmayacağı ve eziyet, işkence ve angarya yasağı" nı düzenleyen hükümleri (md.17/III) insan onurunun anayasadaki bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bireyin sadece insan olması nedeniyle sahip olduğu bütün insan hakları, aslında kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına hizmet etmektedirler. Kişinin maddî ve manevî varlı-

¹⁴³ Hekimoğlu, İnsan Onuru, s. 104.

¹⁴⁴ <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-Almanya%20209-276.pdf>, s. 217.

¹⁴⁵ Starck, İnsan Onuru, s. 72.

¹⁴⁶ Hekimoğlu, İnsan Onuru, s. 101.

¹⁴⁷ BVerfGE 93, s.293 ; Alman Anayasa Mahkemesinin "insan onuru"na değinen bazı kararları için bkz. BVerfGE 18, s.117 ; 27, s. 6 ; 40, s. 133; 45, s.245 ; 65, s.48-49 ;95, s.140, 96, s. S.115, s.249, s. 398, s.401 vd., s. 412 vd.; 95, 238 ; 98, s.200 ; 99, 196; 100, s. 284 ; 101, s.287 vd. s.361 ; 103, s.150, s.221 vd., s. 307 ; 107, s.275, s.280-284 ; 108, s.s. 301 ve s. 334' den nakleden, Doğan, s. 58.

¹⁴⁸ Atalay, Temel Haklar, s. 446.

¹⁴⁹ BVerfGE 30, 40 dan nakleden, Gören, Kişiliğin Korunması, s. 172.

¹⁵⁰ BVerfGE 96, 375, 399 dan nakleden, Hekimoğlu, İnsan Onuru, s. 108.

ğını geliştirme ve koruma hakkına asıl niteliğini kazandıran husus da bütün temel hak ve hürriyetlerin ortaya çıkış nedeni olmasıdır.¹⁵¹ Ayrıca Alman Hukukunda, söz konusu bu hak, temel özgürlük hakkının sonucu olarak kabul edilmekte ve bu olgu Anayasa'daki temel haklar içinde bir hiyerarşi olarak yorumlanmaktadır.¹⁵² AAM'ne göre, özgürlük ve mülkiyet hakkının sınırını tamamen yürütmenin takdirine bırakan her düzenleme, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkının kapsamına giren hukuk devleti, yürütmenin hukuka uygunluğu ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.¹⁵³

Öğretide, Türk Hukuku bakımından söz konusu ilkenin tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi, değiştirilemez nitelikte olduğu ve Cumhuriyetin niteliklerine dahil olduğu belirtilmektedir. Buna göre, 1982 Anayasa'mızın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri sayılmış, Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen ilkelere dayalı bir hukuk devleti olduğu hüküm altına alınmıştır. Burada bahsi geçen başlangıç hükümlerindeki temel ilkelere bir tanesi de başlangıç hükümlerinin 8. paragrafında yer alan "Her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" hükmüdür. Bu da madde başlığında geçen "Cumhuriyeti niteliklerine" dahildir. Anayasa'mızın 4. maddesinde ise Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerinin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyeceği belirtilmektedir.¹⁵⁴ Özetle belirtmek gerekirse, insan onuru, Türk Hukuku bakımından değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek sübjektif nitelikte bir kamu hakkıdır.¹⁵⁵

¹⁵¹ Gümüş, s. 133.

¹⁵² Gören, Kişiliğin Korunması, s. 175.

¹⁵³ BVerfGE, 8, 276 dan nakleden, Gören, Kişiliğin Korunması, s. 174.

¹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gören, Kişiliğin Korunması, s. 169-172.

¹⁵⁵ Sübjektif bir kamu hakkı devletten veya siyasal iktidarın kullanıcılarından belli bir edimin yapılmasını veya yapılmamasını isteme yetkisi veren bir haktır. Bireye bir şeyin yapılması veya yapılmaması konusunda gerektiğinde yargı yoluyla gerçekleştirilebilecek bir talep hakkı vermektedir. Bir hukuk normunun, bireye sübjektif kamu hakkı tanıyıp tanımadığını belirlemede kriter, o normla güdülen amaçtır. Eğer o norm, öncelikle bireyin menfaati için konulmuşsa sübjektif kamu hakkı olarak kabul edilirken eğer kamu yararı amaçlanıyorsa bireye bir talep hakkı vermek istemiyordur. Eğer bir norm, herhangi bir kamu otoritesini kendi takdirine göre hareket konusunda yetkilendiriyorsa sübjektif kamu hakkının varlığından söz edilemez. Bu durumda birey sadece takdir hakkının objektif olarak ifasını isteme hakkı vardır. Sosyal hukuk devletini belirleyen de sübjektif kamu hakkını

d) İnsancıl Hukuk

İnsancıl hukuk özellikle 1990'lı yıllardan itibaren, silahlı çatışmaların artması ve terör hareketlerinin yaygınlaşması ile birlikte büyük önem kazanmaya başlamıştır.¹⁵⁶ Bu hukuk dalının varoluş nedeni savaş olgusudur. İnsancıl hukuk, insanlığa büyük acılar veren savaşın hem önlenmesi; hem de, buna rağmen gerçekleşmesi durumunda yıkıcı ve zararlı etkilerinin sınırlandırılması, bu amaçla hangi tür silahların kullanılmayacağı, hangi insanların ve şeylerin hedef haline getirilemeyeceği¹⁵⁷ çatışmaya taraf olmayan masum (sivil) insanların korunması,¹⁵⁸ esirlerin nasıl bir muamele göreceği,¹⁵⁹ çatışmadan zarar gören ya da görebilecek toplum kesimlerinin başta mal ve mülkleri olmak üzere¹⁶⁰ doğa ve kültürel mirasın nasıl korunacağı ve daha pek çok konuyu kurala bağlayan¹⁶¹ sözleşme veya teamül kökenli hukuk kurallarıdır.¹⁶² Bu düşünce, özellikle 1863-1864 Amerikan İç Savaşından sonra (Kuzey-Güney Savaşı) somut sonuçlarını vermiştir. 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi ile birlikte 1977 tarihli iki ek Protokol¹⁶³, uluslararası insancıl hukukun temelini teşkil etmektedir. Kısaca insancıl hukuk, hukukun, silahlı çatışma kurbanlarına yasal koruma sağlanması gerektiğini ileri süren kısmıdır.¹⁶⁴ Bununla birlikte insancıl hukuk, yakın zamanlara kadar ayrı bir hukuk dalı olarak ele alınmamış; ya silahlı çatışmalar hukuku olarak Devletler Genel Hukuku'nun

takdir hakkı karşısında oldukça genişletmiş olmasıdır. Örneğin sosyal yardımlar bu niteliktedir. Gören, *Kişiliğin Korunması*, s. 170., dn.16

¹⁵⁶ Melike Batur Yamaner, "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi", İçinde: Erdoğan Teziç'e Armağan, GÜY, 2007, s. 379.

¹⁵⁷ Hakan Taşdemir/Ruhsar Müderrisoğlu/Hicran Tülüce, "12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerinde Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin 1 No'lu Protokol (I. Ek Protokol)" Kamu İş Yayınları, C.7, Sy.2, 2003, s. 2

¹⁵⁸ Anıl Çeçen, "İnsancıl Hukuk Nedir?", *Ulus Gazetesi*, 06.02.2012, s. 2.

¹⁵⁹ Taşdemir/Müderrisoğlu/Tülüce, s. 2.

¹⁶⁰ Çeçen, *İnsancıl Hukuk*, s. 2.

¹⁶¹ Taşdemir/Müderrisoğlu/Tülüce, s. 2.

¹⁶² Çeçen, *İnsan Hakları*, s. 2.; Tütüncü, s. 22.

¹⁶³ Sözleşmelerin Türkçe metni için bkz. <https://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf> ; Protokollerin Türkçe metni için Bkz. http://www.msb.gov.tr/asad/AskeriMevzuat/Uluslararası_Antlasmalar/Silahlı_Catisma_Hukuku/SCH6.html; http://www.msb.gov.tr/asad/AskeriMevzuat/Uluslararası_Antlasmalar/Silahlı_Catisma_Hukuku/SCH7.html

¹⁶⁴ Taşdemir/Müderrisoğlu/Tülüce, s. 2.

içerisinde bir alt başlık ya da Uluslararası İnsan Hakları Hukuku'nun bir parçası olarak değerlendirilmiştir.¹⁶⁵ Uluslararası hukukun iki yakın dalını oluşturmakla birlikte, insancıl hukuk ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuku farklı normatif alanları düzenlemektedirler.¹⁶⁶ Şartlar ne olursa olsun insanların korunması ve himaye edilmesi anlamında aralarında önemli örtüşme, birleşme noktaları ve etkileşim bulunması kaçınılmaz olmakla birlikte ayrı tarihsel ve teorik hukuk rejimleri olarak kalmaya devam edeceklerdir.¹⁶⁷ İnsancıl hukuk, savaş hukuku, silahlı çatışma hukuku ve İnsan Hakları Hukukundan farklı fakat bunlarla da ilişkili olan bir hukuk dalıdır¹⁶⁸ ve var oluş nedeni savaş olgusudur.¹⁶⁹ Bu iki hukuk dalı arasındaki farklılık akademik düzeyde de kendini göstermiştir. İkininli yılların başında Birleşmiş Milletler (BM), Cenevre'deki merkezine bir "İnsancıl Hukuk Fakültesi" kurarak, XXI. Yüzyılda, savaşları bütünüyle ortadan kaldırabilmek ve barış ortamını her durumda sürekli kılabilmek için, bilimsel çalışmalarla birlikte, uluslararası örgütlerde ve alanlarda görev yapanlara insancıl hukuk programını başlatmışlardır.¹⁷⁰ BM'nin kurucu üyesi olan Türkiye'de de insancıl hukuk ile ilgili doktora ve yüksek lisans tezleri hazırlanmış¹⁷¹ ve ayrıca bazı hukuk fakültelerinin müfredat programlarında insancıl hukuk, insan haklarından ayrı bir biçimde yer almıştır.¹⁷²

Her iki hukuk dalı arasındaki en önemli farkların bir diğeri, insancıl hukukun, "silahlı çatışma" hallerinde, İnsan Hakları Hukuku'nun ise kural olarak, savaş veya barış zamanı fark etmeksizin uygulanma yeteneğine sahip olmasıdır.¹⁷³ Dolayısıyla İnsan Hakları Hukuku'nun

¹⁶⁵ Yamaner, s. 379.

¹⁶⁶ Mahmut Göçer, "Uluslararası İnsan Hakları Yargı Organları ve İnsancıl Hukuk", *KHHD*, Sy.57-58, s. 84.

¹⁶⁷ Fatma Taşdemir, "İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye'nin Ayrılıkçı Terör Örgütü PKK İle Mücadelesi", *GÜHFD*, C.XVI, Sy.1, 2012, s. 108.; Ezeli Azarkan, "Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Birleşmiş Milletler Askeri Operasyonları", *AÜEHFD*, C.X, Sy.1-2, 2006, s. 86.; Taşdemir/Müderrişoğlu/Tülüce, s. 2.

¹⁶⁸ Çeçen, *İnsancıl Hukuk*, s. 2.

¹⁶⁹ Taşdemir/Müderrişoğlu/Tülüce, s. 2.

¹⁷⁰ Çeçen, *İnsancıl Hukuk*, s.2,

¹⁷¹ Örnek çalışmalar için bkz. Emine Karacaoğlan, *Silahlı Çatışmalarda İnsancıl Hukuk, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.*; Hasan Serdar Hoş, *Haklı Savaş ve İnsancıl Hukuk, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.*

¹⁷² Örneğin İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde seçmeli ders olarak okutulmaktadır.

¹⁷³ Taşdemir, s. 108.

uygulama alanı daha geniştir.¹⁷⁴ İnsancıl hukuk, deyim yerindeyse silahlı bir çatışmanın taraflarının idaresiyle ilgilidir.¹⁷⁵ Benzer şekilde, İnsan Hakları Hukuku'nun devlete yönelik boyutu varken ve devlet ile egemenliği alanındaki arasındaki iç ilişkiden kaynaklanmakta; ikincileri birinciye karşı korumayı amaçlamışken, insancıl hukuk sadece devlete ait silahlı gruplara değil onlara bağlı diğer silahlı gruplara ve bireylere de yöneliktir.¹⁷⁶

Her iki hukuk dalının kapsamaları bakımından da aralarında farklılıklar bulunmaktadır. Bu anlamda insancıl hukuk, İnsan Hakları Hukuku'na göre içerdikleri haklar bakımından daha dar bir niteliğe sahiptir. Uluslararası İnsan hakları Hukuku, her zaman ve her yerde bireylerin ve grupların haklarını garanti altına almaya çalışan kurallar bütünüdür. Bu nedenle de oldukça geniş bir yelpazedir. Koruma altına aldığı insan hakları çeşitlilik göstermektedir. İnsan hakları hukuku yaşam hakkı, düşünce özgürlüğü gibi 1. kuşak hakları, eğitim, sosyal güvenlik hakkı gibi 2. kuşak hakları ve çevre, gelişme hakkı gibi 3. kuşak hakları koruma altına almaktadır.¹⁷⁷ Bununla birlikte insancıl hukuk, İnsan hakları sözleşmelerine göre daha geniş bir dokunulmaz haklar listesi öngörmekle yetinmeyip, yargısal usûl güvencelerini de dokunulmaz kılan hükümler içermektedir.¹⁷⁸

Diğer taraftan, uluslararası İnsan Hakları Mahkemelerinin, insancıl hukuku Sözleşmeler yanında, bir "ölçü norm" olarak dikkate alması, uluslararası korumanın etkinliğini artıracaktır. Sözleşmeler ile getirilmeye çalışılan koruma standartlarının, insancıl hukuk çerçevesinde yükselmesine imkân tanınacaktır. Uluslararası insan haklarını

¹⁷⁴ Bu durum Uluslararası Adalet Divanının (UAD) 9 Temmuz 2004 tarihli kararına da konu olmuştur. İsrail'in işgal altındaki topraklarda inşa ettiği güvenlik duvarının hukuki sonuçlarına ilişkin kararda, İsrail taraf olduğu insan hakları sözleşmelerinin işgal ettiği Filistin topraklarında uygulanamayacağı iddiasını ileri sürmekte ve şu andaki durumda sadece insancıl hukuk kurallarının uygulanabileceğini belirtmektedir. UAD, kararında İsrail'in bu iddialarını reddederek tarafı olduğu Sözleşmelerde düzenlenen seyahat özgürlüğü, Çalışma, eğitim hakkı gibi bir takım hak ve özgürlük garantilerin dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir. Yamaner, s. 381- 382.

¹⁷⁵ Azarkan, İnsancıl Hukuk, s. 87.

¹⁷⁶ Zarkan, İnsancıl Hukuk, s. 86.

¹⁷⁷ Yamaner, s. 80.

¹⁷⁸ Göçer, s. 85.

hem güçlendirecek hem de “insanileştirecektir”.¹⁷⁹ Deyim yerindeyse her iki hukuk dalı arasında bir sinerji yaratılacaktır.¹⁸⁰ Buradan hareketle de aslında İnsan Hakları Hukuku ile İnsancıl Hukukun birbirinin tersi alanlar olmadıkları; birinin varlığının diğerini ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir.¹⁸¹ Şöyle ki, insan haklarının dayandığı en temel hak olan, yaşam hakkının korunması gibi insancıl bir amaca hizmet etmektedir. Ayrıca silahlı çatışma ortamında devreye girerek temel hak olan yaşam hakkını korumaya yöneliktir. Bu yönüyle insancıl hukuk insan haklarının da güvencesidir de.¹⁸² Zira insancıl hukuk, silahlı çatışma durumunda, İnsan Hakları Hukuku’nun barış zamanında öngördüğü genel nitelikteki korumayı tamamlayan hükümler içeren normatif bir bütün olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle de tamamlayıcılık görüşü altında aralarında genel-özel hukuk ilişkisi bulunmaktadır.¹⁸³ Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD) 1996 tarihli danışma görüşünde¹⁸⁴ ortaya koyduğu tutumda bu yaklaşımı destekler niteliktedir.

Bu çerçevede Divan, nükleer silah kullanımı veya tehdidinin yasalılığı konusunda verdiği görüşünde, nükleer silah kullanımının, BM Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi’nin 6. maddesinde tanınan yaşam hakkını ihlâl edip etmediği konusunda değerlendirme yaparken, bazı devletlerin ileri sürdüğü ve 6. madde kapsamının insan haklarının barış zamanında korunması ile sınırlı olduğu şeklindeki yorumu kabul etmeyerek, keyfi olarak yaşam hakkından yoksun bırakılmama hakkının aynı zamanda silahlı çatışmalar döneminde de korunması gereken bir hak olduğunu vurgularken, “özellikle bir silahlı çatışma durumunda, 6. maddeye aykırı şekilde keyfi olarak yaşam hakkından yoksun bırakılma kavramının, söz konusu Sözleşme hükümleri değil, fakat silahlı çatışmalar hukuku, başka bir ifadeyle, insancıl hukuk hükümleri göz önüne alınarak belirlenecek bir kavram” olduğunu dile getirmiştir. Bir anlamda UAD, bir silahlı çatışma durumunda, Sözleşme’nin 6. maddesine aykırı bir biçimde keyfi olarak yaşam hakkından yoksun

¹⁷⁹ Göçer, s. 84-85.

¹⁸⁰ Göçer, s. 84.

¹⁸¹ Çeçen, İnsancıl Hukuk, s. 2.; Azarkan, İnsancıl Hukuk, s. 86. ; Göçer, s. 86.

¹⁸² Çeçen, İnsancıl Hukuk, s. 2.

¹⁸³ Göçer, s. 86.

¹⁸⁴ Divanın görüşü için bkz. <http://www.law.cornell.edu/ijc/ijc1/unan5afin>.

bırakılma kavramının ancak insancıl hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirileceğini belirterek, bu Sözleşmede güvence altına alınan temel bir hakkın, silahlı çatışma durumunda ihlâl edilip edilmediğinin saptanması bakımından, insancıl hukuk hükümlerinin aykırılığın belirlenmesinde bir ölçü norm olarak uygulanması gerektiğini vurgulamakta ve böylece insancıl hukuka belli durumlarda uygulanacak tamamlayıcı bir özel hukuk görevi vererek, insan hakları ile insancıl hukuk arasında tamamlayıcılık ilkesine vurgu yapmaktadır. Böyle UAD, insan haklarının korunması ortak amacına hizmet eden iki hukukî rejimin bağlanmasına imkân veren bir tür geçit oluşumunda tanınmış olmaktadır.¹⁸⁵

3-İnsan Haklarının Sınıflandırılması

İnsan haklar alanında çok sayıda düzenlemenin ortaya çıkması ve bunların içeriklerinin artıp, çeşitlenmesi karşısında gerek akademik gerekse pratik düşünceler ile insan haklarının sınıflandırılması gerekmiştir.¹⁸⁶

İnsan haklarının, geçmişten günümüze kadar öğretide farklı amaç ve biçimlerde sınıflandırmaya tâbi tutulduğu bilinmektedir. Bu başlık altında bu sınıflandırma biçimlerinden en yaygın olanları ele alınacaktır. İnsan haklarının devamlı olarak bir gelişim çizgisinde olması, ister istemez insan haklarının sınıflandırılmasını gündeme getirmiştir.¹⁸⁷ Öyle ki insan hakları, kavramın ilk ortaya çıktığı andan itibaren değişik kriterlere göre ayrımlara tâbi tutulmuş ve sınıflandırılmışlardır.¹⁸⁸ İnsan hakları, konularına, kullanım biçimlerine, ortaya çıkış sıraları¹⁸⁹, fonksiyonlarına¹⁹⁰, hakkın taşıyıcı ve yükümlüsüne göre sınıflandırılmaktadır.¹⁹¹ İnsan haklarının ayrılmaz bir bütünlük arz etmesi, sınıf-

¹⁸⁵ Göçer, s. 89.

¹⁸⁶ Rona Aybay, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 58.

¹⁸⁷ İzzet Eroğlu, Devletin İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005, s. 7.

¹⁸⁸ Hakan Karakehya, "Ortaya Çıkışı, Kavramsal Gelişimi ve İçeriği İtibarıyla İnsan Hakları", *KHHD*, Sy.69-70, s. 110.

¹⁸⁹ Bu tür sınıflandırma için bkz. Gözler, s. 507.

¹⁹⁰ Bu tür sınıflandırma için bkz. Caniklioğlu, s. 473.

¹⁹¹ Bu ayrıma göre insan hakları, herkesin hakları-vatandaş hakları olarak tiplendirilebilir. Temel hakların herkese mi yoksa sadece vatandaşlara mı tanınmış olduğu

landırmalarına engel olmadığı gibi; çeşitli açılardan bunun yapılması bir anlayış kolaylığı,¹⁹² hakların özel gelişimini, belli verilerini, tâbi oldukları hukukî rejimin belirlenmesini sağlamaktadır.¹⁹³

a) Klâsik İnsan Hakları Sınıflandırılması: Negatif/Pozitif/ Aktif Statü Hakları

İnsan hakları alanında uzun yıllar yaşanan gelişim ve dönüşüm sürecinin sonunda demokratik toplumlarda genel kabul gören ve yazılı anayasaların pek çoğunda esas alınan sınıflandırma, George Jellinek tarafından ilk baskısı 1893 yılında yapılan *System der subjektiven Öffentlichen* isimli kitapta, devlet ile birey arasındaki ilişkinin durumuna göre, 'negatif statü hakları' (devletten yana özgürlük), "pozitif statü hakları" (devletten pozitif edimlerde bulunulmasını isteme hakkı), "aktif statü hakları" (vatandaşlık hakları) şeklinde üç kategori şeklinde sınıflandırılmıştır.¹⁹⁴ Söz konusu sınıflandırma öğretide klâsik insan hakları sınıflandırılması olarak nitelenmekte olup Türk öğretisi tarafından da uzun süre en yaygın kabul gören sınıflandırma olmuştur.¹⁹⁵ 1982 Anayasamız da dahil olmak üzere uluslararası sözleşmelerde de genellikle bu sınıflandırma esas alınmıştır.¹⁹⁶ Bunun

düzenlendiği madde metninden anlaşılabilir. Anayasa bir temel hakkı herkese tanımak istiyor sadece vatandaşı ile sınırlamak istemiyorsa, "herkes", "kimse" gibi terimler kullanılmaktadır. Hakkın yükümlüsüne göre ise, devleti ve devlet iktidarının diğer taşıyıcılarını bağlayan haklar- bireyi kendi özel hukuka ilişkin işlemlerinde bağlayan haklar şeklinde bir tasnife gidilebilir. 1982 Anayasası'nın 11. maddesine göre Anayasa kurallarından olan temel haklar yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Temel haklar her ne kadar yapıları ve tarihsel gelişimleri açısından hakkın taşıyıcısı olan bireyin hakkın asıl yükümlüsü olan devlete karşı ileri sürdüğü haklar olsa da md.11'deki Anayasa kurallarının kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olduğu hükmünden, aynı zamanda bireylerin birbirleri ile olan özel hukuk ilişkilerini de etkilediği sonucu çıkmaktadır. Zafer Gören, Temel Hak Genel Teorisi, DEÜHFY, 4. Baskı, İzmir 2000, s. 26.

¹⁹² Esra Atalay, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği", *DÜHFD*, C.6, Sy.1, 2004, s. 46.; Bulut, Sosyal Haklar, s. 25.

¹⁹³ Atalay, Sanat Özgürlüğü, s. 48. *DÜHFD*, C.6, Sy.1, 2004, s. 46.; Bulut, Sosyal Haklar, s. 25.

¹⁹⁴ Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınevi, 5. Baskı, Konya 2002, s. 113.; Kapani, Hürriyet, s. 6.; Gözler, s. 507.; Gören, Temel Hak, s. 27.; Caniklioğlu, s.473.; Erdoğan, Demokrasi, s.185.

¹⁹⁵ Algan, s. 38.

¹⁹⁶ Şeref İba, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitapevi, 2.Baskı, Ankara 2008, s. 100.; Atar, s. 113.

temelinde, statü kavramı ve bireyin devlet karşısındaki konumu yer almaktadır.¹⁹⁷ Buradaki statü, her seferinde bireyin devlet karşısında çeşitli temel hak ve özgürlükler şeklinde ortaya çıkan ve güvenceye bağlanmış herhangi bir durumunu ifade etmektedir.¹⁹⁸ Bireyin devlet karşısındaki konumu ise insan haklarına ilişkin olarak bireyin devletten beklediği edimin niteliğini belirlemekte olup devletin bu hakların gerçekleşmesine ilişkin tutumu konunun özünü oluşturmaktadır. Dolayısıyla klâsik olarak kabul edilen bu sınıflandırmanın, herhangi bir hakkın özüne ya da doğasına ilişkin olmayıp tamimiyle biçimsel bir sınıflandırma olduğu söylenebilir.¹⁹⁹

Devletin sorumluluğunun niteliği dikkate alınarak yapılan bu sınıflandırma öğretide çeşitli açılardan eleştirilmiştir. En başta gelen eleştiri, belli kategorilerde yer alan haklara ilişkin olarak devletin üstlendiği edimin niteliğinin her zaman aynı olmadığıdır.²⁰⁰ Herhangi bir hak, her iki tür yükümlülüğü de içerebilir.²⁰¹ ‘Hukukun anayasallaştırılması’ olgusu, hem devlete hem de bireylere karşı koruma güvencesini içermektedir. Dolayısıyla, devlet bu olgu gereğince, hem pozitif; hem de, negatif nitelikte yükümlülük altındadır.²⁰² Buna göre edimlerin niteliği bakımından kesin bir sınır çizmek mümkün değildir. Örneğin negatif statü haklarından sayılan adil yargılanma hakkının hayata geçmesi için devletin negatif edimleri dışında çok sayıda pozitif sorumluluğunun bulunması da gerekmektedir. Yargısal sürece herhangi bir şekilde müdahale etmemek biçimindeki edim, her ne kadar devlet için ‘kaçınma’ biçiminde karşımıza çıkan negatif bir yükümlülük olsa da, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin oluşturulması, ceza-infaz sistemlerinin kurulup işletilmesi, maddî durumu elverişsiz olan kişiler için adlî yardım sağlanması gibi birçok olumlu edim yerine getirilmeden bireylerin söz konusu haktan yararlanmaları müm-

¹⁹⁷ Algan, s. 38.

¹⁹⁸ Gören, Temel Hak, s. 28.

¹⁹⁹ Algan, s. 38.

²⁰⁰ Algan, s. 28.; Tania Groppi, “İtalya’da Sosyal Haklar”, Çev.: Oya Boyar, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 205.; Rainer Arnold, “Almanya Anayasacılığında ve Orta ve Doğu Avrupa’daki Yeni Demokrasilerde Sosyal Haklar:Karşılaştırmalı Gözlemler”, Çev.: Gülden Kurt, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 217.

²⁰¹ Groppi, s. 205.

²⁰² Arnold, s. 217.

kün değildir.²⁰³ Kişisel verileri güvence altına alan kamusal bir makam olmadan özel yaşamın gizliliğinden bahsedilemez.²⁰⁴ Tersine olarak pozitif bir izlenim veren beslenme hakkı da bazen sadece devletin kısıtlanmasıyla, devletin kaçınma yükümlülüğüne uygun davranmasıyla hayata geçebilir. Örnek olarak gıda maddelerinin geleneksel olarak iç tüketimde kullanılması yerine, ihracat yoluyla para kazanmayı teşvik eden kalkınma programları gösterilmektedir.²⁰⁵ Zaten aksine bir yaklaşım, insan hakları açısından önemli sorunlara yol açacaktır.²⁰⁶ Negatif yükümlükler ile pozitifler arasındaki sınır silikleşmiştir.²⁰⁷ Bu nedenle yapılan ayrımların hiç biri kesin ve mutlak değildir. Çünkü pek çok hak, içerik itibarıyla zengin bir nitelik göstermesi nedeniyle içinde yer aldığı sınıfın sınırlarını aşar. Günümüzde insan haklarının ya da temel hak ve özgürlüklerin gelişim çizgisi dikkate alındığında bu durum daha net ortaya çıkacaktır.²⁰⁸

Diğer taraftan bütün hakların amacı bireyin özgürlüğüdür. Farklı olan, bu amaç için üstlendikleri fonksiyonun niteliğidir. Biçimlendirdikleri ve garanti altına aldıkları statüye göre, saldırılara karşı koyma, ortaklık ve edimde bulunulmasını isteme, yönetime katılma yoluyla özgürlüğü garantileyerek²⁰⁹ devlete hem pozitif hem de negatif yönde edimler yüklerler. Çünkü günümüzde hakların tümü her iki niteliği de taşımaktadır.²¹⁰ Bir adım daha ileri giderek söylemek gerekirse, bütün insan hakları bir şekilde pozitif nitelik taşımaktadır²¹¹ ve hem pozitif bir faaliyeti hem de devletin sınırlanmasını gerektirmektedir.²¹² Örneğin işkencenin yaygın ve sistematik olarak uygulandığı bir ülkede kişinin işkenceden korunma hakkı, devlete negatif bir edimden

²⁰³ Algan, s. 39. ; Groppi, s. 205.; Arnold, s. 217.

²⁰⁴ Groppi, s. 205.

²⁰⁵ Donnelly, İnsan Hakları, s. 43.

²⁰⁶ Bulut, Sosyal Haklar, s. 33.

²⁰⁷ Arnold, s. 217.

²⁰⁸ Atalay, Temel Haklar, s. 441.

²⁰⁹ Gören, Temel Hak, s. 29.

²¹⁰ Uygun, Kuram, s. 33.

²¹¹ 1980 yılında ABD'de bir araba kaza yaptıktan sonra yanmaya başlar. Polis olay yerine gelip sadece trafiği yönlendirir ancak arabadakiler için hiçbir müdahalede bulunmaz. Arabadakiler yanarak can verirler. Bu olay insan haklarının pozitif ve negatif olma özelliği üzerine bir tartışma yaratır. ABD Anayasası'nun negatif bir karakter arz ettiği ve yönetimin kaza kurbanlarına yardım konusunda anayasal bir görevinin olmadığı ileri sürülmüştür. Bulut, Sosyal Haklar, s. 34.

²¹² Donnelly, İnsan Hakları, s. 43.

daha fazlasını yükler. Öyleyse bu sınıflandırma, olsa olsa bir genelleme-yi işaret edebilir²¹³ ve insan haklarını daha iyi anlamaya yönelik bir çabanın sonucudur.²¹⁴

Söz konusu sınıflandırmaya yöneltilen bir başka eleştiri de yeni kuşak hakları karşılamadığıyla ilgilidir. Buna göre bu sınıflandırma, yeni ortaya çıkan bir takım hakları açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Kuşaklara göre yapılan insan hakları sınıflandırmasında üçüncü kuşağı oluşturan ve ‘halkların hakları’ olarak bilinen hakların, klâsik insan hakları sınıflandırmasında yeri belirsizdir. Söz konusu bu haklar, birçok yönden kendinden önceki haklardan farklılık göstermekte olup Jellinek’in sınıflandırmasında konumlarının belirlenmesi oldukça zordur.²¹⁵ Bu konudaki diğer bir eleştiri, söz konusu sınıflandırmanın insan hakları arasında bir hiyerarşi yarattığıdır. Buna göre, insan haklarının bir bütün olarak yönelmiş olduğu tek amaç olan insan onurunun korunması bakımından negatif statü hakları, pozitif statü haklarına göre daha önemli ve vazgeçilmez bir nitelik arz etmektedir²¹⁶ ve daha korunmaya layıktır.²¹⁷ Diğer taraftan pozitif statü hakları, müdahaleci bir devlete yol açma riskini potansiyel olarak bünyesinde barındırmaktadır. İnsan haklarını ihlâl etmeye aday iki varlıktan en önemlisi devlet; diğeri ise, suçlulardır. İnsan hakları için asıl ve en büyük tehlike devlettir. Bu gerçek karşısında devletin sınırlandırılması çok önemli olup devletin müdahale alanını mutlak şekilde genişleten pozitif haklar bu anlamda yaşamsal bir sorun teşkil etmektedir.²¹⁸ Bu haklar devleti sınırlamayıp kendiliklerinden var olmadıkları, devletin müdahalesini gerektirdikleri için insan hakkı olamazlar.²¹⁹ “Yarım insan hakkıdır”²²⁰

²¹³ Algan, s. 39.

²¹⁴ Bulut, Sosyal Haklar, s. 36; karşı görüş için bkz., Erdoğan, Demokrasi, s. 186.

²¹⁵ Bu yöndeki görüşlerden biri için bkz. Algan, s. 39.

²¹⁶ Uygun, Kuram, s. 35.

²¹⁷ Algan, s. 40.

²¹⁸ Coşkun, s. 604, 606.

²¹⁹ Uygun, Kuram, s. 32.

²²⁰ Isabelle Boucobza/Tatiana Grundler/ Marc Pichard/ Diane Roman, “Fransız Öğretisi Söylevinde Sosyal Haklar: İnkâr ve Kabul Arasında”, Çev.: Hülya Dinçer-İrem Yeşiltürk, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayinevi, İstanbul 2012, s. 75. Diğer taraftan; pozitif statü hakları, negatif statü haklarının hayata geçmesine de engel teşkil etmektedirler. Pozitif statü haklarını yaşanır hale getirmek amacıyla devletin müdahalesinin gerekli ve meşru görülmesi, beraberinde zorlamayı, müdahaleyi getirecek ve sonuç olarak ta hukuk

a.1- Negatif Statü Hakları

Negatif statü hakları, kişileri devlet müdahalesine karşı koruyan hak ve özgürlükler olup, insan haklarına hukuksal güç kazandırma çabalarının ilk sonuçlarıdır.²²¹ Bu statüde yer alan haklar, ancak devletin bunlarla ilgili olumsuz bir tutum takınmasıyla sağlanabilirler. Başka bir ifadeyle, bu hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi, bireylerin bundan yararlanabilmesi için devletin, bunlara müdahale eden gerek kendi organları gerekse üçüncü kişileri durdurmak dışında herhangi bir katkıda, eylemde bulunmasına gerek yoktur.²²² Çünkü bunlar nitelikleri gereği kendiliklerinden ya da hak sahibinin kendisi tarafından gerçekleştirilen haklardır. Örneğin, kişinin konutuna güvenlik kuvvetleri ancak hukukun tayin ettiği sınırlar içerisinde girerlerse bu hak gerçekleşmiş olur.²²³

Negatif haklar, başta devlet olmak üzere herhangi bir kişi ya da kuruma bir başkasına yardım etme görevi yüklememektedir.²²⁴ Ne devletin ne de diğer bireylerin bu hakları ihlâl etmekten uzak kalmak dışında herhangi bir yükümlülükleri yoktur.²²⁵ Negatif statü hakları, aynı zamanda bireylerin devlet tarafından aşılp dokunulamayacak olan özel alanının sınırlarını çizmekte²²⁶; güvenceli bir alan yaratmaktadır.²²⁷ Bu yönüyle söz konusu haklar, bireyin içinde devlet olmaksızın gerek bireysel gerekse toplumsal yaşamını düzenleyebilmesi, hayatını devam ettirebilmesi için devletten özgür kalma hakkıdır. Bireye devlete karşı bir savunma imkânı vermektedir.²²⁸ Bu nedenlerle ki “koru-

devletini, bireysel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracaktır. Coşkun, s. 606.; İyi bir eğitim hakkı, her ailenin uygun bir eve sahip olma hakkı, uygun tıbbi tedavi imkânları elde etme hakkı, ekonomik korkulardan korunma hakkı ve buna benzer haklar doğada kendiliğinden var olan haklar değildir. Bütün bunları kim sağlayacak sorusunun cevabı da ister istemez devlet müdahalesini getirecektir. Rand, İnsan, s. 321.; Pozitif statü haklarının etkisi, aynı zamanda siyasal ve sivil haklar olan negatif statü haklarını ahlaki zorlayıcılık alanının dışında itip bir ideale dönüştürecektir. Oysaki bir hakkın anlaşılmasında, hayata geçmesinde hiçbir şey o hakkın bir ideal olmadığını kabulünden daha önemli değildir. Cranston, s. 315.

²²¹ Aybay, s. 59.

²²² Atar, s. 114.; Algan, s. 38.

²²³ Atar, s. 114.

²²⁴ Bulut, Sosyal Haklar, s. 35.

²²⁵ Rand, İnsan, s. 45.

²²⁶ Kapani, Hürriyet, s. 6.; Gözler, s. 508.

²²⁷ Erdoğan, Demokrasi, s. 185.

²²⁸ Gören, Temel Hak, s. 28.

yucu haklar” olarak da anılmaktadır.²²⁹ Böylelikle kişiler, insan olarak varlıklarını devam ettirme, kendilerini ifade ve gerçekleştirme imkânı elde ederler; kişiler ve gruplar arasında özgür etkileşim, iletişim ve örgütlenme sağlanır; toplum içinde düşünceler serbestçe dolaşır.²³⁰

a.2- Pozitif Statü Hakları

Pozitif statü hakları devletin olumlu müdahalesi olmaksızın gerçekleşemeyecek haklar olup birey bu haklarını ancak devletin fiilî müdahalesi ve eylemlerinin katkısı ile kullanabilir.²³¹ Bu hakların sağlanabilmesi için devletin başta sosyal kamu hizmetleri ve sosyal politikalar ile bireyleri kendi haline bırakmak yerine onlarla aktif bir şekilde ilgilenerek bir takım imkânlar ile donatacak faaliyetlerde bulunması gerekir.²³² Başka bir ifadeyle, söz konusu bu haklar, devlete ve onun kurumlarına belli bir biçimde davranma yükümlülüğü getiren hak ve yetkileri ifade etmektedir.²³³ Bireyin özgürlüğüne devlet olmaksızın kavuşmadığı, tersine, özgür varlığının korunması için devletin tedbir ve tedariklerine ihtiyaç duyduğu bir durumdur.²³⁴ Böylelikle bireyler, devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım ve katkı isteme imkânına kavuşmaktayken²³⁵, devletin sosyal alanda belli ödevler ve fonksiyonlar üstlenmesi durumu ortaya çıkmaktadır.²³⁶ Örneğin, devlet, malî imkânları ölçüsünde bireylerin eğitilmesi, tedavi edilmesi, barınacağı yeri yoksa konut sağlanması gibi imkânları hazırlamak ve sunmak zorundadır.²³⁷ Bu nedenle kamuya ait kaynakların toplumsal adalete uygun bir şekilde dağılımının sağlanması oldukça önemlidir. Bunun içinde devlet yönetiminde saydamlık ve katılımcı demokratik bir ortamın varlığı çok önemlidir.²³⁸ Diğer taraftan söz konusu haklar

²²⁹ Atalay, Temel Haklar, s.440; Gözler, C.II, s. 508.

²³⁰ Erdoğan, Demokrasi, s.185; Kişi dokunulmazlığı, kişi hürriyeti, özel hayatın gizliliği, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğü gibi önemli hak ve özgürlükler içeren negatif statü hakları, 1982 Anayasası'nda "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlığı altında düzenlenmişlerdir.

²³¹ Algan, s. 38.

²³² Erdoğan, Demokrasi, s. 186.

²³³ Bulut, Sosyal Haklar, s. 35.

²³⁴ Gören, Temel Hak, s. 29.

²³⁵ Gözler, s. 528.; Atar, s. 114.

²³⁶ Kapani, Hürriyet, s. 6.; Gözler, s. 508.

²³⁷ Atar, s. 114.

²³⁸ Aybay, s. 63.

1982 Anayasası'nın, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı bölümünde düzenlenmişlerdir.

Bireye devletten bir şey isteme hakkı tanıdığı için "isteme hakları", Fransa'da ise "hizmet hakları" denilmektedir. Aynı zamanda bu haklar sosyal devlet anlayışının sonuçları olduğundan "sosyal haklar" olarak da ifade edilmektedir.²³⁹ Bu yönüyle toplumun sosyo-ekonomik bakımdan güçsüz olan kesimlerinin insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürebilmeleri için devletin önlemler almasını veya doğrudan doğruya edimlerde bulunmasını gerektirmektedir.²⁴⁰ Bu açıdan sosyal haklar, sosyal devlet bağlamında toplumsal eşitlik amacına yönelmiş haklar olarak tanımlanabilir.²⁴¹ Bu haklar sayesinde, sosyal eşitsizlikler azalacak, toplum içindeki sosyo-ekonomik bakımdan zayıf olanlar korunacaktır.²⁴² Pozitif statü hakları, sosyal devletin gelişim seyrine paralel bir artış göstermiştir.²⁴³ Türk Hukuku'nda bu alanda devlete, malî imkânları ölçüsünde yükümlülük getirilmiştir. Devletin, ekonomik ve sosyal alanlarda Anayasa ile hüküm altına alınan görevleri konusunda, olumlu-pozitif edimde bulunma yükümlülüğüne 2001 yılı Anayasa değişikliklerinden önce metinde yer alan, "ekonomik istikrarın gözetilmesi" ibaresi ile tür mazeret nedeni getirilmiştir.²⁴⁴ Söz konusu bu kriter hem 1961 (md.53) hem de 1982 (md.65) Anayasa'larında yer almış, sosyal ve ekonomik alanda, devletin görevini malî kaynakların yeterliliği ölçüsüyle sınırlamıştır. Bu durumun sosyal hakların, Türk Hukukunda tarihinde birinci kuşak haklardan farklı özellikte ve anlamda algılandığı ve ikincil bir konuma itildiğinin göstergesi olduğu, bunun insan haklarının bütünlüğü ilkesine ve dolayısıyla da insan hakları kuramına aykırı olduğu, insan haklarının tamamının bir bütün ve aynı değerde olduğu ifade edilmektedir.²⁴⁵

²³⁹ Gözler, s. 508.

²⁴⁰ Bulut, Sosyal Haklar, s. 35.

²⁴¹ Ö. İbrahim Kaboğlu, "Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları", içinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 29.

²⁴² Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 1995, s. 100.

²⁴³ İba, s. 100.

²⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut Gülmez, "Türkiye'de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa'da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar", içinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 136-137.

²⁴⁵ Adil Şahin, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal Ve Kültürel

1982 Anayasası'nın 65. maddesinin gerekçesinde, maddenin hiç kimseye devletten sosyal ve ekonomik hakların gerçekleşmesini isteme hakkı vermediği, bu hakların devlete yüklenen ödevlerden oluştuğu belirtilmiştir.²⁴⁶ Buna dayanarak olumlu edimler gerektiren hakların sadece Anayasada yer alıyor olmasının bireylere subjektif kamu hakkı tanımadığı ve bu hakların "program hükümler" niteliği taşıdığı²⁴⁷, yasama organının bu konudaki takdir hakkını denetleyecek başka bir ifadeyle hareketsizliğini müeyyidelendirecek hukuksal bir yolun bulunmadığı ileri sürülmüştür.²⁴⁸ Ancak bu düşünceye karşı çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre, sosyal devlet anlayışı temelinde yorum yapılarak Anayasa'nın negatif statü şeklinde düzenlediği alanlarda bile devletten olumlu edimlerde bulunma hakkı garantilenmiş sayılmalıdır.²⁴⁹

Diğer taraftan, yolsuzlukların olmadığı, kaynakların işletilip kalkınmanın teşvik edildiği, varlıkla orantılı vergi alındığı bir devlette malî kaynakların yetersizliği sonucu ortaya çıkmayacaktır. Söz konusu bu kriter, sadece devletin ekonomik ve sosyal ödevlerindeki bir sınırlamaya meşruiyet kazandırabilir. Ancak bu durumda da, ekonomik ve sosyal alandaki hakları sınırlanan bir birey, devletin aksaklıklarını öne sürerek devletin görevlerini yerine getirmediğini ispatlarsa devlet kusurlu dolayısıyla sorumlu sayılacaktır.²⁵⁰ Benzer nitelikteki başka bir görüşte ise söz konusu kriterin, ekonomik ve sosyal haklar bakımından bir sınırlama anlamı taşıyacağı açıksa da bu, devletin bu haklara ilişkin görevlerinden tümüyle sıyrılabileceği anlamına gelmez. Ayrıca "Madde metni devletin sosyal ve ekonomik haklara ilişkin görevlerini yerine getirip getirmemesiyle değil; bu görevleri ne şekilde ve derecede yerine getireceğiyle ilgilidir"²⁵¹ ifadelerine yer verilmiştir.

Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", *AÜHFD*, Sy.59, 2010, s. 754.

²⁴⁶ Anayasa'nın 65. maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözde Atasayan, "Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırı", *KHÜHFD*, C.1, Sy.1, 2013, s. 94-103.

²⁴⁷ Değişiklik gerekçesi bkz. TBMM, *Tutanak Dergisi*, Dönem: 21, Sy.3.

²⁴⁸ Bu yöndeki görüş için bkz. Ergun, s. 112.

²⁴⁹ Bu yöndeki görüşlerden biri için Gören, Temel Hak, s. 31.

²⁵⁰ Betül Aslan, Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişim Hakkı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 146.

²⁵¹ Algan, s. 281.

AYM de²⁵² örneğin devletin, vatandaşların sosyal güvenliğini, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirirken sigortacılığın niteliğine uygun olarak kimi sınırlamalar getirebilirse de sosyal hakları kullanamayacak hale getiren düzenleme yapamayacağına hükmetmiştir. 2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile 1982 Anayasası md.65 de yer alan, “ekonomik istikrarın korunmasını gözetme” kaydı yerine, “bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme” kaydı getirilmiştir. Söz konusu bu değişiklik öğretide kısmî bir iyileşme olarak değerlendirilmiştir.²⁵³

Diğer taraftan bu kısmî iyileştirme AYM kararlarına da henüz yansımış değildir. Yüksek Mahkeme, bazı yasal düzenlemeler konusunda siyasal iktidarı sınırlayan kararlar vermişse de sosyal haklar üzerine yeterli açılımı yapamamış²⁵⁴ değişiklikler sonrası, hak-ödev ilişkisini yeniden yorumlayamamıştır.²⁵⁵ Konu 1982 Anayasası'nın 5.

²⁵² 1999/42 E, 2001/41 K, 23.02.2001, 23.11.2001 tarihli ve 24592 sayılı Resmi Gazete.
²⁵³ Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 29. Türkiye'nin yakın bir tarihte taraf olduğu Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin (ESKUS) 2. maddesi taraf devletleri Sözleşmede yer alan hakların hayata geçmesi için yapacakları girişimleri, “kaynakların var gücüyle” yerine getirecekleri ibaresi taşımaktadır. Devletin yükümlülükleri çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, “malî kaynakların yeterliliği”, ifadesinin Sözleşmedeki bu ibarenin çok gerisinde olduğu görülmektedir. Sözleşmenin tam metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/83-93.pdf>.

²⁵⁴ Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 29.

²⁵⁵ Kaboğlu, Sosyal Haklar, s.20, AYM'nin, 2005/52 E, 2007/35 K, 03.04.2007 sayılı kararı şöyledir: “Anayasa'nın 56. Maddesinin üçüncü fıkrasında Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü olduğu, son fıkrasında da sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabileceği öngörülürken, bu maddede Devlete verilen görevin Anayasa'nın 65. Maddesinde belirtilen malî kaynakların yeterliliği ölçüsüyle sınırlı olduğu kuşkusuzdur. Diğer taraftan, sağlık yardımları için sigortalıdan katkı payı alınabileceği uluslararası sözleşmelerde de öngörülmüştür. Nitekim “Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin Uluslararası Çalışma Örgütü”nün 102 sayılı Sözleşmesinin 10. Maddesinde, sağlık yardımından faydalananlar veya bunların aile reislerinin, hastalık halinde yapılacak sağlık yardımı masraflarına iştirak ettirilebileceği, bunun ilgiliye ağır bir yük getirmeyecek şekilde tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Avrupa Konseyi çerçevesinde oluşturulan Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'ne göre de, korunan kimselerin doğrudan katkıda bulunmaları olanaklıdır. Sosyal Devlet ilkesi gereğince sağlık hizmetlerinden herkesin faydalanmasının gerçekleştirilebilmesi ve sürdürülebilmesi, sunulan hizmetlere bazı durumlarda katkı yapılmasını zorunlu kılabilmektedir. Bu nedenle sağlık hizmetlerinden herkesin yaygın ve eksiksiz olarak faydalanma amacını gerçekleştirmek için sunulan hizmete katkı sağlanmasını öngören kuralın, sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülemez.”

madde bağlamında da ele alınmıştır. Söz konusu madde, devleti kişileri ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak için, kişinin temel hak ve özgürlüklerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak biçimde sınırlayan engelleri kaldırmakla görevlendirmiştir. Bununla birlikte bu hükümden devletin olumlu edimlerin dağıtılmasında bireyleri veya grupları bundan yoksun kılamayacağı emrinin veya onun olumlu edimler dağıtmak zorunda olduğu sonucunu çıkarmanın şüpheli olacağı belirtilmiştir.²⁵⁶ Ancak bu görüşe “özel gelişim hakkı” bağlamında karşı çıkılmış, devletin, özel gelişim hakkının varlığının tüm alanlarda kabul edilmesi ve hayata geçirilmesiyle sorumlu olduğu; adı geçen madde metninde geçen konuların devletin görevi olmasının yanı sıra amacı olması sebebiyle de devletin bu konulara ilişkin aykırı işlem ve eylemlerinin çağdaş hukuk düzeninde yok hükmünde olduğu²⁵⁷ ifade edilmiştir

a.3- Aktif Statü Hakları

Aktif statü hakları en net bir şekilde katılma hakkı olarak nitelendirilebilirler.²⁵⁸ Bireylerin siyasal katılımını sağlamaktadırlar²⁵⁹ Siyasal görüş ve tutumlarını açıklama, örgütlenme, oy kullanma, referandum, seçme ve seçilme yollarıyla vatandaşa, devlet ve toplum yönetiminde söz sahibi olma ve kararlara katılma yetkisi veren siyasal haklardır.²⁶⁰ Vatandaşlar böylelikle hem siyasal iktidarın oluşumuna hem de kullanımına katılmakta, devlet karşısında aktif bir konum kazanmaktadır.²⁶¹ Başka bir ifadeyle aktif statü, bireyin özgürlüğünü devlet kanalıyla ama devlet için kullandığı bir durumdur.²⁶² Söz konusu haklar genellikle vatandaşlara tanınmış olup olmayanları, anayasalar çoğu zaman katılma haklarının tamamından veya büyük bir kısmından

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gören, Temel Hak, s. 30-32.

²⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, Gelişim Hakkı, s. 101-103.

²⁵⁸ Algan, s. 38.

²⁵⁹ Öğretide, bu hakların fonksiyon ve nitelikleri dikkate alındığında, siyasal katılma hakları olarak nitelenmesinin daha doğru olacağı belirtilmektedir. Cem Eroğul, *Anatüze Giriş*, İmaj Yayınevi, 8.baskı, 2005, s. 25.

²⁶⁰ Kapani, *Hürriyet*, s. 6.; *Gözler*, s. 509.; *Atar*, s. 114.; *Siyasal parti kurma hakkı, siyasal faaliyette bulunma hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, dilekçe hakkı aktif statü-katılma hakkına diğer örnekler olarak gösterilebilir.*

²⁶¹ Erdoğan, *Demokrasi*, s. 186.

²⁶² Gören, Temel Hak, s. 28.

yoksun bırakırlar.²⁶³ Bir bakıma katılma hakları vatandaşlık hakları ile somutlaşmış biçim alırken aynı zamanda garanti de edilmiş olur. Herhangi bir birey, vatandaşlık haklarından yararlanıyorsa, bireyin özgürlüğü devlet hizmetine girerken devlette, bireyin özgürlüğünü kullanabileceği bir alan haline gelecektir. Bireysel özgürlük ile devlet düzeni böylelikle birbirleriyle çelişmeyecek fonksiyonel açıdan birbirlerini tamamlayacaklardır.²⁶⁴

b) Kuşaklara Göre Hakların Sınıflandırılması

İnsan haklarının kapsam ve içerik olarak göstermiş olduğu dinamik özellik karşısında klâsik sınıflandırmanın yetersiz kalması üzerine henüz tam anlamıyla anayasalarda yer almasa da insan hakları ile ilgili yeni bir takım sınıflandırmalara gidilmiştir.²⁶⁵ Bunlardan biri Karel Vasak'ın klasikleşmiş ayrımı olup buna göre insan hakları; birinci, ikinci ve üçüncü kuşak olmak üzere üç kategoriye ayrılmaktadır.²⁶⁶ Bu ayrım ilk kez Fransız Hukukçu Vasak tarafından 1979 yılında, hakların tarihsel olarak ortaya çıkışları²⁶⁷, tarihsel evrimleri²⁶⁸ dikkate alınarak önerilmiş olup, bir bakıma insan haklarının geçmiş ve gelişim çizgisini ortaya koymaktadır.²⁶⁹

XX. yüzyılın sonlarından geçmişe doğru bir göz atıldığında insan haklarının iki yüzyıllık gelişim sürecinde üç dönem gözlenebilir.²⁷⁰

²⁶³ Erdoğan, Demokrasi, s. 186.

²⁶⁴ Gören, Temel Hak, s. 28.; Bu konuda son olarak devletin söz konusu haklar bakımından üstlendiği edimin niteliğinin hakkın yapısına bağlı olarak değiştiğini belirtmek gerekir. Bu edim bazen negatif karakter taşıırken bazen pozitif karakter taşıyabilecektir. Örneğin devlet, özgür ve adil bir seçim ortamının yaşanabilmesi için bir yandan bireylerin aday olmalarını, propaganda yapmalarını engellemek gibi negatif bir edimin yükümlüsüken; bir yandan da, siyasi partilere yeterli düzeyde ve hakça mali yardımda bulunmak, dürüst ve adil bir seçimin gerçekleşmesi için gereken önlemleri almak şeklindeki pozitif edimlerin yükümlüsüdür. Algan, s. 38-39.

²⁶⁵ Atar, s. 115.

²⁶⁶ Şahin, s. 717.

²⁶⁷ Gözler, s. 511.; Algan, s. 46.; Atalay, Temel Haklar, s. 440.

²⁶⁸ Ö İbrahim Kaboğlu, "Çevre Hakkı Karşısında İdare ve Yurttaş", İçinde: Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan, 1992, s. 30.

²⁶⁹ Tepe, s.9

²⁷⁰ Ö. İbrahim Kaboğlu, "İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı(İnsan Hakları Evresel Bildirgesinden Günümüze)", AYD, Sy.9, 1992, s. 122.

Bunlar “insan haklarının üç kuşağı” olarak da adlandırılabilir.²⁷¹ Söz konusu ayırım öğretilerinde, evrim sürecine göre sınıflandırma olarak adlandırılmaktadır.²⁷² Bugüne kadar ortaya çıkmış olan hakları “birinci kuşak”, “ikinci kuşak”, “üçüncü kuşak” haklar şeklinde üç büyük tasnife ayırarak incelemek genel kabul gören bir yaklaşımdır.²⁷³

İnsan haklarının evrimci özelliği, hak ve özgürlüklerin devam eden süreç olarak dinamik bir yapıya sahip olduğu anlamına gelmektedir.²⁷⁴ Geçmişten içinde yaşadığımız ana kadar gözlenebilen bu özellik gelecek içinde geçerlidir.²⁷⁵ Günümüzde hemen hemen her konunun insan haklarına ilişkin bir yönü keşfedilmekte bu da sürekli olarak yeni hakları ortaya çıkarmakta,²⁷⁶ var olanların da değişen koşullara uygun olarak yeniden yorumlanmasını sağlamaktadır.²⁷⁷ Daha öncesinde de belirtildiği gibi insan haklarının bir ‘ulaşılacak hedefler programı’²⁷⁸ olduğu gerçeği dikkate alındığında insan hakları olarak ileri sürülen haklar listesinin, değişen zaman ve koşullara bağlı olarak değişip gelişeceği görülecektir. Bu da kuramsal olarak konjonktüre bağlı bir şekilde yeni insan haklarından ve hattâ yeni kuşaklardan bahsedilmesini mümkün hale getirmektedir.²⁷⁹

Diğer taraftan insan hakları kuşakları birbiri ile mantıksal bir ilişki içindedirler. Birbirlerinin üzerinde ve birbirlerine bağlı olarak yükselmişlerdir.²⁸⁰ Aynı uygarlık sisteminin parçaları olup, her bir

²⁷¹ Kaboğlu, İnsan Hakları, s. 122.

²⁷² Kaboğlu, Genel Esaslar, s. 225.

²⁷³ Uygun, Kuram, s.15; Eroğlu, s. 7.; Bunun üç önemli nedeninin olduğu belirtilmektedir:1) Söz konusu sınıflandırma, daha öncesinde de ifade edildiği gibi insan hakları kuram ve uygulamasının tarihsel gelişimi ile paralellik göstermektedir. 2) Hakların oluşum sürecindeki toplumsal dinamiklerin daha iyi anlaşılmasını kolaylaştırmaktadır. 3) Bu sınıflandırma, hakların nitelikleri dikkate alınarak yapılacak bir başka sınıflandırma ile belli ölçülerde örtüşmektedir. Uygun, Kuram, s. 16.

²⁷⁴ Ö. İbrahim Kaboğlu, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar”, İçinde: Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara 2001, s. 104.; Aslan, Gelişim Hakkı, s. 32.

²⁷⁵ Kaboğlu, Genel Esaslar, s. 225.

²⁷⁶ Atalay, Sanat Özgürlüğü, s. 47.; Kaboğlu, İnsan Hakları, s. 121.

²⁷⁷ Algan, s. 46.

²⁷⁸ Kapani, Hürriyet, s. 14.

²⁷⁹ Algan, s. 47. Başka bir ifadeyle, hak ve özgürlüklerin gelişime açık yönünü yansıtan, kuşaklara göre sınıflandırmanın önu açıktır. Gelecekte ortaya çıkıp tanınacak olan insan hakları yeni bir kuşak olarak incelenebilecektir. Örneğin tıp biliminde yaşanan kimi gelişmeleri dikkate alan bazı görüşlerde, bu çerçevede dördüncü kuşak haklardan bahsedilmektedir. Kaboğlu, Genel Esaslar, s. 225.

²⁸⁰ Algan, s. 47.

hak gurubu diğerinin varlık nedeni²⁸¹, olmasa olmaz şartıdır.²⁸² Başka bir ifadeyle birinci kuşak haklar ikinciyi, ikinciler ise üçüncü kuşak hakları doğurmuşlardır.²⁸³ İnsan haklarının bütünlüğü ve karşılıklı bağımlılığı sonucunda gerek kişisel ve siyasal haklar, gerekse de ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasında bir ilişki vardır.²⁸⁴

b.1- İlk Hakların Otaya Çıkışı ve Birinci Kuşak Haklar

Klâsik ya da geleneksel haklar veya kişi özgürlükleri ve siyasal haklar, bireysel hak ve özgürlükler olarak da adlandırılan birinci kuşak haklar, ilk haklar demeti olarak büyük ölçüde aristokrasi ile burjuva sınıfı arasındaki sınıf çatışmasına dayanmaktadır.²⁸⁵ Bu iki sınıf

²⁸¹ Atalay, Sanat Özgürlüğü, s. 51.

²⁸² Bulut, Sosyal Haklar, s. 24.; Hak ve özgürlüklerin kullanımı zaman ve mekân çatışması yaratabilir. Bazen bir hakkın kullanımı diğerinin varlık ve geçerlilik alanını etkileyebilir. Bu durumda 'uzlaşma tekniği' özgürlükler hukukunun başvuru bir ilkedir. Kaboğlu, Kültürel Haklar, s. 107.

²⁸³ Algan, s. 47.

²⁸⁴ Atalay, Sanat Özgürlüğü, s. 51.; AİHM, 1979 tarihli, Airey-İrlanda kararında konuya ilişkin yaklaşımını ortaya koymuştur. Kocasından şiddet gördüğü gerekçesiyle boşanmak isteyen ancak maddi zorluklar nedeniyle avukat yardımından yararlanamayan kadının başvurusunda, sadece ceza hukukuna ait olan ücretsiz avukat sağlama yükümlülüğünün, medeni hukuk alanına aktarılacağını belirtmiştir. Bu kararını gerekçelendirirken, medeni ve siyasi hakların birçoğunun ekonomik ve sosyal düzende etkileri olduğunu, ekonomik ve sosyal haklara karışmayan gerekçesiyle bu yorumu dikkate almamanın hiçbir mantığı nedeninin olmamayaacağını, sosyal ve ekonomik hakları AİHS den 'ayırarak sızdırmaz duvarın' olmadığını belirtmiştir. Karar hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Jean-Pierre Marguenaud, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşmenin Geniş Yorumu", Çev.: Gülden Kurt, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 223.; Bu çerçevede siyasal iktidara, insan haklarının bir bütün olarak işlerlik kazanacağı, temel hak ve özgürlük haline geleceği ortamı hazırlamak görevi düşmektedir. İnsan hakları arasından herhangi birini çıkarmak ya da etkisiz hale getirmek söz konusu bütünlüğü bozar ve diğer hakları da anlamsız; içi boş hale getirir. Demokrasi ve insan haklarının Batı'daki gelişim süreci de bunu ispatlamaktadır. Başlangıçta, baskı yokluğu, beden ve düşünsel dünyada bağımsız olma şeklinde anlaşılan özgürlük daha sonra siyasal haklar aracılığıyla devlet yönetimine katılımı da içerir bir anlama kavuşmuş ardından da sosyo-ekonomik koşullarını böyle bir özgürlük anlayışını soyut ve anlamsız hale getirdiği gerekçesiyle, sosyal haklar çerçevesinde insanın özgürleştirilmesi gündeme gelmiştir. Bulut, Sosyal Haklar, s. 25. Belirtilmelidir ki, birinci kuşak, 'insan kişiliğinin korunmasına ilişkin medeni ve siyasal hakları'; ikinci kuşak, insanın onur içinde yaşamasını amaçlayan 'ekonomik, sosyal ve kültürel hakları'; üçüncü kuşak ise, insanın uygun çevrede ve barış içinde yaşamasını amaçlayan 'dayanışma haklarını' Atar, s. 115. veya 'grup haklarını' kapsamaktadır. Tepe, s. 9.

²⁸⁵ Muzaffer Sencer, "İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi", AİD, C.23, Sy.2,

arasındaki çelişki ve menfaat çatışması kendisini özellikle siyasal haklarda göstermiştir.²⁸⁶ Şöyle ki XVIII. yüzyıl Batı Avrupa'sında özellikle de Fransa'da, artan ticarete bağlı olarak ekonomik yönden güçlenen burjuva sınıfı bunu siyasal alana da taşımak istemiş ancak burada, ekonomik gücünü kaybeden ancak siyasal gücünü korumak isteyen aristokrasinin direnci ile karşılaşmıştır. Bir mücadeleye dönen bu sürecin galibi ise burjuva sınıfı olmuştur.²⁸⁷ Söz konusu bu mücadele, eşitlik, mücadele ve özgürlük kavramlarının ortaya çıkmasına neden olarak çelişkiler üzerine kurulu feodal çağın kapanmasına neden olurken, beraberinde aslında burjuvazinin sınıfsal çıkarlarını temsil eden bir hak ve özgürlükler demetini de getirmiştir.²⁸⁸ Söz konusu bu haklar, büyük fikir akımlarının da etkisiyle dönemin hak bildirilerinde yer alarak hukuk düzeninin yapı taşı haline gelmişlerdir.²⁸⁹

Özellikle Fransız Devrimi, genellikle bireyciliğin büyük zaferi olarak kabul edilmektedir. XVII ve XVIII. yüzyıl boyunca çeşitli düşüncüler tarafından savunulan bireycilik, geleneksel toplumun üzerine inşa edildiği topluluk içi bağların ve bağımlılık ilişkilerinin yıkılması ve öncelikle de siyasal iktidar karşısında bireye özerk bir alan tanınması düşüncesidir.²⁹⁰ Kişi, tek ve önemli bir değer olarak kabul edilirken toplumun amacının ona hizmet olduğu düşüncesi ortaya çıkmıştır.²⁹¹

1990, s. 4. ; Algan, Hakların Korunması, s. 34.

²⁸⁶ Kaboğlu, Genel Esaslar, s. 225.

²⁸⁷ Algan, s. 35.

²⁸⁸ Kaboğlu, Genel Esaslar, s. 226.

²⁸⁹ Kaboğlu, Genel Esaslar, s. 226.

²⁹⁰ Mehmet Ali Ağaoğulları, "Fransız Devriminin Birey-Devlet İlişkisi", *AÜSBFD*, C.XLIV, No:3-4, 1989, s. 195.

²⁹¹ Mehmet Akad, "1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin Getirdiği Özgürlük Anlayışı ve Türk Anayasalarına Etkisi", *MÜHAD*, s. 30., Sayı belirtilmemiş; Özgür hale gelen insan, bugünkü hak ve özgürlüklerini kazanarak toplum karşısında "özerk varlığı olan birey" kimliğini kazanmıştır. Sencer, s. 3.; Fransız İnsan ve Yurttaşlık Hakları Bildirisi kendi kendine yeten, ne devletin ne üçüncü kişilerin karışabildiği, yaşam şeklini ve davranışlarını serbestçe belirleyebilen insanın, ortaya çıkışının bir belgesi niteliğindedir. Ağaoğulları, s. 195.; Kaboğlu, Genel Esaslar, s. 226. Doğal haklar" da, söz konusu akımı oluşturan düşünceden bir diğeridir. Buna göre, insanlar doğuştan eşit varlıklar olup doğaları gereği bir takım haklara sahiptirler. Yasa koyucu tarafından tanınmaları ya da ortadan kaldırılmaları söz konusu değildir. Mutlaka yasal haklar şeklinde ortaya çıkmaları gerekmemektedir. Neval Oğan Balkız, "Hukuk Dogmatikliği Çerçevesinde İnsan Haklarını Tanımlama ve Kavramı Temellendirme Sorunu", *HFSA*, 13.Kitap, 2005, s. 58.

Başta Fransız İnsan ve Yurttaşlık Hakları Bildirisi olmak üzere burjuva devrimleri sonrası ortaya çıkan hak bildirimleri, doğal hukukun pozitifleşmesi olarak nitelenmektedir.²⁹² Bildiri, insanın tabii, zaman aşımına uğramaz nitelikte sayılan bu haklarını, özgürlük, güvenlik, mülkiyet ve baskıya karşı direnme olarak belirtmektedir.²⁹³ O güne kadar gelen kurumsal birikimlerin ve kazanılmış bir mücadelenin somutlaşmış bir belgesi olarak, insan haklarının bir listesi tüm dünyaya ilan edilmiştir.²⁹⁴

Bildirinin aynı zamanda başlığı olan, "İnsan ve Yurttaş Hakları" ibaresinden de anlaşılacağı üzere sadece Fransız Halkı'na değil tüm insanlığa yönelik evrensel bir haklar demetidir.²⁹⁵ Bildiride kullanılan evrensel nitelikli formüller²⁹⁶ ve Bildiri'nin XVIII. yüzyıl dünyasında İngilizceye göre daha yaygın bir dil olan Fransızca kaleme alınmış olması da onun evrenselliğini ve etki alanını artırmıştır. Tüm dünya insan haklarını, aslında tarihsel olarak daha eski olan Amerikan Bildirilerinden değil Fransız Bildirisinden öğrenmiştir.²⁹⁷ Böylelikle bütün dünyada geçerli olan evrensel bir insan hakları anlayışı yerleşmiştir.²⁹⁸

²⁹² Cranston, s. 311.; Balkız, s. 58.

²⁹³ Savcı, Koruma, s. 8.; Akad, s. 30.

²⁹⁴ Algan, s. 35.; Bu Bildiri ile o zamana kadar hiçbir değer ve anlam ifade etmeyen insana, büyük çapta hak ve özgürlükler tanınarak bunların kanunlarda da yer alması sağlanmıştır. Akbulut, s. 3. Kendisinden önceki dönemin sosyo-politik koşullarından şekillenerek gelmiş, Akad, s. 29.; önce Avrupa'yı sonra tüm dünyayı etkisine almıştır. İsmet Giritli/Jale Sarmaşık, Anayasa Hukuku Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku İstanbul 200, s. 72.

²⁹⁵ Akad, s. 30.

²⁹⁶ Giritli/Sarmaşık, s. 72.

²⁹⁷ Kapani, Hürriyet, s. 46.

²⁹⁸ Said Vakkas Gözlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi, 2.Baskı, Ankara 2002, s. 58.; Diğer taraftan Bildiri, bireye hak ve özgürlüklerden oluşan özerk bir alan tanımakta, bu hakların siyasal topluma ve devlete göre önceliğini vurgulamakta adeta devleti insana özgü niteliklerden yola çıkarak yeniden tanımlamakta, Ağaogulları, s. 195.; başta devlet olmak üzere bütün politik birleşmelerin temel amacının insanın tabii ve inkâr edilemez haklarının korunması olduğunu tüm dünyaya ilan etmektedir. Hayati Hazır, Anayasa Hukuku, Alter Yayınları, 3 Baskı, Ankara 2004, s. 87.; Cranston, s. 312. Böylelikle Bildiride, insanın doğuştan sahip olduğu tabii haklar yanında, ilk kez bireyin devlet yönetimine katılımını sağlayan seçme ve seçilme hakkı gibi siyasal nitelikli haklar ile, Gözlüğü, s. 58.; insan haklarının sağlanması ve korunması için gerekli olan kuvvetler ayrılığı, devlet iktidarının sınırlanması gibi anayasa esaslar yer almıştır. Kapani, Hürriyet, s. 46.; Savcı, Koruma, s. 9.

Devlet müdahalesinin sınırlanmasıyla sağlanan ve doğal haklar kuramına dayanan özgürlükler alanında²⁹⁹ insanın maddî ve manevî varlığını dilediği gibi gerçekleştirmesini amaçlayan³⁰⁰ ve genellikle kamu alanına ilişkin olan³⁰¹ birinci kuşak haklar bakımından kişinin en önemli ihtiyacı özgür olmaktır.³⁰² Başka bir ifadeyle, söz konusu hakların en önemli özelliği, başta devlet olmak üzere kendilerine siyasal iktidar emanet edilen kişilerin neyi yapamayacağını belirlemeleridir.³⁰³

b.2- İkinci Kuşak Hakların Ortaya Çıkışı ve Sosyal- Ekonomik-Kültürel Haklar

Fransız Devrimi sonunda, burjuvazinin gerek ekonomik gerekse siyasal yönden bütünüyle istekleri karşılanıp hayata geçmiştir. Bu süreç beraberinde bir takım yeni toplumsal eşitsizlikleri de gündeme getirmiştir. XVIII. yüzyıl sonlarında özellikle İngiltere’de başlayıp daha sonra Batı Avrupa’da kendini hissettiren sanayi devrimi sonucunda dönüşen toplum yapısı, yeni çelişkileri; buna bağlı olarak da yeni haklar mücadelesini başlatmıştır.³⁰⁴ Söz konusu haklar, anılan dönemde ortaya çıkan korkunç çalışma koşullarına duyulan tepkiye de tepki olarak doğan bir takım siyasî ve sosyal hareketlerle ilişkilidir.³⁰⁵ Meta üretiminin yaygınlaşmasının beraberinde emeğin metalaşması-

²⁹⁹ Mihriban Şengül, “Neoliberal Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı”, İçinde: Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Edt.:Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 367.

³⁰⁰ Bulut, Sosyal Haklar, s. 28.

³⁰¹ İrem Fatma Çağlar, “Feminist Perspektiften İnsan Hakları” HFSA, 7.Kitap, 2003, s. 40.

³⁰² Hakan Karakehya, “Ortaya Çıkışı, Kavramsal Gelişimi ve İçeriği İtibarıyla İnsan Hakları”, *KHHD*, Sy.69-70, s. 111.

³⁰³ Ö.İbrahim Kaboğlu, “Hak ve Özgürlükler Alanındaki Gelişmelerin Anayasa’ya Yansıtılması Sorunu”, *AYD*, Sy.11, 1995, s. 239. ‘bırakınız yapşınlar’ doktrininden esinlenen birinci kuşak haklar, Bulut, Sosyal Haklar, s. 29., AİHS’nin 2-21. maddelerinde şöyle sıralanmıştır: Yaşam ve özgürlük hakkı, kölelik yasağı, işkence yasağı, kişi olarak tanınma hakkı, etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı, keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma yasağı, adil yargılanma hakkı, mahremiyet hakkı, seyahat özgürlüğü, sığınma hakkı, vatandaşlık hakkı, mülkiyet hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme hakkı, katılma hakkı.

³⁰⁴ Algan, s. 35.

³⁰⁵ Boucobza/Grundler/Pichard /Roman, s. 71.

nı da getirmesi, çalışan kesimler için sosyal bir risk doğurmuş buna karşı korunmak için de yeni bir takım hakların varlığına ihtiyaç duyulmuştur.³⁰⁶ Burjuva devrimi, feodalizme son vererek toprağa bağlı köleliği sonlandırmışken söz konusu gelişmeler “ücrete bağlı köleliği” ortaya çıkarmıştır.³⁰⁷ Daha öncesinde de belirtildiği üzere, birinci kuşak haklar burjuvazi ile aristokrasi arasındaki çatışmaya dayanırken ikinci kuşak haklar, anılan süreç sonunda oluşan işçi sınıfı ile burjuvazi arasındaki sınıf çatışmasına dayanmaktadır.³⁰⁸ Klasik Liberalizmin savunduğu ve birinci kuşak hakların konusunu oluşturan insan hakları anlayışı aslında herkesi değil, sosyo-ekonomik olarak daha güçlü olanları koruyor³⁰⁹, küçük bir zümre yararlanabiliyordu.³¹⁰ Bireyci ve liberal düşüncenin devlete yüklemiş olduğu karışmama şeklindeki pasif rol, aslında toplumsal yaşamda yoksulluklar içindeki büyük kitlelerin tamamen kendi kaderlerine terkedilmeleri sonucunu doğuruyordu.³¹¹ Örneğin insanların yaşam hakkı vardı ama basit hastalıklar karşısında bile çaresizlik içindeydiler, ne doktora gidecek ne de ilaç alacak maddî güçleri yoktu; konut dokunulmazlıkları vardı ama konutları yoktu.³¹² İşçi sınıfı da, sanayi devrimi ile birlikte bu toplumsal ortamda doğdu ve toplumsal muhalefeti oluşturdu.³¹³

XIX. yüzyılın ikinci yarısında özellikle de XX. yüzyılın başında, 1776 Amerikan ve 1789 Fransız Bildirilerinde ortaya çıkan ve “hukuksal özgürlük” olarak nitelenebilecek hak ve özgürlüklerin, herkes için “gerçek özgürlük” haline dönüşmesi³¹⁴, sosyo-ekonomik yönden zayıf olan kesimlerin desteklenmesi,³¹⁵ işçi sınıfı tarafından yürütülen mücadelenin amacını oluşturuyordu. Bütün bu gelişmeler ve düşün-

³⁰⁶ Ş. Gürçağ Tuna, “Sosyal Hakların Analizi”, İçinde: Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu I Bildiriler, Düz.: Akdeniz Üniversitesi, Belediye İş Yayınları, 2009, s. 135.

³⁰⁷ İzzettin Önder, “Sosyal Hakların İrdelenmesi”, İçinde: Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu I Bildiriler, Düz.: Akdeniz Üniversitesi, Belediye İş Yayınları, 2009, s. 18.

³⁰⁸ Yavuz Sabuncu, Anayasaya Giriş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Yenilenmiş 14. Baskı, Ankara 2009, s. 43.

³⁰⁹ Algan, s. 36.

³¹⁰ Karakehya, s. 111.

³¹¹ Kapani, Hürriyet, s. 51.

³¹² Karakehya, s.111; Bulut, Sosyal Haklar, s. 29.

³¹³ Kaboğlu, Kültürel Haklar, s. 105.

³¹⁴ Kaboğlu, İnsan Hakları, s. 122.

³¹⁵ Karakehya, s. 111.

celer, temelinde, XIX. yüzyıldan başlayarak insan hakları anlayışında önemli bir gelişme oldu. İnsan haklarının sadece bir özgürlük değil; aynı zamanda devletten bir hizmet, edim isteme yetkisi veren haklar olduğu düşüncesi yerleşti.³¹⁶ Böylelikle haklar gerçekten kişinin yaşamında var hale gelecekti. Devlet, artık temel hak ve özgürlüklere karşı potansiyel bir tehdit değil; aksine, olumsuz piyasa ve çalışma koşullarına karşı hakların sığınağı, koruyucusu haline geliyor³¹⁷, bir takım ödevler yükleniyor, hak ve özgürlükler nitelik değiştiriyordu.³¹⁸ Toplumun tüm kesimlerini özellikle de sosyo-ekonomik bakımdan zayıf konumda olanlarının insan haklarından tam olarak yararlanmasını sağlayan bir takım kamusal hizmetler, hak olarak kabul ediliyordu.³¹⁹

Böylelikle hem devletin fonksiyonlarında hem de insan haklarının içeriğinde sosyal yönde bir gelişme ve artış ortaya çıkmıştır.³²⁰ Özellikle II. Dünya Savaşından sonraki dönemde sosyal haklar alanında önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bu dönemde yeni bir savaşın yaşanmaması için yoksulluğun ortadan kaldırılması, işsizliğin olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi ve insanların gelecek güvencesine sahip olması gerekir. Bunun için de devletin fonksiyonlarında bir genişleme olmalıdır. “Devlet, sadece ekonomik sistemi ve serbest pazarın işleyişi ile ilgili değil, sosyal alanda da düzenlemeler yapmalıdır” düşüncesi öne çıkmıştır.³²¹ Öte yandan demokrasi anlayışı da değişmiş, hak bildirileri ile ortaya çıkan ve klâsik olarak nitelenebilecek demokrasinin, acımasız özgür girişim ve rekabet koşullarının ortaya çıkardığı haksızlık ve adaletsizliği³²² gidermek için özgürlük, eşitlikle örülü bir sentez içinde gerçekleşecektir. Böylelikle XX. yüzyılın demokrasisi artık sosyal bir nitelik kazanacaktır.³²³ Ancak hemen belirtilmelidir ki söz konusu hakların hukuken kabul edilmeleri fikri olarak ortaya çıkışlarından çok sonraya denk gelmektedir. 1948 tarihli İHEB, 1966 tarihli

³¹⁶ Karakehya, s. 112.

³¹⁷ Coşkun, s. 598.

³¹⁸ Annie Gruber, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Sosyal Haklar” Çev.: Erdem Özdemir, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 255.

³¹⁹ Bulut, Sosyal Haklar, s. 30.

³²⁰ Hazır, Anayasa, s. 88.

³²¹ Ali Güzel, “Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar”, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 284.

³²² Sencer, s. 4.

³²³ Tunaya, s. 207.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi³²⁴ ve ilk örnekleri olan 1917 Meksika, 1919 Alman (Weimer), 1921 Yugoslavya, 1923 Polonya, 1931 İspanyol gibi anayasalarda ilan edilmeleri XX. yüzyılda olmuştur.³²⁵ Bu hukuksal evrim, yoksulluğu açıkça insan haklarına karşı bir ihlâl olarak ilan etmiş ve temel hakların bu şekilde ilan edilmesini de yoksulluğa karşı bir araç haline getirmiştir.³²⁶

Konusu, niteliği ve yararlanıcıları yönlerinden birbirinden ayrılan ve türdeş bir bütün oluşturmadığı belirtilen, öğretide ve gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk belgelerinde genellikle “ekonomik ve kültürel” hakları da içeren bir anlatımla belirtilen sosyal haklar kavramını tanımlamak son derece güçtür.³²⁷ Diğer taraftan, gerek anayasalarda; gerekse sözleşmelerde güvence altına alınmakla birlikte, tanımlanmamaktadır.³²⁸ Bununla birlikte, hukuk doktrininde çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır. İskandinav ve Anglo-sakson doktrininde, maddî ölçütü ön plana alan tanımda sosyal haklar, genel anlamda toplum üyelerinin refahını amaçlayan, bir ihtiyaca cevap veren, çalışan kesimlere olduğu kadar en güçsüz konumda bulunanlara da

³²⁴ Boucobza/Grundler/Pichard/Roman, s. 71.

³²⁵ Gözler, s. 512.

³²⁶ Boucobza/Grundler/Pichard/Roman, s. 71.

³²⁷ Mesut Gülmez, “İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar”, İçinde: Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu I Bildiriler, Düz.: Akdeniz Üniversitesi, Belediye İş Yayınları, 2009, s.9; Berdal Aral, “Bir İnsan Hakkı Olarak Kültürel Haklar”, İçinde: Türkiye’de İnsan Hakları, Ed.:Oya Çiftçi, TODAİ Yayınları, 2000, s. 417.

³²⁸ Christian Grellois, “Sosyal Hakların Kaderi”, Çev.:Hülya Dinçer-İrem Yeşiltürk, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 289., “Uluslararası Belgelerde, kültür kavramı birbirinden farklı anlamlarda kullanabilmektedir. Bu kavram birinci anlamıyla, insanlığın biriktirdiği maddi miras olarak kullanılmaktadır. İlgili uluslararası insan hakları belgelerinde, bireylerin bu mirastan eşit bir şekilde yararlanma hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu hakkın doğal uzantısını da, daha fazla kültür birikimini ve daha fazla insanın bu haktan yararlanma hakkını öngören kültürel kalkınma hakkı oluşturmaktadır. Söz konusu kavram ikinci anlamıyla sanatsal ve bilimsel üretim süreci anlamında kullanılmaktadır. Bu anlamıyla kültürel haklar, ürün oluşturma, müzeler, konserler, yayımlar yoluyla başkalarının oluşturulmuş olanlardan yararlanmayı içermektedir. Bu yönüyle sanatçı ve yazarların otoriter rejimlerce cezalandırılması söz konusu hakkın ihlali anlamına gelmektedir. Kültür, daha çok antropolojik bir karakter taşıyan üçüncü anlamıyla, bir sosyal gurubu benzeri sosyal gruplardan ayıran maddi ve manevi faaliyet ve ürünlerin toplamı olarak kullanılmaktadır. Burada kültür, belirli değer ve sembollerden oluşan tutarlı ve düzenli bir iç sistem olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamıyla, her kültür grubunun kimliğini koruma hakkı vardır”:Aral, s. 418.

uygulanabilen, bir güvence fikrini ifade eden, sosyal kökenli haklar olarak tanımlanmıştır.³²⁹

Türk Hukukunda da maddî ölçütü dikkate alan bir tanımda sosyal hakların, sosyo-ekonomik yönden güçsüz olanların korunmasını ve öncelikle özel olarak korunmaya muhtaç sosyal sınıflar, elverişsiz konumdaki kişi, grup ya da kesimleri ve toplumdan dışlanan kişiler için ekonomik ve sosyal adaleti ve eşitliği gerçekleştirmeyi, gelir dağılımını iyileştirmeyi amaçlayan haklar olduğu belirtilmişken,³³⁰ teknik ölçüte göre yapılan bir tanımda ise sosyal hakların, toplumun güçsüz kesimlerinin insan onuruna yakışan bir hayat sürdürebilmeleri için devletin önlemler alması ya da doğrudan edimlerde bulunması şeklinde olumlu yükümlülükleri yerine getirmesiyle gerçekleşen haklar olduğu vurgulanmıştır.³³¹

Öğretide, tanımlama yerine daha çok söz konusu hakların niteliklerinin ortaya konulmasına çalışıldığı görülmektedir. Buna göre, yalnızca kamusal değil aynı zamanda özel-sosyal alana ilişkin olan sosyal haklar³³², insan haklarının bölünmez bir parçası ve onun tamamlayıcısıdır.³³³ İçerikleri son derece belirsiz olan söz konusu hakları³³⁴, kişiler doğrudan doğruya ve kendileri kullanamamakta, genellikle devletin belirlediği bir sosyal politika çerçevesinde kullanılmakta bu nedenle de birinci kuşak hakların aksine yargısal denetim içine alınması zorlaşmaktadır.³³⁵ 'Belli bir durumdaki insanın hakkı' olan sosyal haklar, bir aileye veya çalışanlar kategorisine mensup olmak, işsiz, hasta, yaşlı olmak gibi özel bir statüye bağlı olarak elde edilmektedir.³³⁶ İçinde yaşadığı tarihsel, ekonomik ve sosyal gerçeklik içindeki insanı esas alan sosyal haklar,³³⁷ 'bir yetim hakkı' olmayıp;³³⁸ sosyal adaletsizliğe karşı mücadele etmeye imkân sağlayan bu yönü-

³²⁹ Boucobza/Grundler/Pichard/Roman, s. 72.

³³⁰ Gülmez, Sosyal Haksızlık, s. 10.

³³¹ Kaboğlu, Kültürel Haklar, s. 112.

³³² İrem Fatma Çağlar, "Feminist Perspektiften İnsan Hakları" HFSA, 7.Kitap, 2003, s. 46.

³³³ Rüçhan Işık, " Toplu Şikayet Prosedürü", İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s.62; Grellois, s. 290.

³³⁴ Boucobza/Grundler/Pichard/Roman, s. 72.

³³⁵ Işık, s. 62.

³³⁶ Groppi, s. 206.

³³⁷ Boucobza/Grundler/Pichard/Roman, s. 72.

³³⁸ Grellois, s. 289.

le de sosyal devletle ilgili olan haklardır.³³⁹ Bu haklar, sosyal devletin olmasa olmaz araçlarıdır.³⁴⁰

Diğer taraftan, sosyal hakların uluslararası kaynakları arasında gösterilen sözleşmelere örnek olarak, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB)³⁴¹, 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ESKUS)³⁴², bölgesel nitelikte olan 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ)³⁴³ ile 1995 tarihli gözden geçirilmiş Avrupa Şartı³⁴⁴ ve sosyal ve kültürel haklar üzerine yazılmış İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'ne Ek Protokol³⁴⁵ verilmektedir. BM Sisteminde sosyal hakların kaynağı olarak ESKUP ve İHEB ön plana çıkmaktadır.³⁴⁶

ESKUP'un uygulanmasının denetimini sağlayan uluslararası organ olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Sözleşme'nin hükümlerini yorumlamak suretiyle şu hakları ortaya koymuştur:³⁴⁷ Barınma hakkı, yeterli besin alma hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı, su hakkı, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan faydalanmada kadın ve erkeğin eşitliği hakkı, fikri ve sanatsal mülkiyet hakkı, iş hakkı, sosyal güvenlik hakkı, ayrımcılığa uğramama hakkı, engelli ve yaşlı

³³⁹ Boucobza/Grundler/Pichard/Roman, s. 71.

³⁴⁰ Özbudun, Anayasa Hukuku, s. 110.; Gülmez, Sosyal Haklar, s. 127.

³⁴¹ Türkçe metin için bkz. http://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html; Öğretide, İHEB'in aynı zamanda uluslararası sosyal hakların da temeli olduğu, Bildiri'nin başlangıç bölümünde, "insanın en yüksek gayesi olarak" insanlığın sadece konuşmak ve inanmakta özgür olduğu değil, aynı zamanda 'korku ve sefaletten arınmış' olduğu bir dünyanın ortaya çıkmasını gösterdiği, yine başlangıç bölümünde hakların amacının, toplumsal ilerleme ve en iyi hayat şartlarının oluşturulması olduğunun ilan edilerek BM Andlaşması'na (kurucu andlaşma) gönderme yapıldığı, 22- 25 arası maddelerinin sosyal haklara ayrıldığı, diğer sözleşmelerde tanınan hakların özlerini barındırdığı belirtilmektedir. Jean-François Kombe-Akandji, "Sosyal Hakların Uluslararası Kaynakları", Çev.: Gülten Kurt, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 38.

³⁴² Türkçe metin için bkz. <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/3507--Ekonomik,-Sosyal-ve-Kulturel-Haklara-Iliskin-Uluslararası-Sozlesme.pdf>

³⁴³ Türkçe metin için bkz. 09/04/2007 tarihli ve 26488 sayılı RG.

³⁴⁴ Türkçe metin için bkz. 03/10/2006 tarihli ve 26308 sayılı RG.

³⁴⁵ Türkçe metin için bkz. <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/127a3--Insan-Haklari-ve-Temel-Ozgurluklerin-Korunmasına-Iliskin-Sozlesme%E2%80%99ye-Ek-Protokol.pdf>

³⁴⁶ Jean-François Kombe-Akandji, "Sosyal Hakların Uluslararası Kaynakları", Çev.: Gülten Kurt, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 37.

³⁴⁷ Kombe-Akandji, s. 39.

gibi özel grupların korunmasına ilişkin kimi haklar.³⁴⁸ Sosyal hakların diğer bir kaynağı olan ve amacı Avrupa düzeyinde, temel hakların bölünmezliği bağlamında³⁴⁹ AİHS'nin tamamlayıcısı olarak İHEB'nin uygulanmasını sağlamak olan³⁵⁰ ve sosyal hakları somut güvencelere bağlayan ASS,³⁵¹ içinde bulunduğumuz yüzyılın gelişim çizgisine uygun olarak bütün sosyal hakları 19 temel madde içinde geniş bir ideal liste içinde sıralamıştır. Şart'a taraf devletler, bu geniş listenin bütün hükümleri ile bağlı olmak zorunda olmamakla birlikte "asgari çifte çekirdek" olarak tabir edilen 10 temel maddenin gereklerine uymak zorundadır.³⁵² Şart'ı onaylayan devletler, insan haklarının bölünmezliğine ve karşılıklı etkileşimine bir anlam sağlama amacıyla yola çıkmışlardır. Devletler, Şart tarafından tanınan haklar için sadece yasal girişimler başlatmak değil; hakların tam manasıyla uygulanabilmesini sağlayacak özgün, somut girişimlerde de bulunmak zorundadır.³⁵³

Öğretide bu zorunluluğun, Avrupa Sosyal Şartında yer alan "... hakların etkin bir şekilde yerine getirilebilmesi için, taraf Devletler...yapmalar" ibaresinin "herkesin hakkı vardır" şeklindeki yorumuna dayandığı belirtilmektedir. Hemen belirtilmelidir ki 1982 Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca ASS 'ı Türk Hukukunda önemli bir yere sahip kaynaktır.³⁵⁴ Konuya iç hukuklar penceresinden bakmadan önce öğretilerde ifade edilen, sosyal haklara tanınan alanın, ülkelerin tarihsel geçmişleri, sosyo-ekonomik gerçeklikleri ile ilgili olduğu³⁵⁵ görüşünü belirtmek istiyoruz. Devamla Orta ve Doğu Avrupa'nın yeni demokrasilerinde, sosyal haklar doğrudan sosyal haklar olarak düzenlenip ve gruplandırma yapılırken de bu haklar genellikle ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisine dahil edilmiş, metinler farklı şekiller-

³⁴⁸ Kombe-Akandji, s. 39.

³⁴⁹ Jimena Luis Quesada, "Avrupa Sosyal Şartının İç Hukukta Uygulanması" Çev.: İbrahim Ö. Kaboğlu, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 65.

³⁵⁰ Chablais Fabrızzi, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şart:Son Gelişmeler", Çev.: Güliden Kurt, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 53.

³⁵¹ Grellois, s. 290.

³⁵² Münci Kapani, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 64.

³⁵³ Fabrızzi, s. 53.

³⁵⁴ Quesada, s. 65.

³⁵⁵ Gruber, s. 245.

de oluşturulmuştur. Sübjektif haklar, program hükümler veya devletin amaçları şeklinde düzenlenmiştir. Bu demokrasilerden Polonya'da Anayasa'nın başlangıç hükümlerinde³⁵⁶ yer alan sosyal adalet, devletin

³⁵⁶ Polonya Anayasası'nın 65.maddesinin 5.fıkrası (Anayasanın Türkçe Metni için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/12-Polonya%20385-438.pdf>) devlete tam istihdam yönünde politika oluşturma görevini vermektedir. Bu konuda da takdir hakkı tanımakla birlikte bu yetki önünde, anayasal engeller bulunmaktadır. Diğer taraftan başta Çek Anayasası (Anayasanın Türkçe Metni için bkz.<http://translate.google.com.tr/translate?hl=trTR&dr=0&langpair=en%7Ctr&u=http://www.psp.cz/cgi-bin/eng/docs/laws/1993/1.html>) olmak üzere söz konusu demokrasilerde, insan onuru, insanın onurlu bir yaşam sürmesi kavramı, sosyal haklar alanında çekirdek bir alanın oluşturulmasında önemli rol oynamaktadır. Arnold, s. 218-219. Alman Anayasası (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-Almanya%20209-276.pdf>) ise doğrudan sosyal hakları koruma altına almak yerine 20.maddenin 1.fıkrasıyla, objektif nitelikte bir norm olan sosyal devlet ilkesi çerçevesinde konuya yaklaşmaktadır. Arnold, s. 203. İspanya Anayasasında(<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%B0spanya%20533-584.pdf>) benzer bir nitelik taşımaktadır. İtalya Anayasası'nda(<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0talya%20319-354.pdf>) birçok sosyal hak tanınmıştır. Bu olgu İtalyan anayasal sisteminin temel özelliklerinden birini oluşturmaktadır. Öyle ki, sosyal haklara ilişkin iki hüküm, temel ilker olarak nitelenen bölümde yer almaktadır. Groppi, s. 203. Belçika Anayasası'nda ise 23 ve 24. maddelerinde sosyal haklar sınırlı olarak sayılmış, insan onuru temelinde devletin, Anayasada belirtilen sosyal, ekonomik ve kültürel hakların hayata geçirilmesi için yasal düzenlemeleri yapmak konusunda sorumluluğu belirtilmiştir. Gruber, s. 247. Danimarka Anayasası (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/06-DAN%C4%B0marka%20149-168.pdf>) sosyal haklara 3 maddesinde yer vermiştir. Bunlardan, çalışma hakkından sübjektif bir hak olarak söz eden 75. maddesi ile ilköğretimde parasız eğitim alma hakkını objektif bir hak olarak düzenleyen 76. maddesi öne çıkmaktadır. Gruber, s. 248. 1946 tarihli Fransız Anayasası (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf>)ise, politik, sosyal ve ekonomik ilkelerin çağımızda özellikle gerekli olduğunu açıklamaktadır. Gruber, s. 250. Türk Hukukunda ise sosyal haklar, ilk olarak Batılı örneklerine uygun olarak 1961 Anayasası'nda düzenlenmiştir. Sosyal devlet anlayışı ve onun gereği olan kurumların Anayasanın getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden biri olduğu söylenebilir. Güzel, s. 282. Sosyal devletin araçları olarak sosyal haklar güvenceye alınmıştır. 1982 Anayasası da 1961 Anayasası gibi, 2. maddesinde Cumhuriyetin niteliklerinden birinin sosyal devlet olduğunu vurgulamaktadır. Diğer taraftan her iki Anayasa da kişinin 'vazgeçilmez, dokunulmaz ve devredilemez' hak ve özgürlüklerini sınırlayan siyasi, ekonomik ve sosyal bütün engelleri kaldırma, maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkının sağlanması için gereken şartları oluşturma görevini Devlete vererek soyut özgürlükleri değil; onların fiilen kullanılabilmesinin önünü açma yolunu tercih etmiştir. Ö. İbrahim Kaboğlu, "Hak ve Özgürlükler Alanındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", AYD, Sy.11, 1995, s. 241.; 1982 Anayasası'nın, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan İkinci Kısım Üçüncü Bölümünde sosyal haklara geniş bir şekilde yer verilmiştir: Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti (md.48), Çalışma Hakkı ve Öde-

amacı olarak hukuk devleti ile bütünleştirilmiş olup anayasal içtihadı şekillendirmektedir. Program hükümler kanun koyucu tarafından somutlaştırmaya ihtiyaç duysa da Polonya'da bireyin, programın asgari düzeyde gerçekleştirilmesine ilişkin sübjektif (öznel) bir hakkı bulunmaktadır.³⁵⁷

b.3- Üçüncü Kuşak Hakların Ortaya Çıkışı ve Bu Haklar

İnsan haklarının amacı olan insan onuru, zamanın, yaşam biçimlerinin değişmesiyle birlikte farklı tehditlere maruz kalmakta bu da yeni bir takım hakların ortaya çıkışını gündeme getirmektedir.³⁵⁸ XX. yüzyılın ikinci yarısında, bilimsel teknik ilerlemeler çerçevesinde ortaya çıkan, toplumsal ve uluslararası dengesizlik ve çatışmalar, savaş-barış ikilemi, silah üretim aygıtları ve uluslararası çıkar-sömürü düzeni gibi yeni bir takım sorunlar, III. Kuşak hakların doğumunu tetiklemiştir.³⁵⁹ Üçüncü kuşak haklar olarak nitelendirilen haklar, farklı özellikleri dikkate alınarak³⁶⁰, “dayanışma hakları”³⁶¹, “halkların hakları” ve “kolektif haklar (grup hakları)”³⁶², “yeni insan hakları”³⁶³ olarak adlandırılmışlardır. Bu hakları “dayanışma hakkı” olarak niteleyenlere göre söz konusu haklar, çevre ve doğal ortamındaki insanın haklarıdır. Dengeli bir çevrede barış içinde³⁶⁴ hayat için devletlerin uluslararası alanda işbirliği gerekmektedir.³⁶⁵ Ayrıca, sivil toplum

vi (md.49), Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı (md.50), Sendika Hakkı (md.51), Toplu Sözleşme Hakkı (md.53), Grev Hakkı (md.53), Ücrette Adaletin Sağlanması (md.55), Sosyal Güvenlik Hakkı (md.60), Sosyal Güvenlik Bakımından Özellikle Korunması gerekenler (md.61).

³⁵⁷ Öğretide, bir sübjektif hakkın varlığından bahsedebilmek için dört unsurun varlığı gerekli görülmektedir. Buna göre, hakkın açıkça tanımlanmış olması, haktan yararlanacak olanların bilinebilir olması, söz konusu hakkın hayata geçmesini, ona riyeti sağlayacak açıkça belirlenmiş bir organın varlığı ve hakkın konusuna ilişkin bir uyumsuzluğun ortaya çıkması durumunda buna ilişkin başvuru yapılabilecek yargısal bir makamın olması gerekir. Silvio Marcus Helmons, “İnsan Hakları Alanında Yeni Gelişmeler”, İçinde: Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara 2001, s. 159.

³⁵⁸ Helmons, s. 158.

³⁵⁹ Kaboğlu, Kültürel Haklar, s. 106.

³⁶⁰ Algan, s. 52.

³⁶¹ Helmons, s. 159.; Uygun, Kuram, s. 33.;Tepe, s. 13.; Şengül, s. 369.; Kaboğlu, Özgürlükler, s. 123.

³⁶² Rand, Haklar, s. 325.

³⁶³ Gözler, s. 512.

³⁶⁴ Kaboğlu, Özgürlükler, s. 246.

³⁶⁵ Bulut, Sosyal Haklar, s. 3.1

kuruluşlarının, iletişim araçlarını da kullanarak uluslararası düzeyde yürütmüş oldukları etkinliklerin de bu çerçevede önemi büyüktür.³⁶⁶

Bu haklar konularını evrensel değerler oluşturan, devletin sınırlarını aşan insanlık ailesinin tüm üyeleri arasındaki dayanışmayı dile getiren³⁶⁷ bu anlamda uluslararası toplumun dayanışma ödevlerini ve bu çerçevede devletin sorumluluklarını tanımlayan haklardır.³⁶⁸ Kamu kurumlarından yerel yönetimlere varan bir çerçevede bireylerin ve toplulukların müdahale ve katkısıyla anlam kazanmaktadırlar.³⁶⁹ Birinci kuşak haklar bakımından devletin daha çok negatif, ikinci kuşak haklar bakımından daha çok pozitif tutumu yerini, söz konusu haklar bakımından devletin, kişiler ve gruplar ile dayanışma içinde olmasına bırakmıştır.³⁷⁰ “halkların hakları” olarak adlandıranlar ise, bu haklardan yararlananlardan yola çıkmaktadırlar. Buna göre ilk iki kuşaktan yararlananlar sadece bireylerken bu hakların yararlanıcıları, bireyler olabileceği gibi çeşitli büyüklükteki grup ya da halklar da olabilir. Ancak burada asıl vurgulanan birey ya da insan değil, halktır. Bu yönüyle de ilk iki kuşaktan net bir şekilde ayrılmaktadırlar.³⁷¹ Söz konusu haklar özellikle 1960’lardan sonra ortaya çıkmıştır. Önceleri bir takım uluslararası sözleşmelerde tanınmışlar sonrasında ise iç hukuk belgelerinde de düzenlenmişlerdir. Örneğin çevre hakkı, ilk defa 1972 yılında Stockholm Bildirisi’nde³⁷² tanınmıştır. Bu hak daha sonra iç hukuklarda düzenleme konusu olmuştur. Anayasal düzeyde İsveç’te, 1978’de İspanya’da, 1984’ de İsviçre’de, 1985’ de Avusturya’da, 1988’ de Brezilya’da tanınmıştır.³⁷³ Bu haklara örnek olarak, barış hakkı, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, gelişme hakkı³⁷⁴, siyasal, kültürel ve ekonomik self determinasyon hakkı, insanlığın ortak mirasına katılma ve bunlardan yararlanma hakkı, felaket yardımı hakkı, iletişim hakkı, farklı olma hakkı, beslenme hakkı, var olma hakkı³⁷⁵ verilebilir.

³⁶⁶ Aybay, s. 63.

³⁶⁷ Kaboğlu, İnsan Hakları, s. 123.

³⁶⁸ Şengül, s. 370.

³⁶⁹ Kaboğlu, Çevre Hakkı, s. 31.

³⁷⁰ Uygun, Kuram, s. 40.

³⁷¹ Algan, s. 52.

³⁷² Bkz. http://chk.barobirlik.org.tr/dokuman/kitaplar/cevreveinsan/1_2.pdf

³⁷³ Gözler, s. 513.

³⁷⁴ Helmons, s. 159.

³⁷⁵ Algan, s. 53.

SONUÇ

Tüm devletler insan haklarına anayasalarının başında yer vererek, devletin, insan haklarına saygılı, hattâ insan haklarına dayalı olduğunu hüküm altına almaktadırlar. Öğretide, insan haklarını, insanlık tarihi kadar geriye götüren görüşler de olmakla birlikte bu olgunun, modernitiyle birlikte var olduğu görüşü daha hakimdir. Buna göre, insan hakları devletin meşruluğu çerçevesinde ileri sürülen teoriler, özellikle de sosyal sözleşme ve doğal haklar doktrini ile yakından ilgilidir.

İnsan haklarının pozitif hukuktan bağımsız olduğunu hattâ onun bir adım önünde gittiğini açıkça ortaya koyan bu tanımlara göre, bir hakkın insan hakkı olabilmesi için mutlaka hukuksal bir düzenlemeye konu olması gerekli değildir. İnsan hakları kavramı gerek ulusal gerekse uluslararası hukukta pozitif hukuka taşınmamış olan hakları da içermektedir. Varlıkları pozitif hukuktan bağımsız olup, geçerliliklerini, üstün bir ahlâki ilkedenden almaktadırlar. İnsan haklarıyla pozitif hukuk arasında çift yönlü bir ilişki söz konusudur. İnsan hakları, pozitif hukukça düzenlendiği ölçüde hayata geçecek iken, pozitif hukukta, insan hakları gibi üst ilkeye dayanarak, kurallaşır kurumsallaştıkça değer kazanacaktır. Bu yönüyle insan hakları, pozitif (aktüel) hukuk düzenlerinin değer ölçüsüdür. Mevcut hukuk sistemlerinin iyileştirilmesinde başvurulacak ilk ve temel standarttır.

Hukukun en önemli sorunlarından birini, birbirinden ayırt edilmesi güç olan hak ve özgürlük kavramları oluşturmaktadır. Çoğunlukla birlikte kullanılsa da zıt görüşlerin varlığına rağmen genellikle bunların aynı kavramlar olmadığı dile getirilmektedir. Diğer taraftan Anayasal ve yasal metinlere, yargı kararlarına ve öğretiyeye bakıldığında hak ve özgürlük sözcüklerinin, birbiri yerine ya da birlikte kullanıldığı da görülmektedir. 1961 ve 1982 Anayasaları "Temel Haklar-Temel Hürriyetler" kavramlarını adeta eş anlamlı gibi kabul etmiştir. Benzer şekilde 1961 Anayasamızın pek çok alanda esin kaynağı olan 1949 tarihli Alman Anayasası da "Temel Haklar" başlığı altında "özgürlükleri" düzenlemiştir.

İnsan hakları çeşitli şekillerde sınıflandırılırsa da aslında hep aynı amaca yönelmişlerdir ki o da insan onurunun korunmasıdır. Aynı zamanda, insan hakları için düşünsel anlamda bir başlangıç noktası

olduğu da kabul edilen insan onuru, insan kişiliğinin içeriğini oluşturmaktadır. Bütün insan hakları, insan onurunun hayata geçmesi için gerekli görülmüştür ve insan onurundan kaynaklanmışlardır. Bu anlamda insan onuru, insan hakları kavramının öncüsü ve temelidir.

İnsancıl hukuk özellikle 1990'lı yıllardan itibaren, silahlı çatışmaların artması ve terör hareketlerinin yaygınlaşması ile birlikte büyük önem kazanmaya başlamıştır. Bu hukuk dalının varoluş nedeni savaş olgusudur. İnsancıl hukuk, insanlığa büyük acılar veren savaşın hem önlenmesi hem de buna rağmen gerçekleşmesi durumunda yıkıcı ve zararlı etkilerinin sınırlandırılması, bu amaçla hangi tür silahların kullanılmayacağı, hangi insanların ve şeylerin hedef haline getirilemeyeceği çatışmaya taraf olmayan masum (sivil) insanların korunması, esirlerin nasıl bir muamele göreceği, çatışmadan zarar gören ya da görebilecek toplum kesimlerinin başta mal ve mülkleri olmak üzere doğa ve kültürel mirasın nasıl korunacağı ve daha pek çok konuyu kurala bağlayan sözleşme veya teamül kökenli hukuk kurallarıdır.

İnsan haklarının, geçmişten günümüze kadar öğretilerde farklı amaç ve biçimlerde sınıflandırıldığı bilinmektedir. İnsan haklarının devamlı olarak bir gelişim çizgisinde olması ister istemez insan haklarının sınıflandırılmasını gündeme getirmiştir. Öyle ki, insan hakları, kavramın ilk ortaya çıktığı andan itibaren değişik kriterlere göre ayrımlara tabi tutulmuş ve sınıflandırılmışlardır. Bunlar içinde en yaygın olarak kabul gören ve 1982 Anayasamız da dahil olmak üzere uluslararası sözleşmelerde de genellikle esas alınan; devlet ile birey arasındaki ilişkinin durumuna göre, 'negatif statü hakları' (devletten yana özgürlük), 'pozitif statü hakları' (devletten pozitif edimlerde bulunulmasını isteme hakkı), 'aktif statü hakları'(vatandaşlık hakları) şeklindeki kategorik sınıflandırılmadır. Söz konusu sınıflandırma öğretilerde klâsik insan hakları sınıflandırılması olarak nitelenmekte olup Türk öğretisi tarafından da uzun süre en yaygın kabul gören sınıflandırma olmuştur. Ayrıca, ilk kez Fransız Hukukçu Vasak tarafından 1979 yılında, hakların tarihsel olarak ortaya çıkışları ve evrimleri dikkate alınarak önerilmiş olan kuşaklara göre yapılan ve insan haklarını birinci, ikinci ve üçüncü kuşak olmak üzere üç kategoriye ayıran sınıflama da bulunmaktadır.

Kaynakça

- Akbulut İlhan, "İnsan Hakları", İHİD, No:719, 1991
- Akad Mehmet, "1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin Getirdiği Özgürlük Anlayışı ve Türk Anayasalarına Etkisi", MÜHAD, s.30, Sayı belirtilmemiş
- Ağaoğulları Mehmet Ali, "Fransız Devriminin Birey-Devlet İlişkisi", AÜSBFD, C.XLIV, No:3-4, 1989
- Algan Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007
- Arnold Rainer, "Almanya Anayasacılığında ve Orta ve Doğu Avrupa'daki Yeni Demokrasilerde Sosyal Haklar:Karşılaştırmalı Gözlemler",Çev.: Gülden Kurt, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012
- Arslan Zühtü, "Postmodern Söylem ve İnsan Hakları", İçinde: Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008
- Aslan Betül, Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişim Hakkı, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009
- Atalay Esra, "Yargısal Temel Haklar", İçinde: Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, DEÜHFY, İzmir 1997 (Temel Haklar)
- Atalay Esra, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukukî Niteliği", DÜHFD, C.6, Sy.1, 2004(Sanat Özgürlüğü)
- Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınevi, 5. Baskı, Konya 2002
- Atasayan Gözde, Devletin Sosyal ve Ekonomik Ödevlerinin Sınırı", KHÜHFD, C.1, Sy.1, 2013
- Aybay Rona, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005,
- Azarkan Ezeli, "Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Birleşmiş Milletler Askeri Operasyonları", AÜEHFD, C.X, Sy.1-2, 2006
- Balkır Z.Gönül, Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Yayımlanmış Profesörlük Takdim Tezi, KÜY, Kocaeli 2009
- Balkız Neval Oğan, "Hukuk Dogmatikliği Çerçevesinde İnsan Haklarını Tanımlama ve Kavramı Temellendirme Sorunu", HFSA, 13.Kitap, 2005
- Bolay Süleyman Hayri, "İnsan Haklarının Felsefi Temelleri", YTD, Sy.21, 1998
- Boucobza Isabelle/Grundler Tatiana/Pichard Marc/Roman Diane, "Fransız Öğretisi Söylevinde Sosyal Haklar: İnkâr ve Kabul Arasında", Çev.: Hülya Dinçer- İrem Yeşiltürk, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012
- Bozkurt Enver, Türkiye'nin Uluslar arası Hukuk Mevzuatı, Nobel Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 1999
- Brahy Sylvie, "Avrupa Anayasası ve Türk Anayasası Bağlamında İnsan Hakları", AYD, Sy.22, 2005
- Bulut Nihat, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009 (Sosyal Haklar)
- Bulut Nihat, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış" EÜHFD, C.XII, Sy.3-4 (İnsan Onuru)
- Caniklioğlu Dikmen Meltem, "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", İçinde: Mahmut Tevfik BİRSEL' e Armağan, DEÜHFY, İzmir 2001

- Coşkun Vahap, "İnsan Hakları Kapsamı Üzerine Tartışmalar ve Liberal Perspektif", İçinde: Prof. Dr. Ergun ÖNEN'e Armağan, MÜHFY, İstanbul 2003
- Cranston Maurice, "İnsan Hakları Nelerdir?", Çev.:Atilla Yayla, İçinde: Sosyal ve siyasi Teori, Der.: Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 1999
- Çağlar İrem Fatma, "Feminist Perspektiften İnsan Hakları" HFSA, 7.Kitap, 2003
- Çeçen Anıl, İnsan Hakları, Gündoğan Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1989 (Haklar)
- Çeçen Anıl, "İnsancıl Hukuk Nedir?", Ulus Gazetesi, 06.02.2012 (insancıl hukuk)
- Çoban Ali Rıza, "İnsan Haklarının Felsefi Temelleri", YTD, Sy.21, C.I, 1998
- Doğan İlyas, "Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Bakış", SÜHFD, C.13, Sy.2,2005
- Donnelly Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çev.:Mustafa Erdoğan/Levent Korkut, Yetkin Yayınevi, Ankara 1995 (İnsan Hakları)
- Donnelly Jack, "Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights", The American Political Science Review, Vol.76, No.2, 1982 (Human Dignity)
- Döner Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003
- Erdoğan Mustafa, "İnsan Haklarına Kavramsal Bir Yaklaşım", YTD, Sy.21, 1998 (Yaklaşım)
- Erdoğan Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi Yayınları,3.Baskı, Ankara 1999 (Demokrasi)
- Erdoğan Mustafa,"Başörtüsü, İnsan Hakları ve Teamüller", İçinde: Anayasa ve Özgürlük, Der.: Mustafa Erdoğan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002 (Teamüller)
- Erdoğan Mustafa, "Avrupa Birliği Anayasalarında Devletin Temel Nitelikleri", İçinde:Anayasa ve Özgürlük, Der.: Mustafa Erdoğan, Yetkin Yayınları, Ankara 2002 (Temel Nitelikler)
- Erdoğan Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2011(Teori)
- Eroğul Cem, Anatüzeeye Giriş, İmaj Yayınevi, 8.baskı, 2005
- Eroğlu İzzet, Devletin İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005
- Fabrızzi Chablais, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şart:Son Gelişmeler", Çev.: Gülden Kurt, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012
- Giritli İsmet/Sarmaşık Jale, Anayasa Hukuku Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku İstanbul 2001
- Göçer Mahmut, "Uluslararası İnsan Hakları Yargı Organları ve İnsancıl Hukuk", KHHD, Sy.57-58
- Gören Zafer, "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", AYD, Sy.9, 1992 (Kişiliğin Korunması)
- Gören Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, DEÜHFY, 4. Baskı, İzmir 2000 (Temel Hak)
- Gören Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006 (Anayasa)
- Gören Zafer, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru", İTÜSBD, Yıl:6, Sy.12, 2007/2 (İnsan Onuru)
- Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygula-

- ması, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4.Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2003
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.II, Ekin Yayınevi, Bursa 2011
- Grellois Christian, "Sosyal Hakların Kaderi", Çev.:Hülya Dinçer- İrem Yeşiltürk, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012
- Groppi Tania, "İtalya'da Sosyal Haklar", Çev.: Oya Boyar, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012
- Gruber Annie, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Sosyal Haklar" Çev.: Erdem Özdemir, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012
- Gülmez Mesut, "İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar", İçinde: Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu I Bildiriler, Düz.: Akdeniz Üniversitesi, Belediye İş Yayınları, 2009(Sosyal Haksızlık)
- Gülmez Mesut, "Türkiye'de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa'da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar", İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012(Sosyal Haklar)
- Gümüş Ali Tarık, "Türk Anayasasında Kişinin Maddî Ve Manevî Varlığını Koruma Ve Geliştirme Hakkı" Yayınlanmış Yüksek Lisans Tez Özeti, *SÜHFD*, C.13, Sy.12, 2005
- Güzel Ali, "Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar", İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012
- Hazır Hayati, Anayasa Hukuku, Alter Yayınları, 3 Baskı, Ankara 2004
- Helmons Silvio Marcus, "İnsan Hakları Alanında Yeni Gelişmeler", İçinde: Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara 2001
- Hekimoğlu Mehmet Merdan, "İnsan Haklarının Temelini Oluşturan 'İnsan Onuru' Kavramının Anayasal Boyutları: Federal Almanya Örneği", *KHHD*, Sy.71-72
- Işık Rüçhan, " Toplu Şikayet Prosedürü", İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012
- İba Şeref, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitapevi, 2.Baskı, Ankara 2008
- Öğütçü Muhlis, "Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanında Bazı Kavramlar", *DEÜHFD*, C.7, Özel Sayı, 2005
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 1995
- Özden Yekta Güngör, AYM'nin 30. Kuruluş Yılı Dönümü Töreni Açılış Konuşması, İçinde: İnsan Hakları Laiklik Demokrasi Yolunda, Bilgi Yayınevi, İstanbul 1994
- Özden Yekta Güngör, 6 Eylül 1981 de Türkiye Barolar Birliğinde düzenlenen "Adalet Yılına Açış" toplantısında yapmış olduğu konuşma, İçinde: İnsan Hakları Laiklik Demokrasi Yolunda, Bilgi Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 1994
- Kaboğlu Ö.İbrahim, Kolektif Özgürlükler, DÜHFY, Diyarbakır 1989 (Özgürlük)
- Kaboğlu Ö.İbrahim, "Çevre Hakkı Karşısında İdare ve Yurttaş", İçinde: Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan, 1992 (Çevre Hakkı)
- Kaboğlu Ö.İbrahim, "İnsan Haklarının Gelişmecî Özelliği ve Anayasa Yargısı(İnsan Hakları Evresel Bildirgesinden Günümüze)", *AYD*, Sy.9, 1992 (İnsan Hakları)
- Kaboğlu Ö.İbrahim, "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye", *AYD*, Sy.19, 2002 (Anayasa Değişiklikleri)

- Kaboğlu Ö.İbrahim, "Hak ve Özgürlükler Alanındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", AYD, Sy.11, 1995(Özgürlükler)
- Kaboğlu Ö. İbrahim, "Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları", İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012 (Sosyal Haklar)
- Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara 1993 (Hürriyet)
- Kapani Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2011 (İnsan Hakları)
- Karakehya Hakan, "Ortaya Çıkışı, Kavramsal Gelişimi ve İçeriği İtibarıyla İnsan Hakları", *KHHD*, Sy.69-70
- Kombe-Akandji Jean-François, "Sosyal Hakların Uluslararası Kaynakları",Çev.: Gül- den Kurt, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayı- nevi, İstanbul 2012
- Kubalı H. Nail, Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1964
- Kuçuradi Ioanna, "Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları", HFS, 13. Kitap, 2004 (Etik İlkeler)
- Kuçuradi Ioanna, "İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları", İçinde: Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları Konferansı, Düz.:Bilgi Üniversitesi, 2008 (İnsan Onuru)
- Limbach Jutta, "Yüksek Yargıda İnsan Onuru İlkesi-Almanya'daki Durum", İçinde: Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları Konferansı, Düz.: Bilgi Üniversitesi, 2008
- Marguenaud Jean-Pierre, " İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşmenin Geniş Yorumu" , Çev.: Gül- den Kurt, İçinde: Anaya- sal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012
- Mumcu Ahmet/Küzeci Elif, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitapevi, Yenilenmiş 4.Baskı, Ankara 2007
- Önder İzzettin, "Sosyal Hakların İrdelenmesi", İçinde: Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu I Bildiriler, Düz.: Akdeniz Üniversitesi, Belediye İş Yayınları, 2009
- Rand Ayn, "Kolektif Haklar", Çev.:Atilla Yayla, İçinde: Sosyal ve Siyasal Teori, Der.: Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 1999 (Haklar)
- Rand Ayn, "İnsan(ın) Hakları",Çev.:Atilla Yayla, İçinde: Sosyal ve siyasal Teori, Der.: Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 1999 (İnsan)
- Sabuncu Yavuz, Anayasaya Giriş, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayımı, Ye- nilenmiş 14. Baskı, Ankara 2009
- Sales Eric, "Yargı Önünde Talep Edilebilir Konut Hakkı'nın İki Yönü", Çev.: Begüm Yıldız, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012
- Sancar Mithat, "Hukukun Oluşturulmasında İnsan Haklarının Rolü ya da İnsan Hakları ile Pozitif Hukuk Arasındaki İlişki", içinde: Devlet Aklı Kıskaçında Hu- kuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000
- Savcı Bahri, İnsan Hakları (Kanunilik Yoluyla Korunması),AÜSBFY, Ankara 1953 (Koruma)
- Savcı Bahri, "Siyasi İktidarı Hukukla Bağlama Çabasının Geçirdiği Seyir", *AÜSBFD*, C.XII, No:4, 1957 (İktidar)
- Seçer Barış, "Refah Sistemlerini Değerlendirmede Chan ve Bowpitt Kriteri: İnsan- lık Onuru", İçinde: Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III Bildiriler, Düz: Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkiler Bölümü, Petrol İş Yayınları, No:16, 2011

- Sencer Muzaffer, "İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi", AİD, C.23, Sy.2, 1990
- Starck Christan "Özgürlük ile Güvenlik Arasındaki Gerilim İlişkisinde İnsan Onuru", İçinde: Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları Konferansı, Düz.:Bilgi Üniversitesi
- Şahin Adil, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", AÜHFD, Sy.59, 2010
- Şengül Mihriban, "Neoliberal Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı", İçinde: Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Edt.:Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul 2010
- Tanör Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994 (İnsan Hakları)
- Taşdemir Fatma, "İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye'nin Ayrılmış Terör Örgütü PKK İle Mücadelesi", GÜHFD, C.XVI, Sy.1, 2012
- Taşdemir Hakan/ Müderrisoğlu Ruhsar/ Tülüce Hicran, "12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerinde Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin 1 No'lu Protokol (I. Ek Protokol)" Kamu İş Yayınları, C.7, Sy.2, 2003
- Tepe Harun, "İnsan Hakları:Kavram, Kapsam ve Ölçüt", İçinde: Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Der.:Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul 2010
- Tuna Ş. Gürçağ, "Sosyal Hakların Analizi", İçinde: Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu I Bildiriler, Düz.: Akdeniz Üniversitesi, Belediye İş Yayınları, 2009
- Tunaya Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 4. Baskı, İstanbul 1980
- Uluç Güliz Aksun/Armağan Ahsen, "Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Hukukunda Türkiye'nin Bitmeyen Serüveni", YTD, Sy.22, 1998
- Uygun Oktay, Türkiye'de Demokrasi ve İnsan Hakları, TODAİ Yayınları, Ankara 1996 (Demokrasi)
- Uygun Oktay, "Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltilmiş Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi", İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.: Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011 (İnsan Onuru)
- Uygun Oktay, "İnsan Hakları Kuramı", İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.:Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011 (Kuram)
- Yamaner Melike Batur, "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi", İçinde: Erdoğan Teziç'e Armağan, GÜY, 2007
- Quesada Jimena Luis, "Avrupa Sosyal Şartının İç Hukukta Uygulanması" Çev.: İbrahim Ö. Kaboğlu, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012
- Yanık Murat, "1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi", GÜHFD Prof. Dr. Attila Özer'e Armağan, C.XII, Sy.1-2, 2008
- Yazıcı Serap, Yunanistan Anayasası, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005
- Yıldırım Ramazan, İdari Başvurular, Mimoza Yayınevi, 2. Baskı, Konya 2006
- Yücel F Yonca, "Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme", TBBD, Sy.91, 2010
- Zararsız M. Emin, "Devletin Egemenliği Kavramı ve İnsan Haklarının Korunması", YTD, Sy.21, 1998

İnternet Kaynakları

- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-Almanya%20209-276.pdf>
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/12-Polonya%20385-438.pdf>
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%Botalya%20319-354.pdf>
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/05-Bel%C3%87%C4%Boka%2099->
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/05-Bel%C3%87%C4%Boka%2099>
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/06-Dan%C4%B0MARKA%20149-168.pdf>
- http://chk.barobirlik.org.tr/dokuman/kitaplar/cevreveinsan/1_2.pdf
- <http://demokratikanayashareketi.net.siteler.yh.com.tr/kategori/dunyadan-anayasalar/16761/isvec-anayasasi>
- <http://www.dusuncetarihi.com/makale/insan-ve-yurttas-haklari-bildirisi-1789>
- Sözleşmelerin Türkçe metni için bkz. <https://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>
- <http://ihd.org.tr/index.php/san-haklarylgeleri-mainmenu-96/900-avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi.html>
- http://www.msb.gov.tr/asad/AskeriMevzuat/Uluslararası_Antlasmalar/Silahli_Catisma_Hukuku/Sch6.html; http://www.msb.gov.tr/asad/AskeriMevzuat/Uluslararası_Antlasmalar/Silahli_Catisma_Hukuku/Sch7.html
- <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>
- <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>
- <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/83-93.pdf>
- <http://translate.google.com.tr/translate?hl=tr-TR&dr=0&langpair=en%7Ctr&u=http://www.psp.cz/cgi-bin/eng/docs/laws/1993/1.html>
- http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf
- http://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html

KADININ İNSAN HAKLARINDAN BİR SAPMA ÖRNEĞİ: HİNDİSTAN'DA SATİ GELENEĞİ

A DEVIATION EXAMPLE FROM WOMEN'S HUMAN RIGHTS: SATI TRADITION IN INDIA

Ayşen SEYMEN ÇAKAR*

*I am human and nothing human is alien to me.*¹

Terence, 163 B.C.

Özet: Sati, dul kadınların, ölen kocalarının cenaze ateşlerinde yakıldıkları bir Hint geleneğidir. Hindistan'da sati, suç olmakla birlikte devlet ve yerel mahkemeler tarafından zaman zaman görmezden gelinmiştir. Sati, sadece tarihsel bir uygulama değildir, 21. yüzyılda dahi varlığını devam ettirmektedir. Bu çalışmanın amacı, kadının insan haklarından bir sapma örneği olan satiyi ve onun olumsuzluklarını anlatmaktır.

Anahtar Kelimeler: Sati, İnsan Hakları, Kadın, Gelenek, Hukuk

Abstract: Sati is a Hindu tradition of burning a widow on her husband's funeral pyre. Although the sati is a crime, it have been ignored by the state and local courts from time to time. Sati is not only a historical application, its existence continues even in the 21st century. The purpose of this study is to explain sati, which is a deviation example from women's human rights, and its discontents.

Keywords: Sati, Human Rights, Woman, Tradition, Law

* Arş. Gör. Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

¹ Elizabeth M. Zechenter, "In the Name of Culture: Cultural Relativizm and the Abuse of the Individual", *Journal of Antropological Research*, Vol. 53, No. 3, Universal Human Rights versus Cultural Relativity, Autumn, 1997, s. 319, <http://www.jstor.org/stable/3630957>, (E.T. 03.01.2015).

GİRİŞ

Kadına karşı şiddet bugün tüm dünyada güncelliğini koruyan bir olgudur. Hatta daha ileri boyutlarıyla kadının insan hakları, başta yaşama hakkı olmak üzere yaygın olarak ihlal edilmektedir. Şüphesiz ki, bu olgunun altında yatan sebepler çok farklı olabilir. Bu olgu, sosyal, kültürel, iktisadi, eğitimsel vs. pek çok kavramla eşleştirilerek incelenebilir. Hangi kavram altında incelenirse incelensin, bir hukuk ihlali olduğu gerçeği yadsınamaz. Dolayısıyla kültürel rölativizm dahil herhangi bir görecelik tezi, bu tür temel hak ihlallerini meşru hale getirmeye yönelik bir araç olarak kabul edilemez.

Bu çalışmanın konusunu, kadının genel olarak insan haklarının özelde ise yaşama hakkının bir ihlali olan sati uygulaması oluşturmaktadır. Sati, Hindistan'da dul kadınların, ölen kocalarının cenaze ateşinde yanarak ölmeyi göze aldıkları veya almak zorunda bırakıldıkları bir uygulamadır. Bu uygulama, kimi çalışmalarda tarihsel bir olgu olarak aktarılmaktadır. Fakat çalışmanın içeriğinde bahsedildiği üzere konu yirmi birinci yüzyılda dahi varlığını ve güncelliğini devam ettirmektedir.

Hindistan'da günümüzde, kadın ölümlerine yol açan ve sayı olarak satiden daha fazla karşılaşılan bir uygulama daha vardır ki, bu da çeyiz sebebiyle öldürme uygulamasıdır. Bu uygulamada, erkeğin karısından talep ettiği çeyizin kadın tarafından karşılanmadığı durumlarda, yani kadının çeyiz yükümlülüğünü yerine getiremediği durumlarda, erkek karısını yakarak öldürmektedir. Hem sati uygulaması, hem de çeyiz sebebiyle yakma uygulamaları bugün için Hindistan'da suç olarak kabul edilmekte fakat bu olaylar polis kayıtlarına intihar veya kaza olarak geçtiklerinden, olaylarla ilgili caydırıcı nitelikte cezalar verilmemektedir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla konunun Türk Hukukunda çok fazla incelemesi olmamıştır. Konunun seçilmesindeki amaç, hem sati uygulamasının ve hem de kadına yönelik mevcut bakış açısının olumsuzluklarını gözler önüne sermektir.

HİNDİSTAN'DA SATİ GELENEĞİ

Kadının yakılması, kadına karşı şiddetin ölümcül bir türüdür. Polis kayıtlarına göre, Hindistan'da, Yeni Delhi'de 1979 ve 1983 yılları arasında 2755 çeyiz sebebiyle yakma, Karnakata Eyaletinde 1987 yılında 792, 1988 yılında 922 adet çeyiz sebebiyle öldürme (dowry deaths) olayı yaşandı. Çeyiz yakmalarının coğrafi yayılımı, bazılarının ileri sürdüğüne göre, Kuzey Hindistan'da daha yaygın iken diğer bazılarına göre Delhi, Harayana, Punjab, Uttar Pradesh'in batısı ve Gujarat'taki Saurashtra bölgesinde yoğun bir konsantre ile işlenmesi dahil tüm Hindistan'da yaygındır (Johnson Pamela S. ve Johnson Jennifer A., ² Hindistan'da çeyiz yükümlülüğünü yerine getiremediği için her gün yirminin üzerinde, gayri resmi kaynaklara göre ise yetmiş civarında kadın yakılarak öldürülmektedir.³ Yapılan değişik çalışmalarda Hindistan'da koca şiddetinin % 20 ila 75 arasında olduğu belirtilmiştir.⁴ Kız çocukları, aile için ekonomik külfet olarak görüldüğünden, Hindistan'da doğan kız bebeklerin her yıl bir buçuk milyonunun ölümüne terk edildiği tahmin edilmektedir.⁵ Hindistan'da sağlık nedeniyle kız çocukların ölümü, erkek çocuklarından % 60 daha çoktur. Bunun sebebi, kız çocukla erkek çocuk arasındaki biyolojik fark değil, gıdanın, bakımın, ilginin kızla erkek arasında eşit dağılmamasıdır.⁶ Hindistan'da kadına yönelik genel eğilim bu yöndedir. Bu çalışmada sadece Hindistan'daki sati uygulaması incelenecek olup kadınların çeyiz yükümlülüğünü yerine getirememeleri sebebiyle yakılma olayları bu çalışmanın kapsamı dışında tutulacaktır.

Sati (Su-thi veya Suttee), dul bir kadının kendini, kocasının cenaze ateşinde yakarak kurban ettiği geleneksel bir Hint uygulamasıdır. Ba-

² Pamela S. Johnson ve Jennifer A. Johnson, "The Oppression of Women in India", *Violence Against Women*, 2001, *Sage Journals*, s. 1052, <http://vaw.sagepub.com/content/7/9/1051.full.pdf+html>, (E.T. 04.01.2015).

³ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 512.

⁴ Işıl Vahip ve Özge Doğanavşargil, "Aile İçi Fiziksel Şiddet ve Kadın Hastalığımız", *Türk Psikiyatri Dergisi*, 17 (2), 2006, s. 108.

⁵ Uygun, a.g.e., s. 512.

⁶ Gülay Arıkan, "Kırsal Kesimde Kadın Olmak", *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, Aralık 1998, s. 11.

zularınca bir ant, bazılarınca da kocasının cenaze ateşinde yanmanın büyük bir onur olarak kabul edildiği eski Hindistan'da sati geleneği, toplumun bazı mezheplerinde oldukça yaygındı. Hatta nişanlı kadınlar dahi sati işlemleri yönünde teşvik ediliyordu.⁷ Sati uygulaması İngiliz Hükümetince, 1828-1835 yılları arasında Hindistan Genel Valisi Lord Bentinck tarafından 1829'da yasaklandı ve daha sonra 1987'de Sati Kanunu ile (Sati Prevention Act) kaldırıldı.⁸ Aslında, satiye karşı başlatılan İngiliz kampanyasının kökleri 1790'larda evanjelik Hristiyanlar tarafından kurulan yeni misyoner grubun misyonerlik faaliyetlerinin başlangıcına dek uzanır.⁹

Rajasthan'da, sati diye isimlendirilen korkunç olay, kadınlara karşı işlenen suçlardan (crimes against women) biridir fakat o aynı zamanda gericiliğin ve eyaletlerin ayrı ayrı yönetildiği bir sistem olan komünal sistemin (communalism) dramatik bir yükselişini de yansıtır. Dini ideologlar, bazı entelektüel kesimler ve devletin bu fenomene yanıtları, bu olgunun sınıf politikası yapısı içerisinde incelenmesi gereken bir konu olduğu yönündedir.¹⁰ Sati, kast ile ve toplumsal kimlik ile ilgili bir olgudur. Roop Kanwar, satiye, Rajput kimliğinden dolayı işlemiştir, daha doğrusu işlemeye zorlanmıştır. Sati bu şekilde algılandığında, somut bir sati olayını eleştirmek, Rajput kimliğini eleştirmek olarak algılanmaktadır.¹¹

⁷ Virendra Kumar ve Sarita Kanth, "Bride Burning", *The Lancet*, Vol. 364, Ek. 1, Aralık 2004, s. 19, http://ac.els-cdn.com/S0140673604176253/1-s2.0-S0140673604176253-main.pdf?_tid=dc3b1056-a082-11e4-a4e8-00000aacb362&acdnt=1421744643_de1620c0377215bf7f45795f95253347, (E.T. 20.01.2015).

⁸ Nehaluddin Ahmad, "Sati-Tradition-Widow Burning in India: A Socio-legal Examination" *Web Journal of Current Legal Issues*, (2009) 2 Web JCLI, s. 1, ftp://207.193.80.9/_JVanHamme/RGS6036/Week%202%20Lecture%201/1_Sati%20Tradition.pdf, (E.T. 03.01.2015).

⁹ Clare Midgley, "Female Emancipation in an Imperial Frame: English Women and the Campaign Against Sati (Widow-Burning) in India, 1813-30", *Womens History Review*, Vol. 9, No.1, 2000, s. 96, <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/09612020000200234>, (E.T. 04.01.2015).

¹⁰ Imrana Qadeer ve Zoya Hasan, "Deadly Politics of the State and its Apologists", *Economic and Political Weekly*, Vol. 22, No. 46, Nov. 14, 1987, s. 1946, <http://www.jstor.org/stable/4377725>, (E.T. 01.01.2015).

¹¹ Asghar Ali Engineer, "Status of Muslim Women", *Economic and Political Weekly*, Vol. 29, No. 6, Feb. 5, 1994, s. 297, <http://www.jstor.org/stable/4400757>, (E.T. 04.01.2015).

Temsili ve dönüşümlü olarak kadın, din ve gelenek söylemi içerisinde farklı toplulukların pasif bir sembolü, (mutsuz bir dul kadının kendi isteğiyle, merhum kocasının cenaze ateşine atladığı sati uygulamasının bir kurban sembolü) ve (kürtaj ve cinsiyet belirleme testleri yoluyla kadının üreme hakkının kontrol gücünü ellerinde tutarak) modern milliyetçiliğin gelişmesinin sembolü haline gelmiştir.¹²

Sati'nin (widow immolation) İngiltere tarafından 1829'da kaldırılması, Modern Hindistan'da kadın tarihi açısından hayati bir an haline gelmiştir.¹³ Üst kasta tabi Hindular arasında yüksek bir konsantre ile (Calcutta City'de % 63 oranında) işlenen ve hepsi olmasa da başlıca 8134 tanesi kayıtlara geçirilmiş olan Sati'nin kanunen yasaklanması bir tartışmanın dönüm noktası olmuştur.¹⁴ Öncelikle sömürge yetkilileri tarafından başlatılan tartışma 19. yüzyılda ortaya çıkan kadının statüsü için bir endişe olarak kabul edilmiştir.¹⁵

Resmi kayıtlara göre, 1815-18 döneminde toplamda 2365 satinin 1528'i ve 1828'de (Sati'nin Kaldırılması Kanunu'ndan bir yıl önce) 464 sati olayından 309 tanesi Calcutta bölgesinde gerçekleşti.¹⁶ Fakat, çalışmanın ilerleyen kısımlarında görüleceği üzere, satinin yasaklanmasından sonra yani Satinin Yasaklanması Hakkında Kanun çıktıktan sonra da sati uygulaması devam etmiş ve hatta bu uygulama yirmi birinci yüzyıla dek uzanmıştır.

Ağustos 1980'de Jhadli'de, Shekawat Rajput kabilesi üyesi 16 yaşında genç bir kadın olan Om Kanwar, Bombay'da kamyon şoförü olarak çalışan 22 yaşında Ram Singh ile evlenerek onun ölümünde, satiyi uy-

¹² Shakuntala Rao, "Woman-as-Symbol: The Intersections of Identity Politics, Gender and Indian Nationalism", *Women's Studies International Forum*, Elsevier, Vol. 22, No:3, 1999, s. 319, <http://ac.els-cdn.com>, (E.T. 04.01.2015).

¹³ Lata Mani, "Contentious Traditions: The Debate on SATI in colonial India", *Cultural Critique* No.7, The Nature and Context of Minority Discourse II, University of Minnesota Press, Autumn 1987, s. 119, <http://www.jstor.org/stable/1354153>, (E.T. 30.12.2014).

¹⁴ Mani, "Contentious Traditions", s. 119.

¹⁵ Mani, "Contentious Traditions", s. 119.

¹⁶ K. Sangari ve S. Vaid, "Sati in Modern India: A Report", *Economic and Political Weekly*, Vol. 16, No. 31, Aug. 1, 1981, s. 1285, <http://www.jstor.org/stable/4370069>, (E.T. 31.12.2014).

gulayacağına dair ani bir karar aldı.¹⁷ Çift sadece altı ay evli kalabildi ve Ram Singh, Bombay'da olduğu için neredeyse hiç birlikte yaşayamadı, ölümünden önceki birkaç ay boyunca da hasta olduğu için birçok hastanede bulundu.¹⁸ Bedeni Jaipur Hastanesi'nden öğleden biraz önce getirilmişti ve tam yakılma yerine götürülmek üzereydi ki, dul kadın, sati uygulamasına karar verdiğini ve cesedin geri getirilmesini istedi. Bütün köy hazırlıklara katıldı ve olay binlerce tanığın bulunduğu bir alanda gerçekleştirildi.¹⁹ Seyircilerin önerisi üzerine Hindistan cevizi ve odun ağırlıklı dört metre yüksekliğinde odun yığını yapıldı. Sekiz kilometre uzaklıktaki Thoi Polis İstasyonu'nda bulunan polisler bilgilendirilmeye çalışılmışsa da, günbatımında, polisler gelene kadar her şey bitmişti. Altı kişiye ilişkin kanıtlar sonradan kayıt altına alındı.²⁰ Küller, Om Kanwar'ın kendi ailesi ve tanık ifadelerine göre iki yüz bin kişinin katıldığı törenden sonra silahlı gönüllüler tarafından on üç gün boyunca koruma altına alındı. Bir mabet ve hatıra tapınağı inşa etmek için güven oluşturuldu.²¹ Başlı Rıchpal Singh'in çektiği, Om Kanwar'ın eşinin ailesi, Shakawat Rajput kabilesindendi. Diğer Rajput kabilelerinin aksine bu kabilede, primogeniture yani en büyük erkek evlat kuralı geçerli değildi ve topraklar tüm erkek evlatlar arasında eşit dağıtılıyordu. Bundan dolayı, nesiller boyunca pek çoğu, çok zor koşullar altında yaşamıştı.²² Rıchpal Singh tek başına, yıllık tek bir ürün veren ve sulanamayan sadece beş tane arazi parçasının sahibiydi. O ve oğulları orduda hizmete alınmışlardı. Rıchpal emekli oldu ve zor günler geçirmeye başladı. Ekonomik zorlukların, baba tarafından dul ve bir çocuklu bir hala ile evlenen merhum Ram Singh ile başladığı söylenir.²³ Olaydan anlaşılacağı üzere, sati uygulamasında ekonomik sebeplerin de bir hayli önemi olduğu ortadadır. Yaşanmış bir diğer sati olayı ise satının tüm dünya genelinde duyulmasını

¹⁷ Sangari ve Vaid, a.g.e., s. 1285.

¹⁸ Sangari ve Vaid, a.g.e., s. 1285.

¹⁹ Sangari ve Vaid, a.g.e., s. 1285.

²⁰ Sangari ve Vaid, a.g.e., s. 1285.

²¹ Sangari ve Vaid, a.g.e., s. 1285.

²² Sangari ve Vaid, a.g.e., s. 1285.

²³ Sangari ve Vaid, a.g.e., s. 1285.

sağlayan ve tüm dünyanın tepkilerini Hindistan üzerine çeken, Roop Kanwar olayıdır.

Roop Kanwar, 4 Eylül 1987'de Deorala, Rajasthan'da, kocasının cenaze ateşinde yakılarak öldürüldü. Olay, satinin Hindistan'da ülke çapında tartışılmasının ateşini yaktı, Rajasthan'da, bağımsızlıktan bu yana en azından otuz sekiz dul kadının kurban edildiğine ilişkin bilgiler ortaya çıktı ve olayın şamatacı destekçileri, üstü örtülü şeylerin açığa çıkmasını sağladı.²⁴Deorala, nispeten gelişmiş bir köydü. Aile, zengin olmasa da hali vakti yerinde sayılırdı. Roop Kanwar'ın kayın babası, Roop'un da mezun olduğu okulun müdürüydü. Bir Rajput ailesi olarak Rajputlarla sıkı bağlar içindeydiler ve yerel siyasette etkindiler.²⁵ Roop Kanwar, kocasının ölümünden çok kısa bir süre önce evlenmişti. Kocasını ruhsal hastalıklardan acı çekiyordu ve sadece altı ay kadar birlikte yaşayabildiler. Kocasının ölümünden sonra Roop Kanwar'ın satı olma kararı önceden ilan edildi, çünkü satı kamusal bir gösteri idi. Ailesi henüz haberdar olmamıştı.²⁶ Katili işaret eden deliller vardı, bazı komşularının söylediğine göre, Roop törenden önce kaçmıştı ve bir ahırda saklanmaya çalışmıştı ama yakalanıp dışarıya sürüklenmiş ve kendisine birçok ilaç verilmişti. Yine töreni izleyen bazı köylülerin belirttiğine göre, gelin bu tören için gönüllü değildi, 15-20 gençten oluşan bir grup tarafından kaçmasına izin verilmeyecek şekilde tören alanına getirilmiş, kurtarılması için haykırmasına rağmen etrafını saran gençlerin çıkardığı gürültü nedeniyle sözleri sadece çok yakınında olanlar tarafından duyulabilmiş, alevler etrafını sardığında 'Anne!, Baba!' diye çığlık atmış ve son sözleri bunlar olmuştu.²⁷ Yani yansıtılmaya çalışıldığı üzere bu olay gönüllü bir olay değildi. Onu gelin gibi giydirip ateşe atmışlar ve üzerine kütük ve Hindistan cevizi

²⁴ Lata Mani, " Multiple Mediations: Feminist Scholarship in the Age of Multinational Reception", *Feminist Review*, Palgrave Macmillan Journals, No. 35, Summer 1990, s. 33, <http://www.jstor.org/stable/1395398>, (E.T. 31.12.2014).

²⁵ Radha Kumar, " The History of Doing-An Illustrated Account of Movements for Women's Rights and Feminism in India 1800-1990", *Kali For Women*, New Delhi, 1993, s.174, http://dart.columbia.edu/library/DART-0012/against_sati.pdf, (E.T. 31.12.2014).

²⁶ Kumar, a.g.e., s. 174.

²⁷ Uygun, a.g.e., s. 511.

yığmışlardı. Ateşi, küçük kayınbiraderlerinden biri tarafından yakıldı.²⁸ Basın, olay yerine geldiğinde, kendilerini sati alanının korucusu tayin edenlerce istismar edildi ve tartaklandı. Başka bir deyişle bu, satinin planlayıcılarının kendilerine çatışma yaratan bir soru sorulmadan önce bir sıkıyönetim komutanı olarak gördüklerine dair bir delildi.²⁹ Bu son durumda Hindistan hükümeti Roop'u baskı altında tutan aile üyelerine karşı harekete geçmekte tereddüt etti. Devlet yetkilileri tahminen 300.000 kadar başka insanla ile birlikte yanma sonrası on üç günlük sürede (satiden sonra on üç gün boyunca yapılan tören) hazır bulundu ve sonunda satinin övülmesini yasakladı, fakat yanıt çok geç ve çok küçük oldu.³⁰

Olayın başta Hindistan olmak üzere tüm dünyada tepki çekmesi üzerine, Roop Kanwar'ın intiharını destekleyen herkes tutuklandı. Fakat Roop Kanwar idol haline getirildi ve tanrısal bir statüye kavuşturuldu, kendisi için bir tapınak inşa edildi. 1996 Ekim'inde Hindistan Mahkemesi, olayı, sosyal bir gelenek olarak onadı ve Roop Kanwar'ı destekleyen otuz sekiz sanığın hepsi hakkında beraat kararı verdi.³¹ Olayın destekçileri, olayın gerçekten Roop Kanwar'ın, türbesi ziyaret edilen bir Sati Anne (*Rani Sati*) olmak için kendi kararı ile gerçekleştirdiği kendi eylemi olduğunu ve baskıya ilişkin herhangi bir kanıt olmadığını söylediler.³² Roop Kanwar olayı, tüm dünyada çok ses getirmesine rağmen, Hindistan'da yaşanan ne ilk ne de son sati olayı oldu.

Roop Kanwar'ın ölümünden sadece dört ay önce polis, Banwari adında bir kadının sati işlemesine engel oldu ve Pali ilçesinin Bagda köyünde olaya tanıklık etmek için toplanan yirmi bin küsur kişiyi dağıttı. Roop Kanwar'ın ölümünden iki yıl önce Mart 1985'te Jaipur ilçesinde polis, başka bir sati uygulamasını önlemek için göz yaşartıcı gaz gibi araçlar kullanarak olay yerinde toplanmış olan otuz bin kişi-

²⁸ Kumar, a.g.e., s. 175.

²⁹ Kumar, a.g.e., s. 175.

³⁰ Mani, "Multiple Mediations", s. 33.

³¹ Ahmad, a.g.e.

³² Ananya, "Dancing Death by Fire: In Search of Roop Kanwar", *Women and Performance: A Journal of Feminist Theory*, 11:1, s. 82, <http://dx.doi.org/10.1080/07407709908571316>, (E.T. 04.01.2015).

lik topluluğu dağıttı. Oysa sati uygulamasının büyük bir galeyana yol açtığı Roop Kanwar'ın ölümünde hiç kimse engellenmedi.³³ Bu husus da, olayın geniş yankı uyandırmasının sebeplerinden biridir.

Bazı kaynaklarda Roop Kanwar'ın ölüm tarihi olarak 22 Eylül 1987 tarihi verilse de, pek çok kaynak ölüm tarihini 4 Eylül olarak belirtmekte ve bunu yaparken basında çıkan haberlere de yer vermektedirler. Şu durumda 22 Eylül tarihi çok gerçekçi görünmemektedir. Örneğin bir makalede, Roop Kanwar'ın 4 Eylül 1987'de yakılarak öldürüldüğü yazıldıktan sonra, yerel bir günlük gazete olan The Rajasthan Patrika'nın 5 Eylül 1987 tarihli sayısında Roop Kanwar'ın 4 Eylül 1987'de satiyi işlediğinin yazıldığı belirtilmektedir.³⁴ Indian Express'in 6 Eylül tarihli sayısında, Jaipur'da üç kadından oluşan bir organizasyonun bir araya gelip olaydan kaynaklanan şok, kızgınlık ve endişelerini açıkladıkları ifade edilmektedir.³⁵ Makalede 7-10 Eylül tarihleri arasında gergin sessizliğin devam ettiği, hükümetten herhangi bir yanıt veya beyan gelmediği, göstermelik bir jest olarak ilçe idaresinin, aile üyelerine karşı IPC'nin (Hindistan Ceza Kanunu) 306. bölümüne dayanarak dava açıldığı ve Roop Kanwar'ın 15 yaşındaki kayınbiraderi Pushpendra Singh'in tutuklandığı, kızgın ve huzursuz kadın gruplarının giderek arttığı belirtilmektedir.³⁶ 11-12 Eylül tarihlerinde Times of India'nın Jaipur baskısının baş sayfasında Deorala olayının geniş bir şekilde yazılı olduğu açıklanmaktadır. Haberler, Deorala'nın bir hac yerine döndüğünü yazmaktadır. Hayranları binleri bulmaktadır, iş patlaması yaşanmaktadır. Roop Kanwar'ın, ateşin içerisinde kocasının yüzü ile birlikte kendi görkemli bir şekilde gülen yüzünün sergilenmediği fotoğrafları binlerce satıldı. Geniş kitlelere dağıtılan el ilanları ile, Roop Kanwar'ın eylemi yüceltildi ve insanların törene (chunri ceremony) katılmaları istendi.³⁷ Olayın büyük bir ölçekte yüceltilmesi için açık hesaplar yapıldı. Bu arada kadın gruplarının çok sayıda soruları

³³ Kumar, a.g.e., s. 174.

³⁴ Sharada Jain, Nirja Misra ve Kavita Srivastava, "Deorala Episode: Women's Protest in Rajasthan", *Economic and Political Weekly*, Vol. 22, No. 45, Nov.7, 1987, s. 1891, <http://www.jstor.org/stable/4377696>, (E.T. 01.01.2015).

³⁵ Jain vd., a.g.e., s. 1891.

³⁶ Jain vd. a.g.e., s. 1891.

³⁷ Jain vd. a.g.e., s. 1891.

yükseliyordu. Örneğin; Roop Kanwar, Maal Singh'e adanmış mıydı?, İstismar ve kınamaya katlanmak zorunda kaldı mı?, Kocasının ölümünden sorumlu tutuldu mu? (*Pati Ko Kha Gai?*), Kendisine ilahi bir güç indiği gerekçesiyle veya çaresizlik sebebiyle sati işleme niyetini beyan etti mi?, Kararından dönmek istedi mi, istedi de izin verilmedi mi?, Yardım için bağırdı da sesi kasten bastırıldı mı? Tüm bu sorular ve benzer pek çok soru daha soruldu. Pek çok bilgi eksiklikleri vardı.³⁸ Makale, devamında pek çok kadın örgütünün harekete geçtiğini ve bu kadın gruplarının çalışmalarını gün gün yazmaktadır. Roop Kanwar'ın yakılması olayında üstü örtülü ekonomik sebeplerin asıl etken olduğu aşıkardır. Roop Kanwar'ın ciddi miktarda altından oluşan bir çeyizi vardır ve öldüğünde çeyizinin eşinin ailesine kalacağı bellidir. Ayrıca toplumsal baskı da satinin işlenmesinde çok önemli bir etkindir. Hindistan'da dul kadınlar çok büyük bir baskı altında tutulmakta ve ömür boyu yas tutma zorunluluğuna maruz bırakılmaktadır. Bu durum Hint ahlak doktriniyle ve reenkarnasyon inancıyla yakından ilgilidir. Burada yeri gelmişken Hint ahlak doktrini üzerinde kısaca durulacaktır ki, sati uygulamasının altında yatan sebepler daha net anlaşılabilir.

Hint ahlak doktrininde kocalar ve eşleri dünyada tanrılar ve tanrıçalar gibi yaşarlardı. Tanrı ve tanrıça olarak birbirlerine aşık ve sonsuz bir bağları vardı. Fakat insan şekline girmişlerdi. Onlar dans edebilir, yiyebilir, aşık olabilir, suç ve günah işleyebilirlerdi. Romantik dünyada şeytani bir yer vardı. Onlar ölebilirlerdi, bu onların zaman zaman, savunmasız insan kılığından çıkıp, kadın veya erkek, bir kertenkele, bir baykuş, bir köpek veya bir insan olarak yeniden doğmaları anlamına gelirdi. Bu, bedeninin önerdiği romantik olasılıklara ödenen bir bedel olmalıydı.³⁹

Hint ahlak doktrininde kocanın ölmesinin maddi olmasından çok metafizik önemi vardır. Hindistan'da geleneksel dulluk, dul kadınla-

³⁸ Jain vd. a.g.e., s. 1891.

³⁹ Richard A. Shweder, "The Astonishment of Antropology", Christopher W. Gowans (Ed.), *Moral Disagreements: Classic and Contemporary Readings*, Routledge Publishing, London, 2000, s. 109.

rın hayatlarını, günahlarının bağışlanması için oruç tutarak, dua ve ibadet ederek, dünyadan elini eteğini çekerek, kutsal metinleri okuyarak geçirmeleri anlamına gelir. Onlara göre dulluk, eski günahlardan dolayı bir cezalandırma idi. Kocanızın sizden önce ölmesi bunun bir işaretiydi, bir sonraki reenkarnasyonunuzun uğruna (dünyaya yeneden gelme), suçluluğunuzdan kurtulma yükümü altındasınızdır. Günahlardan arınmayı ve karı ile koca arasında ebedi birliğin garantisini sağlar, onları gelecekte tekrar doğum döngüsü boyunca tanrı ve tanrıçalar olarak birbirlerine bağlar.⁴⁰ Görüldüğü üzere Hindistan'da dul kalmak zaten başlı başına suçluluğun bir işareti olarak kabul edilmektedir. Yani dul olmak, kişinin önceki hayatında suçlu veya günahkar olduğunun bir göstergesidir ve önünde iki seçenek vardır. Ya ömrünün geri kalanını bu gūnahtan arınmak için adeta bir köle gibi yaşayarak geçirecek; ya da merhum kocası ile birlikte ölüp bu gūnahtan kurtulacaktır. Aslında bundan başka bir seçenek de kendisine bırakılmamaktadır. Çünkü dul kalan kadına, kocasının cenazesi yakılmadan önce, satının kendisi için daha iyi bir seçenek olduğu vurgulanmaktadır.

Roop Kanwar olayından sonra, görece yakın tarihlerde başka sati olayları da polis kayıtlarına geçirilmiştir. Bu uygulamalardan bir tanesi, Madhya Pradesh eyaletinde 2002 Ağustos'unda Kuttu Bai adında 65 yaşında bir dul kadının işlediği satidir, bir diğeri 2006 yılında 35 yaşında Vidyawati isimli kadının, Utter Pradesh'te kocasının cenaze ateşine atlayarak yanması, bir diğeri Ağustos 2006'da, Madhya Pradesh'in Sager ilçesinde, kırk yaşında Janakrani isimli kadının kocasının cenaze ateşinde yanarak ölümü ve çok yeni diğeri ise Chattisgarh'da yetmiş bir yaşında Lalmati isimli bir kadının 2008 Ekim'inde işlediği satidir.⁴¹

Hint toplumunda sati uygulamaları devam etmekte ve ileriye taşınmaktadır, fakat satının sosyal kötülüğü Hint toplumunda asılı durmaktadır. Şok edici son olay, yetmiş bir yaşında bir kadının Chattisgarh'da 13 Ekim 2008'de gerçekleştirdiği, gözleri açan sati ola-

⁴⁰ Shweder, a.g.e., s. 109.

⁴¹ Ahmad, a.g.e.

yıdır.⁴² Chattisgarh'ın Raipur ilçesinin Chechar köyünde ikamet eden yetmiş bir yaşındaki Lalmati, kocası Shivnandan Verma'nın cenaze ateşine yeni bir Hint elbisesi (*sari*) giyerek gelmişti. Kocasının bedeni yanmak üzere ve köylüler ayrılmak üzereydi ki; Lalmati, ateşin içine atladı ve dakikalar içinde kül oldu. Lalmati'nin kendi isteğiyle mi atladığı yoksa biri tarafından mı itildiği henüz tam olarak bilinmemektedir. Olay polislerce kayıt altına alınmış ve soruşturması başlatılmıştır. Fakat olay, kırsal Hindistan'da bu tür olayların hala devam ettiğinin göze batan bir örneğidir.⁴³

SONUÇ

Kadın, tarih boyunca ikinci cins olarak addedilen, görmezden ve duymazdan gelinen, şiddete maruz kalan ve çılgınlıklarına kulaklar kapatılan, zekasından şüphe edilen, sadece cinsel bir obje olarak kabul edilip, erkeği memnun etmek için yaratıldığına inanılan, erkeğin malı olup gerekirse erkek öldüğünde onunla birlikte öldürülen bir obje olarak kabul edilmiştir. Bugün dünyanın gelişmiş, az gelişmiş veya ilkel olarak kabul edilen hemen her toplumunda kadına karşı şiddet ve aşağılama olgusu ortak bir özellik olarak yer almaktadır. Avrupa'sında cadı avı uygulamalarını hatırlatmakla yetinmiş olalım. Kadına karşı şiddet, başka formları ile bizim ülkemizde de güncelliğini maalesef yitirmemektedir.

İnsan hakları ihlallerinde kültürel rölativizmin meşrulaştırıcı bir araç olarak kullanılamayacağı artık ispata dahi gerek olmayan bir husustur. Hiçbir kültür, kadının erkek tarafından yakılmasını, erkek terörüne kurban edilmesini haklı gösteremez, böyle bir çaba varsa bu tür çabalar meşru karşılanamaz. Bu tür uygulamaların önüne geçmek için ulusal mahkemeler üzerinde büyük bir sorumluluk yer almaktadır. Onlar bu sorumluluklardan kaçtıkları sürece kültür olgusu hukukun önüne geçecek ve bu uygulamalar meşru kabul edilmeye devam edilecektir. Artık, sati ateşinin kadının gönlünden çıkan ateşle yandığına inanmak ya saflığın ya da kötü niyetin ifadesidir.

⁴² Ahmad, a.g.e.

⁴³ Ahmad, a.g.e.

Mevcut kadın algısının değiştirilmesi, herkesin fakat özellikle tüm kadınların boynunun borcudur. Bizler üzerimize düşeni yapmadıkça da bu anlayışın değişmesi zor olacaktır.

Kaynakça

- Ahmad Nehaluddin, "Sati-Tradition-Widow Burning in India: A Socio-legal Examination" *Web Journal of Current Legal Issues*, (2009) 2 Web JCLI, ftp://207.193.80.9/_JVanHamme/RGS6036/Week%202%20Lecture%201/1_Sati%20Tradition.pdf.
- Ananya, "Dancing Death by Fire:In Search of Roop Kanwar", *Women and Performance: A Journal of Feminist Theory*, 11:1, <http://dx.doi.org/10.1080/07407709908571316>.
- Arıkan Gülay, "Kırsal Kesimde Kadın Olmak", *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, Aralık 1998.
- Engineer Asghar Ali, "Status of Muslim Women", *Economic and Political Weekly*, Vol. 29, No. 6, Feb. 5, 1994, <http://www.jstor.org/stable/4400757>.
- Jain Sharada, Nirja Misra ve Kavita Srivastava, "Deorala Episode: Women's Protest in Rajasthan", *Economic and Political Weekly*, Vol. 22, No. 45, Nov.7, 1987, <http://www.jstor.org/stable/4377696>.
- Johnson Pamela S. ve Jennifer A. Johnson, "The Oppression of Women in India", *Violence Against Women*, *Sage Journals*, <http://vaw.sagepub.com/content/7/9/1051.full.pdf+html>.
- Kumar Radha, "The History of Doing-An Illustrated Account of Movements for Women's Rights and Feminism in India 1800-1990", Kali For Women, New Delhi, 1993, http://dart.columbia.edu/library/DART-0012/against_sati.pdf.
- Kumar Virendra ve Sarita Kanth, "Bride Burning", *The Lancet*, Vol. 364, Ek. 1, Aralık 2004, http://ac.els-cdn.com/S0140673604176253/1-s2.0-S0140673604176253-main.pdf?_tid=dc3b1056-a082-11e4-a4e8-00000aacb362&acdnat=1421744643_de1620c0377215bf7f45795f95253347.
- Mani Lata, "Contentious Traditions: The Debate on SATI in colonial India", *Cultural Critique* No.7, The Nature and Context of Minority Discourse II, University of Minnesota Press, Autumn 1987, <http://www.jstor.org/stable/1354153>.
- Mani Lata, "Multiple Mediations: Feminist Scholarship in the Age of Multinational Reception", *Feminist Review*, *Palgrave Macmillan Journals*, No. 35, Summer 1990, <http://www.jstor.org/stable/1395398>.
- Midgley Clare, "Female Emancipation in an Imperial Frame: English Women and the Campaign Against Sati (Widow-Burning) in India, 1813-30", *Women's History Review*, Vol. 9, No.1, 2000, <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/09612020000200234>.

- Qadeer Imrana ve Zoya Hasan, "Deadly Politics of the State and its Apologists", *Economic and Political Weekly*, Vol. 22, No. 46, Nov. 14, 1987, <http://www.jstor.org/stable/4377725>.
- Rao Shakuntala, "Woman-as-Symbol: The Intersections of Identity Politics, Gender and Indian Nationalism", *Women's Studies International Forum, Elsevier*, Vol. 22, No:3, 1999, <http://ac.els-cdn.com>.
- Sangari K. ve S. Vaid, "Sati in Modern India: A Report", *Economic and Political Weekly*, Vol. 16, No. 31, Aug. 1, 1981, <http://www.jstor.org/stable/4370069>.
- Shweder Richard A., "The Astonishment of Antropology", Christopher W. Gowans (Ed.), *Moral Disagreements: Classic and Contemporary Readings*, Routledge Publishing, London, 2000.
- Uygun Oktay, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- Vahip Işıl ve Özge Doğanavşargil, "Aile İçi Fiziksel Şiddet ve Kadın Hastalarımız", *Türk Psikiyatri Dergisi*, 17 (2), 2006.
- Zechenter Elizabeth M., "In the Name of Culture: Cultural Relativizm and the Abuse of the Individual", *Journal of Antropological Research*, Vol. 53, No. 3, Universal Human Rights versus Cultural Relativity, Autumn, 1997, <http://www.jstor.org/stable/3630957>.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNE YAKLAŞIMI

THE APPROACH OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
AND THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT
TO FREEDOM OF PRESS

Peri URAN*

Özet: Bu çalışmada öncelikle ifade ve basın özgürlüğünün ne anlama geldiği, bu özgürlük kategorileri arasında nasıl bir ilişki olduğu, basın özgürlüğünün önemi, demokrasiyle ilişkisi ve sınırlandırılma nedenleri ele alınmış; daha sonra iç hukukumuzda sahip olduğu önem doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin basın özgürlüğüne ilişkin çeşitli kararları incelenmiş ve bireysel başvuru yetkisi görev kapsamına dahil edilen Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımı değerlendirilmeye çalışılmıştır. Son olarak, ülkemizde basın özgürlüğüne ilişkin önemli bir sorun olarak kabul edilen tekelleşme konusuna değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Basın Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Medyanın Tekelleşmesi

Abstract: In this study, definitions of the freedom of press and the freedom of expression, the distinction between these freedom categories, the significance of the freedom of press and its relation to democracy, the limits of the freedom of press have been considered on a preferential basis. Next to this, freedom of press is examined in light of the decisions of the European Court of Human Rights as parallel to its cruciality in domestic law and the Turkish Constitutional Court, which started its task of hearing individual constitutional complaints, has been evaluated in terms of its scope on freedom of press. Finally, monopoly in media has been mentioned as a significant problem concerning the freedom of press.

Keywords: Freedom of Press, Freedom of Expression, European Convention On Human Rights, European Court of Human Rights, Constitutional Court, Individual Constitutional Complaint, Media Monopoly.

* Yrd. Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, World Council of Peoples for the United Nations (New York) Hukuk Danışmanı

1. Genel Olarak Basın Özgürlüğü Kavramı

Basın özgürlüğü konusu incelenmeye geçilmeden önce bu konuya ilişkin belli başlı kavramların tanımlanmasında fayda bulunmaktadır. Zira basın özgürlüğü, kitle iletişim özgürlüğü, medya özgürlüğü kavramları sıklıkla birbiriyle karıştırılabilmektedir. Kitle iletişimi, herhangi bir iletinin, bilgi, kanaat, tavır ve davranışların birden çok tekil alıcıya veya topluluğa herhangi bir araç vasıtasıyla iletilmesi süreci olarak ifade edilmektedir.¹ Medya kavramından anlaşılması gereken ise televizyon, radyo, internet, dergi ve gazetelerden oluşan kitle iletişim araçlarının bir kısmıdır.² Diğer yandan, basın kavramı, gazete, dergi gibi belirli zamanlarda çıkan yazılı yayınların bütünü, matbuat olarak tanımlanmaktadır.³ Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere, basın kavramı, görsel ve işitsel bütün kitle iletişim araçlarını kapsayan bir kavram olmaktan ziyade gazete, dergi, kitap, broşür gibi yalnızca yazılı ve basılı eserleri kapsayan bir manada kullanılmaktadır. AİHM'nin ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarının önemli bir kısmının konusunu basılı eserlere ilişkin düşünce açıklamalarının engellenmesi oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, bu çalışmada esas olarak basın sözcüğünün yazılı olan, basılan ve basılarak çoğaltılan kitle iletişim araçları için kullanılacağını hatırlatmakta fayda bulunmaktadır.

Basın özgürlüğü kavramı, ifade özgürlüğünün bir tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer pek çok özgürlüğü bünyesinde barındıran ifade özgürlüğü, bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçıl yoldan açığa vurulması veya dış dünyada serbestçe ifade edilebilmesi olarak tanımlanmaktadır.⁴ İfade özgürlüğü, düşünce, kanaat ve inanç özgürlüğünü; düşünce, kanaat ve inancı açıklama ve yayma özgürlüğünü; bilgi edinme ve bilgiye ulaşabilme gibi özgürlükleri de içine alan geniş bir özgürlük yapısı olarak nitelendirilmekte, ifade

¹ Ömer Gedik, *Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye'de Kitle İletişim Özgürlüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 26.

² Gedik, age., s. 29.

³ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara, 10. Baskı, 2005, s. 204.

⁴ Mustafa Erdoğan, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", *Liberal Düşünce Dergisi*, 2001, Yıl: 6, Sayı: 24, s. 8. Bir başka tanım, insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte (dernek, sendika ve toplantı vb.) çeşitli yollarla (söz, basın, resim, sinema ve tiyatro vb.) serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayması biçiminde yapılmaktadır. Bu yönde bkz. Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, 3. Basım, 1990, s. 89.

özgürlüğünün en temel tanımlarının dahi bunlardan başka diğer birçok hak ve özgürlüğün “besleyici” kaynağını oluşturduğu ve türev pek çok yapıyı ardı sıra getirdiği ifade edilmektedir.⁵ İşte bir nevi kaynak durumunda olan bu özgürlükten beslenen özel özgürlük ilkelerinden birisi de basın özgürlüğüdür.⁶ Basın özgürlüğü kısaca düşüncelerin basılmış eserler yoluyla açıklanması özgürlüğü olarak tanımlanmaktadır.⁷ Basın özgürlüğünün, basın araçlarını kullananlar açısından bireysel, kamunun bilgi edinme ve haber alma hakkı açısından kamusal olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır.⁸ Basın özgürlüğü bazı anayasalarda,⁹ ulusla-

⁵ İbrahim Kaboğlu, “Düşünce Özgürlüğü”, İnsan Hakları Al-manağı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1. Basım, 2000, s. 107.

Düşünce açıklaması yazı yoluyla yapılıyorsa basın özgürlüğü’nden; radyo, televizyon ve sanat etkinlikleri yoluyla oluşuyorsa iletişim özgürlüğünden; kişinin diğer insanlarla bir araya gelerek düşüncelerini açıklamasında toplantı özgürlüğü ya da dernek kurma özgürlüğü’nden; kişinin dini konularda düşüncelerini açıklamasında din ve vicdan özgürlüğü’nden söz edilir. Bu yönde bkz. Enver Bozkurt & Süleyman Dost, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2002, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 48.

⁶ Reyhan Sunay, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT Yayınları, Ankara, 2001, s.129.

Dönmezer, basın özgürlüğünün içerdiği hakları; haberleri, fikir ve düşünceleri bilmek, bunlara ulaşmak ve bunları toplamak hakkı, haber, fikir, düşünce ve kanaatleri yorumlamak ve analiz edebilmek ve eleştirebilmek hakkı, haber, fikir ve düşünceleri tabedebilmek, basılmış eserleri dağıtabilmek hakkı olarak tasnif etmektedir. Bu yönde bkz. Sulhi Dönmezer, Basın ve Hukuku, İstanbul, 1976, s. 94 vd.

Özek, bu haklara “yaratma hakkını” da eklemektedir. Ona göre yaratma, belirli bir olayın anlatılması veya bir konunun eleştirilip incelenmesi dışında, kişinin bir şey var etmesi anlamına gelmektedir. Bu yönde bkz. Çetin Özek, Türk Basın Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2381, İstanbul, 1978, s. 36.

⁷ Ahmet Kılıçoğlu, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Youyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 172.

Daha geniş bir biçimde basın özgürlüğü, haber, fikir ve düşünceleri serbest olarak toplayıp, yorumlayıp, eleştirip basabilmek, çoğaltabilmek, serbestçe yayımlayabilmek ve dağıtabilmek özgürlüğü olarak da tanımlanmaktadır. Bu yönde bkz., Dönmezer, age., s. 41; Nevin Ünal Özkorkut, “Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devleti’ndeki Görünümü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2002, Cilt: 51, Sayı: 3, s. 67.

⁸ Sunay, age., s. 134

⁹ 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Federal Anayasası’na 1791’de eklenen 1. Ek maddeye göre, “Kongre söz veya basın özgürlüğünü sınırlayan kanun yapamaz”; 1 Ocak 1948 tarihli İtalyan Cumhuriyeti Anayasasınının 21. maddesine göre, “Herkesin kendi düşüncesini sözle veya yazı ile ve diğer herhangi bir yayın vasıtası ile serbestçe açıklama hakkı vardır.”; Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 5. maddesine göre, “Herkes, düşüncesini söz, yazı ve resimle açıklayıp yazmak, herkese açık olan kaynaklardan hiçbir engellemeden bilgi edinmek hakkına sahiptir. Basın özgürlüğü radyo, televizyon ve sinema vasıtasıyla haber vermek özgürlüğünü teminat altına alınır. Sansür konulamaz”; Yunan

rarası bildiri ve sözleşmelerde¹⁰ ifade özgürlüğü ile birlikte ele alınmıştır. Doktrinde de bazı yazarlar basın özgürlüğünü ifade özgürlüğünün bir şekli ve ayrılmaz bir parçası olarak görmekte ve söz konusu özgürlüğün ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.¹¹ Diğer yandan her ne kadar söz konusu özgürlüklerin kaynağını ifade özgürlüğü oluştursa da bu özgürlük çeşitlerinin her birinin, kendine özgü yapıları ve sorunları olduğu, bu nedenle basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün ayrı maddelerde ve birbirlerinden farklı şekilde düzenlenmeleri gerektiği, bu durumun teknik ve yapısal zorunlulukların yanında, farklı fonksiyonları ifa etmelerinden de kaynaklandığı ifade edilmektedir.¹² Nitekim basın özgürlüğünün yalnızca düşüncenin basın araçları kullanılarak serbestçe açıklanması olarak sınırlandırılmayacağı, bu özgürlüğün basın kuruluşlarının serbestçe kurulup işletilebilmesini de kapsamı gerektiği, dolayısıyla basın özgürlüğü kavramının önemi ve özellikleri nedeniyle ayrı olarak ele alınması gerektiği kabul edilmektedir.¹³

Basının temel görevi, devlet mekanizmasının işleyişini denetleme ve eleştiri yoluyla sapmaları önlemek olarak özetlenmektedir.¹⁴ Bası-

Anayasasının 14. maddesine göre, "Herkes düşüncelerini, sözlü olarak, yazılı ve basın aracılığı ile hukuka uygun olarak açıklayabilir ve propagandasını yapabilir. Basın özgürdür, sansür ve her türlü önleyici tedbir yasaklanmıştır."; 1993 tarihli Rus Anayasası'nın 29. maddesine göre, "Herkes düşünme ve konuşma özgürlüğüne sahiptir...Kitle iletişim özgürlüğü garanti altındadır. Sansür yasaklanmıştır."; Japon Anayasası'nın 21. maddesine göre, "Toplantı, konuşma basın ve tüm ifade şekilleri özgürlükleri teminat altındadır."

¹⁰ 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 11. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi.

¹¹ Kılıçoğlu, age, s. 172; ayrıca bkz. Çetin Özek, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 1999, s. 204.

¹² Reyhan Sunay, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT Yayınları, Ankara, 2001, s. 129.

¹³ Metin Baykan, Avrupa İnsan Hakları Kararlarında Basın Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 28; ayrıca bkz. Kemal Şahin, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, Gereçleri ve Sınırları, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 149.

Nitekim bu doğrultuda, 1982 Anayasası'nın 26. maddesinde düzenlenen düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün yanında, 28. maddede basın özgürlüğü ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci ve ikinci fıkrasında "Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır" ifadesi yer almaktadır.

¹⁴ Kayıhan İçel & Yener Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, Yenilenmiş 7. Baskı 2007, s. 119.

nın denetim görevinin önemini vurgulayan Touraine, siyasal iktidar bir defa seçildikten sonra, siyasal gücün hoyratça kullanılmaması için, en fazla ihtiyaç duyulan denetim araçlarının bağımsız bir yargı sistemi ve ekonomik ve politik açıdan bağımsız bir basın olduğunu ifade etmektedir.¹⁵ İdeal demokrasi şartlarında halk, seçim yapacağı taraflar hakkında doğru, eksiksiz ve tarafsız bilgiye sahip olabilmeli ve tercihlerini bu bilgilere dayanarak yapabilmelidir. Basın özgürlüğünün ve ifade özgürlüğünün engellendiği durumlarda ise halkın bilgi edinme hakkı ihlal edilmekte ve demokrasinin temel koşullarından biri sağlanamamaktadır.¹⁶ Bununla birlikte, basın özgürlüğü sınırsız bir özgürlük değildir. Demokrasiyle birebir ilişkilendirilen bu kavramın sınırları da her ülkede, söz konusu ülkenin demokrasi anlayışı ve demokratik sistemin işleyişi doğrultusunda bir takım sınırlamalara ve yasal düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Devletin ve toplumun var olabilmesini ve sürekliliğini sağlayabilmek için hürriyetlerin sınırlandırılması kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁷ İnsan hakları düşüncesinin en önemli çıkmazlarından biri olarak kabul edilen bu sorun, günümüzde özgürlüklerle düzen arasında bir denge kurularak çözülmeye çalışılmaktadır.¹⁸

II. Basın Özgürlüğünün Sınırları

Basın özgürlüğünün sınırlandırılması ile mücadeleci (militan) demokrasi anlayışı ilişkilendirilebilmektedir. Özünde sınırsız bir demokrasinin ve özgürlükleri yok etme özgürlüğünün olamayacağını savunan bir anlayış olan mücadeleci demokrasi anlayışı gereği, örgütlenme özgürlüğünün yanısıra ifade ve basın özgürlüğü de sınırlandırılabilir.¹⁹ Mücadeleci demokrasi anlayışının basın özgürlüğü üzerindeki etkisini ortaya koymak bakımından Avrupa İnsan Hak-

¹⁵ Alain Touraine, *Demokrasi Nedir?*, çev. O. Kunal, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 98.

¹⁶ AİHM de ifade özgürlüğü hakkında verdiği pek çok kararında, basın özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki önemine vurgu yapmıştır. Bu yönde bkz. Şahin, age., s. 152.

¹⁷ Münci Kapanı, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 120.

¹⁸ Anıl Çeçen, *İnsan Hakları*, Savaş Yayınevi, Ankara, 3. Baskı, 2000, s. 38.

¹⁹ Mücadeleci (militan) demokrasi anlayışına ilişkin en geniş kapsamlı değerlendirmeye için bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000, s.32-33.

ları Mahkemesi'nin (AİHM) Glimmerveen ve Hagenbeek / Hollanda davası dikkat çekici niteliktedir. Söz konusu davada, dağıttıkları bildiriler nedeniyle ırk ayrımcılığı yapmakla suçlanıp mahkum edilen kişilerin başvurularını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 17. maddesinde yer alan "Sözleşme hükümlerinden hiçbiri bir devlete, topluluğa veya bir kişiye sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz"²⁰ şeklindeki hükme dayanarak kabul edilemez bulmuştur.

Hemen hemen tüm anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde basın özgürlüğünün hangi nedenlerle sınırlandırılabilir olduğu düzenlenmiştir. Anayasamızın basın özgürlüğünün düzenlendiği 28. maddesinin 3. fıkrasında basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında, Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. 26. maddenin 2. fıkrasında bu özgürlüklerin milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca 27. maddenin 2. fıkrası gereği olarak basın özgürlüğü, Anayasa'nın 1., 2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesi maksadıyla kullanılamayacaktır. Dolayısıyla, söz konusu maddeler de basın özgürlüğünün sınırı olarak belirmektedir. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında da basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, "*Basın özgürlüğünün kullanılmasında ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının*

²⁰ Glimmerveen & Hagenbeek/Hollanda Davası, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-74187#{%22item%22:\[%22001-74187%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-74187#{%22item%22:[%22001-74187%22]}), s. 194-195.

sağlanması amacıyla sınırlanabilir.”²¹ Basın Kanunu’ndaki bu düzenleme AİHS 10. maddesinin 2. fıkrasındaki sınırlandırma nedenlerine paralellik göstermektedir. Her ne kadar AİHS basın özgürlüğünü ifade özgürlüğü içerisinde 10. maddesinde değerlendirmiş ve düzenlemişse de, 10. madde kapsamında yapılan şikayet ve başvuruların büyük bölümünün konusunu basın özgürlüğünün oluşturması dikkate değerdir. Söz konusu maddeye göre “1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir. 2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

Gerek 1982 Anayasası’nın 26 ve 28. maddesi, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları dikkate alındığında basın özgürlüğünün sınırlarını, “başkalarının şöhret ve haklarının korunması”, “devletin ve toplumun korunması” ve “ahlakın korunması” olmak üzere üç genel kategori altında toplamının mümkün olduğu ileri sürülmektedir.²²

III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Basın Özgürlüğüne İlişkin Çeşitli Kararları

Anayasanın 90. maddesi’ne göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınacaktır. Anayasanın 90. maddesi gereği, AİHS iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş, AİHS’nin esas uygulayıcısı ve içtihat mercii olan AİHM

²¹ Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu’nda da basın özgürlüğünü sınırlayan hükümler yer almaktadır.

²² Yaşar Salihpaşaoğlu, Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 44.

kararları önem kazanmıştır. Bu öneme paralel olarak çalışmamızın bu kısmında Yüksek Mahkeme'nin basın özgürlüğüne ilişkin çeşitli kararları incelenerek, bu konudaki yaklaşımı ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Daha önce de belirtildiği üzere, basın özgürlüğü AIHS'nde doğrudan doğruya düzenlenmiş olmayıp, söz konusu Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü içerisinde ele alınmıştır. Basın özgürlüğüne yönelik düzenlemeleri de kapsayan 10. maddenin 2. fıkrasında bu hakkın mutlak olmadığı ve birtakım nedenlerle sınırlandırılabilir durumlar belirtilmiş ve bu sınırlamalar hem öz hem de şekil yönünden belli koşullara bağlanmıştır. Buna göre basın özgürlüğü, ulusal güvenliğin, genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin ya da kamu düzeninin korunması, suçluluğun önlenmesi gibi nedenlerle (amaç), yasal dayanağının bulunması (araç) ve demokratik bir toplumda zorunlu önlemler niteliğinde olması (ölçü) koşuluyla sınırlandırılabilir.²³ AIHM, basın özgürlüğü ile ilgili önüne gelen davaları müdahalenin meşru amacının olması, sınırlamanın kanunla belirlenmiş olması ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması kriterlerine göre değerlendirmektedir.

Meşru sınırlandırma nedenlerinden biri ulusal güvenlidir. Yüksek Mahkeme, ulusal güvenlik nedeniyle basın özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda aleniyet kazanmış bir bilginin yayımlanmasının yasaklanamayacağı kriterini geliştirmiştir. Bu doğrultuda, Vereniging Weekblad Bluf! / Hollanda davasında Mahkeme, Hollanda İç İstihbarat Servisinin periyodik raporlarından birini eline geçiren ve yayımlamak isteyen Bluf! dergisinin söz konusu sayısına el konulmasını ve gizlice dağıtılmasından sonra toplatılmasını, söz konusu belgelerin halihazırda aleniyet kazanmış olması gerekçesine dayanarak AIHS'ye aykırı bulmuştur.²⁴ Mahkeme, devlet sırrı niteliğinde olan ve yayımlanması ulusal güvenliğe aykırı olan bilgileri içeren kitap, dergi, gazete gibi yayınların toplatılmasını, bu yayınların halihazırda elde

²³ A. Şeref Gözübüyük & Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 17.

²⁴ Vereniging Weekblad Bluf! / Hollanda Davası,

edilebilen veya büyük oranda elde edilmiş yani aleniyet kazanmış olması durumunda gerek demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekse sosyal ihtiyaç baskısının oluşmadığı gerekçesiyle AİHS'nin 10. maddesine aykırı bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre bir yayının salt içerik olarak ulusal güvenliği tehdit eder nitelikte olması da o yayının sınırlandırılmasını haklı göstermemektedir. Söz konusu yayının ortaya çıkardığı potansiyel tehlikenin de dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin, Mahkeme, Zana kararında, terör örgütünü destekleyen ve önemli bir günlük gazetede yer alan açıklamanın, terör olaylarının yaygın olduğu bölgenin en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanı tarafından yapılmış olmasının, şiddete teşvik niteliğinde sayılacağını belirtmiştir.²⁵

AİHM, basın özgürlüğünün diğer sınırlandırma nedenlerinden olan toprak bütünlüğü, kamu düzeni, kamu emniyeti gibi muğlak ifadelerden hareket edilerek yapılan müdahaleleri denetlerken beyan ya da yayının içeriğinin “*şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana teşvik*” niteliğinde olup olmadığını dikkate almaktadır. Birçok kararında bu durumu vurgulayan Mahkeme'ye göre, ifadeler rahatsız edici, şok edici ve abartılı olabilir²⁶; hatta saldırgan ifadeler kullanılabilir²⁷; yeter ki beyan ya da yayın şiddeti, silahlı ayaklanmayı ve isyanı teşvik etmesin.²⁸ Ni-

²⁵ Özden Çankaya&Melike Batur Yamaner, Kitle İletişim Özgürlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 79; Zana / Türkiye Davası, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22zana%20t%FCrkey%22,%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-58115%22>}, parag. 60.

²⁶ Thoma/Lüksemburg Davası, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22thoma%22,%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-59363%22>}, parag. 44.

²⁷ Şener/Türkiye Davası, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22sener%20v.%20turkey%22,%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-58753%22>}, parag. 45.

²⁸ Handyside/Birleşik Krallık kararı AİHM'nin ifade özgürlüğü ile ilgili vermiş olduğu içtihatlar arasında oldukça önemli bir yere sahiptir. Demokratik toplumun esasların sayıldığı bu kararda: “İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehinde olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden, haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar demokratik bir toplumun olmazsa olmazları olan çoğulculu-

tekim, Sürek / Türkiye (No.3) Davasına ilişkin kararı bu değerlendirme ışığında vermiştir. Söz konusu kararda haftalık bir dergide çıkan haber niteliğindeki bir yazıda geçen "Günümüzde mücadelemiz Türkiye Cumhuriyeti kuvvetlerine karşı bir harici savaş şeklindedir...Topyekün bir bağımsızlık mücadelesi başlatmak niyetindeyiz." biçimindeki ifadesinden ötürü derginin sahibi olan başvuru yargılanarak para cezasına çarptırılmıştır. Yüksek Mahkeme, önüne gelen davaya ilişkin kararında dergideki yazıda silah kuvvetinin kullanılması için çağrıda bulunduğu açık olduğu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre yazının içeriği ülkenin güneydoğu bölgesinde şiddeti daha fazla teşvik edecek niteliktedir ve başvuruvercinin verdiği mesaj saldırgan bir ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğu kanaatini yaratmaya elverişlidir. Bu değerlendirme sonucunda Mahkeme, müdahalenin sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmediği sonucuna varmıştır.²⁹

Suç işlenmesinin önlenmesi de basın özgürlüğünün sınırlama nedenleri arasında yer almaktadır. Eğer bir kitap, broşür, ilan ya da köşe yazısında yer alan düşüncelerle, işlenmiş veya gelecekte işleme ihtimali olan bir suç arasında güçlü bir illiyet bağı olduğu tespit edilebiliyorsa, bu noktada basın özgürlüğü sınırlandırılabilir. Bu ilişkinin tespiti kolay olmamakla birlikte, burada esas olarak kabul edilen kıstas, söz konusu düşünce açıklamalarının bir sosyal grubun içinde şiddet ya da düzensizlik yaratmaya elverişli olup olmadığıdır. Örneğin, Engel ve diğerleri / Hollanda davası, son sayısında yer alan bazı yazıların askeri disiplini zayıflattığı gerekçesiyle 'Alarm' adlı bir derginin kışlada dağıtılmasının yasaklanması ve kendisi de er olan dergi editörüne bu yazılar nedeniyle disiplin hapsi verilmesi ile ilgilidir. AİHM bu olayda Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün askerlere, sözleşmeciler devletlerin egemenlik yet-

ğün, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir." değerlendirmesi yer almaktadır. Bkz. Handyside/Birleşik Krallık Davası,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22handyside%20united%20kingdom%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-57499%22>}, par. 49.

²⁹ Sürek / Türkiye Davası (No 3),
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22SFCrek%20turkey%20no%203%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-58281%22>}, par. 40.

kisi içinde bulunan diğer şahıslara uygulandığı gibi uygulanacağını; ancak askerlerin askeri disiplini zayıflatmasını önlemek amacıyla getirilmiş hukuk kuralları olmaksızın, ordunun gereği gibi işleyeceğini düşünmenin zor olduğunu belirterek 10. maddenin ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir.³⁰

Genel ahlakın korunması basın özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden bir diğeridir. Ahlak kavramının “genel ahlak” biçiminde fomüle edilip hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir ölçüt olarak kullanılmasının böyle bir imkanı elinde bulunduran kanun koyucuya ve bu kanunları uygulayan idareye hak ve özgürlüklere keyfi olarak sınırlandırma imkanı verebileceği ileri sürülmektedir.³¹ Bu sebeple genel ahlakın basın özgürlüğünün sınırlandırılmasının bir nedeni olarak görüldüğü hallerde bu kavramdan neyin anlaşıldığının somut bir biçimde ortaya konulması gerekmektedir. İşte AİHM kararlarında genel ahlakın korunması amacıyla basın özgürlüğüne getirilebilecek sınırlandırmalardaki bu somutluk “müstehcenlik” kavramıyla karşılanmaya çalışılmıştır. Bu konuda AİHM’nin ifade özgürlüğü ile ilgili vermiş olduğu içtihatlar arasında oldukça önemli bir yere sahip olan *Handyside / Birleşik Krallık davası* dikkat çekicidir. Söz konusu davada, iki Danimarkalı yazar tarafından yazılan ve esas olarak eğitim ve öğretim konularıyla ilgili olmakla birlikte cinsel içerikli bazı bilgileri de içeren “Küçük Kırmızı Ders Kitabı” adlı kitap ahlaka aykırı ve

³⁰ Engel ve Diğerleri / Hollanda Davası, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22engel%20and%20others%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-57479%22>}, parag. 54 ayrıca, Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İchtihatları, Legal Yayıncılık, İstanbul, Cilt 1, 2004, s. 137 vd. Benzer bir biçimde, *Chorherr / Avusturya davasında* da ulusal bir tören sırasında protesto amacıyla dağıttıkları el ilanları ile kalabalık bir topluluk arasında düzensizlik yarattıkları gerekçesiyle gözaltına alınan bir kişinin Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiasını inceleyen Mahkeme, müdahalenin ifade özgürlüğünü değil, huzurun bozulmasını önlemeyi amaçladığını, ulusal makamların izlediği amaçla gözaltına alma şeklindeki araç arasında orantısızlık bulunmadığını ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ortaya koymuştur. Bkz. *Chorherr / Avusturya Davası*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22chorherr%20v%20austria%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-57821%22>}, parag. 32-33.

³¹ Nihat Bulut, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, *AÜHFD*, Cilt IV, Sayı 1-2, 2000, s. 29.

müstehcen içeriğe sahip olduğu iddiasıyla toplatılarak polis tarafından imhasına karar verilmiş, yayıncısı Richard Handyside da para cezasına çarptırılmıştır. Yayıncının AİHM'ne başvurması üzerine Mahkeme, müdahalenin genel ahlakın korunması için demokratik bir toplumda gerekli olduğuna hükmetmiş ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, devlet yetkilileri ahlaki gereklerin içeriklerini ve bu konuda öngördükleri yasak ve cezaların gerekliliği hakkında bir görüş bildirirken, genellikle uluslararası bir yargıçtan daha iyi durumdadırlar.³² Mahkeme'nin bu yaklaşımı, taraf devletlerin genel ahlak konusunda daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, Yüksek mahkeme bu konuda tamamen devre dışı kalmayarak,³³ diğer sınırlandırma nedenlerinde olduğu gibi genel ahlak sebebiyle yapılan müdahalelerde de sınırlandırmanın sınırı olarak demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterine uygunluk açısından denetim gerçekleştirmiştir.³⁴

³² Handyside/Birleşik Krallık Davası, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22handyside%20united%20kingdom%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57499%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22handyside%20united%20kingdom%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57499%22]}), parag. 48.

³³ Zira, Yüksek Mahkeme, ulusal otoritelerin takdir payının geniş olmasının, bunun sınırsız olduğu anlamına gelmediği ve denetlenemeyeceğini göstermeyeceğini belirterek, Open Door and Dublin Well Woman / İrlanda, davasında ulusal otoritenin bu konuda "kayıtsız koşulsuz ve denetlenemeyecek" bir takdir hakkına sahip olmadığına karar vermiştir. Bu yönde bkz. Open Door ve Dublin Well Woman / İrlanda Davası, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22open%20door%20dublin%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57789%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22open%20door%20dublin%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57789%22]}), parag. 68;

Mahkeminin aynı yaklaşımda bulunduğu bir başka kararı için bkz. Norris / İrlanda Davası. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22norris%20ireland%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57547%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22norris%20ireland%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57547%22]}), parag. 45.

³⁴ Bulut, age., s. 39. Demokratik toplumda gerekli olma, sözleşmenin uygulanması bakımından gerek basın özgürlüğü gerekse birçok özgürlük ile ilgili davaların sonucunu belirlemede esas rol oynayan ölçüt konumundan dolayı sözleşmenin en orjinal ilkesi olarak kabul edilmektedir. Bkz. Reyhan Sunay, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT Yayınları, Ankara, 2001, s. 76; ayrıca bkz. Vahit Bıçak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, LDT Yayınları, Ankara, 2002, s. 21.

Burada geçen 'gereklilik' sözcüğünden ne anlaşılması gerektiği izah edilirken, hak ve özgürlüğe müdahalenin 2. fıkrada belirlenen amaçlardan biri veya birkaçı bakımından bir toplum gereksinimine cevap teşkil edeceği, bu gereksinim nedeniyle meşruluk kazanacağı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Gözübüyük & Gölcüklü, age., s. 378. Gereklilik denetiminde zorlayıcı toplumsal gereksinimin varlığı araş-

Basın özgürlüğünü düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü kapsamında ele alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre, başkalarının şöhret ve haklarının korunması nedeniyle de basın özgürlüğü sınırlandırılabilir. "Başkalarının şöhret ve hakları" ile kastedilen "kişilik hakları"dır.³⁵ Basın özgürlüğünün en önemli sınırını oluşturan ve basın tarafından sıklıkla ihlal edilen kişilik değerleri manevi değerlerdir.³⁶ Kişinin manevi değerlerine basın yoluyla yapılan saldırılar hemen her Avrupa ülkesinde yaptırıma maruz kalmaktadır. Kişinin onur ve saygınlığını zedeleyecek nitelikteki hakaret ve iftiralar da basın özgürlüğünü sınırlandıran durumlar arasında yer almaktadır. Bununla birlikte hakaret ile kabul edilebilir eleştirinin ayrımının yapılabilmesi basın özgürlüğü açısından son derece önemlidir. AİHM'nin bu konudaki yaklaşımı incelendiğinde, sözü geçen sınırın çizilmesinde eleştiri lehinde bir tutum takıldığı görülmektedir. Özellikle siyasetçiler söz konusu olduğunda kabul edilebilir eleştiri sınırının en geniş konuma ulaştığı gözlenmektedir. Yüksek Mahkeme, siyasal ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda eleştiri kavramının içeriğini oldukça geniş yorumlamaktadır. Bu konuda AİHM'nin 2012 yılında vermiş olduğu Tuşalp / Türkiye Davasına ilişkin karar, ülkemiz açısından önem taşımaktadır. Dönemin Başbakanı Recep Tayyip Erdoğan'ın, 2005 ve 2006 yıllarında Birgün gazetesinde yayımlanan "İstikrar" ve "Geçmiş Olsun" başlıklı iki ma-

tırılırken çeşitli unsurlar göz önünde tutulmaktadır. Müdahalenin sınırlamayla, izlenen meşru amaçla orantılı olması, sınırlamanın hangi şartlar altında yapıldığı, sınırlama konusu hakkın niteliği bu unsurlar arasında sayılabilir. Bu yönde bkz. Sunay, age., s. 114.

Söz konusu kararda AİHM kitabın bazı bölümlerinin hitap ettiği kitle açısından gençlerin bazı suçları işlemeye teşvik edildikleri biçiminde yorumlayabilecekleri cümlelere yer verildiğini saptamıştır. AİHM'nin burada müstehcenlik ile gençlerin suça teşvik edilmesi arasında bir ilişki kurması, Mahkeme'nin genel ahlak ile kamu düzeni ilişkisini dikkate aldığını göstermektedir. Nihat Bulut, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanılma Nedeni Olarak Genel Ahlak", *AÜHFĐ*, Cilt IV, Sayı 1-2, 2000, s. 40.

³⁵ Kişilik haklarının konusunu oluşturan değerler maddi bedensel değerler, manevi değerler ve mesleki-ticari değerler olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu yönde ayrıntılı değerlendirme için bkz. Aydın Zevkliler, M. Bekir Acabey & K. Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk, Seçkin Yayınları*, Ankara, 6. Baskı, 2000, s.402-425; ayrıca bkz. Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 29-35.

³⁶ Manevi değerler, daha çok kişinin dış hayatla, toplumla olan ilişkilerinden kaynaklanan ve kişiye, kişi olması nedeniyle tanınıp hukuk düzenince korunan onur ve saygınlık, giz çevresi, ad, resim gibi değerler olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Zevkliler, Acabey & Gökyayla, age., s. 407.

kalesi nedeniyle hakkında “şahsi haklarının ihlal edildiği” iddiasıyla iki ayrı tazminat davası açtığı, davaya bakan Türk mahkemelerinin de söz konusu makalelerde “kabul edilebilir eleştiri sınırının aşıldığını” gerekçe göstererek, kendisini davacı Başbakan Erdoğan’a toplam 10 bin Türk Lirası ödemekle cezalandırdığı Erbil Tuşalp, Yargıtay tarafından 2008 yılında onaylanan mahkeme kararlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı olduğu iddiasıyla AİHM’ye başvurmuştur. Yaptığı değerlendirmede, başvurusunun gazeteci-yazar olduğunun altını çizen AİHM, basın demokratik toplumdaki “vazgeçilmez işlevine” atıfta bulunarak, basın özgürlüğünün aynı zamanda “bir derece abartı ve hatta tahrik” içerdiğini hatırlatarak, Türk hükümetinin “kabul edilebilir eleştiri sınırının aşıldığı” yönündeki tezini geri çevirmiş, söz konusu eleştiri sınırının siyasiler için sıradan bireylere oranla “daha geniş” olduğunu belirtmiştir.³⁷ Yüksek Mahkeme, başkalarının hak ve itibarının korunması adına başvurusunun ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını “demokratik toplumda gereksiz bir uygulama” olarak tanımlamış, bu yorumlar ışığında AİHS’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiş ve Türkiye’yi tazminata mahkum etmiştir.³⁸ Söz konusu kararda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ifade özgürlüğüyle ilgili 10. maddesinin “incitici, şok ve rahatsız edici” ifadeleri de kapsadığını hatırlatan AİHM, bu durumun “çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirliliğin gerekleri olduğunu” ve bunlar olmaksızın demokratik bir toplumun olamayacağını vurgulamıştır.³⁹

Castells / İspanya davasında da Yüksek Mahkeme, hükümeti eleştirilenin hoşgörülebilir sınırlarının, şahısları ve hatta siyasetçileri eleştirilenin sınırlarından daha geniş olduğunu vurgulamaktadır.⁴⁰

³⁷ Tuşalp/Türkiye Davası,

³⁸ Tuşalp/ Türkiye Davası,

³⁹ Tuşalp/Türkiye Davası,

⁴⁰ Castells/İspanya Davası,

Diğer taraftan Mahkeme'nin yargıçlar ve kısmen de devlet memurlarının şahsına karşı yapılan tahkirlerde, siyasetçilere yapılan eleştiri ve tahkirlere göre daha az özgürlükçü bir tavır takındığı gözlenmektedir. AİHM'nin basın özgürlüğü ile ilgili verdiği kararlarda kabul edilebilir eleştiri sınırları için bir hiyerarşi benimsediği savunulmakta, bu hiyerarşiye göre en dar sınır sade vatandaşa karşı yapılan eleştiriler için geçerli olup, bu sınır devlet memurları söz konusu olduğunda biraz daha genişlemekte, siyasetçiler söz konusu olduğunda ise en geniş konuma ulaşmaktadır.⁴¹ Örneğin, Prager ve Obershlick / Avusturya davasında Mahkeme, Avusturya'da bir dergide yayınlanan ve Avusturya ceza mahkemelerinde görev yapan yargıçlar hakkında ağır ithamlar içeren bir eleştirel yazıdan dolayı yargıca hakaretten dolayı bir gazetecinin ve yayıncının mahkumiyetinin 10. maddenin ihlalini oluşturmadığına karar vermiştir. Mahkeme söz konusu kararda, basının bir hukuk devletinde oynadığı önemli işleve rağmen bazı sınırlamalara uyması gerektiğini belirterek, yayınlanan makalede yargıcın kişisel ve mesleki hayatına dair yapılan çok sert eleştirilerin iyi niyetten yoksun olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur.⁴²

Basının belki de en çok ihlal ettiği manevi değerlerden biri, kişinin özel hayatıdır. Basın özgürlüğünün kullanımı zaman zaman özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale olarak değerlendirilebilir.⁴³ Basın özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Bu hususta AİHM'nin uygulamalarına bakıldığında, gittikçe artan bir şekilde özel hayat hakkının basın özgürlüğü

astells%20s%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57772%22]}, parag. 46. AİHM bu yaklaşımını Sürek ve Özdemir v. Türkiye kararında da tekrar etmiştir. Bkz. Sürek ve Özdemir / Türkiye Davası,

[⁴¹ Çankaya & Yamaner, *age.*, s. 57.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:[%22s%20and%20%20F6zdemir%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58278%22]}, parag. 60.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁴² Prager ve Obershlick / Avusturya Davası,

[⁴³ Sultan Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.118.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:[%22prager%20and%20oberschlick%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57926%22]}, parag. 38-39.</p>
</div>
<div data-bbox=)

aleyhine genişlediği görülmektedir. Bu doğrultuda Avrupa Konseyi Parlamenterler Danışma Meclisi'nin Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi'nin basın özgürlüğü karşısında özel hayatın korunması konusunu ele aldığı Haziran 1998 tarihli raporu⁴⁴ son derece önemlidir. Her somut olayı kendine özgü şartlar içinde değerlendiren ve belli bir 'özel hayat' tanımı vermekten kaçınan Yüksek Mahkeme, içtihatlarıyla özel hayata dahil olabilecek konuları belirlemiştir.⁴⁵ Mahkemeye göre, kişinin kimliğine ilişkin bilgiler ve kayıtlar,⁴⁶ cinsel hayata ilişkin düzenlemeler ve davranışlar,⁴⁷ kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin

⁴⁴ Söz konusu Rapor'da, bazı rehber ilkelere yer verilmiştir: 1. Özel hayatına müdahale edildiği için zarara uğradığını iddia eden mağdura hukuk davası açma olanağı verilmelidir. 2. Editör ve gazeteciler, özel hayata müdahale eden yayınlardan sorumlu olmalıdır; yayımlanan yanlış bilgiler için cevap ve düzeltme hakkı tanınmalıdır. 3. Sistematik şekilde özel hayatı ihlal eden yayımlar yapan yayıncı grupları için ekonomik cezalar öngörülmelidir. 4. Kişileri izleyerek, fotoğraflarını çekmek, filme almak veya kaydetmek gibi davranışlarla onların özel hayatlarından beledikleri huzuru sürdürmelerine engel olmak veya bu şekilde zarar vermek yasaklanmalıdır. 5. Paparazzinin ihlal ettiği veya kayıt için görsel ve işitsel araçlar kullanıldığı ve aksi halde elde edilmesi mümkün olmayan durumlarda doğrudan fotoğrafçıya veya ilgili kişilere karşı mağdur tarafından özel hukuk davası açılmasına izin verilmeli. 6. Kişinin özel hayatına ilişkin bilgi veya fotoğraf yayımlanmak üzere ise, mahkeme kararı ile bu bilgi veya fotoğrafların yayımlanmasına karşı tedbir alabilme olanağı getirilmelidir. 7. Medyanın kendi bünyesinde, kişinin özel hayatının ihlali veya düzeltmelerin yayımlanması konusunda şikayetlerin yapılabileceği, kurumları oluşturması özendirilmelidir. Bkz. Council of Europe, Parliamentary Assembly, (24e séance) Résolution 1165 (1998), http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta9_8/FRES1165.htm

⁴⁵ A. Şeref Gözübüyük & Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 335.

AİHM kararlarına bakıldığında özel hayat alanının neye belirleneceği hususunda birbiriyle bağlantılı iki ölçüt geliştirildiği ileri sürülmektedir. Buna göre, birinci ölçüt, ilgili kişinin toplumdaki görevi/işlevi iken, ikinci ölçüt, birinci ölçüte uyan kişi hakkında yapılan bir haberin toplumdaki bir tartışmaya katkı sağlamasıdır. Buna göre, birinci ölçüt kişinin niteliğini, ikinci ölçüt ise yayımlanan haberin niteliğini dikkate almaktadır. Bu değerlendirme için bkz. Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prenses Caroline Paparazzilere Karşı", *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku* (ed. Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 171.

⁴⁶ Gaskin/Birleşik Krallık Davası, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22gaskin%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-57491%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22gaskin%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-57491%22])], parag. 37.

⁴⁷ Dudgeon/Birleşik Krallık Davası, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22dudgeon%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-57473%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22dudgeon%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-57473%22])], parag. 40-41.

düzenlemeler,⁴⁸ kişiye ait özel yerlerin ve evrakın aranması ve zaptı,⁴⁹ telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kaydı posta gönderilerinin okunması, kişinin adı ve fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi, hayat tarzı, kamuya yanlış tanıtılması⁵⁰ gibi hususlar özel hayat kapsamında yer almaktadır.⁵¹ Özel hayata ilişkin hususların öğrenilmesinin ve açıklanmasının esas olarak özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına tecavüz oluşturacağı açık olmakla birlikte, görevleri ya da uğraş alanları nedeniyle kamuya mal olmuş kişiler, özel hayatlarının bir kısmını kaybetmektedirler.⁵² Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları da bu doğrultudadır. Mahkeme birçok kararında, siyasetçiler için kabul edilebilir eleştiri sınırının diğer bireylere göre daha geniş olması gerektiğini ileri sürmüştür.⁵³ Diğer taraftan, kamuoyunun dikkatini sürekli olarak çeken kişilerin özel hayatlarına yönelik her müdahalenin meşru sayılabilmesi için, saldırıya muhatap olan kişinin özel hayatının gizliliği hakkına nazaran üstün nitelikte bir kamu yararının bulunması gerekmektedir.⁵⁴ Nitekim AIHM, Monaco Prensesi

⁴⁸ X.Y/Hollanda Davası,

⁴⁹ Funke/Fransa Davası,

⁵⁰ Burghartz/İsviçre Davası,

⁵¹ Gözübüyük & Gölcüklü, age., s. 335.

⁵² A. Şeref Gözübüyük&Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 336.

⁵³ Örneğin, bkz. Lingens/Avusturya Davası,

⁵⁴ Bilge Öztan, Şahsın Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 10. Baskı, 2001, s. 136. AIHM özel hayatın basın karşısında korunmasında yayınların kamu yararı dü-

Caroline von Hannover'ın gözlerden uzak bir restoranda arkadaşıyla yemek yerken, çocukları ile vakit geçirirken, alış veriş yaparken çekilmiş fotoğraflarının Alman dergilerinde yayımlanması ve bu durumun Alman Mahkemeleri'nce hukuka uygun bulunması üzerine önüne gelen davada, başvuruçunun kamuoyu tarafından çok tanınan bir kişi olmasının tek başına onun özel hayatında genel olarak nasıl davrandığının ya da nerelerde görüldüğünün kamuoyuna sunulmasını meşrulaştıramayacağını, ayrıca kamu yararının aranması gerektiğini belirterek, bu fotoğrafların yayımlanmasını özel hayatın ihlali olarak değerlendirmiştir.⁵⁵

Yakın zamanda Fransız Charlie Hebdo mizah dergisinde Hz. Muhammed ile ilişkili bir karikatürün yayımlanması üzerine iki kişinin söz konusu karikatürün inançlarına hakaret olduğu gerekçesiyle dergiyi basarak 12 kişiyi öldürmesiyle sonuçlanan eylemi ifade özgürlüğü ve onun ayrılmaz bir parçası olan basın özgürlüğüne ilişkin tartışmaları güncel hale getirmiştir. AİHS 10. maddesinin 2. fıkrasına göre dini değerleri rencide edecek nitelikteki ifadeler basın özgürlüğünü sınırlandıracak nedenler arasında yer almamakla birlikte, AİHM dine hakaret unsuru içeren basın açıklamalarının başkalarının şöhret ve haklarının korunması kapsamında sınırlandırılacaklarını kabul etmektedir.⁵⁶ Bu doğrultuda İ.A / Türkiye Kararı, basın aracılığıyla dini değerleri aşağılamanın sözleşmenin korunması kapsamına girmeyeceğinin önemli bir örneği olarak kabul edilebilir. Söz konusu dava, "Yasak Tümceler" isimli romanın 'Allah'a, Dine, Peygambere ve Kutsal Kitaba' hakaret ettiği gerekçesiyle yayınevi sahibinin para cezasına çarptırılması üzerine açılmıştır. AİHM, bu davada, her ne kadar din

şüncesine sağladığı katkının dikkate alınması gerektiğini kararlarında belirtmektedir. Bu yönde bir karar için bkz. Von Hannover/Almanya Davası, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22von%20hannover%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-109029%22>}, parag. 76.

⁵⁵ Von Hannover/Almanya Davası, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22von%20hannover%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-109029%22>}, parag. 47.

⁵⁶ Özden Çankaya&Melike Batur Yamaner, Kitle İletişim Özgürlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 38.

ve dini figürler ifade özgürlüğünün sınırlandırma nedenleri arasında sayılmasa da “*acil sosyal ihtiyaç*” kriterinden hareketle böyle bir sınırlandırmanın yapılabileceğini, başkalarının dini inançlarının da 10/2. maddede yer alan ‘*başkalarının hakları*’ kapsamına girdiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, söz konusu kararda çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin demokratik toplumun unsurları olduğunu ve şok edici, kışkırtıcı görüşlerin de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekle birlikte, söz konusu romanda yalnızca şok edici fikirlerin değil aynı zamanda İslam dininin peygamberinin kişiliğine hakaret dolu bir saldırının bulunduğu, bu nedenle Türk makamlarının yaptığı müdahalenin 10. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.

Yukarıdaki kararlar çerçevesinde Yüksek Mahkeme’nin özel hayatın korunması, genel ahlakın korunması ve basın özgürlüğünün sağlanması arasında bir denge kurulması konusunda isabetli bir tutum sergilediği anlaşılmaktadır. AİHM’nin basın özgürlüğünün kural, sınırlandırmanın ise istisna olduğu anlayışını benimsemiş olduğu, özellikle ulusal güvenlik, kamu düzeni, suçun önlenmesi gibi durumlarda dahi basın özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda aşırıya kaçmadığı görülmektedir. Devletin ve toplumun korunması amacıyla basın özgürlüğünün sözleşmecî devletler tarafından sınırlandırıldığı durumlarda, Yüksek Mahkeme’nin otorite karşısında özgürlüğü koruma altına alan yaklaşımı dikkate değerdir.

IV. Anayasa Mahkemesi’nin Basın Özgürlüğüne İlişkin Çeşitli Kararları

Anayasa Mahkemesi basın özgürlüğünü düşünce ve kanaat özgürlüğünü tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan bir özgürlük olarak ele almaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne göre: “...*düşünce ve kanaat özgürlüğünü tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü de düşünce ve kanaat özgürlüğü gibi mutlak ve sınırsız değildir... Geniş halk kitlelerinin düşünce ve kanaatleri üzerinde etki yapan basının özgür olması, toplumun huzur ve selametini ve Devletin güvenliğini ihlal edecek mahiyetteki beyanların ve yazıların cezasız bırakılması demek değil, sadece basının önceden kayıtlama ve kısıtlamaya tabi tutulmaması demektir. İçtimai görevini yerine getirebilmesi için basının hür olması kadar sorumluluk şuuru ile hareket etmesi de şarttır. Sorumluluk şuurundan yoksun bir basın, her so-*

rumsuz kuvvet gibi er geç soysuzlaşır ve toplum hayatını sarsan ve milli güvenliği tehlikeye sokan bir kuvvet halini alır. Düşünce ve basın hürriyetleri ne kadar mukaddes olursa olsun böyle bir durum karşısında toplum düzenini ve milli güvenliği korumakla görevli olan kanun koyucu gerekli tedbirleri almak zorunluluğundadır.”⁵⁷

Anayasa Mahkemesi'nin, basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında sınırın ne olması gerektiğine, diğer bir ifadeyle basın özgürlüğünün özüne hangi durumlarda dokunulmuş sayılacağına ilişkin yaklaşımını ortaya koymak açısından çeşitli kararlarının ele alınması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi 1963 yılında verdiği bir kararda⁵⁸, “..... Kaldı ki, sözü geçen. (B) bendindeki yasaklama ile basın sansüre tabi tutulmamış, gazete ve dergi çıkarılması önceden izin alma ve mali teminat gösterme şartına bağlanmamış, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayınlanmasını engelleyici ve zorlaştırıcı iktisadi, mali ve teknik kayıtlar konulmamıştır. Şu halde bahsi geçen bent ile düşünce ve kanaat hürriyetinin gayesine uygun şekilde kullanılmasını zorlaştıran veya imkânsızlaştıran bir sınırlama yapılmamıştır. Bu itibarla bent hükmü ile düşünce ve kanaat hürriyetinin özüne dokunulmamış ve bu öz tahrip edilmemiştir.” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, basının sansüre tabi tutulması, kitap, gazete ve dergi çıkarılmasının önceden izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanması, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlayıcı iktisadi, mali ve teknik kayıtların konulması durumlarda basın özgürlüğünün özüne dokunulmasının söz konusu olacağını belirtmektedir. Nitekim, Mahkeme daha sonra yapılan bir itiraz başvurusunu da bu kararına atıf yaparak reddetmiştir. İtiraz başvurusuna konu teşkil eden olay, Son Havadis Gazetesi'nin 15, 16 ve 17 Eylül 1962 günlü sayılarında, Yüksek Adalet Divanı tarafından verilen kararlarla bunların infazına ilişkin ve 27 Mayıs'ı zedeleyecek nitelikte yazılar ve resimler yayımlamak suretiyle ilgili kanun hükmüne aykırı harekette bulunduğu gerekçesiyle Gazetenin sorumlu Müdürü hakkında kamu davası açılmasıdır. Açılan davada anayasaya aykırılık itirazına ilişkin olarak, ilgili hükümlerle vatandaşların yargı organınca verilmiş ve kesinleşmiş kararlar hakkında lehteki düşünce ve kanaatlerini serbestçe açıklayabilmelerine karşılık, aleyhteki düşüncelerin

⁵⁷ AYM, E. 1963/16, K. 1963/83, K.T. 08.04.1963.

⁵⁸ AYM, E. 1963/16, K. 1963/83, K.T. 08.04.1963; AYM, E. 1963/25, K. 1963/87, K.T. 08.04.1963.

açıklanmasının suç sayıldığı, oysa düşünce ve kanaat hürriyetinin her iki yöndeki fikir ve görüşlerin serbestçe açıklanması anlamına geldiği, bu sebeple düşünce ve kanaat hürriyetinin özüne dokunulduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise “.....bu iddialara dayanan itiraz, Mahkememizin 8/4/1963 günlü ve 1963/83 sayılı kararında açıklanan gerekçeler ile reddedilmiş ve bu işte başkaca bir iddia da ileri sürülmemiş olduğundan işbu itirazın dahi 1963/83 sayılı kararımızda yazılı gerekçelerle reddi gerekir.” değerlendirmesinde bulunmuştur.⁵⁹

Anayasa Mahkemesi 13.05.1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 3. maddesinin b ve c fıkralarının, Anayasa'nun basın dışı haberleşme araçlarından yararlanmayı ve basın hürriyetini düzenleyen maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasına ilişkin kararında⁶⁰ ise “.....Basın hürriyetini sınırlamanın çeşitli yolları ve aşamaları vardır. Sansür de sadece bu yol ve aşamalardan bir tanesidir. Belirli durumlarda basın hürriyetinin sınırlandırılmasına cevaz veren Anayasa hükmü o sınırlamalar içinde sansürün de yer alabileceğini öngörmüş demektedir. Şu duruma göre 1402 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin (c) fıkrasında yer alan ve yukarıda bb bendinde açıklanan 'gazete, dergi, kitap ve diğer yayımların basın ve yayımını kayıtlamak veya bunlar üzerine sansür koymak veya Sıkıyönetim bölgesine sokulmasını yasaklamak' yetkisinin Anayasa'ya aykırı yönü yoktur.” biçimindeki ifadeden de anlaşılacağı üzere, bu defa sansürü, basın özgürlüğünü sınırlandırmanın yollarından biri olarak görmek suretiyle önceden benimsediği hakkın özü yaklaşımını terk etmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, Sıkıyönetim Komutanlığına matbaaları kapatma yetkisinin verilmesini ise “...sıkıyönetim ilanını zorunlu kılan bir ortamda basımevlerinin olumsuz, yıkıcı faaliyetleri, ağır ve tehlikeli durumlara, Devlet ve millet bünyesinde geniş ölçüde tahribata yol açabileceği..”⁶¹ gerekçesiyle Anayasaya uygun bulmuştur. Oysa basımevlerini kapatma yetkisinin Sıkıyönetim Komutanlığına verilmesinin haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici nitelikte bir sınırlandırma olduğu ortadadır. Zira, karşıoy yazısında yer alan⁶² “ sıkıyönetim, dış veya içten gelecek tehlikelere karşı ülkeyi ve anayasal düzeni korumayı amaç edinen bir yönetim biçimidir. Anayasa düze-

⁵⁹ AYM, E. 1963/19, K. 1963/86, K.T. 8.4.1963.

⁶⁰ AYM, E. 1971/31, K. 1972/5, K.T. 16.02.1972.

⁶¹ AYM, E. 1971/31, K. 1972/5, K.T. 15-16.02.1972.

⁶² AYM, E. 1971/31, K. 1972/5, K.T. 15-16.02.1972, AMKD, Sayı: 10, s. 232.

nini korumak isteyen bir yönetim şeklinin, Anayasanın öngördüğü temel hakları bir tarafa itmeye, onların özüne dokunmaya kalkışması düşünülemez..... Sıkıyönetim süresinde bazı hakların nasıl sınırlandırılacağı ve hatta kısa süreli de olsa kullanılmayacağı yasa ile belirtmek gerekirse de, bu düzenleme hiçbir zaman hakkın özünü temelden götürülecek nitelikte olmamalıdır. Bu açıdan 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasası'nın 3. maddesi incelenen olursa, sıkıyönetim komutanına Anayasa düzenini korumak değil, tersine Anayasa düzenini kökünden tahrip etmeye elverişli geniş yetkilerin verildiğini saptamak mümkündür.” biçimindeki ifade, bu görüşü destekler niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi, 13.6.1952 günlü ve 5953 sayılı “Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkındaki Kanun” un 12.2.1954 günlü ve 6253 sayılı Kanun’la değişik 20. maddesinin öngördüğü, günlük gazetelerin meslek kuruluşları dışındaki kişilerce Şeker Bayramlarının ikinci ve üçüncü, Kurban Bayramlarının ikinci, üçüncü ve dördüncü günlerinde yayınlanamayacağı yolundaki hükmünün, Anayasanın düşünce ve kanaat hürriyeti ile basın hürriyetine ilişkin maddelerine aykırı olduğu iddiasının konu edildiği itiraz başvurusuna ilişkin kararında basın özgürlüğünün özü kavramını farklı bir yaklaşımla ele almıştır. Söz konusu karardaki⁶³ “5953 sayılı Kanun’un 6253 sayılı Kanun’la değişik 20. maddesinin getirdiği sınırlamanın düşünce temel hak ve özgürlüğünün özüne dokunup dokunmadığı konusuna gelince: Günlük gazeteler, düşünce ve kanıları yayma araçlarından bir bölümünü oluşturmaktadır. Bayram günlerinde, söz konusu özgürlüğün başka yollarla kullanılması engellenmiş değildir. Örneğin, bayram gazeteleri, kitap, günlük olmayan süreli yayın, bildiri, broşür, radyo, televizyon, resim ve söz ile düşünce ve kanıların açıklanması olanağı vardır. Özetlenecek olursa, itiraz konusu hükümlerle getirilen sınırlamanın, kamu yararına dayanması nedeniyle, Anayasa’nın 11. maddesinin I. fıkrasına aykırı bir yönü bulunmadığı gibi, bu sınırlama yılın ancak beş gününü içermesi, düşünce ve kanıların bu süre içinde bayram gazetelerinde ve başka iletişim araçlarıyla açıklanabilmesi, yasaklamanın düşüncenin kendisine değil, yayım aracına ilişkin bulunması bakımlarından düşünce özgürlüğünün özüne de dokunmamakta ve böylece Anayasa’nın 11. ve 20. maddelerine aykırı düşmemektedir.” ifadesinden, yasaklamanın düşüncenin kendisine değil, yayım aracına ilişkin bulunması durumunda hakkın özüne dokunulmuş sayılmayacağı anla-

⁶³ AYM, E. 1978/54, K. 1979/9, K.T. 08.02.1979.

şılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla hakkın özü konusunda daha önceki yaklaşımından uzaklaşmıştır. Düşüncenin kendisine değil yayım aracına getirilen kısıtlamayı hakkın özünü tahrif edici nitelikte bulmayan Anayasa Mahkemesi, bu kez 1993 yılında verdiği başka bir kararda bu kısıtlamayı bazı hak ve özgürlüklerin durdurulması olarak görmüştür.⁶⁴ Bu kararlar ışığında, hangi sınırlandırmaların basın özgürlüğünün özünü tahrif ettiği konusunda Anayasa Mahkemesi'nin tutarlı bir yaklaşım içinde olmadığı ileri sürülebilir.

Anayasa Mahkemesi, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun bazı maddelerinin iptal davasına konu olması üzerine, basın özgürlüğü açısından hakkın özünün içeriğine ilişkin belirlemede bulunduğu bir başka kararda,⁶⁵ *“Ülkemizde yaşanan terörün amacı, niteliği, kullandığı araçlar ve nihai hedefi dikkate alındığında, iptal konusu kuralların, Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerindeki hakların gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara bağlamadığı dolayısıyla, bu hakların özüne dokunmadığı, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, kamu düzeninin ve milli güvenliğinin korunmasının gereği olarak, zorunlu bir sosyal ihtiyaçtan kaynaklandığı ve ülkenin milli birlik ve bütünlüğü gibi meşru bir amaç taşıdığı anlaşılmaktadır.”* değerlendirmesinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin, gerek düşünce özgürlüğü gerekse düşünce özgürlüğünü tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan bir özgürlük olarak nitelediği basın özgürlüğü ile ilgili sınırlandırmaların Anayasaya uygunluk denetimini yaparken, bu özgürlükleri, çoğulcu bir yaklaşımla farklı düşüncelerin açıklanması ve muhalefet etme hakkının tanındığı bir serbesti olarak değil, mevcut düzene ve Anayasaya uygun düşüncelerin açıklanması şeklinde değerlendirdiği ifade edilmektedir.⁶⁶ Anayasa Mahkemesi'nin diğer temel hak ve özgürlüklere ilişkin pozitivist yaklaşımı basın özgürlüğü konusundaki bazı kararlarında da görülmektedir. Anayasa'ya uygunluk denetiminin yalnızca pozitif Anayasa metni ile sınırlı tutulması ya da bu durumun dayanağı olarak hürriyetlerin kaynağının ve etki alanlarının sadece pozitif Anayasa metninden ibaret görülmesi halinde örneğin; Anayasa'da yer almayan bir hürriyet kategorisinin ifade hürriyeti kapsamında görülemeyeceği ve kişiler tarafından da

⁶⁴ AYM, E. 1992/36, K. 1993/4, K.T. 20.01.1993.

⁶⁵ AYM, E. 2006/121, K. 2009/90, K.T. 18.06.2009.

⁶⁶ Salihpaşaoğlu, age., 125.

kullanılmayacağı sonucuna varılabileceği ileri sürülmektedir.⁶⁷ Nitekim, 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 31. maddesinin Anayasa'nın düşünce, basın ve bilim özgürlüğünü düzenleyen 17, 20, 21, 22, 24. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasına ilişkin kararında, Mahkeme'nin pozitivist yaklaşımı dikkat çekmektedir. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, yabancı memleketlerde basılan ve yayımlanan eserlerle ilgili olarak, Anayasa'da açık ya da kapalı herhangi bir hükmün bulunmadığını, bu konunun düzenlenmesinin kanuna ve kanun koyucuya bırakıldığını, yabancı memleketlerde basılan ve yayımlanan eserlerin basın hürriyetinin düzenlendiği 22. madde kapsamında görülemeyeceğini, Basın Kanunu'nun 31. maddesindeki, bu tür eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması konusunda Bakanlar Kuruluna yasaklama yetkisi veren hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir.⁶⁸ Oysa, Mahkemenin pozitivist yaklaşımı aşmaya yönelik ve hukukun Anayasa dışındaki kaynaklarına vurgu yapan değerlendirmeleri de bulunmaktadır. Örneğin 1986/11 sayılı kararında Mahkeme, hukuk devleti konusunda: *"Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir..... Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir"*⁶⁹ yorumunu yapmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin korunmasının anayasa yargısının meşruiyet kaynağı olduğu düşünüldüğünde, anayasaya uygunluk denetimi yaparken, Anayasa Mahkemesi'nin genelde özgürlükler ve özelde basın özgürlüğü karşısında ihtiyatlı bir tutum değil, koruyucu ve geliştirici bir tutum içinde bulunması gerekmektedir. Anayasa'da sınırlı hak anlayışını yansıtan ve devletin ideolojik tarzda yorumlanmasına yol açan hükümlerin yanısıra çoğulculuğa ve sınırlı iktidara işaret eden, insanın serbestçe gelişimini esas almayı gerektiren hukuk devleti, demokratik devlet ve insan haklarına saygı gibi ifadeler de yer almaktadır. Nitekim Mah-

⁶⁷ Reyhan Sunay, 1961- 1982 Anayasaları Döneminde Anayasa Mahkemesi'nin İfade Hürriyeti Konusundaki Yaklaşımı ve İlgili Karar Özetleri, LDT Yayınları, Ankara, 2002, s. 12.

⁶⁸ AYM, E. 1963/170, K. 1963/178, K.T. 05.07.1963, AMKD, Sayı: 1, s. 373-374. Pozitivist hak anlayışını yansıtan bu tutumun 1982 Anayasası döneminde de sürdürüldüğü ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Sunay, *age.*, s. 13.

⁶⁹ AYM, E. 1985/31, K. 1986/11, K.T. 27.3.1986.

kemenin yukarıda sözü geçen 1986/11 sayılı kararında hukuk devleti konusunda, hukukun üstün kurallarına açıklık ilkesini vurguladığı yorumunun ifade hürriyeti ve onu tamamlayan ve kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü ile ilgili uyuşmazlıklarda esas alınması durumunda, söz konusu hürriyetin demokratik toplumdaki işlevi ile uyumlu kararlar verilmesi sağlanabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'ne, 4756 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayınları Hakkında Kanun"un 4. maddesinin ikinci fıkrasının (b) ve (k) bentlerinin iptali için 2002 yılında yapılan iptal başvurusunda, dava konusu "*veya toplumda nefret duyguları oluşturan*" ve "*veya korku salacak*" ibarelerinin, soyut ve içeriği belirgin olmayan, kişisel anlayış ve takdire göre değişen nitelikte olduğu, bu belirsizliğin radyo ve televizyonların doğru ve yansız yayın yapmalarını yurt ve dünya gerçeklerinin halka duyurulmasını engelleyeceği belirtilerek, Anayasa'nın 2., 5., 13., 26., 28. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi: "*Radyo, televizyon ve veri yayınları ile büyük halk kitleleri istenilen doğrultuda yönlendirilebilir. Nefret duygularını oluşturan veya korku salan yayınlara imkan verilmesi halinde toplumun huzur ve düzeninin etkileneceği kuşkusuzdur. Sürekli değişen toplumsal olaylar karşısında insanlar arasında nefret duygularını oluşturan veya korku salan yayınların neler olduğunun önceden yasa koyucu tarafından belirlenmesindeki güçlük göz ardı edilemez ise de, bu kavramlara zaman içinde öğreti ve yargı kararlarıyla içerik ve anlam kazandırıldığı da bir gerçektir*" demiştir. Mahkeme "*...yasaklanan yayınlara izin verilmesi halinde bunların kamu düzeni ve kamu güvenliği bakımından yaratabileceği ağır sonuçlar gözetildiğinde, yapılan düzenlemenin demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ileri sürülemez.*" şeklindeki değerlendirmesiyle, nefret söylemi niteliğinde kabul edilen yayınlara yönelik yaptırım uygulanmasını Anayasa'nın 26. maddesine uygun bulmuştur.⁷⁰ Aynı iptal başvurusunda 4756 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının (r) bendinde yer alan ve bölünür ekran yoluyla ana program ile ilgili bilgi veren konuları işleyen yayın yapılmasını yasaklanmasını öngören düzenlemenin haklı bir nedene dayanmadığı, yayıncılığın temel ilkeleriyle bağdaşmadığı, (r) bendinde yer alan

⁷⁰ AYM, E. 2002/100, K. 2004/109, K.T. 21.09.2004.

"... ana program ile ..." ibaresinden sonra gelen "... ilgili ..." sözcüğünün Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür. Burada da Anayasa Mahkemesi: "Televizyonda bölünür ekran yoluyla ana programla ilgili bilgilerin verilmesinin, yayınlanan programın yayını izleyenler tarafından daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla yönelik olup, bunun yasaklanmasının ise düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü sınırladığı açıktır. Böyle bir sınırlamanın Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan nedenler kapsamında düşünülmesi olanaksız olduğundan dava konusu "ilgili" sözcüğü Anayasa'nın 26. maddesine aykırıdır, iptali gerekir." değerlendirmesinde bulunmuştur. Bu yerinde değerlendirmeye karşın, Mahkeme, adı geçen Kanun'un 16. maddesiyle değiştirilen 3984 sayılı Kanun'un 33. maddesinin ikinci fıkrası⁷¹yla getirilen idari para cezası tutarlarının çok yüksek olmasının demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi ile bağdaşmadığı, bu durumun haber alma özgürlüğü ve basın özgürlüğü yönünden ağır sonuçlara yol açacağı, dolayısıyla

⁷¹ Madde 33. - (Değişik: 15/05/2002-4756/16) Üst Kurul, öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlal eden, yayın ilkelerine ve bu Kanunda belirtilen diğer esaslara aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarını uyarı veya aynı yayın kuşağında açık şekilde özür dilemesini ister. Bu talebe uyulmaması veya aykırılığın tekrarı halinde ihlale konu olan programın yayını, bir ila oniki kez arasında durdurulur. Bu süre içinde programın yapımcısı ve varsa sunucusu hiçbir ad altında başka bir program yapamaz. Yayını durdurulan programların yerine, aynı yayın kuşağında ve reklamsız olarak, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına Üst Kurulca hazırlanacak eğitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlaki gelişimi, uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele, Türk dilinin güzel kullanımı ve çevre eğitimi konularında programlar yayınlanır.

Aykırılığın tekrarı halinde;

a) Ulusal düzeyde yayın yapan kuruluşlara, ihlalin ağırlığına göre, yüzyirmibeş milyar liradan az olmamak kaydıyla ikiyüzelli milyar liraya kadar,

b) Yerel, bölgesel ve kablo ortamından yayın yapan kuruluşlara;

1. Kapsadığı yayın alanı itibariyle, bir milyondan fazla nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara, ihlalin ağırlığına göre, altmış milyar liradan az olmamak kaydıyla yüz milyar liraya kadar,

2. Kapsadığı yayın alanı itibariyle, beşyüz bin ila bir milyon arasında nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara ihlalin ağırlığına göre, otuz milyar liradan az olmamak kaydıyla altmış milyar liraya kadar,

3. Kapsadığı yayın alanı itibariyle, ikiyüzelli bin ila beşyüz bin arasında nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara, ihlalin ağırlığına göre, yirmi milyar liradan az olmamak kaydıyla kırk milyar liraya kadar,

4. Kapsadığı yayın alanı itibariyle, ikiyüzellibinden az nüfusa ulaşan il ve ilçelere yayın yapanlara, ihlalin ağırlığına göre, beş milyar liradan az olmamak kaydıyla on milyar liraya kadar,

c) Radyo yayınları için yukarıdaki miktarların yarısı kadar, İdari para cezası uygulanır.

kuralın Anayasa'nın 13., 26. ve 28. maddelerine aykırı olduğu iddiası karşısında, söz konusu kuralın Anayasa'nın 13., 26. ve 28. maddeleriyle ilgisi bulunmadığını ifade etmiştir.⁷² Oysa 33. maddede belirtilen ve para cezasını gerektiren bu ihlallerin niteliği ile para cezalarının miktarı ve her bir aykırılık için ayrı bir idari para cezasının verileceği nazara alındığında para cezalarının çok yüksek olduğu görülmektedir. Zira, bu cezalar basın ve yayın dışında bir gelire sahip olmayan ulusal ve özellikle yerel ve bölgesel televizyon ve radyo kuruluşlarının yayın hayatlarını sürdürmelerini olanaksız kılabilir. Cezaların caydırıcı nitelikte olmakla birlikte basın ve yayın kuruluşlarının varlıklarına son vermemesi gerekmektedir. Bu nedenle, dava konusu kuraldaki para cezaları, Anayasa'nın haber alma özgürlüğünü düzenleyen 26. ve basın özgürlüğünü düzenleyen 28. maddeleri ile bağdaşmamaktadır. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamaların "demokratik toplum düzeninin gereklerine" ve "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak nitelikte olmamalıdır. Söz konusu fıkra ile öngörülen, ulusal, bölgesel ve yerel çerçevede hizmet veren birçok yayın kuruluşunun kapanmasına neden olabilecek tutarlardaki para cezalarını haklı bir nedene dayandırmak ve Anayasa'nın 13. maddesindeki "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkesiyle bağdaştırmak olanaksızdır.

12.09.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasına bireysel başvuruları karara bağlama görevi de dahil edilmiştir. Söz konusu maddenin 3. fıkrasında "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*" ifadesi yer almaktadır. Anayasa'nın bu hükmü doğrultusunda, basın özgürlüğü kamu gücü ile ihlal edildiğinde, bu ihlal karşısında AİHM'ne başvuru yapılabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğinden, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılması zorunlu hale gelmektedir. Bu noktada,

⁷² AYM, E. 2002/100, K. 2004/109, K.T. 21.09. 2004.

AİHM karar ve içtihatlarının önemi daha da artmaktadır. Zira, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru davalarında AİHM içtihatlarını dikkate almadan, karar vermesi durumunda, bu kararların AİHM'e götürülmesi ve AİHM'in, Anayasa Mahkemesi kararının temel hak ihlalini ortadan kaldırmadığını tespit ederek ihlal kararı vermesi söz konusu olabilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin basın özgürlüğüne ilişkin bireysel başvuruları değerlendirirken nasıl bir yaklaşım içinde olduğunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu konuda vermiş olduğu bazı kararların incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Bu kararlardan ilki ses getiren Bekir Coşkun Kararı'dır.

Cumhuriyet Gazetesi'nde köşe yazarı olan Bekir Coşkun, söz konusu Gazetenin 4/7/2013 tarihli nüshasında İstanbul'da başlayıp yurt geneline yayılan merdiven boyama eylemlerini konu alan ve "Gezi olayları" olarak bilinen ve kamuoyu gündemini uzun süre meşgul etmiş olaylardan sonra bazı şahısların kendilerince çevre sorunlarına dikkat çekmek için başlattığı şehir merdivenlerini boyama etkinliğine karşı bazı belediye yetkilileri ile bazı siyasilerin gösterdikleri tepkiyi esprili bir tarzda eleştirdiği "Boyalı Merdivenler" başlıklı bir yazı kaleme almıştır. Söz konusu yazı nedeniyle Coşkun hakkında kurul halinde çalışan kamu görevlilerine hakaret suçunu işlediği iddiasıyla İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nca kamu davası açılmıştır. İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi 29/4/2014 tarihli kararla, Coşkun'un basın yoluyla hakaret suçundan bir yıl iki ay on yedi gün karşılığı adli para cezasıyla cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Bu karar üzerine, Coşkun, köşe yazısında dile getirdiği düşüncelerden dolayı cezalandırılmasının, ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Konuyu inceleyen Anayasa Mahkemesi AİHM'nin bu konuda vermiş olduğu çeşitli kararlar doğrultusunda belli başlı tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme, öncelikle demokrasilerin, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olduğunu, demokratik bir hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalara yer verilemeyeceğini, Anayasa'nın, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabileceğinin kabul

edildiğini, anayasal açıdan dokunulamayacak özün, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık gösterdiğini, bununla birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşı-maması gerektiği değerlendirilmesinde bulunmuştur.⁷³ Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen “*demokratik toplum düzenininin gerekleri*”nden olmanın, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade ettiği, buna göre, sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzenininin gereklerine uygun bir tedbir olarak görülemeyeceği vurgulanmıştır.⁷⁴ Demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünün sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ifadeler için değil, Devletin veya toplumun bir bölümünü eleştiren, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden ifadeler için de geçerli olduğu, çünkü bunların, demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olduğu belirtilmiştir.⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğünün büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflediğini, bu nedenle, düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasında kullanılan ifadelerin sert olmasının doğal karşılanması gerektiğini, öte yandan siyasi tartışma özgürlüğünün “*tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi*” olduğu göz önüne alındığında diğer ifade türlerine nazaran, siyasi ifade özgürlüğüne ayrıca önem vermek gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁶ Bu değerlendirmeler doğrultusunda, Mahkeme, başvurucunun dava konusu makalede

⁷³ Anayasa Mahkemesi’nin Bekir Coşkun Başvurusuna ilişkin kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e9014968-b510-48f4-b808-87726a1add8d?wordsOnly=False>, parag. 49.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi’nin Bekir Coşkun Başvurusuna ilişkin kararı, parag. 51. Bu değerlendirmede Anayasa Mahkemesi, Handyside/Birleşik Krallık Davası, 7.12.1976, parag. 48’a atıfta bulunmuştur.

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi’nin Bekir Coşkun Başvurusuna ilişkin kararı, parag. 52. Bu değerlendirmede Anayasa Mahkemesi, Handyside/Birleşik Krallık Davası, 7.12.1976, parag. 49’a atıfta bulunmuştur.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi’nin Bekir Coşkun Başvurusuna ilişkin kararı, parag. 64. Bu değerlendirmede Anayasa Mahkemesi Lingens/Avusturya Davası (8.7.1986), parag. 41-42 ve ayrıca Feldek/Slovakya Davası (12/7/2001), parag. 83’e atıfta bulunmuştur.

kendi bakış açısından Türkiye'deki çevre sorunlarına dikkat çeken bir eyleme destek vermesinin ve bu eyleme karşı olanları eleştirmesinin genel olarak kamu yararını ilgilendiren bir mesele olduğunda kuşku bulunmadığını, ayrıca hükümetlere ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırı da özel kişilere göre daha geniş olduğu⁷⁷nu belirterek, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “başkalarının şöhret ve haklarının” korunması için demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varmış, başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birinci fıkralarında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM'nin basın özgürlüğüne ilişkin kararlarında esas olarak sınırlama sebeplerini dar yorumladığı göz önüne alındığında, söz konusu kararın AİHM'nin basın özgürlüğüne ilişkin yaklaşımına uygun niteликte bir karar olduğu görülmektedir.

İfade ve basın özgürlüğü ile şeref ve itibara saygı hakkı arasındaki çatışma açısından davalar, ya başvurucunun ileri sürdüğü görüşlerinden dolayı bir müdahale ile karşılaşmasından kaynaklanmaktadır ya da başvurucu, kendisi hakkında bir takım ifadeler ileri sürülen kişidir ve bu görüşlere karşı olağan hukuk yollarına gitmiş ancak sonuç alamamıştır.⁷⁸ Çatışma bazen, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, ifade ve basın özgürlüğü lehine sonuçlanırken, bazen de şeref ve itibara saygı hakkı ya da kişilik hakkı lehine sonuçlanabilmektedir. Bununla birlikte çatışmanın hem şeref ve itibara saygı lehine ve hem de kişilik hakkı lehine sonuçlandırıldığı bir karar olarak Emin Aydın Kararı ilginç bir örnektir. Somut olayda başvurucu, yerel bir gazetede yazdığı ‘Ucuz Olmak’ ve ‘Motosikletli Zibidiler’ başlıklı iki köşe yazısı nedeniyle hakkında mahkumiyet kararı verilmesiyle ifade ve basın hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle başvurucu hakkında verilen mahkumiyet hükümlerinin açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği dolayısıyla ortada ifade ve basın hürriyetine mahkeme kararı yoluyla yapılan bir müdahale bulunduğu, müdahalenin kanun tarafından öngörüldüğünün açık olduğu, mü-

⁷⁷ Bu değerlendirmede Anayasa Mahkemesi Castells/İspanya Kararı'na atıfta bulunmuştur. Bkz. Castells/İspanya Davası, 23/4/1992, parag. 46.

⁷⁸ Tolga Şirin, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf, s. 117.

dahaleyi gerektiren meşru sebebin somut olayda başkalarının şöhret ve haklarının korunması olduğu tespitini yaptıktan sonra, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ve ifade ve basın özgürlüğü ile başkalarının hak ve şöhret değerlerinin çatışması halinde adil ve ölçülü bir dengenin nasıl kurulacağı husularının üzerinde durmuştur.⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, somut olayda iki ayrı yazı ve iki ayrı yazı nedeniyle verilen cezalar bulunması sebebiyle söz konusu cezaların demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ve çatışan haklar arasında adil ve ölçülü bir dengenin kurulup kurulmadığı hususlarının ayrı ayrı değerlendirilmesini uygun görmüş ve değerlendirmesini öncelikle 'Ucuz Olmak' başlıklı köşe yazısı yönünden yapmıştır. Söz konusu yazıda şu ifadeler yer almaktadır: "...kamusal yetkisini kullanarak motosikletine (son üç rakamı aynı olan) özel plaka takan kurum amirlerini, en üst makama yalalaklık olsun diye yalancı şahitlik yapan kamu görevlilerini, halkın iradesi ile geldikleri makamları kendilerine çıkar temin etme ve daha da yükselme yeri görüp kaynakları çarçur edencesine kullanan siyasetçileri, makam ve mevkileriyle kendini adam sananları, halkın varlığını yok sayıp zenginlik askeri, güçlüünün uşağı gibi davrananları ve çok daha fazlasını 'Ucuzlar' sınıfına koyabiliriz. Bir de var olan gazeteleri ve gazetecileri şahsi çıkar ve çakallıkları için kullanamayan, onlar üzerinden sahtekarlıklarını topluma empoze edemeyip de alternatif oluşturmaya çalışan toplum mühendisleri ve memleket şekilcilerini de, ucuzlar sınıfına koyuyorum".⁸⁰

Anayasa Mahkemesi, bu olayı *Janowski* davasında, gazeteci olan başvurucunun belediye görevlilerinin yüzlerine karşı 'aptal' ve 'hödük' ifadelerini kullanmasına benzetmiş⁸¹, buna ek olarak devlet memurlarının, görevlerini yerine getirirken performanslarını etkilemeyi ve kamuoyunun bu kişilere olan güvenine zarar vermeyi amaçlayan aşağılayıcı ve hakaret içerikli saldırılara karşı korunması anlamına gelen kamusal konum doktrinine yaklaşmış⁸² ve söz konusu yazıda yer alan cinsiyetçi söylem ve 'bu kişilerin ucuzluklarında annelerinin suçu olmadığı' gibi ifadelerin demokratik bir toplumda korunmayacağını ifade

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi'nin Emin Aydın Başvurusu'na ilişkin kararı, http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000842&content= parag. 66, 67, 68, 69.

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'nin Emin Aydın Başvurusu'na ilişkin kararı, parag. 10.

⁸¹ *Janowski/Polonya Davası*, 21/1/1999, parag. 32-35.

⁸² Şirin, age., s. 119.

ederek⁸³ somut olayda ifade ve basın özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olduğu anlaşıldığından Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde korunan hakların ihlal edilmediğine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal bulunmadığı yönündeki bu değerlendirmesinin, AIHM'nin *Tuşalp/Türkiye*⁸⁴, *Eon/Fransa*⁸⁵ kararlarında ortaya koymuş olduğu ilkelerle çeliştiği, bu kararıyla kamuda görev yapan kişilerin kamusal ve/veya kişisel eylem veya eylemsizliklerinin basın tarafından eleştirilmesi açısından AIHM'nin çizdiği sınırlardan daha geniş bir korumayı kabul ettiği görülmektedir.⁸⁶

Anayasa Mahkemesi başvuruçunun '*Motosikletli Zibidiler*' başlıklı köşe yazısı yönünden yaptığı değerlendirmede ise, aksine ifade ve basın özgürlüğü lehine bir sonuca ulaşmıştır. Söz konusu köşe yazısının konusu, bir siyasi partinin üyesi olan vatandaşın oğlunun ehliyetsiz, plakasız, yüksek hızda ve egzozu açık bir şekilde motosiklet kullanırken trafik polislerince durdurulması ile ilgilidir. Başvuruçucu bu yazıda, söz konusu vatandaşın, ilgili partinin ilçe başkanından emniyet mü-

⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin Emin Aydın Başvurusu'na ilişkin kararı, parag. 76-77.

⁸⁴ Tuşalp/ Türkiye Davası,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22tusalp%20v.%20turkey%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-109189%22%5D%7D>

⁸⁵ Eon v. Fransa Davası,
<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Eon%20v.%20france%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-117742%22%5D%7D>

⁸⁶ Eon / Fransa Kararı'nda Cumhurbaşkanı'nın 28 Ağustos 2008 tarihinde yaptığı Laval ziyareti sırasında ve tam cumhurbaşkanlığı kortejinin geçeceği sırada başvuran üzerinde 'defol git, geri zekâli' yazan bir levha kaldırması üzerine derhal polisler tarafından derdest edilerek karakola götürülen, Cumhuriyet savcısı tarafından Cumhurbaşkanı'na hakaret ettiği gerekçesiyle ceza davası açılan başvuruçucu, Laval Asliye Mahkemesi'nin 6 Kasım 2008 tarihli kararıyla Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan mahkum edilerek 30 Avro para cezasına çarptırılmış ve bu ceza da ertelenmiştir. Başvuruçucu, mahkum olmasının Sözleşmenin 10. maddesi tarafından koruma altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme, bir siyasetçiye siyasetçi olması dolayısıyla yöneltilen eleştirinin sınırlarının, sıradan bir kişiye yöneltilen eleştirinin sınırlarından daha geniş olduğu, ikincisinin aksine birincisinin zorunlu ve bilinçli olarak fiillerini ve davranışlarını vatandaşların ve gazetecilerin dikkatli bir kontrolüne açık bıraktığını; dolayısıyla siyasetçinin daha fazla hoşgörülü olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, kamu yetkililerinin cezalandırma yoluna başvurmalarının hedeflenen amaç ile orantılı olmadığına ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. Bu yönde bkz. Eon v. Fransa Davası, parag. 59, 62.

dürünü aramasını rica ettiğini, bu nedenle de oğluna ceza kesilmediğini ileri sürmüştür. Yazısının sonunda ise *‘ilçede emniyetin erkeklerin kahvehane önüne çıkmasını kızlara laf attıkları gerekçesiyle yasakladığını, bu durumun topluma hakaret teşkil ettiği, bu durum karşısında halkın temsilcileri olan siyasetçilerin suskun kaldığı, bütün suçun motosikletli zibidilerde olduğunu’*⁸⁷ belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu konu ile ilgili yaptığı değerlendirmede söz konusu yazının genel olarak bir soruna işaret eden ve siyaset, özel sektör ve kamu kurumları arasındaki ilişkileri eleştiren belli kişileri hedef almayan genel nitelikli bir değer yargısını ifade ettiği sonucuna varmış⁸⁸ ve böyle hallerde hapis cezası tehdidinin gazetecileri kamusal meseleleri tartışmaktan caydırıcı bir rol oynayacağı ve oto-sansüre neden olabileceğine vurgu yaparak⁸⁹, ertelenen cezaların miktarı ve maruz kalınan ceza tehdidinin ağırlığı dikkate alındığında ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülü olduğunun söylenemeyeceğini, açıklanan nedenlerle, başlıklı köşe yazısı yönünden Anayasa’nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bu sonuca ulaşırken, AİHM’nin çeşitli kararlarından yararlandığı görülmektedir.⁹⁰

Anayasa Mahkemesi’nin, basın özgürlüğü ile kişisel hakların korunması meselesinin gündeme geldiği bir başvuruda takdir yetkisini basın özgürlüğü lehine kullandığı bir diğer karar İlhan Cihaner karardır.⁹¹ Başvurucu İlhan Cihaner, uzun yıllardan beri ulusal düzeyde yayımlanmakta olan Yeni Şafak Gazetesi’nde hakkında çıkan haberler nedeniyle kişilik haklarına zarar verildiğini, olay sebebi ile başvurduğu hukuk yollarından sonuç alamadığını belirterek Anayasa’nın 17. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Söz konusu karara konu olan yazı, Yeni Şafak Gazetesi’nin 19/2/2010 tarihli nüshasında, o ta-

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi’nin Emin Aydın Başvurusu’na ilişkin kararı, parag. 82.

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi’nin Emin Aydın Başvurusu’na ilişkin kararı, parag. 83.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi’nin Emin Aydın Başvurusu’na ilişkin kararı, parag. 87.

⁹⁰ Handyside/Birleşik Krallık, 7/12/1976, parag. 49, Jersild/Danimarka, 23/9/1994, parag. 31, Von Hannover/Almanya (no.2) 7/2/2012, Özgür Gündem/Türkiye, 16/3/2000, parag. 43, Axel Springer AG/ Almaya 7/2/2012.

⁹¹ İlhan Cihaner Kararı için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/2deec20e-e2b8-43b6-80b4-8faf5fea1515?highlightText=ilhan%20cihaner&wordsOnly=False>

rihten önce Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olan başvurucu kastedilerek, “*Savcı Boğazına Kadar Batmış*” başlıklı yazıdır. Anayasa Mahkemesi, bu kararda, yargı mercilerinin ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü ile şeref ve itibara saygı hakkı arasında içtihadında ortaya koyduğu kriterlere uygun bir şekilde bir denge kurmaları gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bir ulusal günlük gazetede yayınlanan haber veya yazıların olgular temelinde gelişen bir tartışmaya bir katkı sunup sunmadığı ve içeriğinin kamunun merakını giderme isteğinin ötesine geçip geçmediği sorularına cevap verilmesi gerektiğinin altını çizmiş, bu bağlamda bir haber veya yazının kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu haber veya makalenin yayımlanmasına o kadar çok boyun eğmesi gerekeceğini; yazının bilgilendirme değeri ne kadar düşükse, kişinin korunan çıkarına da o kadar çok üstünlük tanınması gerekeceği yönünde değerlendirmede bulunmuştur.⁹² Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü ile şeref ve itibara saygı hakkı arasında bir denge kurulurken, şu kriterlere bakılması gerektiğini ifade etmiştir: (a) Haberin kamu yararına katkısı, (b) hedef alınan kişinin ünlülük derecesi ve haber veya makalenin konusu, (c) ilgili kişinin önceki davranışı, (d) yayımın içeriği, şekli ve sonuçları, (e) haber veya makalenin yayınlanma şartları. Mahkeme belirlediği bu kriterler doğrultusunda, yazının Ergenekon ve diğer önemli davalarla ilgili olduğu, bu bağlamda “kamusal nitelikli bir tartışma” ile bağlantılı olduğu, başvurucunun “üst düzey bir kamu görevi olan Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı” olması ve “gazete haberinden önce meydana gelen olaylarla birlikte daha da artan ve itiraz götürmeyen tanınmışlık derecesi”, “başvurucunun tutuklanmasına neden olan deliller ile gazete haberi arasında karşılaştırma istenmemiş olması”, “haberinde daha önce başka bir gazetede yer aldığı”, “haberinde görünür gerçeğe uygun olduğu” yönünde tespitlerde bulunmuş ve bu kriterler çerçevesinde, gazetenin ifade özgürlüğü lehine bir sonuca ulaşmıştır.

⁹² Anayasa Mahkemesi'nin burada AİHM'nin Von Hannover/Almanya Kararı'ndaki değerlendirmesini dikkate aldığı görülmektedir. Bu yönde bkz. Von Hannover/Almanya Davası,

Bu kısımda incelenecek olan son karar *Sinem Hun Kararı*'dir.⁹³ Bir internet haber sitesi, 6.11.2012 tarihli "*Siyonist uşakları yine teröre sarıldı*" başlıklı haberinde "*Kaos GL isimli sapkınların derneğinin de avukatlığını yürüten Ankara Barosu'na kayıtlı Sinem Hun, 'reklamda ırkçılık suçu işlendiğini' iddia ederek savcılığa başvurular*" cümlesini de içeren bir haber yapmıştır. Başvurucu, bu haberle kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu ve kendisinin hedef gösterildiği, halkın kin ve düşmanlığa tahrik edildiği iddiasıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurunda bulunmuş fakat konuyla ilgili kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmiştir. Başvurucu verilen karara karşı Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi'ne itirazda bulunmuş, Mahkeme itirazın reddine karar vermiştir. Bunun üzerine başvurucu kendisine 'sapkınların avukatı' ve cinsel yöneliminden dolayı bir gruba 'sapık' denmesinin eleştiri sınırlarını aştığını ileri sürerek, kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu ve zedelenen hakları nedeniyle devletin etkili soruşturma yapmayarak failleri cezasız bıraktığı iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, başvurunun şikayetini inceleyen Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kovuşturmayla yer olmadığına dair kararı ve Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin gerekçeli kararı incelendiğinde, söz konusu haberin içeriğini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirdiklerinin anlaşıldığını, diğer yandan, haberde yer alan 'sapkın' ifadesinin doğrudan derneğe yöneltildiği, sapkın ifadesiyle başvurucu arasında doğrudan bir bağlantı kurulmadığını, haberde yalnızca "*Kamhi ve sapkınların derneğinin de avukatlığını yürüten Sinem Hun*" denilmek suretiyle başvurunun derneğin ve Kamhi'nin avukatı olduğu olgusunun vurgulandığını belirttikten sonra haberin genel olarak basında yer alan ve kamuoyunu ilgilendiren bir tartışmaya yönelik olduğu, 'sapkınlar' ifadesinin toplumda yer alan belli bir kesimi ve derneği hedef almasına rağmen bu ifadeyle ilgili olarak hedef alınan dernek tarafından başvuruda bulunulmadığı, adli makamların bu ifadeye muhatap olarak kabul edilen derneğin avukatlığını yapan başvurucuya yönelik 'sapkınların avukatı' şeklindeki sözlerin ceza muhakemesi yoluyla cezalandırmayı gerektirecek belli bir tahkir ve aşağılama eşiğini geçmediği yönündeki değerlendirmesinde bariz takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadığı, başvurucu yönün-

⁹³ Sinem Hun kararı için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Bireysel-Karar/Content/aed46493-cef5-414e-982b-f4f721491437?highlightText=sinem%20hun&wordsOnly=False>

den nefret suçu veya nefret söylemi niteliği taşımadığı, demokratik bir toplumda bu ifadeye karşı mutlaka ceza muhakemesi yoluyla bir yaptırım uygulanmasını gerektiren toplumsal bir ihtiyaç olmadığı ve adli makamlarca çatışan değerler arasında kurulan dengenin adil olmadığının söylenemeyeceği değerlendirmesinde bulunmuş, adli makamların değerlendirmesinin başvurusunun şeref ve itibara saygı hakkı ile diğer tarafın ifade ve basın hürriyeti arasındaki dengeyi başvuru aleyhine katlanılamaz şekilde bozduğunun kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Açıklanan gerekçelerle, başvurusunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan şeref ve itibara saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir demıştır.⁹⁴ Bu kararda dikkat çeken husus, Osman Alifeyyaz Paksüt'ün de karşı oyunda belirttiği gibi LGBT bireyler için kullanılan '*sapkın*' söyleminin objektif olarak bir nefret söylemi olduğunun göz ardı edilmiş olmasıdır. Zira, başvuru da alelade bir suçluyu savunduğu için değil, aksine nefret söylemine muhatap olan bir grubun avukatı olduğu için hakaret içerikli ifadelerin hedefi olmuştur. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, söz konusu olaya, Mahkeme'nin sıradan bir hakaret davasından daha farklı bir bakış açısıyla yaklaşması gerektiği ileri sürülebilir. Bu konuda, AİHM'nin *Vejdeland v. İsveç* davası önem taşımaktadır. Söz konusu davada AİHM, bir okulda homoseksüellere karşı nefret söylemi içeren bazı bildirimleri dağıtan kişilerin çeşitli hapis ve para cezalarına çarptırılmasında Sözleşme'ye aykırılık bulmamıştır.⁹⁵

Gözetepe, bireysel başvuru hakkının kabul edilmesiyle birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin karar içeriklerinde belirgin bir değişikliğin gözlendiğini ifade etmekte, diğer yandan Mahkeme'nin henüz özgün bir temel hak öğretisi geliştiremediğinin de altını çizmektedir. Gözetepe'ye göre: "*Norm denetimi davalarında daha çok değişmez ilkeler ekseninde kararlar veren Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler kataloğunu, AİHS ve Protokoller ışığında incelemeye başlamıştır. Ancak bu yapılırken, Mahkeme'nin özgün bir temel hak öğretisi*

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin Sinem Hun Başvurusuna ilişkin kararı, parag. 60, 61.

⁹⁵ *Vejdeland v. İsveç Davası*,

geliştirdiğini söylemek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi daha çok Avrupa Konseyi üyesi devletlerin en küçük ortak bölüni olarak AİHM içtihatlarına odaklanmakta ve bunu yaparken de daha fazla koruma sağlayan Türk hukuk mevzuatını öne çıkartmayı, AİHM içtihadından daha fazla koruma sağlayabilecek bir yorumu hayata geçirme yolunu tercih eder görünmemektedir.”⁹⁶

V. Basın Özgürlüğü Önünde Bir Engel: Tekelleşme

Demokratik bir sistemde kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır. Halk adına kamunun gözcülüğü işlevini gören basının işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan, basın özgürlüğü herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlük olarak görülmektedir.⁹⁷ Tekelleşme olgusunun basın özgürlüğü önünde bir engel addedilmesinin en önemli nedeni, basın organlarının bir veya birkaç gücün elinde toplanmasına yönelik tehlikedir. Basın özgürlüğü, bireyin mümkün olduğu kadar geniş ve çeşitli bilgilerle karşılaşabilmesini ve bilgilerin objektif olarak kendisine sunulabilmesini gerektirir.⁹⁸ Oysa basında tekelleşme, tek yönlü haber dolaşımı yoluyla yığınların gerçek dışı şartlanmasına yol açan, çok yönlü bilgi dolaşımını engelleyen bir etkidir.⁹⁹ Basının kitleleri etkileme gücünü bilen yöneticiler ya da yönetici adayları tarihin her döneminde iktidara gelmek ve iktidarlarını sürdürebilmek amacıyla iletişim kanallarını denetimlerinde tutmuşlar, basını denetlemek için lisans (ön izin) ve sansür (ön denetim) gibi mekanizmalara başvurarak yandaş yaratmanın ve yandaşlarını örgütlemenin yollarını aramışlardır.¹⁰⁰ Siyasal iktidarların basını denetlemek için başvurdukları yolların yalnızca doğrudan yasaklama ya da baskı altında tutmakla, yani

⁹⁶ Ece Göztepe, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında, Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf, s. 32.

⁹⁷ AYM, E. 1997/19, K.1997/66, K.T. 23.10.1997.

⁹⁸ Sulhi Dönmezer, Basın ve Hukuku, İstanbul, 1976, s. 105.

⁹⁹ Çetin Özek, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 1999, s. 549.

¹⁰⁰ Ruhdan Uzun, “Medya-Siyaset İlişkileri: Türkiye’de Savunucu Gazetecilik Olgusunun İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, Sayı 39, 2014, s.130.

siyaset ve hukuk alanları ile sınırlı olmadığı, basın bir ticari işletme olarak siyasal iktidarların mali ve ekonomik baskılarına da açık olduğu, hatta siyasal iktidarların ödüllendirme yöntemini de bir denetim mekanizması olarak kullandıkları ileri sürülmektedir.¹⁰¹ İktidarların sansürden, pul vergisine, matbaa araçları ve kağıt üzerindeki gümrük vergilerinden müsadereye kadar basını denetim altında tutacak her türlü ekonomik ve siyasi aracı kullanarak yandaş bir basın yaratmaya çalıştıkları ifade edilmektedir.¹⁰² Basın özgürlüğünü kısıtlayan uygulamalardan biri de yayın yasaklarıdır.¹⁰³ İktidarlar yalnızca medyanın içinde işlev gördüğü yasal çerçeveyi daraltarak basın özgürlüğünü kısıtlamakla yetinmeyip; basının haber içeriğinde fiili olarak da denetim uygulayabilmektedirler. Hükümetin hoşuna gitmeyen haberler yapan gazetecilerin işine son verilmesinin istenmesi¹⁰⁴ ya da hükümet yanlısı yazar ya da gazetecilerin medyada haber içeriğini belirleyen yönetici konumuna getirilmesine aracılık etmesi bu uygulamalar arasında gösterilmektedir.¹⁰⁵

Basın özgürlüğü konusunda Herman ve Chomsky'nin "*Demokratik öğretiye göre, medya bağımsızdır ve kendini gerçeği bulmaya ve herkese duyurmaya adanmıştır. Buna karşılık, eğer güçlü kesimler, halkın neyi seyredip*

¹⁰¹ Raşit Kaya, İktidar Yumağı: Medya-Sermaye-Devlet, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009.

¹⁰² Uzun, *age.*, s. 137.

¹⁰³ Dönemin Başbakan Yardımcısı Bülent Arınç'ın, Temmuz 2014'te CHP Genel Başkan Yardımcısı Sezgin Tanrıkulu'nun soru önermesine verdiği yanıtta, mahkemelerce 2010'da 4, 2011'de 36, 2012'de 43, 2013'te 42 ve 2014 yılının ilk altı aylık döneminde 24 olmak üzere toplam 149 yayın yasağı kararı alındığını açıkladığı ve Deniz Feneri Davası, Musa Anter Davası'ndaki JİTEM listesi, şike soruşturması, Reyhanlı patlamaları, yolsuzluk soruşturmasının ikinci dalgası, dönemin başbakanı Recep Tayyip Erdoğan'ın çalışma ofisindeki dinleme cihazlarına ilişkin soruşturma, MİT'e ait olduğu öne sürülen TIR'lara ilişkin soruşturma, Bingöl suikastı, Yüksekova'da üç askerin öldürülmesi, Dışişleri Bakanlığı'ndaki toplantının ses kayıtları, Uludere olayı, Aktütün saldırısı dahil birçok dava ve soruşturmaya gündemde oldukları dönemde yayın yasakları getirildiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Sinan Onuş, "10 Soruda Yayın Yasakları", erişim tarihi 22..6.2015, http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2014/11/141127_yayin_yasaklari

¹⁰⁴ Yakın bir tarihte ülkemizde bazı gazetecilerin Gezi Parkı protestocularının taleplerine sempatiyle yaklaşan haberleri nedeniyle istifaya zorlanmaları ve işten çıkarılmaları basın üzerindeki baskıcı uygulamaların tipik bir örneği olarak gösterilmektedir. Bu yönde bkz. Ruhdan Uzun, "Medya-Siyaset İlişkileri: Türkiye'de Savunucu Gazetecilik Olgusunun İncelenmesi", *Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, Sayı 39, 2014, s.138.

¹⁰⁵ Uzun, *age.*, s. 139.

*dinleyeceğine ve düşüneneğine karar verebiliyor ve düzenli propoganda kampanyalarıyla kamuoyunu 'sevk ve idare' edebiliyorsa, sistemin işleyişine ilişkin standart görüş (basının özgür olduğu görüşü) gerçeklikle hiç bağdaşmıyor demektir."*¹⁰⁶ biçimindeki değerlendirmesi oldukça çarpıcıdır. Çağdaş demokratik rejimlerde basın özgürlüğünün gerçekleşebilmesi için, devletin tamamen tarafsız kalması yeterli görülmemekte, ondan aynı zamanda aktif önlemler alması da beklenmektedir.¹⁰⁷ Anayasa'nın 28/2 maddesi gereği, devletin basın özgürlüğü karşısında fiili bir engel olan tekelleşme konusunda tedbirler almak, düzenlemeler yapmak yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi bir kararında "Basın özgürlüğü, kamu güçleri karşısında olduğu kadar özel güçlere karşı da korunmalıdır. Bu bağlamda, medya tekelinin oluşmasına karşı gerçek sınırlamalar koymak, medyanın çoğulculuğunu koruyucu önlemler almak Devlet'e düşen bir ödevdir. Bağımsız ve yansız yayıncılığın sürdürülebilmesi için alınacak önlemler de bu ödev kapsamındadır.

Sosyal görevini yerine getirebilmesi için basın özgürlüğü ile donatılan medyanın sorumluluk bilinciyle hareket etmesi gereklidir. Tekelleşerek, sorumluluk bilincinden uzaklaşacak bir medya, her sorumsuz güç gibi er geç amacından sapabilecek ve toplum yaşamını, ulusal güvenliği tehlikeye sokan bir güç durumuna gelebilecektir. Bunu önlemek de Devlet'in görevidir." biçimindeki değerlendirmesiyle bu tekelleşmenin yaratabileceği tehlikeye değinirken¹⁰⁹, başka bir kararında devletin basın özgürlüğüne ilişkin tedbirleri alma yükümlülüğünün altını çizmektedir: "...Basın, geniş haber alma ve iletişim sistemleri, ileri baskı teknikleri, yaygın ve hızlı dağıtım ağı ile büyük bir alanda ve bütünlük içinde faaliyet göstermektedir. Böyle bir faaliyet ise, önemli bir mali ve ekonomik kaynak ihtiyacını yaratmaktadır. Bu

¹⁰⁶ Edward S. Herman & Noam Chomsky, Medya Halka Nasıl Evet Dedirtir, Minerya Yayınları, İstanbul, 1999, s. 9-10.

¹⁰⁷ Türkan Yalçın Sancar, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Basım, 2006, s. 198.

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, TRT Kurumu'na ilişkin verici tesislerinin PTT Yönetimi'ne devriyle ilgili 3517 sayılı Yasa'nın iptali istemiyle açılan dava sonunda verdiği kararında, radyo ve televizyon yayıncılığında tekelleşmenin önlenmesinin büyük önem taşıdığını, tekelleşmenin önlenmesinin amacının, bağımsız ve yansız yayıncılığı sağlamak olduğunu, bağımsız ve yansız yayıncılığın eşitlikçi, dengeli, doğru ve çoğulcu yayın anlayışının, dolayısıyla kamu hizmeti niteliğinin olmazsa olmaz koşulu olduğunu belirtmektedir. Bu yönde bkz. E.1989/9, K.1990/8, K.T. 18.05.1990.

¹⁰⁹ AYM, E. 2002/100, K. 2004/109, K.T. 21.9.2004.

sektöre girebilmenin kolaylaştırılması ve rekabet ortamının yaratılması basın özgürlüğünü sağlamanın temel koşullarındandır. İhtiyaçları karşılamak ve koşulları gerçekleştirmek kanun koyucunun görevleri arasındadır.”¹¹⁰

Devletin pozitif yükümlülüğü konusunda AIHM'nin Özgür Gündem / Türkiye Kararı da önem arz etmektedir. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, “Demokrasinin işleminin ön şartlarından biri olan ifade özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılması, sadece devletin müdahale etmeme görevine dayanmamaktadır; bireyler arasındaki ilişkilerde bile koruma tedbirleri almayı gerektirebilmektedir. Pozitif bir sorumluluğun var olup olmadığına karar verirken, Sözleşmeyle toplumun genel çıkarı ve bireyin çıkarı arasında ulaşılmaya çalışılan dengeye önem verilmelidir. Bu sorumluluk kaçınılmaz olarak sözleşmecî devletlerde var olan farklı durumlara, modern toplumların idare edilmesiyle ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar hakkındaki seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Böyle bir sorumluluk yetkililer için imkansız veya adil olmayan bir yük oluşturduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.” değerlendirmesinde bulunmaktadır.¹¹¹

VI. Sonuç

Demokrasinin temel unsurlarından biri olarak kabul edilen basın, günümüzde kamuoyu üzerinde sahip olduğu etki ve öneme paralel olarak yasama, yürütme ve yargının yanında, “Dördüncü Erk” olarak adlandırılmaktadır.¹¹² Basının temel rolü, devleti denetleyen bir kamu gözcüsü olmasıdır; böylece devlet iktidarının uygulanmasındaki kötü uygulamalar gözler önüne serilebilmektedir. Bağımsızlığını koruyan basın, hem haber, düşünce ve bilgileri yorumlayarak ve değerlendire-

¹¹⁰ AYM, E. 1997/19, K. 1997/66, K.T. 23.10.1997.

¹¹¹ Özgür Gündem/Türkiye Davası, [¹¹² Thomas Carlyle'a göre, ilk olarak İngiliz parlamenter Edmund Burke 18. yüzyılın sonlarında parlamentodaki basın balkonu için dördüncü güç terimini kullanmıştır. Bu yönde bkz. Mark Hampton, “The Fourth Estate Ideal in Journalism History”, The Routledge Companion to News and Journalism, ed. Stuart Allan, New York: Routledge, 2009, s. 3-4.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22ozgur%20g%FCndem%20turkey%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-58508%22]]}, parag. 43.</p>
</div>
<div data-bbox=)

O dönemlerden itibaren de resmi siyasal yapı ne olursa olsun, “dördüncü güç” kavramı, basının resmi bir nitelik taşımayan rolünün sahip olduğu siyasal gücü anlatmak için kullanılmıştır.

rek kamuoyunun oluşmasında etkili olacak, hem de siyasal iktidarı sürekli gözetleyerek ve eleştirerek özgürlükleri koruma altına alacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin basın özgürlüğünün demokrasi için önemini vurguladığı değerlendirmesi dikkate değerdir. Mahkeme'ye göre: *"Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dahil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanabilmesi, açıklanan düşünceye paydaş sağlanabilmesi, düşünceyi gerçekleştirme konusunda ilgililerin ikna edilebilmesi çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir..... Demokratik bir sistemde, devletin eylem ve işlemlerinin, adli ve idari yetkililerin olduğu kadar, basının ve aynı zamanda kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerekmektedir. Yazılı, işitsel veya görsel basın kamu gücünü kullanan organların siyasi kararlarını, eylemlerini ve ihmallerini sıkı bir denetime tabi tutarak ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırarak demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlenmesini ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini güvence altına almaktadır."*¹¹³

Basının görevini özgürce yerine getirmesi "kamu yararı" kavramının hayata geçirilmesi ile doğru orantılıdır. Bu özgürlük önündeki her türlü engel, kamu yararının gerçekleştirilmesini de engelleyecektir. Ülkelerin basın özgürlüğünü inceleyen Freedom House'un 2014 tarihli raporunda yer alan Türkiye'ye ilişkin değerlendirme oldukça çarpıcıdır. Söz konusu raporda Türkiye'nin son 15 yıldır ilk kez "kısmen özgür ülkeler" kategorisinden "özgür olmayan ülkeler" kategorisine düştüğü gözlemlenmektedir.¹¹⁴ Bu istatistiksel sonucu etkileyen en olumsuz gelişmenin ülkemizde özellikle 2013 yılı sonunda çok sayıda gazetecinin tutuklanması olduğu ileri sürülebilir.¹¹⁵ Gazetecileri Koruma Komitesi'nin "2013 yılında hapiste olan gazeteciler" Raporu bu değerlendirmeyi doğrulamaktadır.¹¹⁶ Ülkemizde basın özgürlüğü

¹¹³ İlhan Cihaner Kararı, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/2deec20e-e2b8-43b6-80b4-8faf5fea1515?wordsOnly=False>, paragraf 56, 57.

¹¹⁴ Karin Deutsch Karlekar & Jennifer Dunham, "Press Freedom in 2013: Media Freedom Hits Decade Low", Freedom of the Press 2014, https://www.freedomhouse.org/sites/default/files/FOTP_2014.pdf, s.22-24

¹¹⁵ Reporters Without Borders, "RSF 2014 Dünya Basın Özgürlüğü Sıralaması" <http://rsf.org/index2014/tr-index2014.php>

¹¹⁶ Committee to Protect Journalists, "Turkish Press Face Arrests, Harassment" <https://www.cpj.org/en/press-releases/2013/12/13-turkish-press-face-arrests-harassment>

karşısındaki en önemli tehlikelerden biri de tekelleşmedir. Tekelleşme, tek yönlü haber dolaşımı yoluyla yığınların gerçekdışı şartlanmasına yol açan, çok yönlü bilgi dolaşımını engelleyen, çoğulculuğa karşı bir oluşumdur. Keane, özgür bir basının adeta sadık bir nöbetçi gibi sürprizlere engel olacağını ve yaklaşan tehlikeler konusunda uyarıda bulunacağını, seçilmiş temsilcileriyle birlikte hukuk düzeni içinde yaşayabilen akıl sahibi bireylerin doğal haklarına dayanarak, iyi hükümeti mümkün kılacağını ifade etmektedir.¹¹⁷ Anayasamızın 28/2 maddesi gereği, devletin basın özgürlüğü karşısında fiili bir engel olan tekelleşme konusunda tedbirler almak, düzenlemeler yapmak yükümlülüğü bulunmaktadır.

Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasına bireysel başvuruları karara bağlama görevinin dahil edilmesi üzerine, AİHM kararlarının önemi artmıştır. AİHM'nin basın özgürlüğüne ilişkin kararları incelendiğinde, esas olarak sınırlama sebeplerini dar yorumladığı görülmektedir. Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesi'nin de gerek önüne gelen bireysel başvuruları karara bağlarken ve gerekse anayasaya uygunluk denetimi yaparken basın özgürlüğünden yana bir tutum sergilemesi hem anayasa yargısının kuruluş amacı, hem meşruiyetinin kaynağı olan temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hem de basın özgürlüğünün kural, sınırlandırmanın ise istisna olduğu anlayışını benimseyen AİHM'nin basın özgürlüğüne ilişkin yaklaşımı açısından daha uygun olacaktır.

Son söz olarak, 1982 Anayasası'nın basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında uygulanacak olan 26. ve 27. maddelerinin kanun koyucuya birtakım muğlak kavramlarla çok geniş bir sınırlandırma yetkisi vermekte olduğu dikkate alındığında, yargıçların önlerine gelen uyuşmazlıklarda sınırlamaya ilişkin hükümleri dar yorumlayarak, basın özgürlüğü lehinde bir yaklaşım sergilemesi ile söz konusu anayasal düzenlemelerin olumsuz etkisinin önemli ölçüde azalacağı ileri sürülebilir. Bu görüşü, Aliefendioğlu'nun "İyi yargıç varsa, kötü kanun yoktur"¹¹⁸ sözü en iyi biçimde özetlemektedir.

// www.cpj.org/europe/turkey
¹¹⁷ John Keane, Medya ve Demokrasi, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2010, s. 92.
¹¹⁸ Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 239.

Kaynakça

- Aliefendioğlu Yılmaz, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Baykan Metin, *Avrupa İnsan Hakları Kararlarında Basın Özgürlüğü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Bıçak Vahit, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, LDT Yayınları, Ankara, 2002.
- Bozkurt Enver & Dost Süleyman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2002, Cilt: 7, Sayı: 1.
- Bulut Nihat, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak", *AÜHFD*, Cilt IV, Sayı 1-2, 2000.
- Çankaya Özden & Yamaner Melike Batur, *Kitle İletişim Özgürlüğü*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Çeçen Anıl, *İnsan Hakları*, Savaş Yayınevi, Ankara, 3. Baskı, 2000.
- Doğru Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, Cilt 1, 2004.
- Dönmezer Sulhi, *Basın ve Hukuku*, İstanbul, 1976.
- Erdoğan Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", *Liberal Düşünce Dergisi*, 2001, Yıl: 6, Sayı: 24.
- Gedik Ömer, *Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye'de Kitle İletişim Özgürlüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Gemalmaz Burak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prenses Caroline Paparazzilere Karşı", *Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku* (ed. Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Göztepe Ece, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında, Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ece_GyoZTEPE222.pdf
- Gözübüyük Şeref & Gölcüklü Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Hampton Mark, "The Fourth Estate Ideal in Journalism History", *The Routledge Companion to News and Journalism*, ed. Stuart Allan, New York: Routledge, 2009.
- Hakyemez Yusuf Şevki, *Militer Demokrasi Anlayışı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Herman Edward S. & Chomsky Noam, *Medya Halka Nasıl Evet Dedirtir*, Minerya Yayınları, İstanbul, 1999.
- İçel Kayıhan & Ünver Yener, *Kitle Haberleşme Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 7. Baskı 2007.
- Kaboğlu İbrahim, "Düşünce Özgürlüğü", *İnsan Hakları Al-manağı*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1. Basım, 2000.
- Kapani Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- Kaya Raşit, *İktidar Yumağı: Medya-Sermaye-Devlet*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009.

- Keane John, *Medya ve Demokrasi*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2010.
- Kılıçoğlu Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Youyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Özek Çetin, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 1999.
- Özek Çetin, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2381, İstanbul, 1978.
- Özel Sibel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Özkorkut Nevin Ünal, "Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devleti'ndeki Görünümü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2002, Cilt: 51, Sayı: 3.
- Öztan Bilge, *Şahsın Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 10. Baskı, 2001.
- Salihpaşaoğlu Yaşar, *Türkiye'de Basın Özgürlüğü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Sancar Türkan Yalçın, *Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Basım, 2006.
- Sunay Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, LDT Yayınları, Ankara, 2001.
- Sunay Reyhan, *1961- 1982 Anayasaları Döneminde Anayasa Mahkemesi'nin İfade Hürriyeti Konusundaki Yaklaşımı ve İlgili Karar Özetleri*, LDT Yayınları, Ankara, 2002.
- Şahin Kemal, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, Gerekçeleri ve Sınırları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- Şirin Tolga, "Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi", http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf
- Tanör Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, 3. Basım, 1990.
- Touraine Alain, *Demokrasi Nedir?*, Çev. O. Kunal, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2011.
- Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara, 10. Baskı, 2005.
- Uzun Ruhdan, "Medya-Siyaset İlişkileri: Türkiye'de Savunucu Gazetecilik Olgusunun İncelenmesi", *Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, Sayı 39, 2014.
- Üzeltürk Sultan, *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- Zevkliler Aydın, Acabey M. Bekir & Gökyayla K. Emre, *Medeni Hukuk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 6. Baskı, 2000.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

LEGAL NATURE OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT DECISION OF FORCE STOP

Fatih DEMİRCAN*

Özet: Yürürlüğü durdurma kararları bu makalede birçok açıdan incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesi mevzuatımız açısından yürürlüğü durdurma kararı veremez.

Uygulamada, Anayasa Mahkemesi yetkisiz olmasına rağmen 21 Ekim 1993 tarihinden itibaren yürürlüğü durdurma kararı vermektedir.

Bazı Anayasa hukukçuları Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı verebileceğini savunurken bazıları ise Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı veremeyeceğini savunmaktadır. Buna mukabil bazı Anayasa hukukçuları, Anayasa Mahkemesinin yetkisiz olduğundan yürürlüğü durdurma kararı veremeyeceğini ama buna rağmen vermesi gerektiğini belirtmişlerdir.

Amerika, Almanya, Belçika, İspanya ve Portekiz'de yürürlüğü durdurma kararı verilebilmektedir. Fransa'da ise Anayasa değişiklikleri önce Anayasa Konseyinin denetiminden geçmektedir. Eski Yugoslavya'da yürürlüğü durdurma kararı değil yürütmeyi durdurma kararı verilebilmektedir. Bu ülkelerde yürürlüğü durdurma kararları genellikle "Uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç zararların ortaya çıkması ve Anayasaya açıkça aykırılık oluşturması şartlarının birlikte gerçekleşmesi" sebebiyle verilebilmektedir.

Sonuç olarak Türk Anayasa Mahkemesine yürürlüğü durdurma kararı verileme yetkisinin özel ve net durumlar sebebiyle verilmesi yerindedir. Bu özel ve net durumların sınırlarının da anlaşılır bir şekilde iyi çizilmesi, istisnalarının belirtilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Yürürlüğü Durdurma, Yürütmeyi Durdurma, 1982 Anayasası, Uygulamayı Durdurma, Önlem, İptal.

Abstract: The decision of force to stop are examined in many ways in this article.

The Constitutional Court cannot stop any law that came into force in terms of our legislation; there is no clear rule authorizing the Constitutional Court.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Öğrencisi

However, although the Constitutional Court is unauthorized, it has delivered decision of of force stop since October 21, 1993.

While some constitutional lawyers argues that the Constitutional Court can make decision of force to stop, some others are against this argument. Still, some other Constitutional lawyers argues that, even though the Constitutional Court cannot give decisions of force to stop, since it is unauthorized, it shall do so though.

In the US, Germany, Belgium, Spain and Portugal, their respective highest courts can deliver such decisions. In France, judicial review by the Constitutional Council takes place prior to the final legislative procedure. In the former Yugoslavia, not a decision of force stop, but stay of execution could be made .The decision of force stop can be made in this countries with the conditions that “ if applied, legislative piece in question and later removal of its effects will cause gross harms, and it is clearly against the constitution”..

As a result, it is acceptable that the Turkish Constitutional Court renders decision to stop force in specific cases and under clear conditions. The limits of this authority shall be determined as well as the exceptions must be clearly identified.

Keywords: The Constitutional Court, Force to Stop, Execution Stopping, The 1982 Constitution, Stopping The Application, Precaution, Cancellation.

Bu konuyu önce mevzuatımız, sonra uygulama, daha sonra doktrin, daha sonrasında da karşılaştırmalı hukuk açısından inceleyeceğim. En sonunda eleştirilerimi yapıp görüşlerimi belirteceğim.

I. MEVZUAT

6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İYUK'nun 27. maddesinde yürütmenin durdurulması, 9.6.1932 tarih ve 2004 sayılı İİK'nun 257. maddesinde ihtiyati haciz, 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı CMK'nun 141. Maddesinde koruma tedbiri, 12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı HMK'nun 389. maddesinde ihtiyati tedbir şeklinde, önlem veya tedbir niteliğinde hükümler vardır.

1982 Anayasası; Anayasa Mahkemesi'nin yargısal nitelikteki kararlarından, sadece “Yüksek Mahkemeler” başlıklı kısmında değil diğer birçok maddesinde bahsetmektedir. Bu kararlar, 1982 Anayasası'nın; 148/1. maddesinde belirtilen kanun, kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu şekil ve esas bakımından; Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından denetleme, 83/2 - 84. ve

148/1. maddelerinde sayılan parlamento kararlarını denetleme, 148//6. maddesinde ifade edilen Yüce Divan sıfatıyla ceza yönünden denetim, 69/5-7-10. maddelerinde öngörülen siyasi partilerin kapatılmasıyla ilgili temelli kapatma ve devlet yardımından yoksun bırakma yetkilerini içerir. Buna mukabil 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'ne, 69/3. maddesinde siyasi partilerin mali denetimini yapma yetkisini de vermiştir. Buna rağmen 1982 Anayasası hiçbir maddesinde, Anayasa Mahkemesi'ne, yukarıda saydığım kanunlardaki önlem niteliğindeki yetkiler gibi bir yetki olan "yürürlüğü durdurma kararı verebilme" yetkisini vermemiştir. Ayrıca 1982 Anayasası; "Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, genel kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işlerinin kanunla; mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümünün kendi yapacağı içtüzükle düzenleneceğini "Çalışma ve yargılama usulü" başlıklı 149/5. maddesinde hükme bağlamıştır. Söz konusu Kanun; 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'dur. Mezkûr Kanunda da Anayasa Mahkemesi'ne yürürlüğü durdurma yetkisi verilmemiştir. "Yürürlüğün durdurulması" kararı yargılama usulüne ilişkin olduğundan ve 1982 Anayasası'na göre yargılama usullerinin 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile düzenlenmesi gerektiğinden, Anayasa Mahkemesi içtüzüğünü incelemeye gerek yoktur.

1982 Anayasası'nın "Yargı yolu" başlıklı 125/5. maddesinde "İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir" denilmektedir. Bu hüküm Anayasa Mahkemesi'ne yürürlüğü durdurma yetkisi vermemektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin yetkili kılındığı hususlar yasama organı işlemlerinin denetimiyle ilgilidir. Burada belirtilen "İdarî işlem" kavramının yürütmenin içinde kalan idareyle ilgili olduğu açıktır. Bu sebeple Anayasa yargısındaki ismi "Yürütmeyi durdurma" olmamalıdır. Çünkü Anayasa yargısında uygulanmasının durdurulması istenen norm yürütme organının değil yasama organının işlemidir.¹ Yasama

¹ Şaban Cankat Taşkın, "Anayasa Mahkemesinin Yürürlüğün Durdurulması Ka-

organının işlemleri yürürlüğe girdiği tarihte uygulanmaya başlar. Başka bir deyişle; yasama organının işlemleri yürürlüğe girdiği tarihte yürütülmeye başlar.

Ayrıca, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 4001 sayılı Kanunla değişik 27/2. maddesi, yürütmeyi durdurma kararı verebilme yetkisini Danıştay ve idare mahkemelerine vermiştir. Böylece 1982 Anayasası'nın 125/5. maddesi şüpheye meydan vermeyecek biçimde pekiştirilmiştir.

II. UYGULAMA

Bu kısım; 21.10.1993 dönemi öncesi ve 21.10.1993 dönemi sonrası diye ikiye ayrılacaktır. Çünkü Anayasa Mahkemesi 21.10.1993 tarihinden önce "Yürürlüğü durdurma" kararı vermemiş, ilk defa 21.10.1993 günü "Yürürlüğü durdurma" kararı vermiştir.²

II. A. 21.10.1993 Öncesi Dönem

Anayasa Mahkemesi, 21.10.1993 öncesinde yürürlüğü durdurma istemli üç tane başvuruyu³ "Yürürlüğü durdurma yetkisinin bulunmadığı ve böyle bir kararın, Mahkemenin görüşünü dolaylı olarak belirtmiş olacağı" gerekçesiyle reddetmiştir.⁴

II. B. 21.10.1993 Sonrası Dönem

Anayasa Mahkemesi 21.10.1993 günü E.1993/33 K.1993/40-1 sayılı kararıyla, 20.8.1993 tarih ve 509 sayılı Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğünü durdurmuş ve kuruluşundan itibaren ilk defa "Yürürlüğü durdurma" kararı vermiştir.⁵ Bu kararını 6'ya karşı 5 karşı oyla vermiştir. Karşı oylardan Yekta Güngör ÖZDEN ve Yılmaz ALİEFENDİOĞLU,

rarları ve Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden Doğan Sorumluluğu" , TBBD. , D.2007 S.73, s.8

² AYMKD. ; S. 29 C. 1 E.1993/33 K.1993/40-1 21.10.1993 günlük karar

³ Bu başvurular için bk.: AYMKD. ; S.10 C.1 6.4.1972 tarih ve E.1972/13 K.1972/18 sayılı karar, AYMKD. ; S.15 C.1 24.5.1977 tarih ve E.1977/60 K.1977/81 sayılı karar, AYMKD. ; S.21 C.1 1.8.1985 tarih ve M.1985/659 K.1985/4 sayılı karardır.

⁴ AYMKD. , S.21 C.1 1.8.1985 tarih ve M.1985/659 K.1985/4 sayılı Müteferrik karar

⁵ AYMKD. ; S.29 C.1 E.1993/33 K.1993/40-1 21.10.1993 günlük karar

«İsteme ve davanın bugün karara bağlanması durumuna göre bu işte yürürlüğün durdurulması kararı verilmesine gerek bulunmadığı” gerekçesiyle yürürlüğü durdurma kararını reddederken; Haşim KILIÇ, Oğuz AKDOĞANLI ve Mustafa BUMİN, “Anayasa Mahkemesi yasa ve kanun hükmünde kararnamelerin yürürlüğünü durdurmaya yetkili olmadığından ve ayrıca bu işte koşullar oluşmadığından istemin reddi gerektiği” gerekçesiyle yürürlüğü durdurma istemini reddetmişlerdir.⁶ Buradaki “... yetkili olmadığından ve bu işte koşullar oluşmadığından” ibaresi, koşulların oluşması durumunda yürürlüğü durdurma yetkisinin içtihatla çıkarılabileceği sonucunu çıkarmaktadır. Ayrıca bu koşulların neler olduğu da söz konusu kararda belirtilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi 21.10.1993 günü verdiği E.1993/33 K.1993/40-1 sayılı içtihadını daha sonra da devam ettirmiştir.⁷ Anayasa Mahkemesi emekli üyesi Ahmet AKYALÇIN, Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğü durdurma kararlarına gerekçe olarak şöyle demiştir:

“Anayasa Mahkemesi, 21.10.1993 günlü kararından itibaren verdiği kararlarda, bir kanunun ya da denetime tabi diğer bir normun iptaline karar verilmeden önce, yürürlüğün durdurulmasına karar verilebilmesi için, denetlenen normun Anayasa’ya aykırı olduğu yönünde güçlü belirtilerin bulunması ve normun uygulanmasının ileride giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ya da durumlara neden olma ihtimalinin bulunması gerektiğini koşul olarak aramıştır.”⁸

21.10.1993 tarihindeki E.1993/33 K.1993/40-1 sayılı kararda, Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğü durdurma kararı verebilme yetkisinin olmadığını belirten Mustafa BUMİN ve Haşim KILIÇ, 13.2.2002 tarih ve E.2001/293 K.2002/28 sayılı kararda görüşlerini değiştirerek yürürlüğü durdurma yönünde oy kullanmışlardır.⁹

Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğü durdurma kararlarının gerekçelerini tam olarak anlamak ve doğru değerlendirmek amacıyla madde madde sıraladım. Bu gerekçeler şöyledir:¹⁰

⁶ B.ö.d.

⁷ Örn. için bk. *AYMKD.* ; S.34 C.1 E.1998/10 K.1998/3-2 20 Mayıs 1998 tarihli karar

⁸ A.g.m.i.a. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg23/akyalcin.pdf.

⁹ *AYMKD.* ; S.38 C.1 E.2001/293 K.2002/28 13 Şubat 2002 tarihli karar

¹⁰ *AYMKD.* ; S.29 C.1 E.1993/33 K.1993/40-2 21.10.1993 günlü karar

II. B. 1) Yargı yetkisinin etkinliği, "karar verme" aracının da özgürce ve eksiksiz kullanılmasını gerektirir ki, "yürütmeyi durdurma" önlemi bu "eksiksiz kullanma" kapsamında yer alır.

II. B. 2) Yürütmenin durdurulması kararı, yargı bütünlüğü ilkesinin bir ön uygulamasıdır. Bu karar, sonuç karardan ayrı ama o davayla ilgili bir bölümdür. Son kararı vermeye yetkili organın, davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü "yargı yetkisinin eksiksiz kullanılması" yla bağdaşmaz.

II. B. 3) Yürütmenin durdurulması, yargılama evrelerinde yargının denetim etkinliğini arttırır.

II. B. 4) Anayasa yargısı, yasamanın "üstün gücüne" karşı "Anayasal denge aracı" olarak getirilmiştir. Bu denge işlevinin etkin biçimde yerine getirilmesi, "Yargılama kapsamı içinde gerekli önlemleri alma" yetkisinin kullanılmasına bağlıdır. Tersine durumda Anayasa Mahkemesi, anlamsız bir denetim yapma durumuna düşer ki, bu da denetimin "özü" nde kısıntı anlamına gelir. Oysa bu uygulamayı durdurma, yargısal denetimin etkinliğinin özünde var olan bir araçtır.

II. B. 5) Yürürlüğü durdurma kararının "kamu yararını" ve "kamu düzenini" kollayıp gözeten niteliği de, Anayasa Mahkemesi'nin yargılamalarında gerektiğinde bu önleme başvurusunu zorunlu kılmaktadır.

II. B. 6) Temelde, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmakla sağlanmak istenen sonuç, anayasaya aykırı olan yasaların bir an önce uygulanmasına son verilmesidir.

II. B. 7) İster özel hukuk, ister kamu hukuku uyuşmazlıklarında olsun, yasalarda açıkça bulunmasa bile "önlem" yetkisinin varsayılması bir zorunluluktur. Örneğin ölüm cezalarının yerine getirilmesi ya da devletleştirme gibi konuları düzenleyen yasalar iptal edilseler bile, uygulandıkları süre içinde doğurdukları sonuçları sonradan giderme olanağı yoktur.

II. B. 8) Bir yasanın Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine tanıyan yasa ve Anayasa koyucunun, daha hafif sonuçlar doğuracak olan uygulamayı durdurma yetkisini öncelikle tanımış olduğunun kabulü gerekir. Çoğun içinde tersine bir hüküm ve neden olmadıkça, az her zaman vardır.

II. B. 9) Yürürlüğün durdurulması bakımından Anayasa'da ya da Kuruluş Yasasında bir hüküm olmadığından ortada bir boşluk var demektir. Boşluk bulunan hallerde ise yargıcın hukuk yaratabileceği, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir görüştür. Hukuk yaratma, genel nitelikte bir yasa olan Medeni Yasa'nın 1. maddesiyle tanınmış bir yetkidir. Kaldı ki Anayasa'nın 138/1. maddesi de bunu desteklemektedir. Yine Anayasa'nın 138/1. maddesi hükmü, ceza hukukunun dışında kamu hukukunun diğer alanlarında da geçerlidir.

II. B. 10) Anayasa'nın 149/5. maddesi, yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesini öngörmüştür. (O tarihteki) 2949 sayılı Yasa, yargılama usullerini düzenlemiş ancak bu konuya yer vermemiştir. Esasen bir yasanın, usulün tüm ayrıntılarını düzenlemesi beklenemez. Bu nedenle uygulamada ortaya çıkacak boşlukların içtihatla doldurulması için yargıca yetki verilmiştir. Anayasanın 152. maddesindeki itiraz yoluna ilişkin kural, bu yola başvurulması için elverişlidir.

II. B. 11) İster maddi hukuk ister usul hukuku alanına girdiği kabul edilsin, Anayasa Mahkemesi'nin içtihat yoluyla yürürlüğü durdurma kararı vermesi olanaklıdır ve anayasal denetim yetkisi kapsamı içindedir.

II. B. 12) Anayasa Mahkemesi, yazılı kurallarda düzenleme bulunmasa bile, Anayasayı yorumlama işlevini anayasal yargı denetiminin isteklerine uygun olarak kullanıp uygulamayı durdurma kararı vermek yükümlülüğündedir. Ters durumda, kişileri olduğu kadar kamu düzenini de "Anayasa koruması" ndan yoksun bırakmış olur. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, kararını verirken, bu yetkinin kendisine tanınıp tanınmadığını değil, yetkiyi yasaklayan bir kuralın bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Anayasada ise bu kuralı yasaklayan bir hüküm yoktur.

II. B. 13) Anayasa'nın 153. maddesindeki "İptal kararları geriye yürümez" kuralı, mahkemenin, yürürlüğün durdurulması yönünde karar vermesine engel değildir. Geriye yürümezlik kuralının, yalnız söze bağlı kalınarak yorumlanması hukuk devleti ilkesine ve bu ilke içinde var olan adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar verebileceği gibi itiraz yoluyla yapılacak denetimin amacına da ters düşer. Esasen iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı, yürürlüğü durdurma yetkisinin önemini daha da arttırmaktadır. Şöyle ki yasa kuralı, gerekçeli iptal kararının yayınlanmasına kadar Anayasaya aykırılığına karşın

yürürlükte kalmakta, kimi zaman bu sürede, yasaya dayalı işlemler yoğunlaşarak artmaktadır. Bu durum, iptal kararından beklenen sonucun elde edilmesini engellemektedir.

II. B. 14) İptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı kuralı da yürürlüğün durdurulmasına engel oluşturamaz. Çünkü yürürlüğün durdurulması kararı verildiğinde ortada henüz iptal kararı yoktur ki açıklanması söz konusu edilebilsin.

II. B. 15) İptal hükmünün yürürlüğe gireceği günün ayrıca belirlenmesi kuralı da yürürlüğün durdurulmasına engel görülmemelidir. Zira her ikisi de gerekli ve zorunlu durumlarda başvurulacak yetkililerdir. İptal kararının yürürlüğe gireceği günün ayrıca kararlaştırılabilmesinin amacı, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuksal boşluğun, kamu düzenini tehdit etmesine ya da kamu yararını bozmasına izin vermemesidir.

II. B. 16) Anayasa'nın 152. maddesinde; görülmekte olan bir davada itiraz yoluna başvuran mahkeme, önündeki uyuşmazlığı karara bağlamayı, Anayasa Mahkemesi'nin kararına kadar geri bırakabilmektedir. İlk derece mahkemesine tanınan bir yetkinin Anayasa Mahkemesine tanınmaması düşünülemez.

II. B. 17) Yasama organının, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarına karşın, aynı konuyu benzer içerikte yeniden yasalaştırması sıklıkla rastlanılan bir olgudur. Bütün bunlar, uygulamayı durdurma önleminin önemini göstermektedir.

II. B. 18) Yürürlüğü durdurma yetkisi; ulusal egemenlik kapsamındaki yargılama yetkisini, ulus adına kullanan bağımsız mahkemelelerin, davaları çözümlerken durumuna göre zorunlu gördükleri önlemleri alabilmeleri, hem kurumsal yapılarının hem de "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi" ile "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi" nin vurguladığı hukukun genel ilkelerinin ve adaletli yargılanmayı da içeren hak arama özgürlüğünün doğal sonucudur. Bu olgular, Anayasanın ilgili maddeleriyle kurumlaştırılan hukuksal yöntemlerde dayanağını bulmaktadır.

II. B. 19) Anayasanın özüne ve amacına uygun olarak, hukukun üstünlüğünü korumak zorunda olan Anayasa Mahkemesi, yürürlüğü durdurma kararı verebilmelidir.

Anayasa Mahkemesi genellikle, denetime tabi normu önce iptal etmekte, sonra yürürlüğünü durdurmaktadır. Buradaki yürürlüğü durdurma kararının gerekçesini ise “İptal kararının Resmi Gazetede yayımlanacağı güne kadar sonuçsuz kalmaması” olarak açıklamaktadır.¹¹

Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğünü durdurduğu kanunlardan birisi de 9.2.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanun'dur. Mezkûr Kanun, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dur. Bu kararda, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa değişikliklerini esas yönünden de inceleyerek hem yürürlüğü durdurma kararı verdiğine hem de söz konusu Kanunu iptal ettiğine şahit olmaktayız.¹² Anayasa Mahkemesi içerik yönünden gerekçesinin 16. paragrafında şöyle demiştir:

“Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuvar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir.”

Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşü 1982 Anayasası'nın, Anayasa değişikliklerinin esas denetimi yasağına aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi 9.2.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunu şekil yönünden denetlediğini iddia etmiş ve şöyle demiştir:

“Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.”

¹¹ Örnekler için bk.: AYMKD. ; S.39 C.1 7.10.2003 tarih ve E.2003/73 K.2003/86 sayılı karar, AYMKD. ; S.40. C.1 23.7.2003 tarih ve E.2003/48 K.2003/76 sayılı karar, AYMKD. ; S.41 C.1 30.9.2005 tarih ve E.2005/78 K.2005/59 sayılı karar.

¹² 22 Ekim Çarşamba 2008 tarihli ve 27032 sayılı Rega

Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçesi pozitif dayanaktan yoksundur.

Bazı durumlarda ise esas yönünden incelemeye geçene kadar, "Uygulanması halinde telafisi sonradan giderilmesi güç zararların meydana gelmesi yanında Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunması" nı da gerekçesine eklemektedir.¹³

Anayasa Mahkemesi bazı durumlarda, denetime tabi normun Anayasa'ya aykırılığı konusunda görüş belirtmeden sadece "uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç zararlar meydana gelmesi" ni gerekçe göstermektedir.¹⁴

III. DOKTRİN

Öğretide, yürürlüğün durdurulması ifadesi yerine "uygulamanın durdurulması" tabirini uygun bulup kullananlar vardır.¹⁵

Doktrinde, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı verebileceğini ve veremeyeceğini savunan iki ayrı genel görüş vardır. Bu görüşleri, Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğü Durdurma Kararı Verebileceğini Savunanların Gerekçeleri ve Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğü Durdurma Kararı Veremeyeceğini Savunanların Gerekçeleri şeklinde iki ayrı başlık halinde belirtmeyi uygun buluyorum.

III. A. Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğü Durdurma Kararı Verebileceğini Savunanların Gerekçeleri

Bu görüşü savunanların; Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararlarındaki görüşlerinin birçoğuna katılmakla birlikte, bu görüşlerin dışında ortak gerekçeleri şöyledir:

III. A. 1) Gereken bazı zorunlu hallerde Anayasa Mahkemesi'nin yürütmeyi durdurma kararları haklı görülebilir. Buna örnek olarak iptal edilen yetki kanununun yayımlanmasına kadar geçen sürede, bu

¹³ Örn. İçin bk. 22 Şubat Perşembe 2007 tarih ve 26442 sayılı Rega

¹⁴ Örn. İçin bk. *AYMKD.* ; S.48 C.1 E.2009/13 K.2011/4 sayılı karar

¹⁵ Örn. İçin bk.: Şaban Cankat Taşkın, "Anayasa Mahkemesinin Yürürlüğün Durdurulması Kararları ve Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden Doğan Sorumluluğu" , *TBBD.* , D.2007, S.73, s.296, Bahadır Kılınç ; "Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması" , Adil Yayınevi, Ankara 1998, 1. Baskı, s.121

yetki kanununa dayanarak çıkarılmış kanun hükmünde kararnamele-
rin¹⁶ olması bu haklı nedenlerden bir tanesidir.¹⁷

III. A. 2) Yargı kararlarını hükümsüz kılmak amacıyla yapılan düzenlemelerin yürürlüğünün durdurulması gerekir. Üstelik yürürlüğü durdurma kararlarının idari yargıdaki gibi geriye yürütmesi, kazanılmış hakların baştan itibaren hukuka aykırı sayılmasıyla haksız kazanç sağlanması önlenmelidir.¹⁸

III. A. 3) Yargı denetimini etkili ve anlamlı kılabilmek için yürürlüğü durdurma kararı verilmelidir.¹⁹

III. A. 4) Yürürlüğün durdurulması kararı, önleyicilik-caydırıcılık boyutunun etkinliği bakımından olmazsa olmazdır.²⁰

III. A. 5) Yürürlüğü durdurma kararı verebilme yetkisi, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Yasası'nda açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte bu yetki Anayasanın sisteminden ve içerdiği genel hukuk ilkelelerinden duraklamasız çıkarılabilir.²¹

III. A. 6) Anayasa ya da yasada açık bir hüküm yok diye "Anayasa ve yasa ile açıkça yetki tanınmalıdır; eğer böyle bir yetki tanınmamışsa Anayasa yargısında yürütmenin durdurulmasına karar verilemez" sonucuna varmak aşırı pozitivizme kaçmak olur. Çünkü işin niteliği gereği, bu konuda mevzuatta açık hüküm olmasa da, Anayasa Mahkemesi'nin yürütmenin durdurulmasına karar vermesi gereken

¹⁶ Örneğin Anayasa Mahkemesi, "3755 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Görev ve Yetkileri ile Bunların Personelinin Sosyal Haklarında Düzenlemeler Yapılmasına Dair Yetki Kanunu" nu tümüyle iptal etmiş ancak karar Resmi Gazete'de yayımlanuncaya kadar bu yetki Kanunu'na dayanarak; 433 (8.7.1991 tarih ve 20923 sayılı Rega), 435 (9.8.1991 tarih ve 20955 sayılı Rega), 445 (26.8.1991 tarih ve 20972 sayılı Rega), 457 (3.9.1991 tarih ve 21010 sayılı Rega) sayılı kanun hükmünde kararnamele çıkarılmıştır.

¹⁷ Erol Cansel, "Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararlarından Doğan Kimi Sorunlar" , *AYYD.* , Y.1992 C. 9 s.104(18)

¹⁸ Şaban Cankat Taşkın, "Anayasa Mahkemesinin Yürürlüğün Durdurulması Kararları ve Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden Doğan Sorumluluğu" , *TBBD.* , D.2007, S.73, s.13

¹⁹ Emin Ruhi, "Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması" , *EÜHFD.* D.2001 C.V S.1-4, s.22

²⁰ Sait Güran, "Anayasa Mahkemesinin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması" , *AYYD.* Y.1995, C.12, s.5

²¹ Zafer Gören, "Türk ve Alman Anayasa Hukuku'nda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları" , *AYYD.* Y.1995 C.12 s.240

durumlar olabilmektedir. Eğer yürütmenin durdurulması kararı verilmezse, bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi'nin son kararlarının ve Anayasa yargısının kabul edilmiş olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nce verilen karar, yürütmenin durdurulması kararı verilmemiş olması nedeniyle ya uygulanamaz bir duruma gelebilir ya da eksik olarak uygulanabilir.²²

III. B. Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğü Durdurma Kararı Veremeyeceğini Savunanların Gerekçeleri

III. B. 1) Anayasanın 6. ve 148. maddeleri Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisinin olmadığını gösterir.²³

III. B. 2) Zehra ODYAKMAZ'IN da katıldığı²⁴ gerekçede İl Han ÖZAY; Anayasa Mahkemesi'nin E.1993/33 K.1993/40-2 sayılı kararındaki "Alt mahkemelere tanınan bir yetkinin üst mahkemelere verilemeyeceğinin mümkün olmadığı" şeklindeki gerekçesine eleştiri olarak Anayasa Mahkemesinin yüksek değil "Yüce Bir Mahkeme" olduğunu, yargıda hiyerarşinin olamayacağını belirtmiştir.

III. B. 3) Anayasa'ya aykırı bulunan kanunun, iptal anında değil, iptal kararının Resmi Gazete'de yayınlandığı anda yürürlükten kalkması; ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı aşmamak üzere belirleyebilmesi; Anayasa koyucunun kamu düzeni düşüncesiyle, Anayasa'ya aykırılığı, Anayasa Mahkemesi'nce tespit edilmiş kanunun bile yine Anayasa Mahkemesince belirlenen süreye kadar yürürlükte kalabilmesine imkân vermiş olduğunu kanıtlamaktadır. Bu durumda Anayasa koyucunun, Anayasa'ya aykırılığı henüz hükme bağlanmamış bir kanunun yürürlüğünün durdurulması yetkisini, Anayasa Mahkemesi'ne vermek istemediği sonucuna ulaşılabilir.²⁵

III. B. 4) Mehmet Akif TUTUMLU; 1982 Anayasasında Anayasa

²² Ersin Şekerci "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması" , A.B.D. Y.1988, C.3, s.358

²³ Bu gerekçeleri savunanlar için bk. , Zehra Odyakmaz; "Yürürlüğü Durdurma" , AYYD. Y.1995 C.12 s.153 vd. , Şeref Gözübüyük; a.g.d. s.198 vd.; Atilla Özer; a.g.d. s.47 vd. , İsmet Polatcan; a.g.d. s.44 vd. , Müjdat Şakar; a.g.d. s.163 vd.

²⁴ Zehra Odyakmaz, "Yürürlüğü Durdurma" , AYYD. Y.1995 C.12 s.155

²⁵ Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Hukuku" , 15. Baskı, s.470

Mahkemesi'ne yürütmeyi durdurma yetkisinin açık veya zımni olarak verilmediğini belirtmiştir. Bununla beraber, Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'ne böyle bir yetkinin, yargısal denetimin bütünlüğe kavuşması için verilmesi gerektiğine inanmaktadır.²⁶

III. B. 5) Anayasa Mahkemesi, tüm kamu hukuku organları gibi kural olarak yetkisiz bir organdır. Kendisinin sahip olduğu yetkiler "verilmiş" yetkililerdir. Anayasa Mahkemesi'ne, Anayasamızın hiçbir yerinde böyle bir yetki verilmemiştir.²⁷

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

Amerika Birleşik Devletlerinde, taraflardan birinin kanunun uygulanmasını isteyip diğeri de kanunun uygulanmamasını isterse mahkeme yürürlüğü durdurma kararı verebilir. Bu, def'i usulüdür. Yürütme ve yürürlüğü durdurmanın diğeri bir usulü ise yargısal emirdir. Yargısal emir, idarenin ve yasamanın işlemlerine karşı uygulanabilmektedir. Dolayısıyla yargısal emirle hem yürütme hem de yürürlük durdurulabilmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, hukuk yaratma yetkisiyle donatılmıştır.²⁸

Fransa'da, Ülkemizdeki tüzüklerin Danıştay denetiminden geçirilmesi gibi Anayasa değişiklikleri önce Anayasa Konseyinin denetiminden geçmekte ve inceleme bitene kadar yürürlük durmaktadır.²⁹

Almanya'da, Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda Federal Anayasa Mahkemesine belirli alanlarda geçici tedbir kararı verme yetkisi tanımıştır. Federal Anayasa Mahkemesi, içtihat yoluyla belirli konularda geçici tedbir kararı verme yetkisini genişletip bütün konularda geçici tedbir kararı vermiştir. Federal Anayasa Mahkemesinin geçici tedbir kararı verebilmesi için; ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya tehdit edici bir gücü engellemek ya da başka önemli bir nedenle kamu yararı açısından acilen zorunlu olması durumları olmasını belirtmektedir.³⁰

²⁶ Mehmet Akif Tutumlu, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine" , *TBB D.* D.1989, S.5 s.748

²⁷ Kemal Gözler, "Türk Anayasa Hukuku Dersleri" , Eylül 2008, 6. Baskı, s.580

²⁸ İlhan Arsel, "Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme" , 1958, s.165 vd.

²⁹ 4 Ekim 1958 tarihli Fransa Anayasası 61. Madde

³⁰ Yavuz Sabuncu, "Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı" , *AİD.* , Y.1984 S.17/2

Belçika'da, güçlü delillerin olması ve başvuru konusu hükmün hemen uygulanması durumunda giderilmesi güç sakıncalar doğuyorsa Hakem Divanı normun yürürlüğünü askıya alabilir.³¹

İspanya'da, Anayasa Mahkemesi re'sen veya istem üzerine, istem konusu olan işlemin yürütülmesi normun varlık nedenini ortadan kaldırıyorsa, işlemi askıya alır.³²

Portekiz'de, ilgililerin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi normun yürürlüğünü askıya alabilir.³³

Eski Yugoslavya'da, Yugoslavya Anayasa Mahkemesi yürürlüğü durdurma kararı değil, yürütmeyi durdurma kararı verebilmektedir. Yani kanunlara dayanılarak yapılacak işlemlerin yürütülmesini durdurabilmektedir. Yugoslavya Anayasa Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararı verebilmesi için onarılması imkânsız zararların oluşması gereklidir.³⁴

V. ELEŞTİRİLERİM

Bu bölümde, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı verirken belirttiği gerekçelere eleştirilerim olacaktır.

V. 1) Aslında bu konuda tartışılacak bir durum yoktur. Çünkü Kemal GÖZLER'İN isabetle belirttiği gibi; kamu hukukunda yetkisizlik kural, yetki ise istisnadır. Dolayısıyla yetkiler "verilmiş" niteliktedir.³⁵ Anayasa Mahkemesi'ne böyle bir yetki, Anayasa veya kanun ile verilmediğinden Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı veremeyeceği açıktır.

Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin diğer gerekçelerini de değerlendirmede fayda görüyorum. Bu sebeple aşağıda Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelerinden bazılarına yönelik eleştirilerimi belirttim.

³¹ Şaban Cankat Taşkın, "Anayasa Mahkemesinin Yürürlüğün Durdurulması Kararları ve Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden Doğan Sorumluluğu" , *TBBD.* , D.2007 S.73

³² B.ö.d.

³³ B.ö.d.

³⁴ Zehra Odyakmaz, "Yürürlüğü Durdurma" , *AYYD.* , Y.1995 C.12, s.152

³⁵ Kemal Gözler, "Türk Anayasa Hukuku Dersleri" , Y.2008, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, s.580

V. 2) Yürürlüğü durdurma kararı yetkisi, yargının denetim etkinliğini arttırma ve yargı bütünlüğü açısından yargı yetkisini eksiksiz kullanma sebeplerine dayanarak içtihatla verilemez. Yargının denetim etkinliğini arttırmak yargının değil kanun veya Anayasa koyucunun görevidir. Örneğin yargının denetim etkinliğini yokluk da arttırabilir ancak yokluk kararı verme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne verilmemiştir.

V. 3) Anayasa Mahkemesi'ne "Çoğun içinde, tersine bir hüküm olmadıkça az her zaman vardır" ifadesi de yürürlüğü durdurma kararı verebilme yetkisini kazandırmamaktadır. Çünkü bu durum çoğun içinde az olarak değerlendirilemez. Yürürlüğü durdurma kararı az değil özel bir durumu ifade eder.³⁶ Mahkeme, ölüm cezalarının infaz kararlarını örnek göstermektedir. Şüphesiz ki ölüm cezalarının infazı kararları uygulandıklarında, iptal edilseler bile bir anlamı kalmaz. Bunu Anayasa'ya aykırılık açısından değil de sonradan giderilmesi imkânsız durum açısından değerlendirmek gerekir. Çünkü Mahkemenin denetimi sonucunda ölüm cezalarının infaz kararları Anayasaya aykırı bulunmayabilir. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirttiğim örnek kararlarında olduğu gibi yürürlüğü durdurma kararının "uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararın doğması ve denetime tabi normun, Anayasaya açıkça aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi" gerekçesindeki şartlara bağlanıyorsa o halde dava sonucunda denetime tabi normun iptali de gerekir. Çünkü gerekçede denetime tabi normun "Anayasa'ya aykırı olması" da vardır. Bu defa da ölüm cezalarıyla ilgili denetim sonucunda, sonradan giderilmesi imkânsız zararların doğması şartı vardır ama Anayasa'ya aykırılık tespit edilmezse "Anayasa'ya açıkça aykırılık" şartı yoktur. İşte bu sebeple verilen yürürlüğü durdurma kararı ortaya büyük bir çelişki çıkarır. Şüphesiz ki bu görüş, günümüzde ölüm cezaları kalktığı için hükmünü yitirmiştir.

V. 4) Kanun boşluğu, kural içi ve kural dışı olmak üzere ikiye ayrılır. Kural içi boşluk, kanun veya Anayasa koyucunun bilerek ve iste-

³⁶ Pozitif hukukta temeli olmasa da konunun daha net anlaşılması için şu örneği vermeyi uygun buluyorum: Yumurtanın içinde hem beyazı hem de sarısı vardır. Bunların ikisi de belirttiğim gibi yumurtanın yani çoğun içindedir ama ikisi de farklı özelliktedir. Bu sebeple çoğun içinde az olarak iki tane özel beyaz ve sarı vardır. Yürürlüğü durdurma kararı da çoğun içinde az olarak değil, özel olarak değerlendirilmelidir.

yerek bıraktığı boşluktur. Bu tür durumlarda hâkim takdir yetkisini kullanır. Kural dışı boşluk ise kanun veya Anayasa koyucunun istemeden veya unutarak bıraktığı boşluktur. Böyle durumlarda hâkim hukuk yaratır. Anayasa Mahkemesi, Medeni Kanun'un 1. maddesini, yürürlüğü durdurma kararı vermesine gerekçe göstermektedir. Medeni Kanun özel hukukla ilgilidir. Anayasa Hukuku ise kamu hukukunun bir dalıdır. Bu sebeple kamu hukukunda Medeni Kanunun 1. maddesi uygulanamaz.

V. 5) Anayasa Mahkemesi, 6.4.1972 tarih ve E.1972/13 K.1972/18 sayılı kararında³⁷ "Anayasaya uygunluk denetimi yapılan bir kanunun, yürürlüğünün durdurulması gibi ağır sonuçları olabilecek bir yetkinin Anayasa Mahkemesi'ne ancak Anayasa ile verilmesi gerekir." şeklinde bir gerekçe gösterirken; E.1993/33 K.1993/40-2 21.10.1993 sayılı kararında³⁸ ise "Bir yasanın Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesi'ne tanıyan yasa ve Anayasa koyucunun, daha hafif sonuçlar doğuracak olan uygulamayı durdurma yetkisini öncelikle tanımış olduğunun kabulü gerekir" şeklindeki gerekçesi önceki görüşünü değiştirdiğini göstermektedir.

V. 6) Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı verebilme yetkisini içtihatla oluşturması, 1982 Anayasası'nın 6. maddesinin 3. fıkrasının "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" şeklindeki 2. cümlesindeki hükmüne aykırıdır. Anayasa Mahkemesi içtihatla, Anayasa Mahkemesi'nin 6. maddesine aykırı hareket ederek Anayasa'ya norm eklemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'ya norm ekleme görevi yoktur.³⁹

V. 7) Usul kurallarının hukuk kurallarıyla belirtilmesi gerekir. Aksi halde her kurum veya organ kendisini yetkili addedebilir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin "Esasen bir yasanın, usulün tüm ayrıntılarını düzenlemesi beklenemez" görüşü dayanaktan yoksundur.

V. 8) "Yargı denetimini anlamlı kılmak için yürürlüğü durdurma kararı verilmelidir" cümlesinin tersi düşünüldüğünde, yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisinin yargı denetimini anlamlı kılan tek

³⁷ AYMKD. , S.10 C.1 6.4.1972 tarih ve E.1972/13 K.1972/18 sayılı karar

³⁸ AYMKD. , S.: 29 Cilt: 1 E.1993/33 K.1993/40-2 21.10.1993 günlü karar

³⁹ Kemal Gözler, "Türk Anayasa Hukuku" , Y.2000, s.976

unsur olduğu sonucu çıkmaktadır. Pozitif hukuk temelinden yoksun olan bu görüş hakkında daha fazla tartışmaya gerek yoktur.

V. 9) Hukukun üstünlüğünü koruyacak tek mahkeme, Anayasa Mahkemesi değildir. Bu gerekçeyle hareket eden diğer bütün mahkemelerinde yürürlüğü durdurma kararı vermesi gerekir ki bu sadece Anayasamıza değil hukukun genel teorisine de aykırı olur.

V. 10) Anayasa Mahkemesi'ne başvurmakla sağlanmak istenen sonuç elbette ki Anayasa'ya aykırı normun bir an önce uygulamalarının durmasıdır ama bir normun Anayasa'ya aykırı olduğuna iddia sahibi karar vermeyecek, bunu Anayasa Mahkemesi tespit edecektir. Dolayısıyla burada amaç ile araç aynı doğrultuda değildir. Başka bir deyişle amaç Anayasa'ya aykırı normun en kısa sürede yürürlükten kaldırılmasıken araç yani bunu amaçlayan iddia sahibi mercilerdir. Hiç şüphesiz Anayasa'ya açıkça aykırı bir normun yürürlükte kalması hukuk devleti ilkesine aykırıdır ama bunu tespit edecek olan iddia mercii değil Anayasa Mahkemesi'dir. Dolayısıyla bu durum Anayasa Mahkemesi'ne yürürlüğü durdurma yetkisi vermez. Burada yapılması gereken, iş yükü fazla olsa bile Anayasa Mahkemesi'nin daha hızlı ve doğru inceleme yapmasıdır.

VI. GÖRÜŞLERİM

6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27/2. maddesine göre, idare hukukunda yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için "uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi" koşulu aranmaktadır. Buna mukabil herhangi bir mahkeme, 1982 Anayasası'nın 152/1. maddesine göre, davayı geri bırakabilir. Bunun anlamı; Anayasa Mahkemesi'nin ilgili konudaki kararı beş ay içinde gelinceye kadar, sadece o dava için ve sadece tarafları bağlayıcı yargılamayı ve yürütmeyi durdurma kararı verebilmesidir.

İdare hukukunda yürütmeyi durdurma kararı verebilmenin şartları kümülatiftir; söz konusu şartların beraber gerçekleşmesi gerekir. İdare hukukunda, idam cezalarının infazı kararları incelenemeyeceğine göre sonradan telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkması

nadir durumlarda meydana gelebilir.⁴⁰ Buna mukabil telafisi mümkün olmayan durumlar hukuka uygun da olabilir. Örneğin bir öğrencinin sınıfta kalmasında telafisi mümkün olmayan durum söz konusudur ama sınıfta kalmaya sebep olan idari işlemin yargı organınca denetimi yapıldığında hukuka uygun olduğu tespit edilebilir. Böyle bir durumda yürütmeyi durdurma kararının açıkça hukuka aykırı olması şartı yok iken sonradan giderilmesi mümkün olmayan durum söz konusudur. Mahkeme denetimi bitinceye kadar da yürütme durdurulmazsa, idari işlemin iptali halinde telafisi mümkün olmayan durum hâsıl olur. Dolayısıyla burada yürütmeyi durdurma şartlarını iyice incelemek gerekir. Üstelik yürütmeyi durdurma kararları, "İdari işlemin açıkça hukuka aykırı olması" şartı sebebiyle ihsas-ı reydir. Bu şart gereği ilgili mahkeme, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olduğunu yürütmeyi durdurma kararı vererek baştan kabul etmiştir.⁴¹ Yürütmesi durdurulan idari işlemin, yargı organınca denetlenmesi sonucunda hukuka aykırılığının tespit edilmemesi, bizzat yargı organının kendi kendisiyle çelişip hukuka aykırı karar vermesi demektir.

Kanımcı, bir idari işlemin hukuka aykırılığının tedbir kararıyla değil de davanın son aşamasında tespit edilmesi gerekmektedir. İdari işlemin, hukuka aykırılığı yargı organınca tespit edilip iptal edilmesi halinde, işlem hukuk âleminde silinecektir. İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız durumlar ortaya çıkmıyorsa dava normal seyri halinde devam edecektir. O halde idare hukukunda "işlemin açıkça hukuka aykırı olması" şartının kaldırılması yerinde olacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne de yürürlüğü durdurma kararı verilecekse, denetime tabi normun sadece "uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması" açısından değerlendirme şartı getirilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nde ise durumun, denetime tabi normlar açısından enine boyuna değerlendirilerek bu yetkinin verilmesinin uygun olacağını düşünüyorum. Üstelik bu yetkinin adının veya bu konudaki başlığın "yürürlüğü durdurma" mı, "yürütmeyi durdurma" mı, "uygulamayı durdurma" mı olacağını tespit de gereklidir. Çünkü

⁴⁰ Yukarıda belirttiğim üzere idam cezası 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla kaldırıldığından bu görüş, hükmünü yitirmiştir.

⁴¹ Mehmet Kayhan, "Yürütmeyi Durdurma (İdari Davalarda)", Temmuz 2008, 2. Baskı, s.64

“yürütmeyi durdurma”, yürütmenin içindeki idareyle ilgili yürürlükteki hükmün yürütülmesini durdurmaktadır. “yürürlüğü durdurma” ise var olan bir normun hukuk âleminde silinmemesine rağmen dondurulmasıdır. Uygulamayı durdurma ise hem idareyle hem de yasamayla ilgili normların işlerliğini engellemektir. Dolayısıyla Anayasa yargısındaki ismi yürütmeyi durdurma olmamalıdır. Eğer bu yetkinin ismi “yürürlüğü durdurma”⁴² olacaksa bu defa da Olağanüstü Hal Kanunu gibi kanunlar açısından sakınca doğmaktadır. Çünkü 25.10.1983 tarih ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu yürürlükte ancak bu Kanun olağanüstü hal ilan edildiğinde ve olağanüstü hal ilan edilen yerlerde uygulanır. Söz konusu Kanuna göre, olağanüstü hal ilan edilmeyen veya olağanüstü hal dışında kalan yerlerde bu Kanun yürürlükte olmasına rağmen uygulanamaz. Bu sebeplerle buradaki yetkinin isminin veya bu konudaki başlığın veya teknik tabirin “uygulamayı durdurma” olması kanımca doğrudur.

Anayasa Mahkemesi’ne, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü açısından uygulamayı durdurma yetkisinin verilir verilmeyeceğini kısaca inceleyelim. 05.03.1973 tarih ve 584 karar numaralı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün; 115. maddede belirtilen ve vatandaşları da ilgilendiren bu ve bu gibi birkaç istisnası hariç sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerini bağlayıcı özelliği vardır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’ne, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü için birkaç istisnanın dışında uygulamayı durdurma kararı verebilme yetkisinin verilmesi, Meclisi çalışamaz duruma getirebilir.⁴³ Bu istisnalar da yine net bir şekilde belirtilmelidir.

Anayasa Mahkemesi’ne, uygulamayı durdurma kararı verebilme yetkisi verilecekse eğer, bunu kazanılmış haklar açısından da düşünmek gerekir. Şöyle ki; kazanılmış hakların geri alınması hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Bu nedenle uygulamayı durdurma kararlarının geriye yürüyüp yürümeyeceğinin bu açıdan da değerlendirilmesi gereklidir. Uygulamayı durdurma kararları geriye yürüyebilecekse bile kazanılmış haklar açısından istisna getirilebilir.

⁴² Yürürlüğü durdurma tabirini kullananlar için bk. : Zehra Odyakmaz; “Yürürlüğü Durdurma” , AYYD. , Y.1995 C.12 s.145, İbrahim Kaboğlu; “Anayasa Hukuku” , s.365; Erdoğan Teziç; a.g.e. s.211; Emin Memiş; a.g.e. s.464, Yılmaz Aliefendioğlu; “Türk Anayasa Mahkemesinin İç İşleyişi ve Karar Alma Süreci” , Bahri Savcı ya Armağan, Ankara 1988, s.187, Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu; a.g.e. , s.515

⁴³ Zehra Odyakmaz, “Yürürlüğü Durdurma” , AYYD. , Y.1995 , C.12, s.160

1982 Anayasası'nın 148/1. maddesinin de bu bağlamda yeniden incelenmesi zorunludur. Çünkü 1982 Anayasası'nın 148/1. maddesi, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kararnamelerine karşı şekil ve esas bakımından Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını yasaklamaktadır. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kararnamelerinin de Anayasa Mahkemesi'nin denetimine açılması gerekir. Olağanüstü hal ve sıkıyönetimde dahi 1982 Anayasası'nın 15/2. maddesiyle çekirdek alana dokunma yasağı getirilmiştir. Düzenleme yetkisine sahip Türkiye Büyük Millet Meclisi, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kararnamelerini 1982 Anayasası'nın 15/2. maddesine aykırı olsa da onaylayabilir. Denetim dışı olduğu için Anayasa'ya aykırı olan bu tür normlar uygulanmaya başlar ve hukuk âleminde sonuç doğurmaya devam eder. Bu durum, hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder. Üstelik 1982 Anayasası'nın 119. ve 122. maddelerine göre olağanüstü ve sıkıyönetimin süresi altı aydır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kurulunun isteği halinde bu süreyi dört ayı geçmemek üzere uzatabilir. Süreler kısa olduğu için Anayasa Mahkemesi'nin denetimi bitinceye kadar olağanüstü hal veya sıkıyönetim de bitebilir. Olağanüstü hal veya sıkıyönetim bitince Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının bir anlamı olmayabilir. Bu açıdan da uygulamayı durdurma kararları önemlidir.

Yasama organının işlemlerinin Fransa'daki gibi önce Anayasa Mahkemesi'nin denetiminden geçirilmesi durumunu değerlendireceğim. Uygulamayı durdurma yetkisi yerine bazı yazarlar Fransa'da olduğu gibi yasama işlemlerinin yürürlüğe girmeden önce Anayasa Mahkemesinin denetiminden geçirilmesinin uygun olacağını önermektedirler.⁴⁴ Böyle olduğunda öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin iş yükü fazlasıyla artar, bu sebeple ayrı bölüm veya bölümler kurulması gerekebilir. Bunun dışında, yasama organının bütün işlemlerinin ön denetimini beklemek yürütmeyi çalışamaz hale getirir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin ön denetimi sakıncalıdır.

Uygulamayı durdurma konusunu, milletlerarası antlaşmalar açısından da inceleyelim. Milletlerarası antlaşmaların sadece iç hukukta değil dış hukukta da bağlayıcılığı söz konusudur. Bu sebeple iç hu-

⁴⁴ Şaban Cankat Taşkın, "Anayasa Mahkemesinin Yürürlüğün Durdurulması Kararları ve Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden Doğan Sorumluluğu" , *TBBD.* , D.2007 , s.306

kukta uygulaması durdurulan antlaşma, milletlerarası hukukta sorumluluk doğurmaya devam eder.⁴⁵ Üstelik bu konuda Meclisin onay kanunu birkaç maddeden ibarettir. Bu birkaç maddede; antlaşmanın hangi ülkeyle imzalandığı, ne zaman yürürlüğe gireceği ve bu hükümleri kimin yürüteceği belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi bu tür kanunların nesini denetleyecektir? Hemen yukarıda bahsettiğim gibi milletlerarası antlaşmaların uygulaması durdurulsa bile milletlerarası hukukta ülkemizin sorumluluğu devam edecektir. Uygulamayı durdurma açısından sadece milletlerarası antlaşmalar için ön denetim mekanizması getirilebilir. Örneğin; onaylanması uygun bulunarak onaylanan antlaşmalar için Anayasamızın 5'inci fıkrası "İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri hariç, onaylanması kanunla uygun bulunarak onaylanan milletlerarası antlaşmalar yürürlüğe girmeden önce, Anayasa Mahkemesinin denetimine sunulur. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu onay kararının kendisine tebliğini izleyen günden itibaren, esas ve şekil hakkındaki kararını altmış gün içinde açıklar. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun kararı kesindir. Altmış günün bitiminde karar verilmemesi durumunda milletlerarası antlaşma yürürlüğe girer. Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir" şeklinde değiştirilebilir. Bu sürenin altmış gün değil de daha az ya da altmış günden daha fazla olması kararlaştırılabilir. Süreyi belirlerken diğer hususların yanında Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü de dikkate almak son derece önemlidir. Bu değişiklikle beraber Anayasamızın 148'inci maddesinin birinci fıkrasında da değişiklik yapmak gerekecektir. Böylece milletlerarası antlaşmalar yapılırken bu hüküm dikkate alınacak, Anayasa'ya aykırı olan milletlerarası antlaşmalar veya hükümleri yürürlüğe girmeyecek ve milletlerarası hukuk açısından da ülkemiz sorumlu tutulamayacaktır.

Uygulamayı durdurma kararlarının sınırlarının ve istisnalarının Anayasa ile belirlenmesinde, şekil ve diğer şartlarının ise kanunla düzenlenmesinde fayda vardır.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nce verilecek uygulamayı durdurma kararının yürürlüğe girişini inceleyeceğim. Gerekçe yazmak zaman alan bir iştir. Gerekçenin yazılıp Resmi Gazete'de ilanını beklemek, uygulamayı durdurma kararlarının yürürlüğe giriş süresini

⁴⁵ Kemal Gözler, "Türk Anayasa Hukuku", Ekin Kitabevi, Y.2000, s.457

çok uzatır. Bu durumda uygulamayı durdurma kararının pratikte bir faydası olmaz. Kanımca uygulamayı durdurma kararının yürürlüğe girebilmesi için; uygulamasının durdurulması istenen norm, karar tarihi, kararın oybirliği veya oy çokluğuyla alındığı gibi diğer unsurların yanında "uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması"nın belirtilerek Resmi Gazete'de yayımlanması yeterli görülmelidir.

VII. SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'ne, yukarıdaki açıklamalarım ışığında hükümler konularak uygulamayı durdurma kararı verebilme yetkisi tanınmalıdır. Yine yukarıda belirttiğim üzere, 1982 Anayasası'nın ve 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ilgili maddelerinde gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

Kaynakça

- Taşkın Cankat Şaban, "Anayasa Mahkemesinin Yürürlüğün Durdurulması Kararları ve Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden Doğan Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Dönem: 2007, Sayı: 73
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 29 Cilt: 1, 21.10.1993 tarih ve E.1993/33 K.1993/40-1 21.10.1993 sayılı karar
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 10 Cilt: 1, 6.4.1972 tarih ve E.1972/13 K.1972/18 sayılı karar
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 15 Cilt: 1, 24.5.1977 tarih ve E.1977/60 K.1977/81 sayılı karar
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 21 Cilt: 1, 1.8.1985 tarih ve M.1985/659 K.1985/4 sayılı karar
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 21 Cilt:1, 1.8.1985 tarih ve M.1985/659 K.1985/4 sayılı Müteferrik karar
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 29 Cilt: 1, 21.10.1993 tarih ve E.1993/33 K.1993/40-1 sayılı karar
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 34 Cilt: 1, 20.05.1998 tarih ve E.1998/10 K.1998/3-2 sayılı karar
- Akyalçın Ahmet; www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg23/akyalcin.pdf
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 38 Cilt: 1, 13 Şubat 2002 tarih ve E.2001/293 K.2002/28 sayılı karar

- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 29 Cilt: 1, 21.10.1993 tarih ve E.1993/33 K.1993/40-2 sayılı karar
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 39 Cilt: 1, 7.10.2003 tarih ve E.2003/73 K.2003/86 sayılı karar
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 40 Cilt: 1, 23.7.2003 tarih ve E.2003/48 K.2003/76 sayılı karar
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 41 Cilt: 1, 30.9.2005 tarih ve E.2005/78 K.2005/59 sayılı karar
- 22 Ekim 2008 tarih ve 27032 sayılı Resmi Gazete
- 22 Şubat 2007 tarih ve 26442 sayılı Resmi Gazete
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 48 Cilt: 1, E.2009/13 K.2011/4 sayılı karar
- Kılınç Bahadır, "Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması", Adil Yayınevi, Ankara 1998, 1. Baskı
- 8 Temmuz 1991 tarih ve 20923 sayılı Resmi Gazete
- 9 Ağustos 1991 tarih ve 20955 sayılı Resmi Gazete
- 26 Ağustos 1991 tarih ve 20972 sayılı Resmi Gazete
- 3 Eylül 1991 tarih ve 21010 sayılı Resmi Gazete
- Cansel Erol, "Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararlarından Doğan Kimi Sorunlar", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 1992, Cilt: 9
- Ruhi Emin, "Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Dönem: 2001, Cilt: V, Sayı: 1-4
- Güran Sait, "Anayasa Mahkemesinin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 1995, Cilt: 12
- Gören Zafer, "Türk ve Alman Anayasa Hukuku'nda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 1995 Cilt: 12
- Şekerci Ersin, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 1988, Cilt: 3
- Odyakmaz Zehra, "Yürürlüğü Durdurma", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 1995 Cilt: 12
- Gözübüyük A. Şeref, "Açıklamalı Türk Anayasaları 1876, 1921, 1924, 1961, 1982", Ankara 1993, VI+288 sayfa
- Özer Atilla (Derleyen), "Gerekçeli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası", Ankara 1984, Bilim Yayınları Hukuk Dizisi: 2, (14)+671 sayfa
- Polatcan İsmet, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler", Bayram Yayıncılık - Matbaacılık Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi, İstanbul, Kasım 1989, 1. Baskı, XIII+494 sayfa
- Şakar Müjdat, "Değişiklikler İşlenmiş Karşılaştırılmalı - Notlu -Gerekçeli 1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar", Beta Basım Yayım Dağıtım Anonim Şirketi, İstanbul, Temmuz 1989, 1. Baskı, XVI+331 sayfa
- Özbudun Ergun, "Türk Anayasa Hukuku", Gözden geçirilmiş 15. Baskı, sayfa 470
- Tutumlu Akif Mehmet, "Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması Üzerine", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Dönem: 1989, Sayı: 5

- Arsel İlhan, "Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme", 1958, sayfa 165
4 Ekim 1958 tarihli Fransa Anayasası 61. Madde
- Sabuncu Yavuz, "Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı", *Amme İdaresi Dergisi*, Yıl: 1984 Sayı: 17/2
- Gözler Kemal, "Türk Anayasa Hukuku Dersleri", Yıl: 2008, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, sayfa 580
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 10, Cilt: 1, 6.4.1972 tarih ve E.1972/13 K.1972/18 sayılı karar
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 29, Cilt: 1, 21.10.1993 tarih ve E.1993/33 K.1993/40-2 21.10.1993 sayılı karar
- Gözler Kemal; "Türk Anayasa Hukuku", Yıl: 2000, *Ekin Kitabevi*
- Kayhan Mehmet; "Yürütmeyi Durdurma (İdari Davalarda)", Temmuz 2008, 2. Baskı, sayfa 64
- Kaboğlu İbrahim, "Anayasa Hukuku", sayfa 365
- Teziç Erdoğan, "Anayasa Hukuku", sayfa 211
- Memiş Emin, "Anayasaya Uygun Yorum", sayfa 464
- Aliefendioğlu Yılmaz, "Türk Anayasa Mahkemesinin İç İşleyişi ve Karar Alma Süreci", Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara 1988, sayfa 187
- Tanör Bülent ve Yüzbaşıoğlu Necmi, "1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku", sayfa 515

İNSAN ONURU KAVRAMI VE KORUMA TEDBİRLERİ BAĞLAMINDA TEMEL BİR İLKE OLARAK İNSAN ONURUNUN KORUNMASI

THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY AND THE PROTECTION OF THE HUMAN DIGNITY AS A BASIC PRINCIPLE OF MEASURES OF PRECAUTION

Kahan Onur ARSLAN*

Özet: Bu çalışmada, önce bir kavram olarak “insan onuru” tanımlanmaya çalışılmış ve insan haklarının kaynağı olarak “insan onurunun evrensel niteliği” üzerinde durulmuş; sonra genel olarak “koruma tedbirleri” incelenmiş ve son olarak da koruma tedbirleri bağlamında temel bir ilke olarak insan onurunun korunması üzerine bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Onuru, Koruma Tedbirleri, Suç Politikası, Ceza Politikası.

Abstract: In this study, first of all we have tried to identify the concept of human dignity and its universal dimension. Next, we have tried to explain the concept of measures of precaution in Turkish legal system.

At the end, we have offered an analysis of the human dignity as a basic principle of measures of precaution.

Keywords: Human Dignity, Measures of Precaution, Penal Policy.

GİRİŞ

Hukukla bağlı demokratik devlet düzenlerinde ceza yaptırımları veya güvenlik önlemleri ile korunması gereken hukuksal değerlerin özenle saptanması, uygulanacak suç politikasının sınırlarının belirlenmesi bakımından devletin başlıca görevlerinden biri olarak sayılmaktadır. Özellikle modern dünyada ceza hukukunun “ultima ratio - son araç” niteliği göstermesi, bu araçla korunacak hukuksal değerlerin seçiminde gösterilecek titizliğin gerekliliğini ortaya koymaktadır.¹

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku A.B.D. Arş. Gör.

¹ Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 7.

Hukuksal değer kavramının içeriği, ceza hukuku öğretisinin tarihsel gelişim süreci çerçevesinde birçok farklı anlayış paralelinde farklı şekillerde görünmüştür.² Öyle ki günümüzde de bu kavramın içeriği hususunda bir görüş birliği bulunduğu söylenememektedir. Fakat modern bir “hukuksal değerlerin korunması öğretisi” için temel hareket noktaları, bireyin özgürlüğü, bağımsız bir varlık oluşu ve onun kişiliğini geliştirmesi olmalıdır, denilebilir.³ Bu bakımdan, insan onuru, ceza hukuku bakımından da korunmaya değer hukuksal değerlerin başında gelmelidir.

Bu yaklaşımla çalışmamızda, önce bir kavram olarak “insan onuru” tanımlanmaya çalışılacak ve insan haklarının kaynağı olarak “insan onurunun evrensel niteliği” üzerinde durulacak; sonra genel olarak “koruma tedbirleri” incelenecek ve son olarak da koruma tedbirleri bağlamında temel bir ilke olarak insan onurunun korunması üzerine bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Bu süreçte, salt hukuki bir kavramı ifade eden “koruma tedbirleri”, tanımlanmaya çalışıldığında büyük bir zorlukla karşılaşılmasa da; “insan onuru” kavramının neyi ifade ettiği noktasında bazı güçlüklerle karşılaşabilmektedir. Çünkü insan onuru, tarihi süreç içerisinde içeriği değişen, sosyal, felsefi, teolojik ve hukuki boyutları olan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

I. İNSAN ONURU

İnsanın, diğer canlılardan farklı olarak, kendine özgü bir takım aklî ve ahlâkî yetilere sahip olduğu kabul edilir.⁴ Bu yetiler insana kişilik değeri katan ve onu özgür kılan özelliklerdir. Bu manada insan onuru, insanın kişi olarak en yüksek aklî ve ahlâkî değerlerin sahibi olması ve dolayısıyla dokunulmaz, kaybedilmez bir öz değer sahibi olduğu varsayımına dayanmaktadır.⁵ Bu çerçevede insan onurunun,

² Ünver, s. 61.

³ Ünver, s. 67.

⁴ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Richard Heinzmann, “İnsan ve İnsan Onuru - Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak”, <http://www.konrad.org.tr/Islam%20tr%202006/07heinzmanTR.pdf>, Erişim tarihi: 26.11.2014.

⁵ Nihat Bulut, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağı’na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 2.

insan haklarının temeli ve insanı insan yapan ve onu diğer canlılardan ayıran bir öz değer olduğu söylenebilir.⁶

Ancak kavramın ilk ortaya çıktığı dönemlerden itibaren hiç değişmeden günümüze kadar geldiğini söyleyebilmek mümkün değildir. İnsan onuru, hem Eski Yunan'da hem Roma'da hem de Ortaçağ'da insanların statülerine bağlı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Rönesans'la başlayan süreçte ise insan onuru artık küçük bir seçkinler grubunun değil, herkesin sahip olduğu bir nitelik olarak görülmüş ve herkesi kapsayan bir ideale dönüştürülmüştür. Rönesans'ı takip eden aydınlanma ile birlikte insan artık başlı başına bir değer olarak görülmüş ve bir özne haline gelmiştir.⁷ İnsan onuru, günümüz pozitif hukukunda, ahlaksal ve doğal hukuk öğretilerinde en üstün ve vazgeçilmez bir değer olarak anlaşılmaktadır.⁸

İnsan onuru kavramının günümüzde tam olarak nasıl anlaşılması gerektiği hususunda tam bir fikir birliğinden söz edilemese de kavramın yalın ve soyut bir kavram olduğunu söylemek de zordur.⁹ Kavram, aşağıda da görüleceği üzere birçok uluslararası belgede ve bazı anayasalarda yer almakla birlikte, bu metinlerin birçoğunda tanımlanmış değildir. Alman Anayasa Mahkemesi kavramı şu şekilde tanımlamaktadır: "İnsan onuru, insanın bizzat kendisinden sorumlu olması, tinsel-ahlâkî bir varlık olup kendini gerçekleştirme özgürlüğüne sahip olması demektir."¹⁰

En basit haliyle, insanın sadece insan olması sebebiyle değerli ve saygıya layık bir varlık olması şeklinde tanımlanabilecek¹¹ olan insan onuru aslında oldukça kapsamlı ve çok yönlü bir kavramdır.

İnsan onuru ilk olarak sosyal bir kavramdır. Bu yönüyle, kişinin hem kendisine duyduğu saygıyı hem de kendisine karşı başkaları ta-

⁶ Muhammet Fatih Kafadar, "Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: 'İnsan Onuru' ", Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya, s. 2.

⁷ Bulut, s. 11.

⁸ Orhan Aldanmaz, "İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik Kavramı" *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 82.

⁹ Arslan Topakkaya, "H. Jonas'ta İnsan ve Doğanın Değeri", *FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi)*, S: 15, 2013, s. 44.

¹⁰ Topakkaya, s. 45.

¹¹ Ayşen Seymen Çakar, "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru", Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya. s. 3.

rafından duyulan saygıyı ifade etmektedir. Bu doğrultuda, kavramın birinci yönü, yani insanın kendine karşı duyduğu saygı: özsaygı, izzet-inefis, haysiyet kelimeleri ile ikinci yönü, yani başkalarının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer ise: şeref ve itibar kelimeleri ile anımlandırılmaktadır.¹²

İnsan onuru ikinci olarak felsefi bir kavramdır. Kavram, insanın en üstün değer olarak kabul edildiği hümanizm (insancılık) ilkesinden doğmuş bir kavramdır. Hümanizm düşüncesi, insan varlığı ile insan sevgisini en yüce ideal ve amaç sayan bilim, sanat ve felsefe görüşü ve bu yolda geliştirilen öğretilerdir. Hümanist felsefe, insanı temel alan bir felsefedir ya da daha kısa bir ifadeyle insan felsefesidir. İşte insan onuru kavramı da bu felsefenin bir gereğidir.¹³

Üçüncü olarak insan onuru teolojik bir kavramdır. Öncelikle şunu ifade etmemiz gerekir ki insan hakları ve insan onuru insanlık tarihinde tek bir din ve tek bir kültürde işlenmemiştir. Musevilik, Hıristiyanlık ve Müslümanlık başta olma üzere birçok dinde bu kavramlar üzerinde değerlendirmeler ve tespitlerde bulunulmuştur.

Eski Ahit, Yeni Ahit ve Kur'an-ı Kerim'den oluşan vahiy sürecinin asıl konusu insandır.¹⁴ İnsanın irade ve sorumluluk sahibi bir varlık olması bakımından "kişi" olarak anlaşılması önemlidir. Bu anlamda insan özgürlüğünün kendini bilme konusunda bilişsel bir temele sahip olması ve insanın sahip olduğu onurun kendisine "kişi" olması bakımından mı verildiği yoksa insanın vahye muhatap olarak kendi özgür iradesiyle mi onurunu kazandığı sorusu, teolojinin insan onuruna ilişkin temel sorunlarından bir tanesidir.¹⁵

Son olarak insan onuru hukuki bir kavramdır. Hem hukukidir hem de hukukun her alanında kendisinden yararlanılabilecek bir kavramdır. Bir sosyal düzen kuralı çeşidi olarak hukuk kuralları, insanın olduğu her yerde; insanı insana, insanı topluma ve insanı devlete karşı koruyacaktır. Bu bakımdan hukuk için insan onuru kavramı mutlak kabul görmesi gereken bir kavramdır. Öyle ki hukuki açıdan

¹² Seymen Çakar, s. 2.

¹³ Seymen Çakar, s. 2.

¹⁴ Esra Gözeler, Felix Körner, "İnsan Onurunun İslam ve Hristiyan Geleneklerindeki Temelleri", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XLVI, S. 2, 2005, s. 345.

¹⁵ Gözeler, s. 346-347.

insan onuru, bizzat insanın kendisine karşı da korunmalıdır. Yani kişinin maddi veya manevi bütünlüğüne veya şahsiyetine karşı insanlık dışı uygulamalara rıza göstermesi de insan onuru kavramı sebebiyle mümkün olmamalıdır.¹⁶

II. İNSAN ONURUNUN EVRENSEL NİTELİĞİ

Görüldüğü üzere, insan onuru, bireyin en yüksek içsel değeri ve kişiliğin odak noktası olarak kabul edilmektedir. Fakat tüm insanlık bakımından en yüksek değer olarak kabul edilebilmesi için insan onurunun zorunlu bir takım ölçütlere göre evrensel olduğuna toplumların inandırılması gerekir.¹⁷

Bu ölçütlerden birisi, kişinin özgür iradesinin ya da istem özgürlüğünün mutlak bir değer olarak kabul edilmesidir. Yani öznenin bireysel irade özgürlüğü insan onurunun evrenselliğinin ilk şartıdır. Evrensellik ölçütü için gerekli ikinci şart ise, bireysel iradelerin karşısındaki yabancı iradelerin de mutlak kabul görmesi gerekliliğidir. Öyle ki, başkasının irade özgürlüğünün temeli kişinin kendi irade özgürlüğünün içerisinde aranmaktadır. Buna göre, insanoğlunun kendi irade özgürlüğü ve onuru, yine insanoğlunun kendisi ile yürüttüğü diyalogdan kaynaklanmaktadır.¹⁸

Bu bakımdan insan onuru da tıpkı insan hakları gibi insan olmaya hiçbir kısıtlama ya da ayırım olmaksızın bağlı olması gereken ve ancak bu şekilde evrensel geçerliliği güvence altına alınabilecek olan bir kavramdır.¹⁹

Nitekim insan onuru kavramı Birleşmiş Milletler Antlaşması; Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel İlişkin Uluslararası Sözleşme; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Temel Haklar Şartı gibi önemli uluslararası belgelerin de önemle yer verdikleri bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın²⁰ varlık amaçlarının başında te-

¹⁶ Seymen Çakar, s. 3.

¹⁷ Aldanmaz, s. 82.

¹⁸ Aldanmaz, s. 83.

¹⁹ Heinzmann, s. 60.

²⁰ 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da imzalanmış ve 110. maddeye uygun olarak 24 Ekim 1945'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye Antlaşmayı Milletlerarası

mel insan hakları ile insan kişiliğinin onur ve değerine olan inancın yeniden ilan edilmesi ve adaletin korunması yer almaktadır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin²¹ başlangıç bölümünde ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin²² giriş bölümünde, insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onurunu ve insanların eşit ve vazgeçilmez hakları tanınmanın, yeryüzündeki özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu vurgulanmakta ve insan haklarının insanlık onurundan türediğinin altı çizilmektedir.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin²³ 3. maddesinde hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tâbi tutulamayacağı; 4. maddesinde hiç kimsenin köle veya kul olarak tutulamayacağı düzenlenmiştir. Sözleşmenin ölüm cezasının her koşulda kaldırılmasına dair 13. Protokolü'nde de ölüm cezasının kaldırılmasının, tüm insanların sahip olduğu onurun tanınması noktasında büyük öneme sahip olduğu vurgulanmaktadır.

Avrupa Temel Haklar Şartı²⁴ ise doğrudan insan onuru ile başlamakta ve birinci maddesinde, "insan onuruna dokunulamaz, ona saygı gösterilmeli ve korunmalıdır" denilmektedir.²⁵

Adalet Divanı Statüsüyle birlikte 15 Ağustos 1945'te onaylamıştır. Kanunun ve Sözleşmenin Resmi Gazete'de yayım tarihi, 24.08.1945'tir.

²¹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 49. maddeye uygun olarak 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme henüz Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmamıştır.

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>,

Erişim Tarihi, 27.11.2014.

²² Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 27. maddeye uygun olarak 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/83-93.pdf>, Erişim Tarihi, 27.11.2014.

²³ Sözleşme Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmıştır. Tam adı, "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi"dir. Sözleşme 04.11.1950 tarihinde Roma'da kabul edilmiş, 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi, 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Kanunun ve Sözleşmenin Resmi Gazete'de yayım tarihi, 19.03.1954'tür.

²⁴ AB vatandaşlarının temel haklarını ve AB'nin vatandaşlarına karşı sorumluluklarını düzenleyen Avrupa Temel Haklar Şartı, 7-8 Aralık 2000 tarihinde "Nice Zirvesi"nde onaylanmıştır.

²⁵ "Human dignity is inviolable. It must be respected and protected.."

Son tahlilde, insan onurunun, en azından uluslararası alanda kabul edilen temel hak ve özgürlük belgelerinde insan haklarının temeli olarak kabul edilmesi bakımından evrensel bakımdan kabul görmüş bir kavram niteliğini kazanmış olduğu söylenebilecektir.

III. KORUMA TEDBİRLERİ

Koruma tedbirleri teriminin kullanımında doktrinde bir birliklilik bulunmadığı; ihtiyati tedbir, emniyet tedbiri, usul tedbirler, zorlayıcı önlemler, ceza yargılaması önlemleri gibi çeşitli terimlerin de kullanıldığı söylenebilir. Bu terim kargaşasının sebebi olarak 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun sistemsizliği gösterilmektedir.²⁶ Fakat 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun koruma tedbirleri terimine açıkça yer vermesi ile bu terim karışıklığı da son bulmuştur.

Koruma tedbirleri: ceza muhakemesinin yapılmasını ve bunun sonucunda verilecek kararın yerine getirilmesini ve muhakeme giderlerinin karşılanmasını sağlamak amacıyla verilen ve hükümden önce temel hak ve özgürlüklere müdahale etmeyi gerektiren yasal çareler olarak tanımlanabilir.²⁷

Koruma tedbirlerinin amacı, ceza muhakemesinin yürütülmesini mümkün kılmak ve yargılama sonucunda verilecek hükmün yerine getirilmesini güvence altına almaktır. Bu çerçevede, delillere ulaşmak ya da şüpheli veya sanığın muhakeme sırasında veya hükmün infazı amacıyla hazır bulundurulmasını sağlamak amacıyla bu tedbirlere başvurulabilir.²⁸

Henüz hüküm verilmeden önce, temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren koruma tedbirlerinin ortak özellikleri şu şekilde sıralanabilir:

- Koruma tedbirleri, çoğunlukla tedbire maruz kalan tarafından bir *zorlama* olarak algılanır. Bu tedbirlerin zorlayıcı niteliklerinden dolayı uygulanmaları için ilgisinin rızasına ihtiyaç duyulmaz.²⁹

²⁶ Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 197.

²⁷ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 266-267.

²⁸ Şahin, s. 197.

²⁹ Nuri Düzgün, Şerafettin Elmacı, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davala-

Ancak bazen herhangi bir zorlama olmasa da örneğin, iletişimin denetlenmesi, dinlenmesi ve kayda alınması ya da gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi, temel hak ve özgürlükleri sınırlaması ona koruma tedbiri niteliği kazandırabilir.

- Koruma tedbirleri yaptırım olarak uygulanamazlar ve istenilen amaca ulaşıldığında kendiliğinden sona ererler. Kısaca, koruma tedbirleri *geçicidir*.³⁰
- Koruma tedbirleri başlı başına bir amaç olamaz. Koruma tedbirleri, delillerin bulunması suretiyle muhakeme sonucunda maddi gerçeğe ulaşılması ile doğru kararın verilmesine ve hükmün yerine getirilebilmesine imkân vermiş olacağından, hükmün verilmesinde bir *araçtır*. Bu nedenle, koruma tedbirlerine başvurulması neticesinde beklenen amaç gerçekleşmeyecekse, bu tedbirlere başvurulamaz.³¹

Koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için gerekli şartlar ise, suç şüphesinin varlığı, yasallık, görünüşte haklılık, gecikmesinde tehlike bulunması, oranlılık ve bir karara dayanma olarak sıralanabilir.

Bu bakımdan, ceza muhakemesinin başlaması için gerekli olan “suç şüphesi”, koruma tedbirleri bakımından da gereklidir.³² Elbette suç şüphesinin derecesi uygulanması gereken güvenlik tedbirinin ağırlığına göre, basit şüphe, makul şüphe ve kuvvetli şüphe olarak farklılık arz edebilir.

Ayrıca, temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektirmesi sebebiyle ancak “yasal olarak düzenlenmiş” bulunan koruma tedbirlerine başvurulabilir. Bu bakımdan yasal olarak düzenlenmemiş bir koruma tedbiri kıyas yoluyla uygulanamaz ve yasal olarak düzenlenmiş bir koruma tedbiri için aranan şartlar ve sebepler de kıyas yoluyla genişletilemez.³³

Koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için en azından “görünüşte haklılık” bulunmalıdır. Çünkü gerçekte koruma tedbirine başvurma-

rı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 2.

³⁰ Özbek/Kanbur/Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 267.

³¹ Bahri Öztürk (edt.), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 448.

³² Özbek/Kanbur/Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 267.

³³ Şahin, s. 200.

nın haklı olup olmadığı ancak muhakeme sonunda anlaşılabilir. Bu süreçte, haksızlık riski her zaman vardır. Bu nedenle koruma tedbirlerine başvurulmasında “görünüşte haklılık” ile yetinilmesi zorunluluğu vardır. Görünüşte haklılık ise bir haklılığın gerçekten var olduğu hususunda kuvvetli bir ihtimal yani suç işlendiği hususunda belli derecede şüphe bulunması olarak tarif edilebilir. Bu şüphe genellikle kuvvetli şüphe olarak belirlenmiştir.³⁴

Koruma tedbirlerine başvurulmasının bir diğer şartı da “*gecikmesinde tehlike bulunmasıdır.*” Öyle ki, bu tedbirlere başvurulmadığında ya da geç başvurulduğunda muhakeme yapılamaz, hüküm infaz edilemez ve/veya muhakeme masrafları karşılanamaz duruma girecekse gecikmesinde tehlike vardır.³⁵ Gecikmesinde sakınca yoksa koruma tedbirlerine başvurulmasına gerek yoktur.

Bundan başka, koruma tedbirleri “*oranlılık ilkesine uygun*” olmalıdır. Gerçekten de bir önlemi alırken uygulanacak yöntemle korunacak hak ve özgürlük arasında bir orantı bulunması gerekir.³⁶ Ayrıca başvuru edilen tedbirle hükmedilecek muhtemel ceza arasında da bir orantı ve denge olmalıdır.³⁷

Son olarak koruma tedbirleri bir karara dayanmalıdır. Bazı tedbirlere sadece hâkim (mahkeme) karar verebilir. Bazı tedbirlere karar vermeye ise kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, ya da hâkim ve Cumhuriyet savcısı yanında, Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hallerle sınırlı olmak üzere kolluk amiri yetkilidir.³⁸

Bu ortak özellikleri taşıyan koruma tedbirleri, yöneldikleri değerler, amaçlar ve uygulandıkları kişiler açısından sınıflandırılabilir.³⁹

Yöneldikleri değerler bakımından koruma tedbirleri, özgürlüğe, vücut bütünlüğüne ve zilyetliğe yönelik olabilir.⁴⁰

³⁴ Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 311-312.

³⁵ Öztürk (edt.), s. 448.

³⁶ Süheyl Donay, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 110.

³⁷ Centel/Zafer, s. 312.

³⁸ Şahin, s. 202-203.

³⁹ Centel/Zafer, s. 309.

⁴⁰ Örneğin, yakalama ve tutuklama özgürlüğe; üst araması vücut bütünlüğüne ve özel hayata; arama konut dokunulmazlığına, el koyma ise zilyetliğe yönelik olan

Amaçlar bakımından koruma tedbirleri, sanığın muhakemede hazır bulunmasını güvence altına almaya; delilleri korumaya ya da hükmün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olabilir.⁴¹

Uygulandıkları kişiler bakımından koruma tedbirleri ise, şüpheliye sanığa ya da üçüncü kişilere yönelik olabilir.⁴²

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yakalama, tutuklama, zorla getirme, arama ve el koyma gibi klasik denilebilecek koruma tedbirlerinin yanında; beden muayenesi, fizik kimliğin tespiti, iletişimin dinlenmesi ve tespiti, gizli soruşturmacı, teknik araçlarla izleme gibi modern olarak nitelendirilebilecek koruma tedbirleri de düzenlenmiş bulunmaktadır.⁴³

Özetle, koruma tedbirlerinin, adil yargılanmanın önemli bir bölümünü kapsadığı söylenebilir. Bu bakımdan koruma tedbirleri, özellikle kişilerin hak ve özgürlüklerini sınırlamaları olasılığı sebebiyle hem anayasal hakların hem de insan haklarının korunması ile doğrudan ilişkili önlemler olduklarından⁴⁴ bu tedbirlerin uygulanması bakımından insan onurunun korunması büyük önem arz etmektedir.

IV. KORUMA TEDBİRLERİ BAĞLAMINDA TEMEL BİR İLKE OLARAK İNSAN ONURUNUN KORUNMASI

A. Koruma Tedbirleri İle İlgili Suç Politikasının Temel Bir İlkesi Olarak İnsan Onurunun Korunması

İnsan toplulukları, insanlık tarihi sürecinde zamanla belli davranış standartları oluşturup kabullenmişler ve böylece varlıklarını sürdürerek toplum halini almışlardır. Kabul edilen bu standartların her biri günümüzde "sosyal norm" olarak adlandırılmaktadır. Sosyal normlara uymama halinde insanlar bazı yaptırımlarla karşılaşır. Bu yaptırımların varlığı, normlara uymanın sürekliliğini sağlamanın ve dolayısıyla sosyal düzenin devamlılığının koşullarından biridir. Bu

koruma tedbirleridir. Bkz. Centel/Zafer, s. 309.

⁴¹ Centel/Zafer, s. 309-310.

⁴² Örneğin, telekomünikasyonun denetimi, yakalama, tutuklama, arama, el koyma, kural olarak şüpheli ve sanığa; arama ve el koyma bazı hallerde üçüncü kişilere; koruma programı tanığa ve yakınlarına yönelik koruma tedbirleridir. Bkz. Centel/Zafer, s. 310.

⁴³ Öztürk (edt.), s. 449.

⁴⁴ Donay, s. 110.

yaptırımlar sayesinde ki sosyal kontrol mekanizması devreye girmiş olur. Sosyal düzen böylece kendiliğinden ortaya çıkmış olsa da sosyal barış kendiliğinden sağlanamaz. Bu sebeple sosyal düzenin hukuk kurallarıyla tamamlanması gerekmektedir.⁴⁵

Hukuk düzeninin bir parçası olarak ceza hukuku da sosyal düzenin ve sosyal barışın sağlanmasına katkıda bulunur.⁴⁶ Bu yönüyle diğer hukuk kurallarıyla aynı işleve sahip olan ceza hukuku, onlardan kurallarına uyulmaması durumunda devlet zoruna başvurulmak suretiyle temel hak ve özgürlükleri sınırlama imkânına sahip olması bakımından ayrılmaktadır.

Gerçekten de suç işlemek ile fail, bazı temel hak ve özgürlükleri ihlâl etmekte; suç karşılığında ceza verilmesi ile de suç işleyenin temel hak ve özgürlükleri devlet eliyle ihlâl edilmektedir. Her ne kadar birinci ihlâl hukuka aykırı, ikinci ihlâl hukuka uygun olsa da, hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilen temel hak ve özgürlük müdahalelerinin de insan onuruna aykırı olması kabul edilemezdir. Çünkü yukarıda da izah edildiği üzere temel hak ve özgürlükler olarak ulusal hukuk düzenlerinde somutlaşan insan haklarının temelinde insan onuru kavramı yer almaktadır.

Bu sebeple ceza hukukunun yaptırımlarını oluşturan birinci öge olarak cezaların ve yaptırımların ikinci ögesi olan güvenlik tedbirlerinin uygulanması sırasında temel hak ve özgürlükler hukuka uygun olarak sınırlandırılırken dahi insan onuru kavramı ihlâl edilmemelidir. Bu temenninin ceza ve ceza muhakemesi uygulamalarına yansımalarının sağlanması, uygulanan suç politikası ile doğrudan alakalıdır.

Suç politikası, ceza hukukunun toplumsal düzeni koruma görevini en iyi biçimde yürütebilmesi için hangi esaslar çerçevesinde düzenlenmesi gerektiği sorunu ile ilgilenir. Bu sorunu çözümlenmek amacıyla suç politikasının üstlendiği görevlerin başında, suçun nedenleri üzerinde çalışmak, ceza hukukunda uygulanan yaptırımların etkililiğini araştırmak, hukuku ihlâl eden davranışların etkili biçimde önlenmesi amacıyla kanun koyucunun ceza hukukunun kapsamını nereye kadar genişletebileceğini düşünmek ve suç olayını en iyi belirleyen yasal un-

⁴⁵ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, , Pinar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 46-47.

⁴⁶ Özbek/Kanbur/Doğan, Türk Ceza Hukuku, s. 47.

surların neler olabileceğini incelemek gelmektedir. Suç politikası böylece maddi adaleti en iyi biçimde gerçekleştirmek için çaba gösterir.⁴⁷

Bu çaba doğrultusunda işleyen bir suç politikası çerçevesinde ortaya konan çağdaş ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku sistemlerinde, bir bütün oluşturan şu üç amacın birlikte hedeflendiği söylenebilir:

- Gerçeğin araştırılması
- İnsanlık onurunun korunması ve
- Masumların cezalandırılması riskinin azaltılması.⁴⁸

Bu amaçlardan da anlaşıldığı üzere, bir devlette uygulanan suç politikası bir tek politikadan çok, bir dizi politikayı kapsamaktadır. Devletin resmi kurumlarının suça ve suçla mücadeleye verdiği yanıt, suçlu,

kurban ve halkın tepkisi suç politikaları geliştirilirken göz önünde tutulacak temel bileşenlerdir.⁴⁹ Bu politikalar hiyerarşik olarak örgütlenmiş devletin kontrol kurumları ve yarı-bağımsız sivil kurumlar aracılığıyla uygulanmaktadır.⁵⁰ Bu sebeple devletler tarafından, suç politikaları belirlenirken ve uygulanırken oldukça titiz davranılmalıdır. Aksi takdirde, özgürlük ve güvenlik dengesinin bir tarafın lehine bozulması ile büyük toplumsal krizlerin ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır.

Yürütülen siyasetin merkezine bireyin değil devletin koyulması halinde kişi hak ve özgürlükleri zaman zaman ihlal edilebilmekte; birey-devlet ilişkisi temelinde otoriter devlet ideolojisinin, bireylerin karşısına ceza yasalarını koyması ise devlet ve bireysel özgürlükler konusunu tartışmalı hale getirebilmektedir.

Fakat suç alanında politika geliştirmenin kolay olmadığı da bir gerçektir. Öyle ki hemen her ülkede suç politikalarının geliştirilme-

⁴⁷ Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 81.

⁴⁸ Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 13.

⁴⁹ Rahşan Bektaş Balamir, "Türkiye'de Suç Politikalarının Epistemolojik-Hukuki Temeli Üzerine Bir Araştırma" VI. Ulusal Sosyoloji Kongresi, 'Toplumsal Dönüşümler ve Sosyolojik Yaklaşımlar', Adnan Menderes Üniversitesi, Aydın, Ekim 2009, s. 714.

⁵⁰ Bektaş Balamir, s. 701.

sinde uygulamacılar arasında birçok farklı çekişme vardır. Ayrıca uzmanlar ile politikacıların yaklaşımları bakımından da büyük çelişkiler mevcuttur. Tartışma alanı kısa denilebilecek süreçlerde hızla değişmektedir. Bu çerçevede neyin radikal neyin tepkisel olduğunu belirlemek de kolay olmamaktadır.⁵¹

Pozitif hukukun kötüye kullanılması, hatta bizatihi haksızlığın kendisi olma olasılığı düşünüldüğünde,⁵² temelde insan onuru olmak üzere, insan hakları demokrasi ve özgürlük gibi kavramların belirlenen suç politikaları ile güvenliğe feda edilmesi ihtimali, her zaman göz önünde tutulması gereken bir ihtimaldir.

Bu sebeple koruma tedbirleriyle ilgili uygulanacak suç politikaları çerçevesinde oluşturulacak pozitif düzenlemelerin (tepkisel nitelikte olsalar dahi) hümanizm ve demokrasi gibi temel ilkelere dayanmaları, insan onurunun korunması noktasında büyük önem taşımaktadır.

B. Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması

İnsan onuru devredilemez ve dokunulamaz bir hukuksal değer olarak gerek suç tiplerinin yaratılmasında gerek suçlar için öngörülen cezaların düzenlenmesinde gerekse koruma tedbirlerinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken en önemli değerlerdendir. Bu kavram, niteliği gereği, bireylerin onurunun korunması için kanun koyucuya pozitif normlar sevk etmek yükümlülüğü yüklediği gibi, ceza yaptırımları ve koruma tedbirleri açısından ise kanun koyucunun yetkilerinin sınırlarından birisini oluşturmaktadır.⁵³

Bu açıdan insan onurunun korunması, devletin dolaylı amaç ve görevlerinden birisidir. Anayasanın 5. maddesinde, *kişilerin toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*, devletin temel amaç ve görevleri içerisinde sayılmaktadır. Bu temel amaç ve görevlerin temelde insan onurunu korumayı hedeflediği söylenebilir.

⁵¹ Bektaş Balamir, s. 705.

⁵² Ünver, s. 264.

⁵³ Ünver, s. 937.

İnsan onuru kavramına ayrıca Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasında da açıkça yer verilmiştir. Buna göre, "kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz" (Anayasa m. 17/3). Anayasa koyucunun burada "kimseye" kavramını kullanması önemlidir. Öyle ki bu ifade kurucu iktidarın eşitlik ilkesini insan onuru kavramının bir unsuru olarak kabul ettiğini göstermektedir.⁵⁴ Bu ifade ile renk, din, dil, ırk, sosyal konum ya da her hangi bir ayırım yapılmaksızın tüm insanlara yönelik bir düzenleme yapılması kavramın evrensel niteliği ile de örtüşmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesinin 1. fıkrasında şüpheli ve sanığın iradesini özgür olmaktan çıkararak onu onursuz kılan usuller yasaklanmakta; 3. fıkrasında ise insan haysiyetine aykırı bir işleme ve böylece elde edilecek delillerin muhakemede kullanılmasına gösterilecek rızanın dahi kabul edilmeyeceği hükme bağlanmaktadır.

Fakat devlet insan onuruna dokunmamak biçiminde sadece pasif bir davranışla yetinemez, aynı zamanda onu aktif olarak da korumalıdır. Devlet insan onuruna yönelik tehditleri tespit eder etmez önlemeli ve bunun için gerekli tedbirleri almalıdır. Bu önleme güncel tehditlerin yanı sıra potansiyel tehditleri de kapsamalıdır.⁵⁵ Bu sebeple 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94, 95 ve 96. maddelerinde insan onurunu ihlal eden işkence ve eziyet; 125. maddesinde de hakaret, suç olarak düzenlenmiştir.⁵⁶ Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap, İkinci Kısım, Dokuzuncu Bölümü ise, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığını taşımakta ve insan onuru konusunda önemli bir ihlal olan hayatın gizli alanına yapılan müdahaleleri suç olarak tanımlamıştır.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "infazdaki temel ilke" ve "infazdaki temel amaç" başlıklarını taşıyan 2. ve 3. maddeleri de insan onuru kavramı ile doğrudan bağlantılı düzenlemeleri içermektedir. Bu maddelerde, infaza ilişkin hüküm-

⁵⁴ Bahri Öztürk, Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Tedbirleri Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 34.

⁵⁵ Özbek/Kanbur/Doğan, Türk Ceza Hukuku, s. 87.

⁵⁶ Özbek/Kanbur/Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 53-54.

lerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, milli veya sosyal köken ve siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiç kimseye ayrıcalık tanınmaksızın, eşitlik ilkesi içinde uygulanacağı; infazda zalimane, insanlık dışı aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağı vurgulanmış ve infazın temel amacı olarak, genel ve özel önlemeyi sağlamak ve toplumu suç karşı korumanın yanı sıra *hükümlünün yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak* hükmüne de yer verilmiştir.⁵⁷ Bu sebeple, koruma tedbirlerinin her şeyden önce infaza ilişkin olarak belirlenen bu ilke ve amaçlar doğrultusunda uygulanmaları gerekmektedir.

Keza koruma tedbirlerini düzenleyen normlar ihdas edilirken de yine insan onuru kavramı göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü uygulanmaları için görünüşte haklılığın yeterli olduğu yani herhangi bir yargılama süreci tamamlanmadan uygulanabilen koruma tedbirleri, her ne kadar güvenliğin önemli bir teminatı olsalar da aynı zamanda özgürlük karşısında bir tehdit olma konumundadırlar. Dolayısıyla bu tedbirlerin ve bu tedbirleri uygulayacak mercilerin insan onuruna zarar verebilecek araçlarla donatılması özgürlük adına sakıncalar doğurabilir.

V. SONUÇ

İnsan onuru kavramı günümüzdeki anlamından çok farklı olsa da ilk çağlardan beri bir takım hakların dayandığı temel bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde en basit haliyle, insanın sadece insan olması sebebiyle değerli ve saygıya layık bir varlık olması şeklinde tanımlanabilecek olan insan onuru kavramı sosyal, felsefi, teolojik, hukuki boyutları olan oldukça kapsamlı bir kavramdır.

Modern çağda artık insan onuru, bireyin en yüksek içsel değeri ve kişiliğin odak noktası olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan insan onuru da tıpkı insan hakları gibi insan olmaya hiçbir kısıtlama ya da ayırım olmaksızın bağlı olması gereken ve ancak bu şekilde evrensel geçerliliği güvence altına alınabilecek olan bir kavramdır.

⁵⁷ İçel, s. 83.

Belki de bu sebeple insan onuru kavramı, Birleşmiş Milletler Antlaşması; Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel İlişkin Uluslararası Sözleşme; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Temel Haklar Şartı gibi önemli uluslararası belgelerin de önemle yer verdikleri bir kavramdır.

Koruma tedbirleri ise ceza muhakemesinin yapılmasını ve bunun sonucunda verilecek kararın yerine getirilmesini ve muhakeme giderlerinin karşılanmasını sağlamak amacıyla verilen ve hükümden önce temel hak ve özgürlüklere müdahale etmeyi gerektiren yasal çareler olarak tanımlanmaktadır.

Koruma tedbirleri, adil yargılanmanın önemli bir bölümünü kapsamaktadır. Özellikle kişilerin hak ve özgürlüklerini sınırlama olasılığı sebebiyle koruma tedbirleri, hem anayasal hakların hem de insan haklarının korunması ile doğrudan ilişkili önlemlerdir. Bu sebeple bu tedbirlerin uygulanması bakımından insan onurunun korunması büyük önem arz etmektedir.

Bu bakımdan, ceza hukukunun yaptırımlarını oluşturan cezaların ve güvenlik tedbirlerinin uygulanması sırasında temel hak ve özgürlükler hukuka uygun olarak sınırlandırılırken dahi insan onuru kavramı ihlal edilmemelidir. Bu temenninin ceza ve ceza muhakemesi uygulamalarına yansımalarının sağlanması, uygulanan suç politikası ile doğrudan alakalıdır.

Suç politikasının merkezine bireyin değil devletin koyulması halinde kişi hak ve özgürlükleri zaman zaman ihlal edilebilmektedir. Birey-devlet ilişkisi temelinde otoriter devlet ideolojisinin, bireylerin karşısına ceza yasalarını koyması ise devlet ve bireysel özgürlükler konusunu tartışmalı hale getirebilmektedir.

Bu sebeple koruma tedbirleriyle ilgili uygulanacak suç politikaları çerçevesinde oluşturulacak pozitif düzenlemelerin hümanizm ve demokrasi gibi temel ilkelere dayanmaları, insan onurunun korunması noktasında büyük önem arz etmektedir.

Çağdaş toplumda birey için belki de en önemli varlık özgürlüktür. Hâlbuki insanlar tarihten günümüze hep özgürlüklerini kaybederek gelmişlerdir.⁵⁸ Çünkü özgürlük, sınırsız olarak değil, toplumsal sınır-

⁵⁸ Toplumsal yaşam sürecinde insanlar, birlikte yaşamanın zorunlu bir sonucu ola-

ları ile uygarlığın en belirgin ilkesi haline gelmektedir. Belki de bu sebeple günümüzde, güvensiz bir ortamda özgür olmak da mümkün görülmemektedir.⁵⁹

Bu durumda, amacı maddi gerçeğin tespit edilmesi olan ceza muhakemesi hukuku uygulanırken, şu iki unsurun dengede tutulması gerekmektedir: özgürlüklerin teminat altına alınması ve toplum düzeninin korunması. Bu dengenin sağlanabilmesi sürecinde ceza muhakemesi hukukunda ilk olarak suçlunun cezalandırılması ön planda tutularak mesele sadece toplum bakımından ele alınmış, ikinci olarak ise sanığın korunması ön planda tutularak mesele sadece sanık bakımından ele alınmıştır. İşte bu iki menfaatin bağdaştırılması için üçüncü aşama olarak gerçeğin araştırılması aşaması ortaya çıkmıştır. Buna göre ceza muhakemesi, hukukun bir dalı olarak hem toplum düzenini hem de sanığın hak ve menfaatlerini koruyacak ancak bunlardan herhangi birisini tek amaç olarak ele almayacaktır. Buna göre ceza muhakemesinde amaç bu menfaatler arasında denge kurabilmektir. Bu ise maddi gerçeğin araştırılması ile mümkün olur.⁶⁰

Burada bahsedilen gerçek, akla uygun ve realist nitelikli, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtların değerlendirilmesinden ortaya çıkarılması gereken bir gerçektir. Aksi takdirde, yani bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması ceza muhakemesinin amacına aykırılık teşkil edecektir.⁶¹ Fakat bu noktada dikkat edilmesi gereken en önemli husus gerçeğin her ne pahasına olursa olsun değil, hukuk kuralları içinde failin insanlık onuru korunarak araştırılması gerektiğidir.⁶²

rak bazı haklarından ve özgürlüklerinden vazgeçmeleri ve fedakârlık etmeleri gerekebilmektedir. Aksi takdirde, herkes istediğini yapar ve herkesin istediğini yaptığı bir yerde herkesin özgürlüğünden söz edilemez mümkün değildir. Uğur Ersoy, "Ceza Muhakemesinin Amacı Üzerine Eleştirel bir Yaklaşım", Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 295.

⁵⁹ Füsün Sokullu Akıncı, "Özgürlük ve Güvenlik", Prof. Dr. İlhan Özay'a Armağan - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2011, C. LXIX, S. 1-2, s. 105.

⁶⁰ Ersoy, s. 295.

⁶¹ Bilindiği üzere ceza hukukunda kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyetten söz edilemez yani varsayımlara dayanılarak mahkûmiyet kurulamaz. Şüpheden sanık yararlanır şeklinde formüle edilen bu ilke evrensel bir ilke niteliğindedir. Bkz. Öztürk (edt.), s. 140.

⁶² Ersoy, s. 295.

Kaynakça

- Aldanmaz Orhan, "İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik Kavramı" *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 79-109.
- Bektaş Balamir Raşan, "Türkiye'de Suç Politikalarının Epistemolojik-Hukuki Temeli Üzerine Bir Araştırma" VI. Ulusal Sosyoloji Kongresi, 'Toplumsal Dönüşümler ve Sosyolojik Yaklaşımlar', Adnan Menderes Üniversitesi, Aydın, Ekim 2009, s. 697-716.
- Bulut Nihat, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağı'na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış" *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, 2008, s.1-12.
- Centel Nur, Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Donay Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Düzgün Nuri, Şerafettin Elmacı, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Ersoy Uğur, "Ceza Muhakemesinin Amacı Üzerine Eleştirel bir Yaklaşım", Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 291-299.
- Gözeler Esra, Körner Felix "İnsan Onurunun İslam ve Hristiyan Geleneklerindeki Temelleri", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XLVI, S. 2, 2005, s. 343-350.
- Heinzmann Richard, "İnsan ve İnsan Onuru - Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak", <http://www.konrad.org.tr/Islam%20tr%202006/07heinzmanTR.pdf>, Erişim tarihi: 26.11.2014.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Kafadar Muhammet Fatih, "Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: 'İnsan Onuru' ", Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya.
- Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar; Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar; Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Öztürk Bahri (edt.), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Öztürk Bahri, Erdem Ruhan, Uygulamalı Ceza Tedbirleri Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Seymen Çakar Aysen, "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru", Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya.
- Sokullu Akıncı Füsün, "Özgürlük ve Güvenlik", Prof. Dr. İlhan Özay'a Armağan - *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl 2011, C. LXIX, S. 1-2, s. 105-110.
- Şahin Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Topakkaya Arslan, "H. Jonas'ta İnsan ve Doğanın Değeri", *FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi)*, S: 15, 2013, s. 41-52.
- Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

PROTOKOL SIRADÜZENİ VE ÖTELENEN YARGIÇLIK

ORDER OF PROTOCOL AND IGNORED JUDGESHIP

Ali ALTINTAŞ*

Özet: Protokol, kamusal yaşamda devlete, kuruma ve kişiye hak ettiği ve layık olduğu değeri ve önemi vermektir. Bu nedenle devletler, kurumlar ve kişiler arasındaki tüm ilişkilerde protokol kurallarına uymak ulusal, kurumsal ve kişisel saygınlık açısından zorunludur.¹ Bu amaca matuf olarak Ulusal ve Resmi Bayramlar ile Mahalli Kurtuluş Günleri, Atatürk Günleri ve Tarihi Günlerde Yapılacak Tören ve Kutlamalar Yönetmeliği yürürlüğe konulmuştur. Yeni Yönetmelikte erkekler ayrılığı ilkesine ve görevin önem ve önceliğine uygun düşmeyen şekilde yargı erkinin temsilcisi yargıçların, protokol sıralamasında başkentte yasama ve yürütme birimleri karşısında ötelendikleri, ilçelerde ise Cumhuriyet savcılığı–yargıçlık eşitliği bozularak yargıçların, emirleri altındaki kolluk kuvveti amirlerinin bile gerisine atıldıkları ve evrensel ilkelere uygun olmayan biçimde Cumhuriyet savcılığının tek başına yargının temsilcisi kabul edildiği dikkati çekmektedir.

Anahtar Kelimeler : Protokol Sıradüzeni, Protokol Yönetmeliği, Yargı, Yargıç, Yürütme.

Abstract: Order of protocol means to take heed of state, institution and individual that they deserve and merit in formal life. Therefore, to obey the rules of order of protocol among states, institutions and people is mandatory for national, institutional and personal regard. For this purpose, the Directive of Ceremonies and Celebrations Performed in National and Official Feasts and Local Salvation Days, Atatürk Days and Historical Days is put into effect. In the new Directive, it is noticed that judges who are the representatives of judicial branch are ignored, as an inconvenient way with the principle of separation of powers and with the importance and priority of profession, against the units of legislation and execution in order of protocol in the capital city, also in the towns, by breaking the equality of prosecution and judgeship. They are pushed behind the heads of security forces who are under their command, and this is not consistent with the universal principles, because public prosecution is accepted as the only representative of the judiciary.

Keywords: Order of Protocol, The Directive of Order of Protocol, Judiciary, Judge, Execution.

* Dr., Büyükçekmece Hakimi

¹ Nihat Aytürk, Protokol Yönetimi, 4. Basım, TODAİE Yayını, Ankara, Şubat 2010, s. 10.

GİRİŞ

“Medeniyet Ayrıntıdadır.”

Voltaire

Protokol kuralları, her ülke için önemli olmakla birlikte, İspanya, Rusya, Almanya, Birleşik Krallık, İtalya, Avusturya, Türkiye gibi kimi ülkelerde çok daha büyük önem taşır. Özellikle kavramın ortaya çıktığı yer olan Fransa’da protokol kuralları, bir tür dini kurallar bütünü haline gelirken protokol, XIV. Louis’in deyimiyle “herkesin üstünde bir tür din” olarak kutsanır. Nitekim Fransız Akademisi üyesi Jules Cambren da protokolü, “kuralları ve sırları ile bir din” olarak tanımlar.²

Ülkemizde, protokol sıradüzeninde yapılan hemen her değişiklik, tartışmaları beraberinde getirmiştir. Öyle ki yüksek mahkemelerin başkanları, on altı yıl süreyle devlet protokolünde kendilerine ayrılan sıralamaya tepki göstererek başkentteki törenlere katılmamışlardır. İl ve ilçelerde yapılan resmi törenlerde protokol sıradüzeninde sıkça yaşanan tartışmalar basında yer almıştır.³ Şehit cenaze töreni⁴ ve futbol müsabakaları⁵ dahi protokol kavgasına sahne olmuştur. 30 Ağustos Zafer Bayramı töreninde bakanların, korgenerallerin giriş yaptığı kapıdan Genelkurmay Başkanlığı’na girmeleri,⁶ tümgeneralin rektör tarafından kapıda karşılanmayışı⁷ sorun yaratmıştır.

² Necmi Akman, “Türkiye’de Protokol Uygulamaları ve Demokrasi İlişkisi”, <http://necmiakman.blogspot.com.au/2015/01/turkiyede-protokol-uygulamaları-ve.html> (11 Şubat 2015).

³ <http://www.sanyoluhaber.com/foto-galeri/Gune-damgasini-vuran-protokol-kavgasi-/2044/> (1 Mart 2015), http://www.sabah.com.tr/gundem/2010/09/05/sivas_kongresinde_protokol_tartismasi (1 Mart 2015)

⁴ <http://www.habererk.com/haber/10382/sehit-cenazesinde-protokol-kavgasi> (1 Mart 2015).

⁵ <http://www.aksam.com.tr/spor/koltuk-kavgasi--29919h/haber-29919> (1 Mart 2015).

⁶ <http://www.milliyet.com.tr/protokol-tartismasi/siyaset/haberdetayarsiv/01.09.2006/169909/default.htm> (22 Şubat 2015).

⁷ Namık Kemal Üniversitesi Tıp Fakültesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi’ne katkı sağlanması amacıyla düzenlenen yemeğe katılmak üzere gelen Garnizon Komutanı 8’inci Mekanize Piyade Tugay Komutanı Tuğgeneral İsmail Gümüştekin, Rektörün kendisini kapıda karşılamadığı gerekçesi ile protesto ederek geri dönmüştü (http://www.hurriyet.com.tr/gundem/13793729_p.asp).

Protokol sıradüzeninde yaşanan tartışmalar ülkemize özgü değildir. 19. yüzyıl başına kadar elçiler, kendi hükümdarlarını temsil ettikleri yabancı saraylarda diğer elçilerin önüne geçmek, kral ve kraliçelere mümkün olduğu kadar yakın mesafede yer almak için diğer elçilerle itişip kakışmakta beis görmedikleri gibi öncelik iddiasıyla birbirleriyle yumruklamaya kadar gitmişlerdir.⁸

30 Eylül 1661 günü Fransız ve İspanyol elçileri, Londra Kalesi'nin bulunduğu iskeleden Londra'ya yeni atanan İsveç elçisini almak üzere arabalarını göndermişti. Ancak İsveç elçisi, İngiltere Kralı tarafından gönderilen arabaya binmiş ve hareket etmişti. Fransız elçisinin gayretkeş arabacısının İspanyol elçisinin arabasından önce İsveç elçisinin arabasının arkasına takılması (İspanyol elçisinden önce gelmesi), İspanyol elçisinin arabacısı tarafından İspanya Kralı'na ağır bir hakaret olarak yorumlanmıştı. Bu olay üzerine elçilik arabalarını koruyan 150'şer asker birbirine girmiş ve bir arabacı öldürülmüştü. Bu olaylar, Fransa Kralı XIV. Louis'nin İspanya ile diplomatik ilişkilerini kesmesine yol açtığı gibi İspanyol elçisinin bu protokol ihlâli nedeniyle cezalandırılmaması ve Fransa'dan resmen özür dilenmemesi halinde İspanya'ya savaş açmakla tehdit etmesine neden olmuştu.⁹ 1768 yılında, Londra'da İngiliz Kralı'nın sarayında verilen bir baloda, Fransız ve Rus elçilerinin oturmadaki öncelik konusunda tartışmaya girmeleri, sorunu düelloya kadar götürmelerine ve iki ülkeyi savaş olasılığı ile karşı karşıya bırakmalarına yol açmıştı.¹⁰

Yargı erki, yasama ve yürütme erklerinden bağımsız fakat devletten bağımsız değildir. Anayasa ile bağlıdır ve bu anayasa ile kurulan teşkilat içinde yer almaktadır. Protokol ise sadece yürütme erki ile ilgili bir düzenleme ve faaliyet olmayıp devletin diğer erklerini de kapsayan bir olgudur. Nitekim yasama da yürütmeden bağımsızdır ama yasama gücünü temsil edenler yani milletvekilleri de protokolda yerlerini alırlar. Yargı mensupları da birtakım toplantılara ve törenlere katılmak, yazışmalar yapmak, temaslarda bulunmak durumunda olduklarına göre yargının protokolden soyutlanması hukuken ve sosyal bakımdan söz konusu değildir.¹¹

⁸ Kerim Gürel, Protokol Bilgileri, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1986, s. 9.

⁹ Mehmet Altınöz ve Hasan Tutar, Protokol Bilgisi, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Ekim 2005, s. 11, Gürel, s.10.

¹⁰ Alptekin Ünlütürk, Sosyal Davranış Kuralları ve Protokol, Dost Kitabevi, Ankara, 2002, s.14.

¹¹ Uğur İ. Hakkıoğlu, "Yargı ve Protokol", *Yargıtay Dergisi*, C. 28, S. 1-2 (Ocak - Nisan 2002), ss. 39-60, s. 43-44.

Her kişi ve kurum kendini önemli kabul ettiği için protokolde önde ve üstte yer almak istemektedir. Yargı erki mensupları da zaman zaman protokolde öngörülen sırayı veya törenlerde kendilerine ayrılan yeri beğenmeyip tepkilerini çeşitli şekillerde ortaya koymaktadır. Çünkü protokolde yargı mensuplarına ayrılan yerin yargının saygınlığına uygun olması gerekir. Fakat özellikle ilçe protokolünde yargıcılara ayrılan öncelik ve öndelik sırası, yargının devlet sistemindeki konumuna, anayasanın sistem ve ruhuna aykırıdır. Cumhuriyet başsavcılığının (CBS) yürütme erki (Adalet Bakanlığı) ile bağı ve harcama yetkisi yanında kolluk üzerindeki idari yetkileri onu, adliye içinde ve bürokrasi nazarında güçlü bir aktör konumuna getirmiştir. Başka bir anlatımla yürütme erki ile yakın işbirliği ve idari ve mali yetkiler, gücü ve ayrıcalığı da beraberinde getirmektedir. Bu güç ve ayrıcalık protokol sıradüzenine de yansımış görünmektedir.¹²

Konumuz bakımından ayrıntısına geçmeden önce protokolün tanımını yapmak ve öndegelme - öncegelme kavramları üzerinde durmak gerekir.

1. Protokol Kavramı

Dar anlamda protokol kavramı, kamu belgelerinin aslı, milletlerarası konferansların ve anlaşmaların tutanakları demektir.¹³ Geniş anlamda protokol, devlet ve diplomasi alanındaki törenlerde, resmi ilişkilerde ve sosyal yaşamda uygulanması gereken kurallar bütünüdür.¹⁴

¹² Avukat Zehra Çiğdem Özcan, CBS'nin adliyedeki konumu şu sözlerle eleştirmektedir: "Savcılık müessesesinin adliyedeki müstesna konumunun gereği olarak, yargılamada 'devlet tarafı' olduğu gerçeğine aykırı bir halde kendini 'devletin simgesi' olarak gören savcılar, bir devlet kurumu olan adliyede tabelaların nereye asılacağına, hangi kalemin nereye yerleştirileceğine, kimi nasıl arayacaklarına, baro odalarında su olup olmayacağına, avukatın fotokopiyi nerede çektireceğine veya otoparka saat başı ne kadar ücret ödeyeceğine de elbette ki karar vereceklerdir. Bu fiiliyat elbette ki savcıların/başsavcının kişiliği ya da egosuyla açıklanamaz. Avukatla eşit olan savcılarının neden HSYK'da yargıçlarla birlikte olduğunun sorulmasını gerektiren devlet geleneğinden başlamamız gerekir. Her iktidarın beka bekçisi kabul ettiği savcılık makamının sual olunmaz konumu değişmemektedir" (Zehra Ç. Özcan, İstanbul Adliyesi Kimin?, <http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/132951-istanbul-adliyesi-kimin?>, 10 Mart 2015). Özcan'ın aradığı yanıtı İstanbul Adliyesinin 0 212 375 75 75 numaralı santral telefonu, 27.07.2011 - 03.08.2011 tarihleri arasında arayanları "İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı İstanbul Adliye Sarayına hoş geldiniz" anonsu ile karşılayarak vermiştir.

¹³ İlhan Mısırlı, Sosyal Davranışlar ve Protokol Bilgisi, Detay Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 13.

¹⁴ Altınöz ve Tutar, s. 8.

Kamu yönetimi sözlüğünde protokol, kimi kurumların ve o kurumların yöneticilerinin resmi ilişkilerini ve törensel etkinliklerini düzenleme, törene katılanların öncelik ve sonralık durumuna göre yerlerini belirleme, törensel davranışları ve kuralları saptama olarak tanımlanmıştır.¹⁵

Bir başka tanıma göre protokol, kamu görevlisinin, bu sıfatla tören ve benzeri durumlarda uymak zorunda olduğu davranış biçimidir. Bunların tamamı protokol kurallarını oluşturur.¹⁶

Protokolün genel kabul gören tanımı ise şu şekildedir; “Protokol, törenlerde ve resmi ilişkilerde tefrişat ve öncelikler konusunda uygulanacak kaideler bütünüdür.”¹⁷

Kamusal yaşamda bütün toplantı, tören, konferans vb. etkinlikler; bireysel, kurumsal, ulusal ve uluslararası tüm ilişkiler ve görüşmeler; kabul, ziyaret ve ziyafetler daima protokol kurallarına uygun olarak düzenlenir. Bu protokol uygulamalarının uygulanış biçimi, eğitim gibi diğer kültürel aktarım araçları yanında, bir siyasal kültürün otoriter, totaliter ya da demokratik olarak gelişmesinde ve kurumsallaşmasında belirleyici olur.¹⁸

Türkiye'nin protokol kuralları ayrıntıları ile ele alındığında; Türk siyasi kurumunun asker-sivil bürokratik vesayet altında bulundurulduğu; oturma düzenlerinin ve davranış kalıplarının buna göre şekillendirildiği ileri sürülebilir.¹⁹ Fransa-İspanya ve Fransa-Rusya arasında yaşanan tarihi olaylarda görüldüğü gibi devletlerarası ilişkilerde ve diplomaside protokol uygulamalarının yol açtığı en büyük sorun, “öncelik hakkı” ya da “önde gelme sırası” uygulamalarında ortaya çıkar. Ancak, “öncelik hakkı” ya da “önde gelme sırası” uygulaması bir

¹⁵ Aytürk, s. 6.

¹⁶ Mehmet Aldan, Necdet Uygun ve Şükrü Er, “Protokol ve Görgü Kuralları”, *İdarecinin Sesi Dergisi*, C.12, S. 69 (Temmuz-Ağustos 1998), ss. 45-47, s. 45.

¹⁷ Altınöz ve Tutar, s. 9.

¹⁸ Akman.

¹⁹ Sivil demokratik kurum ve kişilerin askeri otoriteye biat seremonilerine, 2010 yılına kadar yapılan 30 Ağustos Zafer Bayramı kutlamalarında rastlanır. Genelkurmay Başkanı tören alanına girerken “Genelkurmay Başkanı gelmiştir” anonsu ile protokol heyeti ayağa kalkar; Meclis Başkanı, Başbakan ve kabinesi, canlı yayında ve halkın huzurunda, tebrikat sırasına girerek Genelkurmay Başkanını tebrik ederler. Bu durumun bazı bakanları rahatsız etmesi üzerine 2010 yılında tebrikatı kabul etme işini Başbakan ve Meclis Başkanı üstlendi (Akman).

ülkenin otoriter, totaliter ya da demokratik eğilimli olup olmadığını görmek bakımından da ilginç olabilir.²⁰

2. Protokolde Öndegelme ve Öncegelme

Protokolde öndegelme (öncelik-sonralık sıradüzeni) sıralama düzeninde hiyerarşik olarak önde (üstte) yer alma hakkıdır. Üst unvan veya rütbe taşıyan kişi, hiyerarşik olarak sıralamada önde gelir.²¹ Genel olarak bu hak, hukuksal ve yönetsel statüden doğar. Her ülkede, devlet ve kamu kurumlarının ve bu kurumları temsil eden kişilerin resmi unvan, rütbe ve statü sahibi şahsiyetlerin yer aldığı bir protokol listesi (sıradüzen) vardır. Söz konusu liste, anayasa ve yasalara, teammüllere (ulusal ve kurumsal geleneklere) göre belirlenir. Bu sıralama resmi toplantılarda, törenlerde, resmi kabullerde, davet ve ziyafetlerde titizlikle uygulanır. Protokol sıralaması hiyerarşik bir ast-üst sıralaması olmasa da, ulusal ve/veya kurumsal bir "itibar sıralaması" olması nedeniyle önem taşır.²²

Her örgütü, daima kurum amiri yönetici temsil eder. Bu yönetici daima örgütü adına konuşur ve hareket eder.²³

Öncegelme sıralaması yatay olarak yapılır. Yatay sıralama eşitler arası önceliği ifade eder.²⁴

3. Devlet Protokolü

Devlet protokolü, devlet törenlerinde ve devlet başkanlarına uygulanan diplomatik ve siyasi protokol kuralları bütünüdür.²⁵ Ülkemizde devlet protokolü, tarihsel ve ulusal gelenekler ve anayasal yapı doğrultusunda devlet erkânı ve devlet ricalinden, devlet erkânı da siyasi, mülki, adli, askeri ve ilmi (akademik) erkândan oluşmaktadır.²⁶

Yeni Yönetmeliğe²⁷ göre başkentte yapılacak törenlerde tebrikatı

²⁰ Akman.

²¹ Aytürk, s. 25.

²² Akman.

²³ Aytürk, s. 29.

²⁴ Aytürk, s. 25.

²⁵ Aytürk, s. 40.

²⁶ Aytürk, s. 41.

²⁷ Bakanlar Kurulu'nun 16.04.2012 tarihli ve 2012/3073 sayılı kararı üzerine

Cumhurbaşkanı kabul edecektir.²⁸ Tebrikata giriş sırası ise şu şekildedir: Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) başkanı, başbakan, genelkurmay başkanı²⁹, ana muhalefet partisi başkanı, eski cumhurbaşkanları, Anayasa Mahkemesi (AYM) başkanı, başbakan yardımcıları, Yargıtay 1'inci başkanı, Danıştay 1'inci başkanı, BK üyeleri ve kuvvet komutanları... Yargıtay Cumhuriyet başsavcısı, Türkiye Barolar Birliği (TBB) başkanı ile birlikte 24'üncü sırayı paylaşmaktadır.

Yargıtay 1'inci başkanları, 1960 Anayasası'ndan sonra yürürlüğe konulan protokol düzenlemesinde, kendilerine, mülki erkândan sonra yer verilmiş olmasına, *"Anayasanın, yargı gücüne tanıdığı yeri benimsemeyen bir anlayışın sakıncalı belirtisi ve yargı organlarına gösterilen gereken saygıdan uzak"*³⁰ nitelemesinde bulunarak 1961 yılından 1977 yılına kadar resmi törenlere katılmamışlardır.³¹ Yargıtay eski başkanlarından Cevdet Menteş, bu katılmayı *"Türk ulusu adına yargı erkini kulla-*

05.05.2012 tarihli ve 28283 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelik ile 14.08.1981 tarihli ve 8/3456 sayılı BK Kararıyla yürürlüğe konulan Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliği, 03.03.1982 tarihli ve 8/4400 sayılı BK Kararıyla yürürlüğe konulan Mahalli Kurtuluş Günleri, Atatürk Günleri ve Tarihi Günlerde Yapılacak Törenler Yönetmeliği ve 04.09.1973 tarihli ve 7/7058 sayılı BK Kararıyla yürürlüğe konulan Resmi Bayramlar ve Anma Günlerinde Anıtlara Konulacak Çelenklerin Hazırlanma, Taşınma ve Sunulması Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁸ Ülkemizde devlet protokolünü düzenleme ve gerektiğinde değiştirme yetkisi Atatürk'ün Cumhurbaşkanı olarak imzasını taşıyan 9 Ocak 1927 tarih ve 4611 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Dışişleri Bakanlığı Protokol Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir. Ayrıca 24.06.1994 tarihli, 4009 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 2/j maddesinde Dışişleri Bakanlığının görev ve yetkileri arasında Türkiye Cumhuriyeti devlet ve dışişleri protokolünü düzenlemek ve yürütmek yer almaktadır.

²⁹ Karakaş, yeni Protokol Yönetmeliği'nde bir devlet memuru olan genelkurmay başkanının devlet protokolünün hâlâ ve yine üçüncü sırasında bulunmasının tuhaf, anakronik, antidemokratik bir manzara oluşturduğunu ileri sürmektedir. Karakaş'a göre devlet protokol listesi bir devletin değerler hiyerarşisini, demokratikleşme düzeyini adeta bire bir yansıtan bir listedir, bir görünümdür. Yeni Protokol listesi yönetmeliği'nde ise tek parti döneminin "Reis" protokolü adı verilen bir protokol listesi anlayışı benimsenmiştir. Eser Karakaş, "Devlet Protokolü ve Siyaset", Zaman, 8 Kasım 2012, http://www.zaman.com.tr/yorum_yorum-eser-karakas-devlet-protokolu-ve-siyaset_2012737.html (1 Şubat 2015).

³⁰ Cevdet Menteş, "1976-1977 Adalet Yılı Açılış Konuşması", Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açılış Konuşmaları 1943-1993, Ali Rıza Geniş (drl.), Yargıtay Yayınları No: 25, Ankara, 1993, ss. 347-356, s. 351.

³¹ Cevdet Menteş, "1974-1975 Adalet Yılı Açılış Konuşması", Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açılış Konuşmaları 1943-1993, Ali Rıza Geniş (drl.), Yargıtay Yayınları No: 25, Ankara, 1993, ss. 330-346, s. 337.

nan yargıçların, o yüce varlık adına direnmesi” olarak nitelendirmiştir.³² Yargıtay Başkanlığı, Anayasa’daki düzenleme sırasına uygun şekilde Yargıtay ve Danıştay başkanlarına, protokolde AYM başkanının yanında yer verilmesini talep etmiş, talep kabul görmediği için Adalet Bakanlığı’na hitaben yazılan 18.09.1962 tarih ve 3260 sayılı yazı ile talep kabul edilmedikçe törenlere iştirak edilmeyeceği bildirilmiştir.³³ Yenilenen protokol sıralaması yıllar sonra Yargıtay’da ve Danıştay’da benzer tepkilerin dile getirilmesine neden olmuştur.³⁴

Esasen yargının protokoldeki yerine ilişkin tartışmalar ve yargı mensuplarının kendilerine ayrılan sıraya itirazları yeni değildir. 1976 yılında Dışişleri Bakanı İhsan Sabri Çağlayangil,³⁵ Ankara Senatörü Dr. Ergün Ertem tarafından kendisine yöneltilen “*Anayasamızda yüksek mahkemeler Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yargıtay olarak belirlenmiş ve 145’inci maddesinde AYM’den söz edilmiştir. Görev yetkileri Anayasamızda belirlenen yüksek yargı organlarının birinin diğerine üstünlüğü hiçbir zaman söz konusu edilemeyeceğine göre AYM başkanına başbakanın yanında yer verildiği halde Yargıtay başkanının Ankara valisinden sonra 17’nci sırada gösterilmesi Anayasamız ve hukuk devleti anlayışı içinde nasıl izah edilebilir?*” sorusuna³⁶ aşağıdaki şekilde yanıt vermiştir:

“... Yabancı ülkelerde de araştırma yapılmıştır. Dış temsilciliklerimiz vasıtasıyla 57 ülkedeki uygulama hakkında sağlanan bilgilerden aşağıdaki sonuçlara ulaşılmaktadır.

a) AYM’nin mahiyeti değişik ülkelerde tanınmakta ve bu bakımdan AYM başkanına diğer yüksek yargı organları başkanlarına nazaran öncelik tanınmaktadır. Bu yer, genellikle, ülkemizde olduğu gibi başbakanın sonra BK üyelerinden öncedir.

³² Cevdet Menteş, “1977-1978 Adalet Yılı Açılış Konuşması”, Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açılış Konuşmaları 1943-1993, Ali Rıza Geniş (drl.), Yargıtay Yayınları No: 25, Ankara, 1993, ss, 357-367, s. 364.

³³ Gürsel Mol, Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay, Yargıtay Yayınları No: 28, Ankara, 2004, s. 291.

³⁴ “Yargı Askerin Yerine Göz Koydu” <http://www.haberturk.com/gundem/haber/749783-yargi-askerlerin-yerine-goz-koydu> (09 Mart 2015).

³⁵ Çağlayangil, İsmet İnönü’nün protokolü kendisine şöyle tarif ettiğini anlatır: “Büyüğünün önüne geçme, ayarınla yan yana yürü, küçüğünün ardına düşme” (Gürel, s. 12).

³⁶ http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t16/c029/b010/cs__160290100178.pdf (23 Şubat 2015)

b) Yargıtay başkanına veya onun yerini tutan mahkemeler başkanına ancak AYM'nin mevcut olmadığı hallerde daha ileri bir öncelik tanınmaktadır. Ancak Yargıtay başkanına veya onun yerini tutan mahkemeler başkanlarına ülkelerin çok büyük bir ekseriyeti askeri ve sivil erkân arasında yer vermektedir.

c) Diğer yargı organları başkanlarına bun ülkelerin bir kısmında Yargıtay başkanları ile aynı öncelik tanınmakta, bir kısmında ise daha aşağıda bir sıra verilmektedir.

Yabancı ülkelerdeki tatbikata benzer olan yurdumuzda halen cari uygulamada AYM başkanı başbakanın sonra, ana muhalefet partisi başkanı ve genelkurmay başkanı ile birlikte 5'inci sırada yer almakta Yargıtay başkanı ise siyasi parti genel başkanları, Cumhuriyet Senatosu üyeleri, milletvekilleri ve generaller ile amirallerden sonra 12'nci sırayı işgal etmektedir. Sıralamada Yargıtay başkanını, Danıştay, Sayıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve sırası ile diğer yüksek yargı organları takip etmektedir. Ankara valisi ise mülki erkânın sonunda ancak 31'inci sırada³⁷ yer almaktadır.³⁸

Çağlayangil, *"Tarih boyu Türk devletlerinin adalete verdiği değer ve Anayasamızın hükümleri ortada iken devlet protokolünde adaletin temsiline gereken önem verilecek midir?"* sorusunu ise aşağıdaki şekilde yanıtlamıştır.

"Devlet Protokol Yönetmeliği Tasarısı'nın yeniden yeniden düzenlenmesi amacıyla çalışmalarını sürdüren komisyonda, AYM'nin yasama organı tarafından kabul edilen kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyen özel bir yargı organı olması bakımından bu mahkeme başkanına devlet protokolünde verilen yerin normal olduğu, Anayasa'da yargı erki yürütmeden sonra geldiğine göre yüksek yargı organlarının Bakanlar Kurulu'ndan (BK) sonra gelmesi gerektiği ancak yargı erkini temsilen yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Yüksek Askeri İdare Mahkemesi başkanlarının genelkurmay başkanından sonra ve BK'den önce yer alabilecekleri, Cumhuriyet başsavcısı ve Danıştay başkanı sözcüsünün diğer yargı organları başkanları ile birlik-

³⁷ Yeni Yönetmelik'te 39'uncu sırada...

³⁸ http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t16/c029/b010/cs_160290100180.pdf (23 Şubat 2015).

te BK'den sonra bulunabilecekleri görüşü Yargıtay dâhil diğer bütün temsilciler tarafından benimsenmiş ve kabul görmüştür. Ancak genelkurmay başkanlığınca askeri jiyerarşi bakımından tuğgeneral olan Askeri Yargıtay başkanı ve tümgeneral rütbesindeki Yüksek Askeri İdare Mahkemesi başkanının kuvvet komutanlarının önüne geçmeleri düşünülemeyeceğinden bunların askeri erkân meyanında rütbelerine uygun sıralarda yer almaları talep edilmiş olduğundan bu husus da göznünde turularak yapılan yeni sıralamada Yargıtay ve Danıştay başkanlarına, AYM başkanı ve genelkurmay başkanı ile birlikte başbakan ve ana muhalefet başkanından sonra 6'ncı sırada yer verilmiş bulunmaktadır."³⁹

Çağlayangil'in açıklamasına göre AYM'ye diğer yargı organları karşısında öncelik verilmesini gerektiren husus, yasama organınca kabul edilen kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektir. Millet adına yetki kullanarak vatandaşın açtığı davaların temyiz merci olarak görev yapan Yargıtay ve Danıştay'ın başkanları, kurumlarının yaptıkları işin önem derecesi nedeniyle AYM başkanından sonra gelmektedir. AYM'nin önceliği, denetlediği işin yasama organı faaliyeti olmasından kaynaklanmaktadır. Çağlayangil'in bir diğer yaklaşımı, anayasada erkeklerin düzenleniş sırasına göre protokol sıralamasının belirlendiğidir. Anayasa'yı hazırlayan yasama organının, protokol sıralamasının da buna paralel oluşturulacağı gerçeği karşısında yargı erkini, yasama ve yürütme erkinden önce anayasaya yazması beklenemez.

1960-1980 yılları arasında (Cumhurbaşkanı sıralama dışı bırakılarak) uygulanan devlet protokolü sıradüzeninde AYM başkanı 5'inci, Genelkurmay başkanı 6'ncı, Yargıtay başkanı 7'nci sırada iken 12 Eylül 1980 darbesinden sonra Genelkurmay başkanı 4'üncü sıraya yükseltilmiş, AYM başkanı 7'nci, Yargıtay başkanı 8'inci sıraya indirilmiştir.⁴⁰

Yeri gelmişken belirtelim; protokol sıralamasında genelkurmay başkanı Arjantin ve Brezilya'da 11'inci,⁴¹ Hindistan'da 12'nci, Fransa'da

³⁹ http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t16/c029/b010/cs_160290100180.pdf (23 Şubat 2015).

⁴⁰ 12 Eylül 1980 darbesinden sonraki dönemde Cumhurbaşkanlığı Konsey üyelerinin Cumhurbaşkanından, eski cumhurbaşkanlarının da ana muhalefet partisi başkanından sonra gelmek üzere protokol sıradüzenine dâhil edilmeleri, yüksek mahkeme başkanlarının ikişer sıra gerilemesine yol açmıştır.

⁴¹ Arjantin ve Brezilya gibi vesayetçi demokrasi örneklerini teşkil eden ülkelerde ise

19'uncu,⁴² Yeni Zelanda ve Polonya'da 20'nci, İspanya'da 24'üncü, İtalya'da 25'inci, Kanada'da 29'uncu, Avustralya'da 37'nci sıradadır.⁴³ Amerika Birleşik Devletleri'nde askeri kurumları temsil eden kişiler, devlet protokolü önde gelme sırasının en sonuna dizilirler. Protokol önde gelme sırası, seçilmişlerin ve hukuk devletinin öne çıkarılmasını sağlayacak şekilde düzenlenir ve otoriter ve totaliter yapıların ayrılmaz parçasını oluşturan devletin zor kullanan kurumlarının temsilini sona bırakır.⁴⁴

Türkiye'de askeri darbeler, askerin üstünlüğünü ve vesayetçi durumunu pekiştirmek amacıyla protokol önde gelme sırasında askerleri, seçilmişlerin ve hukuk devletinin temsilcilerinin de önüne yerleştirmiştir.⁴⁵ Her askeri darbe, askeri yukarıya çıkarmış, seçilmişleri aşağıya indirmiştir. 1960 yılına kadar Türkiye'de seçilmişler (milletvekilleri) 4'üncü sırada iken bugün 21'inci sırada yer almaktadırlar.⁴⁶

8 Mayıs 2008'de Cumhurbaşkanı Abdullah Gül tarafından onaylanarak yürürlüğe giren yeni protokol listesinde AYM başkanı 6'ncı, Yargıtay başkanı 7'nci, Danıştay başkanı ise 8'inci sıraya yükseltilirken Yargıtay ve Danıştay daire başkan ve üyeleri, Cumhurbaşkanlığı ve TBMM Genel Sekreter yardımcılarının gerisine alınmışlardır.

Bu düzenleme yargı camiasında büyük rahatsızlık yaratmıştır. 12 Ekim 1998 yılında 9. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'in onayından geçen protokol listesinde, 14 Aralık 2005'te "Değişiklik", 8 Mayıs 2008'de de "düzeltme" adı altında yapılan değişiklikler sonrasında yargı mensuplarının alt sıralarda kalması dikkati çekmiştir. 2005 listesinde 50. sırada bulunan TBMM Genel Sekreteri, 16 basamak yükselti- lerek yeni listede (8 Mayıs 2008) 34. sıraya konulmuş, Cumhurbaşkanlığı genel sekreter yardımcıları 52 olan protokol sıralarını korurken, TBMM Genel Sekreter yardımcıları da 53. sırada yer almışlardır. Buna karşın, Yargıtay daire başkan ve üyelerinin 56 olan sıraları 57'ye, Da-

ordunun protokol düzenindeki temsili, hukuk devletini temsil eden kurumlar ve hatta bazen seçimle yönetilen kurumların önüne geçirilmiştir (Akman).

⁴² Fransa Cumhuriyeti'nde devlet protokol listesi, yönetimleri seçimle belirlenen kurumları öne çıkarırken, hukukun üstünlüğünü temsil eden kurumları ondan sonra sıralar. Devletin zor kullanan güçlerini ise sona bırakır (Akman).

⁴³ http://en.wikipedia.org/wiki/Order_of_precedence (09 Şubat 2015).

⁴⁴ Akman.

⁴⁵ Akman.

⁴⁶ Aytürk, s. 44.

niştay daire başkan ve üyelerinin 57 olan sıraları 58'e, Sayıştay Daire Başkan ve üyelerinin 58 olan sıraları ise 59'a kaydırılmıştır. Yargıtay Daire Başkan ve üyelerinin 1998'den önce 53 olan sıralarınının 2005'te 56'ya, 2008'de ise 57'ye itilmesiyle yargı mensupları 1998'den bu yana dört sıra geriye gitmişlerdir.⁴⁷

Önceki yönetmelikte art arda sıralanan AYM başkanı (6) ile Yargıtay (7) ve Danıştay (8) başkanları arasına yeni Yönetmelikte başbakan yardımcıları (7) sokulmuş, Yargıtay başkanı 8'inci, Danıştay başkanı 9'uncu sıraya indirilmiştir.

4. Adli Protokol

Adli protokol, yargı organlarında ve adli kuruluşlarda düzenlenen törenlerde ve toplantılarda uygulanan törensel ve biçimsel davranış kuralları ile yargı mensuplarının kıyafetleri, davalar ve adli yazışmalar konularında uygulanan kurallar bütünüdür. Söz konusu protokol kuralları adli mevzuatta yer almakta, adli gelenek ve kültür olarak uygulanmaktadır.⁴⁸

Yüksek yargı organları ve adli makamlar protokol sıradüzeni şu şekildedir: AYM başkanı, Yargıtay 1'inci başkanı, Danıştay 1'inci başkanı, Sayıştay başkanı, Yargıtay Cumhuriyet başsavcısı, TBB başkanı, Danıştay başsavcısı, AYM başkan vekili, Uyuşmazlık Mahkemesi başkanı, AYM üyeleri, Yargıtay 1'inci başkan vekilleri, Danıştay başkan vekilleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu başkan vekili, Yargıtay Cumhuriyet başsavcı vekili...

⁴⁷ Yargı çevreleri "Aday adayları bile önümüzde" diyerek protokol listesine tepki göstermiştir. Bir yargı mensubu; "Anayasal düzenlemede, yasama, yürütme ve yargı üç temel erk olarak yer almaktadır. Bu nedenle yargı erkinin de devlet protokolü içinde yer alması zorunludur. Ancak bulunacağı yerin konum ve saygınlığı ile mütenasip olması da gereklidir. Adalet Bakanlığı müsteşarı ile müsteşar yardımcısı, valiler Yargıtay ve Danıştay üyeliği için aday adayları oldukları halde protokol sıralamasında bu mahkemelerin daire başkan ve üyelerinin önünde yer almışlardır. Yargıtay üyelerinden müteşekkil birinci Başkanlık Kurulu huzurunda yemin eden Rekabet Kurulu başkanı ve Sermaye Piyasası Kurulu başkanına Yargıtay daire başkan ve üyelerinin önünde yer verilmiştir. Yargıtay ve Danıştay Başkanları YÖK Başkanının önünde olduğundan doğal olarak Yargıtay ve Danıştay üyelerinin YÖK üyelerinin önünde olması gerekirken gerisinde yer almışlardır. Oysa yüksek mahkeme üyeleri anayasal bir devlet erki kullanırken, anılan kurulun üyeleri idari bir kuruluşu oluşturmaktadır."

(<http://www.memurlar.net/haber/113793/>)
⁴⁸ Aytürk, s. 75.

5. İl Protokolü

Başkent dışındaki illerde uygulanan protokol sıradüzeni (mülga) Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Hakkında Yönetmelik⁴⁹ ekinde “İl Protokol Listesi” olarak yer almakta idi. Söz konusu Yönetmelik, 16.04.2012 tarihli Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır (m. 10). Başkent dışındaki illerde uygulanacak tebrikata giriş sırası Yönetmelik ekinde “Başkent Dışındaki İllerde Tebrikata Giriş Sırası” olarak belirtilmiştir.

Başkent dışındaki illerde tebrikatı vali kabul eder. TBMM Başkanı, başbakan veya bakanların törene katılması durumunda; Cumhuriyet Bayramı ve Zafer Bayramı tebrikatını, mahalli mülki amir ile birlikte kabul eder ve önde yer alırlar (m. 4/a). Bu kişilere şeref tribününde mahalli mülki amirden önce yer verilir (m. 4/b). Resmi bayramlarda tebrikat sırasının en önünde TBMM üyeleri yer almaktadır. Ardından sırasıyla mahallin en büyük komutanı, general ve amiraller, garnizon komutanı, büyükşehir belediye başkanı, bakan yardımcısı, il belediye başkanı, Cumhuriyet başsavcısı, adli yargı adalet komisyonu başkanı, bölge adliye ve bölge idare mahkemesi (BİM) başkanları, bölge adliye mahkemesi (BAM) Cumhuriyet başsavcısı, idare ve vergi mahkemeleri başkanları, üniversite rektörleri, baro başkanı, vali yardımcısı, kaymakamlar, il genel kolluğunun en üst amirleri, il genel meclisi başkanı ile ilçe belediye başkanları, rektör yardımcısı, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okul müdürleri, genel ve özel bütçeli kuruluşların üst yöneticileri, valilikçe belirlenecek sayıda, garnizon komutanınca tespit edilecek silahlı kuvvetler mensupları ile yargıçlar, savcılar, noter odası başkanı gelmektedir.⁵⁰

⁴⁹ 01.10.1981 tarih ve 17475 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

⁵⁰ Yargıçlar il/ilçe protokolünde noter odası başkanı/noterler ile denk tutulmuşlardır. Bu iki meslek grubunun hukuk fakültesinden mezun olmak dışında hiçbir ortak noktaları yoktur. Hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirme işi yapan (1512 sayılı Noterlik Kanunu m.1), adam çalıştıran, mekân kiralayıp vergi ödeyen noterlik kurumu ile Türk milleti adına yargı yetkisi kullanan, anayasal üç erkten birinin temsilcisi sıfatını haiz yargıçlık eşit statüde değildir. Öyle olsaydı ilk kez noterliğe başlayan noterlere (1512 SK m. 37) ve noter kâtiplerine (Noterlik Kanunu Yönetmeliği m. 74) yargıçların yemin ettirmesine gerek kalmaz, noter dairesindeki belgelerden örnek verilmesi yargıç iznine bağlanmaz (1512 SK m. 95), noter defterleri yargıç tarafından onaylanmaz (Noterlik Kanunu Yönetmeliği m. 47), noterler bu işlemleri kendileri yapabilirlerdi.

6. İlçe Protokolü

İlçe protokolü, anılan Yönetmelik ekindeki “Başkent Dışındaki İllerde Tebrikata Giriş Sırası” başlığı altına “Not” düşülerek düzenlenmiştir. “Not”un 2’nci maddesine göre ilçelerde tebrikata giriş sırası ildeki sıraya göre belirlenir. Bu durumda ilçede yapılacak resmi bayram törenlerinde tebrikatı kaymakam kabul edecektir. Tebrikata giriş sırası ise şu şekilde olacaktır: TBMM üyeleri, mahallin en büyük komutanı, general ve amiraller, garnizon komutanı, ilçe belediye başkanı, Cumhuriyet başsavcısı, adli yargı adalet komisyonu başkanı (adli bakımdan ağır ceza merkezi konumunda olan yerlerde), ilçe genel kolluğunun en üst amirleri, enstitü ve yüksekokul müdürleri, genel ve özel bütçeli kuruluşların üst yöneticileri, kaymakamlıkça belirlenecek sayıda, garnizon komutanınca tespit edilecek silahlı kuvvetler mensupları, yargıçlar, savcılar, noter odası başkanı...

Öncelikli mesele, Cumhuriyet başsavcısının tebrikata giriş sırasında yargıyı mı, Adalet Bakanlığını mı yoksa adliyeyi mi temsil ettiği. Bu aşamada, CBS kurumunun tanımı, kuruluşu ve görevleri ile Cumhuriyet savcılarının statüsü üzerinde durmak ve yürütme ve yargı erklerinden hangisi içinde mütalaa edildiğini tartışmak gerekir.

7. Cumhuriyet Başsavcılığının Tanımı, Kuruluşu ve Görevleri

7.1. Cumhuriyet Başsavcılığının Tanımı

CBS; kamu hukukunun savunulması, ceza davalarına ilişkin hüküm ve kararlarla ilgili yazılı düşünce belirtilmesi, duruşmalara katılıp görüş bildirilmesi, ceza mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yoluna başvurulması görevlerini yerine getirmek üzere mahkeme nezdinde kurulan bir kurumdur.

Bu kurum adına hareket eden kişiye Cumhuriyet savcısı denir. Cumhuriyet savcısı, suç haberini alır almaz, kamu adına, şüpheli veya sanığın, sadece gerektiğinde değil her zaman lehine olarak araştırma ve soruşturma işlemlerine girişmek, suç şüphesi yeterli yoğunluğa ulaştığında iddianame düzenlemek, düzenlediği iddianamenin iade edilmemesi halinde açılmış olan kamu davasını yürütmek ve nihayet mahkemenin verdiği kararları yerine getirmek mecburiyetinde olan ve kimilerine göre yasama, yürütme ve yargı erklerinden yürütme içinde yer alan bir devlet memurudur.⁵¹

⁵¹ Bahri Öztürk ve Mustafa R. Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Yeni

Savcılığın en önemli görevi olan “iddia”, yargılama makamının yargılayacağı uyuşmazlığı onun önüne getirmek ve orada tutmaktır. Bu nedenle savcı, ceza yargılaması faaliyeti içinde yargıçtan sonra gelen en önemli öznedir. Yargıç, önüne getirilen ceza uyuşmazlığını çözen kişi olarak birinci planda rol oynarken, onun önüne uyuşmazlığı getiren ve bunun için gerekli araştırma ve hazırlığı yapan savcının da önemli rolü inkâr edilemez. Ceza yargılaması içinde savcı iddia faaliyetini yürüten öznedir.⁵²

7.2. Kuruluşu

08.04.1924 tarih ve 469 sayılı Mehakimi Şer’iyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muadil Kanunu ilga eden, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun⁵³ savcılığın görev ve yetkileri ile teşkilatlanmasına açıklık getirmiştir. Kanunla, adli yargı ilk derece mahkemeleri ile BAM’lerin kuruluş, görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Kanun’un 8 ve 9’uncu maddelerinde ceza mahkemeleri ve kuruluşu, 10, 11 ve 12’nci maddelerinde sulh ceza hâkimliği ile asliye ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri, 15’inci maddesinde ise ceza mahkemelerinin yargı çevresi düzenlenmiştir. CBS’ler, mahkemeler çevresinde örgütlendikleri için bu düzenleme savcılın teşkilatlanmasını doğrudan etkilemektedir.

Kanun’un 16’ncı maddesinde “Mahkeme kuruluşu bulunan her il merkezi ve ilçede o il veya ilçenin adı ile anılan bir CBS kurulur” denilerek, CBS’lerin mahkemeler çevresinde kurulacağı açıklanmıştır. Aynı maddenin 2’nci fıkrasında her CBS’de bir Cumhuriyet başsavcısı ile yeteri kadar Cumhuriyet savcısı bulunacağı belirtilmiştir.

Savcılıklar, mahkeme makamı yanında görev yaparlar. Yargıçlık makamı yanında ayrıca savcılık yoktur. İddia görevini, yargıcın bağlı olduğu ya da yanında bulunduğu mahkemenin savcılığı yapar.⁵⁴

7.3. Görevleri

Çağdaş anlamda savcılık kurumunun görevleri; kamu davası açmak, ceza davalarının büyük bir kısmında kamu adına iddia maka-

CMK’ya Göre Yenilenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 270.

⁵² TÜSİAD, Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD Yayını, Ankara, Kasım 1998, s. 33.

⁵³ 07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

⁵⁴ Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 180.

mını temsil etmek, kamu düzeninin kanunda açıkça gerekli kıldığı hallerde hukuk davalarını açmak, açılmış olan davalara katılmak ve verilen hükümlerin infazını sağlamak olarak sıralanabilir.⁵⁵

5235 SK'nin 17'nci maddesinde CBS'nin adli görevleri şu şekilde sıralanmıştır:

- a. Kamu davasının açılmasına yer olup olmadığına karar vermek üzere soruşturma yapmak veya yaptırmak,
- b. Suç işlendiğine dair yeterli dayanak noktaları bulunduğu savcı kamu davası açmaya gerek olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür. Araştırma tamamlandıktan sonra kamu davası açmaya yeterli delile ulaşırsa iddianame düzenleyerek kamu davası açar. Yeterli delile ulaşamamışsa takipsizlik kararı verir.⁵⁶
- c. Kanun hükümlerine göre yargılama faaliyetlerini kamu adına izlemek, bunlara katılmak ve gerektiğinde kanun yollarına başvurmak,
- d. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

7.3.1. Cumhuriyet Başsavcısının Görevleri

5235 SK'nin 18'inci maddesinde Cumhuriyet başsavcısının görevleri sayılmıştır:

- a) CBS'yi temsil etmek (5235 SK m. 18/1-1),
- b) CBS'nin verimli, uyumlu ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamak, iş bölümü yapmak (5235 SK m. 18/1-2,3.)
- c) Gerektiğinde adli göreve ilişkin işlemler yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak (5235 SK m. 18/1-4),
- ç) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak (5235 SK m. 18/1-5).

7.3.2. Cumhuriyet Savcısının Görevleri

Cumhuriyet savcısının görevleri şunlardır:

- a. Adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak,

⁵⁵ Mustafa Saldırım, Cumhuriyet Savcısının Denetim Görevi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 5.

⁵⁶ Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 83.

- b. Cumhuriyet başsavcısı tarafından verilen adli ve idari görevleri yerine getirmek,
- c. Gerekliğinde Cumhuriyet başsavcısına vekâlet etmek,
- d. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

7.4. Cumhuriyet Savcılarının Statüsü

Ülkemizde, her asliye ve ağır ceza mahkemesi yanında bir savcılık örgütü bulunmaktadır. Yani savcılık teşkilatı mahkemelerin yanındadır, teşkilat olarak tektir. Mahkemeler ile savcılık arasında astlık üstlük ilişkisi yoktur. Birbirlerine emir veremezler. Cumhuriyet savcısı mesleki yönden yargıci denetleyemez. Mahkeme ve yargıç kararlarına karşı yasa yoluna başvurma yetkisi, yargıçları denetleme anlamı taşımaz. Uyuşmazlığın üst mahkemeye götürülmesi, gerçeğin ortaya çıkarılması amacına yöneliktir, yargıci denetleme amacı güdülmemiştir.⁵⁷

Ceza muhakemesi süjesi olarak savcının hukuki niteliği konusunda görüş birliği yoktur. Adli mi yoksa idari bir organ mı olduğu, işlemlerinin mahiyeti, taraf olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Konuya ilişkin doktrin ve uygulamadaki görüşler şöyledir:

Selçuk'a göre savcılık karar organı değildir, iddia organıdır. Suçu, suçluyu araştırır, bulursa cezalandırılmasını ister, karar veremez. Savcı talep eder, yargıç hükmeder. Savcının vermiş olduğu karar, bir yargı organı kararı değildir, ulaştığı sonuçtur. Eğer yargı kararı olsaydı vermiş olduğu takipsizlik kararından vazgeçmemesi gerekirdi.⁵⁸

Soyaslan, savcının yürütme erkinin temsilcisi olduğu görüşündedir.⁵⁹ Yurtcan, devletin temel erkleri, yasama, yürütme, yargı olarak ayrıldığında, savcının yaptığı işin yürütme erki içinde düşünülmesi gerektiğini ileri sürer.⁶⁰ Artuk ve Yenidünya'ya göre günümüz ceza yargılamasının iddia, savunma ve yargı makamı olmak üzere üç süjesi vardır ve savcı, yürütmenin bir görevlisi durumundadır.⁶¹ Kunter,

⁵⁷ Sedat Bakıcı, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2000, s. 114-115.

⁵⁸ Sami Selçuk, "Hukuk ve Yargıda İyileştirme Üzerine", Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl: 2, Sayı 10, Ankara, Ağustos 1996, ss. 561-573, s. 563.

⁵⁹ Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.176, 177.

⁶⁰ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 250, 256-258.

⁶¹ M. Emin Artuk ve A. Caner Yenidünya. "Batı ve Türk Hukuklarında Savcılığın

Yenisey ve Nuhuğlu, savcının görevinin, devletin üç ana görevinden biri olan yürütme içinde mütalaa edilebileceğini belirtir.⁶² Öztürk ve Erdem'e göre savcı, yasama, yürütme ve yargı erklerinden yürütme içinde yer alan bir devlet memurudur. Savcılar bağımsız değildir, özerktir. Çünkü onlar yürütme erki içinde yer alırlar ve bunlar için hiyerarşi söz konusudur.⁶³

Köni, erkler ayrılığı ve bu ilkenin sonucu olarak yargı ile yürütme organı arasındaki bağıllık sebebi ile savcılığın, mahkemeler nezdinde yürütmeyi temsil eden bir organ olduğu görüşündedir.⁶⁴ Bakıcı, savcının, iddia görevi yapmakla yürütme gücü içinde yer aldığını belirtir.⁶⁵ Aydın'a göre ceza muhakemesinde savcı, yürütme erki içinde yer alan bir devlet memuru,⁶⁶ Kardeş'a göre ise yürütmeye bağlı idare organizasyonunun bir parçasıdır.⁶⁷

Savcının, yargı organı sayılması gerektiği yönünde görüşler de vardır. Örneğin Centel'e göre savcının yürüttüğü iddia faaliyeti, adalete ilişkin bir faaliyettir. Zira adalete dair tek faaliyet yargılama faaliyeti değildir. Savcılık, ceza muhakemesinde toplumsal iddia makamını işgal etmek ve yasaların uygulanmasını denetlemek suretiyle adalete ilişkin yetkileri kullanmakta ve bu anlamda bir adalet organı olmaktadır. Savcı, yargıcın yanında ve onunla birlikte adaleti gerçekleştirme amacına ulaşmaya çalışan bir süjedir.⁶⁸ Centel, Zafer ile birlikte hazırladığı bir başka eserinde ise savcılığın yürüttüğü iddia faaliyetinin, yürütme faaliyeti olduğunu belirtmektedir. Savcılık, yargıçlık ile aynı yasada düzenlense ve ona benzetilmeye çalışılsa da sonuçta yargının değil, yürütmenin bir parçasıdır.⁶⁹

Dünü ve Bugünü Üzerine Bir İnceleme", *İstanbul Barosu Dergisi*. C.76, S.1-2-3, 2002, s. 3.

⁶² Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2006, s. 173, 376, 385.

⁶³ Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 270, 279.

⁶⁴ Burhan Köni, *Ceza Muhakemesi Ders Notları*, Ankara, 1960-1961, s. 28.

⁶⁵ Bakıcı, s. 115.

⁶⁶ Murat Aydın, *Kamu Davasının Açılması ve İddianame*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 60.

⁶⁷ Ümit Kardeş "Yargılamanın Üç Ayağı", *Radikal*, 8 Şubat 2006.

⁶⁸ Nur Centel, "Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma", *Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu*, Ankara: 7-9 Temmuz 2006, ss. 186-219, TBB Yayınları, Ankara, Ekim 2006, s. 193.

⁶⁹ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul,

Keyman'a göre savcılık, mutlak gerçeğin ortaya çıkarılması ve kanunların uygulanması bakımından üstlenmiş olduğu görev nedeniyle adaletin gerçekleşmesi için çalışır. Savcıların vermekte oldukları mütalaaların yargısal nitelik taşımaları da, yine bu teşkilatın yargısal bir organ sayılmasından kaynaklanmaktadır.⁷⁰ Saldırım da, savcılığın yürütme erki içinde yer aldığı görüşünü reddeder. O'na göre savcılık, mevzuat ve Anayasa temelinde yargı örgütü içerisinde ve adli nitelikte bir kurum olarak kabul edilmelidir.⁷¹

Savcılığın hem adli hem de idari bir organ niteliğinde olduğu yönünde (karma) görüşlere de rastlanmaktadır. Erem, savcıyı yargıca veya taraflara yaklaştırmak düşüncesine her zaman tesadüf olduğunu belirtir: *"Bu iki istikametten birincisini seçmek savcıyı bir çeşit yargıç yerine getirmek olur. 'Dava' ile 'hüküm'ü ayırmak isteğinin ve zaruretinin karşılanması imkânsız hale gelir. Buna mukabil, savcıya kendi menfaatleri için hareket eden bir 'taraf' demek de mümkün görülmemektedir. Savcının taraf olup olmadığı yolundaki tartışmada bir fayda yoktur. Savcı 'adli görev' ifa eden bir organdan ibarettir."*⁷²

Güzel'e göre savcı, yargı merci değildir ancak hem idari hem de adli organ niteliği bulunan, suç duyurusu veya yakınması üzerine devlet adına kamusal nitelikte soruşturmaya geçen ve dava açtığı da "iddia, savunma, karar" şeklinde kolektif bir süreç olan muhakemenin iddia tarafını oluşturan bir organdır.⁷³

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.11.2007 tarih, 2007/5-83 esas, 2007/244 karar sayılı ilâmında, *"...Her ne kadar yargıçlık ve savcılık ayrı görevler olarak görülmekte ise de; Türk hukuk sisteminde gerek sadece HSYK'nin uygun bulmasıyla yargıçların savcı, savcıların yargıç olarak atanmalarının mümkün bulunması, gerekse savcıların şüphelinin hem lehine, hem de aleyhine olan delilleri toplamalarının zorunlu olması nedeniyle, yargıç ve savcıların taşımaları gereken özellikler ve uymaları gereken meslek kuralları*

2003, s. 87.

⁷⁰ Selahattin Keyman, Ceza Muhakemesinde Savcılık, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 70.

⁷¹ Saldırım, s. 18-24.

⁷² Faruk Erem, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996, s. 371.

⁷³ Ali Güzel, "Adil / Düzgün Yargılanma Hakkı ve Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma", Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara, 7-9 Temmuz 2006, TBB Yayınları, Ekim 2006, ss. 249-274, s. 253.

açısından yargıçlar ile savcılar arasında önemli bir fark bulunmamaktadır” hükmüne varmıştır.⁷⁴

AYM, yargıçların tarafsız oldukları, savcılarının ise davanın tarafı, yani davacı durumunda buldukları görüşünü doğru bulmamaktadır. Mahkeme, 18.12.1967 T., 1966/31 E. ve 1967/45 K. sayılı kararında; “... Çünkü kişiliği ile ilgili bir uyumsuzluk olmadıkça bir davada taraftan söz edilemez. Savcı da, yargıç gibi kanun ile belli işler gören bir devlet görevlisidir.” görüşüne yer vermiştir. Anılan karara yazılan iki karşı oydan ilkinde savcılarının, yargıçlar gibi yansız olmayıp davada birer taraf oldukları belirtilerek ceza kanunlarının yürütülmesi hükümete ait bulunduğu ve savcılar ceza kanunlarının yürütülmesi ve uygulanmasında görev alıp kamu adına dava açtıklarına göre yaptıkları işlerin, hükümetin görevlerinden bir bölümü olduğu savunulmuştur. İkinci karşı oyda ise Anayasa’nın 7’nci ve 132’nci maddelerine atıf yapılarak yargı işlerini gören temel görevlilerin yargıçlar olduğu belirtildikten sonra şu görüşlere yer verilmiştir:

“Yargıçların bu yetkileri genel ve ilkeldir. Uyumsuzluğu çözmeyen, yargı yetkisini kullanmayan savcının yargı görevi ise genel ve ilkel nitelikte değildir; o yürütme organından buyruk alır. Ceza kanunlarının yürütülmesinde ve uygulanmasında yürütme organının görevi alanına giren işleri belli bir usul çerçevesinde yapmak zorunda bulunan savcının görevi, icraî nitelikte, bir takım işleri bakımından idarî niteliktedir. Yalnız savcının yaptığı soruşturmalar ve tespitler, olayın uyduğu kanun maddesini belli edip buna göre gereken kararın verilmesine ilişkin istemleri, aynı zamanda yargı yetkisinin kullanılmasına bir hazırlık ve yardım olması bakımından, dolayısıyla bir yargı görevi niteliğini taşımaktadır. Anayasa’nın savcılarda var olduğunu kabul ettiği yargı görevi, bu niteliktedir.”⁷⁵

Öğretide ağırlıklı olarak kabul gören yaklaşım, savcılığın yürütme erki içinde yer aldığı yönündedir. Savcılık makamını yürütme içinde görenlerin gerekçelerinden biri de, yargı ile yürütme ilişkileri doğrultusunda savcılığın, mahkemeler nezdinde yürütmeyi temsil eden bir organ olduğudur. Diğer gerekçeye göre devlet adına dava açılması bir idari faaliyettir. Bir başka gerekçe de, savcılık ve yargıçlık makamları-

⁷⁴ Adliye Personeli El Kitabı, Ankara, Eylül 2009, <http://www.hukukiyardim.gov.tr/kitap.pdf> (09 Mart 2015), s. 34.

⁷⁵ 18.04.1968 tarih ve 12878 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

nı iki ayrı süjenin işgal etmesinin, bunların ayrı niteliklerde bulunmasını zorunlu kıldığıdır.⁷⁶

8. Temsilde ve Temsilci Seçiminde Hata

Cumhuriyet savcısının hangi erke tabi olduğuna ilişkin görüşlerin ardından Cumhuriyet başsavcısının tebrikata giriş sırasında yargıyı mı, Adalet Bakanlığı'nı mı yoksa adliye mi temsil ettiği tartışılmalıdır. Cumhuriyet başsavcısını bu rollerden birine büründürme gayretleri göze çarpmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki halk ve bürokrasi nazarında Cumhuriyet başsavcısı törenlere yargıyı ve adliye mi temsil eden katılmaktadır. Ancak CBS'nin yürütme organına dâhil olduğu yönündeki baskın görüş dikkate alındığında Cumhuriyet başsavcısının yargıyı temsil etmediği izahından varestedir. Keza Anayasa'nın 9'uncu maddesi uyarınca yargı yetkisi bağımsız mahkemelerce kullanılır. Mahkemenin asli unsuru ise yargıdır. Zaman zaman mahkeme ve yargıçlık terimlerinin birbiri yerine kullanılması bu nedenden ötürüdür (Örn. İcra hukuk mahkemesi yerine icra hukuk hâkimliği gibi). 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 9'uncu ve 27/2'nci maddeleri hükümleri gereği Adalet Bakanlığı'nın ildeki temsilcisi vali, ilçedeki temsilcisi kaymakamdır. Bu nedenle Cumhuriyet başsavcısının Adalet Bakanlığı'nı temsilen protokolde bulunduğu savı da yerinde değildir. Öte yandan Cumhuriyet başsavcısının adliye mi temsil ettiği görüşünün de yasal dayanağı bulunmamaktadır. Herhangi bir mevzuatta, Cumhuriyet başsavcısının adliye mi temsil eden törenlere iştirak edeceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Temsile ilişkin yegâne düzenleme, 5235 SK'nin 34/3'üncü maddesidir. Cumhuriyet başsavcısının maddede sayılan görevlerinden ilki, CBS'yi temsil etmektir. Dolayısıyla Cumhuriyet başsavcısı protokolde, ne yargının, ne Adalet Bakanlığı'nın, ne de adliyenin temsilcisi olarak yer almaktadır. Temsil ettiği kurum CBS'dir. Yukarıda sözünü ettiğimiz anayasal hüküm gereği yargının temsilcisi yargıdır. Fakat Yönetmeliği düzenleyen iradenin bu minvalde düşünmediği, Cumhuriyet başsavcısını yargının temsilcisi addettiği anlaşılmaktadır. Zira başsavcı, mahkemelerin ve dolayısıyla yargının temsilcisi yargıçlar ile

⁷⁶ Tuğrul Katoğlu, "Savcılık Üzerine Düşünceler", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, C. 20, S.177, ss. 21-29, s. 22.

aynı sırayı paylaşmaktadır. Yönetmelik koyucunun iradesi, başsavcının yürütmenin ya da CBS'nin bir temsilcisi olduğu yönünde tecelli etse idi, onu yargıçlarla aynı sıraya değil, tek başına dördüncü veya başka bir sıraya koyardı.

Nevşehir'de görev yaptığı sırada açtığı, yargı mensuplarının protokolde ikinci sırada yer alması gerektiğine yönelik davayla tanınan Balıkesir eski Cumhuriyet başsavcısı Işık Keskin Özbay, "Biz kendimizi Adalet Bakanlığı'nın temsilcisi olarak düşünmüyoruz. Zaten cezaevi müdürleri Bakanlığın temsilcisi olarak protokolde bulunuyor. Adalet Bakanlığı, yürütmenin bir koludur. Yürütmeyi de vilayette valiler temsil etmektedir. Biz yargı erkini temsilcisiyiz" demiştir.⁷⁷

Cumhuriyet başsavcısının yargı erkini temsil ettiği konusunda Özbay'a katılmıyoruz. Yukarıda belirttiğimiz üzere Cumhuriyet başsavcısı tebrikata giriş sırasında yargının değil, CBS'nin temsilcisi sıfatıyla yer almaktadır. Karar makamı dururken yargı erkini iddia makamının temsil etmesi evrensel ilkelere uygun düşmediği gibi aksi öngörülse idi, başkentte uygulanan tebrikata giriş sırasında da yargı erkini mahkeme başkanları değil, Yargıtay Cumhuriyet başsavcısı temsil ederdi. Oysa mahkeme başkanları protokolün 6, 8 ve 9'uncu sırasında yer alırken Yargıtay Cumhuriyet başsavcısı 24'üncü sırada yer almaktadır.

Yeni Yönetmeliğin yürürlüğü öncesi dönemde başkent dışındaki illerde uygulanan protokol, mülga Yönetmelik ekinde "İl Protokol Listesi" olarak yer almakta idi. Ancak Yönetmeliğin Ankara dışındaki törenlerde Cumhuriyet başsavcıları ve beraberindekileri beşinci sıraya yerleştiren hükmü Balıkesir eski Cumhuriyet Başsavcısı Işık Keskin Özbay tarafından açılan dava sonucu Danıştay 10'uncu Dairesi'nin 27.09.2000 tarih ve 1998/6921 esas ve 2000/4825 karar sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararı Danıştay İdari Dava Daireleri Genel

⁷⁷ <http://www.habervitrini.com/gundem/yarginin-protokol-kavgasi-73962/> (09 Mart 2015).

Ancak, dava dilekçesi incelendiğinde, Başsavcının askerlerin protokol sırasındaki yerine itiraz edemediği görülebilir. Bu, askerin geleneksel olarak vesayetçi rol üstlenmesinden ve askere karşı işlem tesis edilmesinden çekinmekle izah edilebilir. Hem devlet protokolünde hem de taşra uygulamalarında, askerlere demokratik temsil kurumları ile hukuk devletini temsil eden kurumlardan önce yer verilmesi, askeri vesayeti pekiştiren bir durum olarak ortada durur (Akman).

Kurulu'nca 23.11.2001 gün ve 2001/2-810 sayılı karar ile onanmıştı.⁷⁸ Karar özetle şu şekildedir: *"Anayasa'nın başlangıç kısmında erk ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu belirtilmiştir. Yukarıda değinildiği gibi erkler ayrılığı ilkesi benimsenerek hazırlanıp yürürlüğe konulan Anayasamızın üçüncü kısmında da devletin temel örgütlenme biçimi 'Cumhuriyetimin Temel Organları' başlığı altında sırayla yasama, yürütme ve yargı olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın da öngördüğü ve erkler ayrılığının esas alındığı bu örgütlenme biçimi dikkate alındığında, ulusal ve resmi bayramlarda ve törenlerde de anılan kurumları (yasama, yürütme, yargı) temsile yetkili olanların belirlenen bu sıraya göre törenlerde yer almaları gerekir. Dolayısıyla yukarıda sayılan ve yargıyı temsile yetkili ve zorunlu olanlara başkent dışındaki ulusal ve resmi bayramlarda belirtilen sıralamaya göre Ek-1 listede yer verilmesi gerekirken, kuvvetler ayrılığı yönünden yargının eşiti olan yürütme organı içinde yer alan ve dava konusu listenin ikinci, üçüncü ve dördüncü sırasında sayılanlardan sonra beşinci sırada yer verilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır."*

İptal kararı ile Cumhuriyet başsavcılarının ve beraberindekilerin protokoldeki yerinin yeniden düzenlenmesi gerekirken yürütme bu alanda yeni bir düzenlemeye gitmemiş, karar gereğince Cumhuriyet başsavcıları mülki amirin yanında yer almamışlar, sadece rektörlerin protokoldeki yeri bir sıra düşürülerek Cumhuriyet başsavcıları ve beraberindekiler dördüncü sıraya yükseltilmiştir.

Öte yandan, yargı erkini ya da adliyeyi Cumhuriyet başsavcısının

⁷⁸ 05.05.2012 tarih ve 28283 sayılı RG'de yayımlanarak Bakanlar Kurulu'nun 16.04.2012 tarih ve 2012/3073 sayılı kararı ile yürürlüğe giren Ulusal ve Resmi Bayramlar ile Mahalli Kurtuluş Günleri, Atatürk Günleri ve Tarihi Günlerde Yapılacak Tören ve Kutlamalar Yönetmeliği'nin bazı maddelerinin iptali istemiyle Danıştay'a açılan 2013/1652 esas sayılı davada Danıştay Savcısı "Dava konusu Yönetmelik ekinde yer alan Başkent Dışındaki İllerde Tebrikata Giriş Sırası başlıklı 1 sayılı listede hâkim ve savcılarının genel ve özel bütçeli kuruluşların üst yöneticileri ile silahlı kuvvetler mensuplarından sonra gelmek üzere listenin 9'uncu sırasına yerleştirilmiş olması devletin temel örgütlenme biçimini yansıtan bir sıralama anlayışına aykırı olduğundan iptali gerekmektedir. Öte yandan dava konusu listenin 4'üncü sırasında yer alan ve yargıyı temsil edenler arasındaki yataş sıralamanın yargıyı temsil edenlerin hukuki statülerine ve sahip oldukları yetki ve konumlarına göre oluşturulmaması sebebiyle iptali gerekmektedir." şeklinde görüş bildirmiştir.

temsil edip etmediği meselesinin üst yargı tarafından da sorgulanmadığı görülmektedir. Danıştay 10'uncu Dairesi'nin anılan kararında, erkler ayrılığı ilkesinin sonucu olarak tören sıralamasının yasama, yürütme, yargı şeklinde olması gerektiği ifade edilmiş fakat yargıyı kimin temsil ettiği ya da Cumhuriyet başsavcısının yargıyı mı temsil ettiği tartışılmamıştır. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nca verilen onama kararında da konuya değinilmemiştir. Konuya ilişkin tek yorum, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu savcısından gelmiştir. Danıştay savcısı Bilgin Arısan "*Listede 5'inci sırada ise yargıyı temsil eden Cumhuriyet savcısı ve diğer yargı temsilcileri sayılmaktadır*" mütalaasında bulunmak suretiyle yargının Cumhuriyet savcısınca temsil edildiği görüşünü benimsemiş görünmektedir. Oysa kararı veren Danıştay'ı, Danıştay başsavcısı değil, bir yargıç olan Danıştay başkanı (2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 2), aynı şekilde Yargıtay'ı da, Yargıtay başsavcısı değil Yargıtay başkanı temsil etmektedir (2797 sayılı Yargıtay Kanunu, m. 21/1). Buralarda kurumun başsavcı tarafından temsil edilmesi gündeme bile gelmemektedir.

Yüksek yargının yönetimi ve temsiline, ilk derece adli yargı örgütünde niye aynı şekilde uygulanmadığının sebebini devlet geleneğimizde aramak gerekir. Osmanlı'nın yönetim zihniyetini ve topluma bakış açısını neredeyse aynen devralan bugünkü devlet yapımızda değişen tek şey devletin ve dolayısıyla kamu yönetiminin/bürokrasinin amacı ve fonksiyonu olmuştur. Cemaatsel bir toplumsal yapı üzerinde, tüm toplumu kapsayan otoriter bir devlet anlayışı oluşturan Osmanlı, yönetici kadroyu mümkün olduğunca toplumsal kesimden soyutlamıştı. Böylece devlet, doğrudan bir toplumsal desteğe ihtiyaç duymadan kendi kendini yeniden üretebilen bir yapı oluşturmuştu. Bunun doğal sonucu "devletin menfaatlerini" gözeten bir anlayışın egemen olmasıdır. Bu açıdan Cumhuriyet ile birlikte değişen tek şey, devlet/toplum ilişkisindeki öncelik sırası değil, bu önceliğin nasıl sunulduğu ve hangi araçlarla yürütüldüğüdür.⁷⁹ CBS'nin bu menfaatleri gözeten kurumların başında geldiği ve yürütmeye ilişkin de bazı görevler üstlendiği dikkate alındığında mülki, askeri, yerel ve adli idare şeklindeki protokol düzeninin, ülkedeki güç dengesini yansıttığı da

⁷⁹ Erkan Toprak, Etkin ve Demokratik Bir Devlet İçin Türk Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma, Şubat Yayınları, Ankara, Mayıs 2005, s.91.

gözden kaçmamaktadır. Yürütme organı, birimlerini kayırmış, yargıyı ötelemiştir. Danıştay kararı da evrak üzerinde bir temenni olmaktan öteye gidememiştir. Anayasa'nın 138/son maddesi "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*" hükmünü havi olduğu halde idare, Danıştay kararına uymamış, kararı 12 yıl boyunca uygulamamış ve yürürlüğe koyduğu yeni düzenleme ile geçerliliğini sürdüren kararı görmezden gelmiş, yürütmenin bir birimi olan silahlı kuvvetler mensupları, iptal edilen 2'nci sıradaki yerlerini korudukları gibi yeni Yönetmelik'te alt düzey silahlı kuvvetler mensupları için de 8'inci sıra ayrılmıştır.

Yönetmelik'teki düzenleme gereğince bugünkü sistemde yargıyı Cumhuriyet başsavcısı, adalet komisyonu başkanı, BAM başkanı, BAM Cumhuriyet başsavcısı, BİM başkanı, idare ve vergi mahkemesi başkanları temsil etmektedir. Cumhuriyet başsavcısı, il protokolünün dördüncü sırasını, öncegelme kuralı gereğince üyesi olduğu adalet komisyonunun başkanı yargıç ve belirttiğimiz diğer mahkeme başkanı yargıçlarla paylaşmaktadır. Adalet komisyonu başkanı, illerde ve ağır ceza merkezi olan ilçelerde protokolde başsavcının yanında yer almakta ve kimi zaman "Adalet Bakanlığı çelengi" şeklinde anons edilen ve üzerinde CBS yazılı çelenkle törenlere katılmaktadır.⁸⁰ Ağır ceza merkezi olmayan ilçelerde ise yargıç, protokolde, adli konularda verdiği emir ve talimatları yerine getirmek zorunda olan emniyet müdürü ve jandarma komutanından sonra gelmektedir (Ceza Muhakemesi Kanunu m. 98, 119, 127, 163/2, 2803 sayılı Jandarma Vazife ve Selahiyetleri Kanunu m. Ek-5, 2859 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu m. 9, Ek-7). Genel ve özel bütçeli kuruluşların üst düzey yöneticilerine bile ilçenin yargıçlardan daha fazla önem ve değer atfedilmektedir. Törenlere katılan halk da, zihninde, büyükten küçüğe, üstten asta, önemliden önemsiz, güçlüden güçsüze, yetkiliden yetkisize sıraladığı devlet erkânı içinde yargıcı görememekte, adliye yönetimindeki CBS etkisi ve ağırlığı da eklenince yargıç, idari yapının bir parçasıymış gibi halk katında kimilerinden büyük, kimilerinden küçük, kimilerinin astı, kimilerinin üstü biçiminde kategorize edilmektedir.

⁸⁰ 2004-2006 yılları arasından görev yaptığımız Çatak ilçesinin bağlı bulunduğu Van'da, törenlerde kullanılan çelengın üzerinde Van CBS yazmakta idi. Dönemin Adalet Komisyonu Başkanı Halit Eriş'in girişimi üzerine çelenk değiştirilmiştir.

İllerde CBS'yi temsil eden iddia makamındaki Cumhuriyet başsavcısının, "Üst mahkeme" konumundaki BAM başkanının ve Cumhuriyet başsavcısının önünde yer alması bir başka gariplik olarak karşımıza çıkmaktadır. 5235 SK'nin 34/3'üncü maddesine göre mahkemenin temsili görevi BAM başkanına aittir. Üst mahkeme temsilcisine, alt mahkeme nezdinde görev yapan CBS temsilcisinden sonra yer verilmesinin nedenini ancak düzenlemeyi yapanlar bilebilir. Zira bu sıralama mantık kuralları ile açıklanabilecek türden değildir. Yönetmelik koyucunun iradesi, illerde yargının Cumhuriyet başsavcısı tarafından temsili yönünde ise üst mahkeme konumundaki BAM başkanına ve Cumhuriyet başsavcısına il Cumhuriyet başsavcısından önce yer verilmesi gerekirdi. Belirtmek gerekir ki Yönetmelik, çelişkili düzenlemeleri yanında baro başkanının protokoldeki sırası yönünden yasa-ya aykırı bir hüküm içermektedir. Avukatlık Kanunu'nun 76/3'üncü maddesi gereğince baro başkanının protokoldeki yeri Cumhuriyet başsavcısının yanındır. Ancak Yönetmelik'te, Cumhuriyet başsavcısı ve mahkeme başkanları ile baro başkanı arasında üniversite rektörü bulunmaktadır. Yönetmeliğin bu hükmü açıkça kanuna aykırıdır, zira normlar hiyerarşisine göre yönetmelik hükmü kanun hükmüne aykırı olamaz.

Cumhuriyet başsavcısı, adalet komisyonu başkanı, BAM başkanı, BİM başkanı, BAM Cumhuriyet başsavcısı, idare ve vergi mahkemeleri başkanları ile baro başkanı arasındaki ilişki öncelikle sıralaması yani yatay sıralama, eşitler arası önceliği ifade ettiğine göre öndegelme - öncelikle kavramları hakkında yaptığımız açıklamalar da göstermektedir ki, CBS, yargıçlığa ve hatta üst mahkeme başkanlığına nazaran üst unvandır. İl Cumhuriyet savcılarında başsavcı unvanı verilmeden önce, 1 Ekim 1981 tarihli RG'de yayımlanan "Ulusal ve Resmi Bayramlarda Yapılacak Törenler Yönetmeliği"⁸¹ bunun kanıtıdır. Cumhuriyet savcısının protokolün beşinci sırasında yer aldığı bu Yönetmeliğe göre yargıçlar 10'uncu sırayı savcı yardımcılarını ve siyasi parti il başkanları ile paylaşmaktadır. Yargıçlık, savcı yardımcılığı ve siyasi parti il/ilçe başkanlığı mertebesinde görülmektedir. Tarafsızlıkları gereği siyasetten özenle uzak durmaya çalışan yargıçlar siyasetçilerle aynı protokol sırasına yerleştirilmiştir. Protokolün, kamusal yaşamda devlete, kuru-

⁸¹ 01.10.1981 tarih ve 17475 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

ma ve kişiye hak ettiği ve layık olduğu değeri vermek anlamına geldiği göz önüne alındığında Cumhuriyet savcısı ile yargıca verilen değer arasındaki fark da böylece ortaya çıkmaktadır.

Anayasal sisteme ve demokratik teamüllere uymayan (mülga) protokol sıralamasının değiştirilmesi için 1974 yılında İçişleri Bakanlığı'na "Mülki Tören ve Protokol Yönetmeliği" taslağı hazırlanmış, bütün bakanlıkların ve kamu kuruluşlarının görüşleri alınmış ancak yönetmelik yürürlüğe girememiştir. 1986 yılında merkez valilerince hazırlanan "Protokol ve Görgü Kuralları" kitabı ile 05.01.1998 tarihinde merkez valilerinden oluşan komisyonca hazırlanan "Mülki Protokol Yönetmeliği Taslağı" da aynı akıbete uğramıştır.⁸²

1979 yılında Dışişleri Bakanlığı Protokol Dairesi'nce zamanın anayasasına uygun olarak hazırlanan protokol yönetmeliği de 1980 darbesi nedeniyle yürürlüğe girememiştir. Demokratik ülkelerdeki benzerleri örnek alınarak hazırlanan taslak bugün dahi aynen uygulanabilecek hükümler içermektedir. Taslağa göre devlet kurumları resmi tören ve davetlerde anayasal düzenleme paralelinde yasama, yürütme ve yargı organlarının birer temsilcisi tarafından temsil edilecekti. Vali (ilçelerde kaymakam) yürütmeyi temsilen birinci sırada, en kıdemli yargıç yargıyı temsilen ikinci sırada ve nihayet belediye başkanı yasamayı temsilen üçüncü sırada bulunacaktı. Yargının sırası ve temsili açısından yeni bir düzenleme yapılması düşünüldüğünde bu taslağın göz önüne alınması doğru bir uygulama olarak görülebilir. Çünkü bağımsız mahkemeler, barolar ve adliye teşkilatınca kullanılan yargının kimin tarafından temsil edilmesi gerektiği sorunu çözülmüş değildir. Nitekim yargı, CBS adına Cumhuriyet başsavcısı, mahkemeleri temsilen adalet komisyonu başkanı ve avukatları temsilen baro başkanınca temsil ediliyor görünmekte ise de, mevcut durum itibarıyla yargıyı kimin temsil ettiği kesinlik arz etmediği gibi bir kişi tarafından temsili de söz konusu değildir.⁸³

Hali hazırdaki düzenlemeyi öne sürerek mahkemelerin protokolün dördüncü sırasında temsil edildiğini kabul etmek olanaklı değildir. Zira bir sıraya birden fazla kişi yazılırsa, ilk sırada yazılan kişi o

⁸² Aytürk, s. 59.

⁸³ Nafiz Aydın, "Yargı Protokolün Neresinde?", Zaman, 02 Mart 2002, <http://arsiv.zaman.com.tr/2002/03/02/yorumlar/yorum2.htm> (28 Ocak 2015).

sıranın asıl sahibi sayılır. Dördüncü sırada yazılan diğer kişiler törene katılsalar bile beşinci, altıncı sıra temsilcisi muamelesi göreceklerdir. Nitekim uygulama da bu şekildedir. Adli yargı adalet komisyonu başkanının törene katılması durumunda dahi yargının/adliyenin Cumhuriyet savcısı tarafından temsil edildiği anlayışı değişmiş olmaktadır. Ayrıca uygulamada bazı yerlerde mülki amirin inisiyatifıyla protokolün dördüncü sırasına bir koltuk konulsa da, onun yanına beşinci bir koltuk konulmamaktadır. Adalet komisyonu başkanı veya ilçe bazında kıdemli yargıçlar törenlere katıldıklarında kendilerine protokolün arka sıralarında bir yer aramak durumunda kalmaktadırlar.⁸⁴ Bu nedenle komisyon başkanları ve yargıçlar çoğu zaman törenlere katılmamaktadırlar. Zaten çoğunlukla törenlerden haberleri bile olmamaktadır. Zira mülki idare, *“Her örgütü daima kurum amiri yönetici temsil eder”, “Yönetici, birimini ya da kurumunu her yerde ve her zaman üçüncü şahıslara karşı temsil eden kişidir”* anlayışından ve bir kurumda iki amir/yönetici olamayacağı düşüncesinden hareketle törenlerle ilgili sadece CBS’yi muhatap almakta ve bildirimlerini sadece CBS’ye yapmaktadır. Cumhuriyet savcıları da o törenlere yargının ve adliyenin temsilcisi sıfatıyla katılmaktadır. Yargıçların bu etkinliklerde yer almaları, çoğunlukla etkinliği tertipleyen kişi veya kurum amiri ile

⁸⁴ İl ve ilçelerde sıklıkla görülen bu uygulama ile başkentte en yüksek yargıç konumundaki AYM Başkanı’nın muhatap kılınması ulusal basında haber konusu olmuştur. “Genelkurmay’daki devir teslim töreninde protokoldeki yerine tepki gösteren AYM Başkanı Haşim Kılıç, dün de Ankara’daki 30 Ağustos törenine ikinci sırada yer ayrıldığı için katılmadı. Genelkurmay Başkanlığı devir teslim töreninde kendisine ayrılan koltuğun yerini beğenmeyen Kılıç, 30 Ağustos Zafer Bayramı nedeniyle Atatürk Kültür Merkezi’ndeki (AKM) törene de ikinci sıradaki yerini protesto edip gelmedi. Genelkurmay Başkanı İlker Başbuğ’un sabah tebrikleri kabul ettiği törene katıldı, ancak eski hipodrom AKM’deki geçit törenine katılmadı. Yargının protokoldeki yerini protesto etmek için AKM’deki törene katılmaması nedeniyle devlet protokolüne ayrılan şeref locasında protokolün ikinci sırasında ayrılan koltuk boş kaldı. AYM Başkanı her iki törendeki rahatsızlığını anlattı. Çünkü törenine katılmamasının önceki gün Genelkurmay’daki devir teslim töreninde protokoldeki yerinin arkaya alınmasıyla ilgisi olmadığını ısrarla vurgulayan Kılıç, “30 Ağustos törenine oturma düzeninde yasaya, yürütme ve yargı arasındaki eşitlik korumadığı için törene katılmadım. Orada dikkat ederseniz ön sırada Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclis Başkanı ve Genelkurmay Başkanı yer alıyor. Ama yargıdan kimse yok. Yasama, yürütme var ama yargı yok o grupta. Yargıdan birinin olması gerektiğine inanıyorum. Kurumsal tavır değil asla, yapılan yanlışlığın düzeltilmesi için bir ikaz amacıyla katılmadım. İlgililere bunları anlatacağız, görüşeceğiz” dedi. “Yasama ve yürütme önde yargı niye arkada!” <http://www.gazetevatan.com/yasama-ve-yurutme-onde-yargi-niye-arkada-196365-gundem/> (09 Mart 2015)

arasındaki kişisel ilişkiye bağlıdır. Bu konu bazılarınca teferruat olarak nitelendirilebilir ama bir kuruma ve temsilcisine verilen önem bu tür dış belirtilerden hareketle değerlendirilir.⁸⁵

Bu açıklamalarımız, CBS'nin yargı erki içinde düşünülmesi durumunda geçerlidir. Eğer, evrensel ilkeler ve öğretilerdeki baskın görüş nazara alınarak CBS yürütme erki içinde telakki edilirse ortaya çok daha vahim bir tablo çıkmaktadır. Zira devlet erkleri arasındaki sıralamaya aykırı şekilde illerde yapılacak törenlerde yürütmeyi temsilen vali birinci sırada yer alırken onu sırasıyla TBMM üyeleri, mahallin en büyük komutanı, general ve amiraller, garnizon komutanı, büyükşehir belediye başkanı, bakan yardımcısı, il belediye başkanı takip edecektir. Cumhuriyet başsavcısını da saydığımızda, yargının ilk temsilcisi olan adalet komisyonu başkanı yargıcın önünde, yasama ve yürütme erklerinin çok sayıda temsilcisi bulunacaktır. Ağır ceza mahkemesi bulunmayan ilçeler bakımından vehamet daha üst seviyededir (Bkz. Örn. Kocaeli ili, Gölcük ilçesi protokol listesi⁸⁶). Yargıçlar, hiçbir anayasal erk üstlenmemiş meslek yüksekokulu öğretim görevlilerinin, bazen astsubay seviyesindeki askeri görevlilerin, emri altındaki kolluk amirlerinin ve hatta genel ve özel bütçeli kuruluşların üst yöneticilerinin arkasında yer almaktadır.

Halk ve bürokrasi nazarında, Cumhuriyet başsavcısına, yargıçların ve özellikle üst mahkeme başkanının önünde yer verilmesi, onun, yargıçların üstü, amiri konumunda algılanmasına neden olması da üzerinde önemle durulması gereken bir başka sorundur.

Mahkemeler bağımsız olsalar da devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip değildirler. Kendi harcamalarını yönetemezler. Adliyelerde hizmetler merkezden planlanır ve örgütlenir, bütçe merkezden karşılanır, adli personel merkezden yönetilir ve denetlenir. Adli mahkemelerin bina ve donanım ihtiyaçları, personel giderleri Adalet Bakanlığı genel bütçesinden karşılanır.⁸⁷ Bu da yürütmeye doğrudan bir bağlılık durumunu ortaya koymaktadır. Mevcut sisteme

⁸⁵ Ümit Müderrisoğlu, "Nasıl Bir Yargı Reformu?", http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1100.htm (06 Şubat 2015).

⁸⁶ http://www.golcuk.gov.tr/default_B0.aspx?content=54 (07 Şubat 2015).

⁸⁷ Esra E. Kilim, *Türkiye'de Adalet Yönetimi Bağımsız Yargının Sıkı Bağları*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013, s. 122.

göre adliyelerde profesyonel işletmeciliği gerektiren birçok işlem CBS tarafından yerine getirilmekte, bu nedenle de yargıç ve savcıların çalışma odalarının paylaşımı, duruşma salonlarının belirlenmesi, mahkeme kalemlerinin kırtasiye ihtiyaçları, genel temizlik, personelin yemek ve ulaşımı gibi konularda kaçınılmaz olarak aksamalar ve ihtilaflar yaşanmaktadır. Özetle bir adliyedeki yönetim sistemi, Cumhuriyet başsavcılarının kişisel beceri, tercih ve deneyimlerine bağlı olarak şekillenmektedir. Herhangi bir yasada CBS'ye, mahkemeler ve yargıçlarla ilgili idari tasarrufta bulunma yetkisi verilmemiştir. Genelgelerle şekillendirilmeye çalışılan bir sistemin varlığı göze çarpmaktadır. Öte yandan, adliyedeki hizmet aracı, telefon, faks, fotokopi cihazı, kamera, keşif yazıcısı, bilgisayar vb. gereçler CBS'nin izni ile kullanılabilmekte, kimi zaman yargıç odaları başsavcı tarafından değiştirilebilmekte, mahkemeye atanan personelin hangi mekânda çalışacağına başsavcı tarafından karar verilmektedir. Bugün için şehir içi ve şehirlerarası telefon görüşmeleri aynı tarife üzerinden ücretlendirildiği ve il ve ilçelerdeki hemen hemen tüm birim müdürleri şehirlerarası görüşmelere açık telefon hattına sahip oldukları halde yargıçların oda telefonları şehirlerarası görüşmeye kapalıdır. Yargıçlar, görevin gerektirdiği hususlarda dahi çalıştıkları ilin sınırları dışındaki adli birimlerle başsavcının odasındaki telefondan görüşme yapabilmektedirler. Bu gibi konularda inisiyatif tamamen ve fiilen başsavcıya bırakılmıştır. Adliye içindeki bu işleyiş, protokoldeki sıradüzeni, başsavcılara sağlanan makam odası, dinlenme odası, koruma, sekreteryaya gibi ayrıcalıklar ile makam arabası⁸⁸ tahsis edilmesi gibi olanaklar ile birleştiğinde vatandaşın ve il/ilçe bürokrasisinin zihninde oluşan görüntü, yargıçlar aynı olanaklara sahip olmadıkları için mahkemelerin CBS'ye bağlı birer birim, yargıçların da CBS bünyesinde çalışan bir görevli oldukları yönündedir.⁸⁹ Kimseden emir ve talimat almayan, bağımsız mahke-

⁸⁸ 237 sayılı Taşıt Kanunu'nda taşıt adalet teşkilatındaki herhangi bir görevli için makam arabası öngörülmesi değildir. Buna karşın bugün ülkemizde her il Cumhuriyet başsavcısı ile ağır ceza mahkemesi bulunan ilçe adliyelerinde görev yapan Cumhuriyet başsavcılarının araç tahsis edilmiş durumdadır. Kanunen bu araçların makam arabası olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. 237 SK'ye ek 1 ve 2 numaralı cetvellerde hangi görevler için makam arabası tahsis edileceği sınırlı olarak sayılmıştır. Belirtilen görevler arasında CBS yoktur. Bu durumda halen il ve ilçe başsavcıları tarafından kullanılmakta olan araçlar hizmet aracı kategorisinde değerlendirilebilir.

⁸⁹ Ali Altıntaş, Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk

melerin temsilcisi yargıçlarının bu görüntüsü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Delcourt-Belçika⁹⁰ kararında sözünü ettiği ve tek cümleyle “Mahkemenin bağımsız olması yetmez, bağımsız görünmesi de gerekir” (“Justice must not only be done, it must be seen to be done”) yönündeki içtihadına da aykırıdır. İddia makamı temsilcisine, karar makamı temsilcisinin önünde yer vermek doğru değildir zira karar makamı mutlaka iddia ve savunma makamlarından bağımsız ve daha üstün, daha etkili olmalıdır. Bu yargılama diyalektiği için de zorunludur. Yargıç, hiç kimseyle eşit ya da birlikte olamaz, konumu ve önemi nedeniyle o hep üstün irade olarak bağımsız ve güçlü kalmalıdır, çünkü hükmetmek, karar vermek, sorunu çözmek, hiçbir biçimde iddia etmek ve savunmakla eş anlamlı değildir. Yargıcın yükümlülüğü ve sorumluluğu, diğerlerinden farklı olarak son sözü söylemenin ve karar vermenin doğal ağırlığı ve sorumluluğuyla doğru orantılıdır.⁹¹ Bu nedenlerle yargıç, önemi ve konumuna uygun şekilde hem yüceltilmelidir.⁹²

SONUÇ

Protokol sıradüzeninin uygulanış biçimi, eğitim gibi diğer kültürel aktarım araçları yanında, bir siyasal kültürün otoriter, totaliter ya da demokratik olarak gelişmesinde ve kurumsallaşmasında belirleyici olur. Türkiye'nin protokol kuralları ayrıntıları ile ele alındığında; Türk siyasi kurumunun asker-sivil bürokratik vesayet altında bulundurulduğu; oturma düzenlerinin ve davranış kalıplarının buna göre şekillendirildiği ileri sürülebilir.⁹³

Protokolde önde gelme, sıralama düzeninde hiyerarşik olarak önde (üstte) yer alma hakkıdır. Genel olarak bu hak, hukuksal ve yönetsel statüden doğar. Her ülkede, devlet ve kamu kurumlarının ve bu kurumları temsil eden kişilerin resmi unvan, rütbe ve statü sahibi şah-

Hukukunda Adliye Yönetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 384-385.

⁹⁰ Delcourt – Belçika, 2689/65, 17.01.1970 tarihli karar, prg. 31 (Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, 1. Basım, Legal Yayıncılık, C. 1, İstanbul, 2004, s. 67).

⁹¹ Çetin Aşçıoğlu, Doğru ve Güvenli Yargı Özlemi ve Yeniden Yapılanma, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2010, s. 8.

⁹² Özdemir Özek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, TBB Yönetim Kurulu Çalışma Raporu, 21-22 Mayıs 2005, 28. Olağan Genel Kurulu, Antalya, TBB Yayınları: 82 s. 248.

⁹³ Akman.

siyetlerin yer aldığı bir protokol listesi (sıradüzen) vardır. Söz konusu liste, anayasa ve yasalara, teamüllere (ulusal ve kurumsal geleneklere) göre belirlenir. Bu sıralama resmi toplantılarda, törenlerde, resmika-bullerde, davet ve ziyafetlerde titizlikle uygulanır. Protokol sıralaması hiyerarşik bir ast-üst sıralaması olmasa da, ulusal ve/veya kurumsal bir "itibar sıralaması" olması nedeniyle önem taşır⁹⁴

Yargıtay eski başkanlarından Renda'ya göre il ve ilçelerde uygulanan ve yargıçları adeta bir şube müdürü gibi telakki eden protokol düzenlemesi yargıçlar üzerinde onur kırıcı bir durum yaratmaktadır. Gerek toplumun değer yargılarını zedeleyen ve gerekse millet adına adalet dağıtan yargıçların itibarını ve çalışma gücünü sarsan bu uygulamanın bir an önce düzeltilmesi gerekir.⁹⁵ Bu nedenle, il ve ilçe protokolünde yargının temsili Ankara'da uygulanan devlet protokolü sıralamasına ve mahkemeler arasındaki hiyerarşiye uygun hale getirilmelidir. Çünkü yargının, iddia makamı olan Cumhuriyet başsavcı aracılığıyla değil karar makamında yer alan yargıç (BAM bulunan illerde mahkeme başkanı) tarafından temsil edilmesi gerekir. Zira idari görevleri nedeniyle Adalet Bakanlığı'nın denetimi ve gözetimi altında çalışan Cumhuriyet başsavcılarının yürütme ile olan güçlü organik bağları onların yargıyı temsil etmesinin önünde engeldir. Kanımızca doğru çözüm, yargının o yerde görev yapan adalet kğmisyonu başkanı veya en kıdemli yargıç (BAM bulunan illerde BAM başkanı) tarafından temsil edilmesidir. Bu çözüm hem tek bir adalet komisyonu başkanı/kıdemli yargıç (ve BAM başkanı) bulunacağı için pratiktir, hem de tüm yargı organlarınınca da benimsenebilir çözümdür.⁹⁶ TBB tarafından hazırlanan anayasa taslağında da yargıyı, adliyedeki en kıdemli yargıcın temsil etmesi önerilmektedir (bkz. md. 157/2).⁹⁷ Yargıtay eski başkanlarından İmran Öktem de aynı fikirdedir.⁹⁸

⁹⁴ Akman.

⁹⁵ Nihat Renda, "1986-1987 Adalet Yılı Açılış Konuşması", Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açılış Konuşmaları 1943-1993, Ali Rıza Geniş (drl.), Yargıtay Yayınları No: 25, Ankara, 1993, ss. 471-487, s. 486.

⁹⁶ Aydın.

⁹⁷ TBB, TC Anayasa Önerisi, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, TBB Yayınları: 131, Kanunlar Dizisi:4, 4. Basım, Ankara, Kasım 2007, s. 270.

⁹⁸ İmran Öktem, "1967-1968 Adalet Yılı Açılış Konuşması", Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açılış Konuşmaları 1943-1993, Ali Rıza Geniş (drl.), Yargıtay Yayınları No: 25, Ankara, 1993, ss. 255-272, s. 259.

Mahkemeler, kurumsal olarak savcılıktan ve dolayısıyla Adalet Bakanlığı'ndan ayrı yapılandırılmadıkça, yürütme ile yargı arasında iletişim kurmak göreviyle ön plana çıkan savcılık kurumunun "sui generis" konumuna son vermedikçe,⁹⁹ yargılamada taraf olan savcılık kurumunu, yargılamanın mutlak hâkimi olan yargıçtan olabildiğince ayırmadıkça, onu, kendisine izafe edilen yargılama yetkilerinden soyutlamadıkça ve silahların eşitliği ilkesine uygun olarak yeniden yapılandırmadıkça¹⁰⁰ yargının temsili sorunsalının yargıçlar nezdinde çözümsüz kalmaya devam edeceği açıktır.

Yargıtay eski genel sekreterlerinden Hakkıoğlu'na göre yargıçlar, adaletin yerine getirilmesi gibi kutsal bir görevi ifa eden, bu nedenle de işlerine çok düşkün, baktıkları davalarda kılı kırk yaran ve tören vb. etkinliklere katılmaya ve dış dünyaya açılmaya fazla zaman ayıramayan, bütün mesaisini kendi asli görevlerine adanmış, dosyalarıyla çok meşgul ve mütevazı kişiler oldukları için protokoldeki yerleri konusunu genellikle sorun yapmamış, bu yolda ısrarlı bir istekte bulunmamış ve takipçisi olmamışlardır.¹⁰¹ Mütevazı olmak güzel şeydir ancak makam ve sıfatın hakkı verilmelidir.

Başta ulusal ve resmi bayramlarda yapılan törenler olmak üzere tüm resmi toplantılarda devlet, halkın karşısında temsilcileri aracılığıyla somutlaşır.¹⁰² Bu nedenle özellikle ilçelerde, peygamber postunda oturduğu, nizam-ı âlemin yükünü omuzlarında taşıdığı söylenen karar makamındaki yargıçı öteleyip, iddia makamını temsil eden Cumhuriyet başsavcısının ve emri altındaki kolluk kuvveti mensuplarının dahi gerisine iten tebrikata giriş sıralaması (protokol sıradüzeni) değiştirilmeli, erkler ayrılığı ilkesi gözetilerek yeniden düzenlenmelidir. Önerimiz, devlet protokolünde yargı erkini temsilen AYM başkanının, TBMM başkanı ve başbakanın sonra gelmesi, il protokolünün 4'üncü sırasının başında Cumhuriyet başsavcısının değil, BAM bulunan illerde BAM başkanının, BAM bulunmayan illerde ve ağır ceza merkezi konumundaki ilçelerde adalet komisyonu başkanının, ağır ceza merkezi konumunda olmayan ilçelerde ise kıdemli yargıcın yer almasıdır.

⁹⁹ Özdemir Özok, "Açış Konuşması", Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara, 7-9 Temmuz 2006, TBB Yayınları, Ekim 2006, ss. 17-23, s. 21

¹⁰⁰ Özok, Açış Konuşması, s. 23

¹⁰¹ Hakkıoğlu, s. 45.

¹⁰² Aydın.

Kaynakça

- Adliye Personeli El Kitabı, Ankara, Eylül 2009, <http://www.hukukiyardim.gov.tr/kitap.pdf> (09 Mart 2015).
- AIHM, Delcourt - Belçika, 2689/65, 17.01.1970 tarihli karar, prg. 31.
- Akman Necmi, "Türkiye'de Protokol Uygulamaları ve Demokrasi İlişkisi", <http://necmiakman.blogspot.com.au/2015/01/turkiyede-protokol-uygulamaları-ve.html> (11 Şubat 2015).
- Aldan Mehmet, Uygun Necdet ve Er Şükrü, "Protokol ve Görgü Kuralları", İdarecinin Sesi Dergisi, C.12, S. 69 (Temmuz-Ağustos 1998), ss. 45-47.
- Altınöz Mehmet ve Tutar Hasan, Protokol Bilgisi, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Ekim 2005.
- Altıntaş Ali, Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Adliye Yönetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Artuk M. Emin ve Yenidünya A. Caner, "Batı ve Türk Hukuklarında Savcılığın Dünü ve Bugünü Üzerine Bir İnceleme", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.76, Sayı.1-2-3, 2002, ss.3-22.
- Aşçıoğlu Çetin, Doğru ve Güvenli Yargı Özlemi ve Yeniden Yapılanma, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2010.
- Aydın Murat, Kamu Davasının Açılması ve İddianame, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Aydın Nafiz, "Yargı Protokolün Neresinde?", Zaman, 02 Mart 2002, <http://arsiv.zaman.com.tr/2002/03/02/yorumlar/yorum2.htm> (28 Ocak 2015).
- AYM, 18.12.1967 T., 1966/31 E. ve 1967/45 K.
- Aytürk Nihat, Protokol Yönetimi, 4. Basım, TODAİE Yayını, Ankara, Şubat 2010.
- Bakıcı Sedat, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2000.
- Centel Nur, "Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma", Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara: 7-9 Temmuz 2006, TBB Yayınları, Ankara, Ekim 2006, ss. 186-219.
- Centel Nur ve Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.
- Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, 1. Basım, Legal Yayıncılık, C. 1, İstanbul, 2004.
- Erem Faruk, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996.
- Gürel Kerim, Protokol Bilgileri, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1986.
- Güzel Ali, "Adil / Düzgün Yargılanma Hakkı ve Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma", Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara, 7-9 Temmuz 2006, TBB Yayınları, Ekim 2006, ss. 249-274.
- Hakkioğlu Uğur İ., "Yargı ve Protokol", *Yargıtay Dergisi*, C. 28, S. 1-2 (Ocak - Nisan 2002), ss. 39-60.
- Karakaş Eser, "Devlet Protokolü ve Siyaset", Zaman, 8 Kasım 2012,

- man.com.tr/yorum_yorum-eser-karakas-devlet-protokolu-ve-siyaset_ 2012737.html (1 Şubat 2015).
- Kardaş Ümit, "Yargılamanın Üç Ayağı", *Radikal*, 8 Şubat 2006.
- Katoğlu Tuğrul, "Savcılık Üzerine Düşünceler", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, C. 20, S.177, ss. 21-29.
- Keyman Selahattin, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- Kilim Esra E., *Türkiye'de Adalet Yönetimi Bağımsız Yargının Sıkı Bağları*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013.
- Köni Burhan, *Ceza Muhakemesi Ders Notları*, Ankara, 1960-1961.
- Kunter Nurullah ve Yenisey Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun ve Nuhoglu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2006.
- Mısırlı İlhan, *Sosyal Davranışlar ve Protokol Bilgisi*, Detay Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Menteş Cevdet, "1974-1975 Adalet Yılı Açılış Konuşması", *Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları 1943-1993*, Ali Rıza Geniş (drl.), Yargıtay Yayınları No: 25, Ankara, 1993, ss. 330-346.
- Menteş Cevdet, "1976-1977 Adalet Yılı Açılış Konuşması", *Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları 1943-1993*, Ali Rıza Geniş (drl.), Yargıtay Yayınları No: 25, Ankara, 1993, ss. 347-356.
- Menteş Cevdet, "1977-1978 Adalet Yılı Açılış Konuşması", *Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları 1943-1993*, Ali Rıza Geniş (drl.), Yargıtay Yayınları No: 25, Ankara, 1993, ss. 357-367.
- Mol Gürsel, *Türk Hukuk Tarihi Sürecinde Yargıtay*, Yargıtay Yayınları No: 28, Ankara, 2004.
- Müderisoğlu Ümit, "Nasıl Bir Yargı Reformu?", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1100.htm (06 Şubat 2015).
- Öktem İmran, "1967-1968 Adalet Yılı Açılış Konuşması", *Yargıtay Birinci Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları 1943-1993*, Ali Rıza Geniş (drl.), Yargıtay Yayınları No: 25, Ankara, 1993, ss. 255-272.
- Özcan Zehra Ç., *İstanbul Adliyesi Kimin?*, <http://www.bianet.org/bianet/insanhaklari/132951-istanbul-adliyesi-kimin> (10 Mart 2015).
- Özok Özdemir, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu*, TBB Yönetim Kurulu Çalışma Raporu, 21-22 Mayıs 2005, 28. Olağan Genel Kurulu, Antalya, TBB Yayınları: 82 s. 248.
- Özok Özdemir, "Açış Konuşması", *Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu*, Ankara, 7-9 Temmuz 2006, TBB Yayınları, Ekim 2006, ss. 17-23.
- Öztürk Bahri ve Erdem Mustafa R., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Öztürk Bahri ve Erdem Mustafa R., *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yeni CMK'ya Göre Yenilenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Renda Nihat, "1986-1987 Adalet Yılı Açılış Konuşması", *Yargıtay Birinci Başkanları-*

- nın Adalet Yılı Açış Konuşmaları 1943-1993, Ali Rıza Geniş (drl.), Yargıtay Yayınları No: 25, Ankara, 1993, ss. 471-487.
- Saldırım Mustafa, Cumhuriyet Savcısının Denetim Görevi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Selçuk Sami, "Hukuk ve Yargıda İyileştirme Üzerine", Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, Y. 2, S. 10, Ankara, Ağustos 1996, ss. 561-573.
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- TBB, TC Anayasa Önerisi, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, TBB Yayınları: 131, Kanunlar Dizisi:4, 4. Basım, Ankara, Kasım 2007.
- Toprak Erkan, Etkin ve Demokratik Bir Devlet İçin Türk Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma, Şubat Yayınları, Ankara, Mayıs 2005.
- TÜSİAD, Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD Yayını, Ankara, Kasım 1998.
- Ünlütürk Alptekin, Sosyal Davranış Kuralları ve Protokol, Dost Kitabevi, Ankara, 2002.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Yayınevi, İstanbul, 2002.
- <http://www.habervitrini.com/gundem/yarginin-protokol-kavgasi-73962/> (09 Mart 2015).
- <http://www.gazetevatan.com/yasama-ve-yurutme-onde-yargi-niye-arkada--196365-gundem/> (09 Mart 2015).
- http://www.golcuk.gov.tr/default_B0.aspx?content=54 (07 Şubat 2015).
- <http://www.samanyoluhaber.com/foto-galeri/Gune-damgasini-vuran-protokol-kavgasi-/2044/> (1 Mart 2015).
- http://www.sabah.com.tr/gundem/2010/09/05/sivas_kongresinde_protokol_tartismasi (1 Mart 2015).
- <http://www.habererk.com/haber/10382/sehit-cenazesinde-protokol-kavgasi> (1 Mart 2015).
- <http://www.aksam.com.tr/spor/koltuk-kavgasi--29919h/haber-29919> (1 Mart 2015).
- <http://www.milliyet.com.tr/protokol-tartismasi/siyaset/haberdetayarsiv/01.09.2006/169909/default.htm> (22 Şubat 2015).
- http://www.hurriyet.com.tr/gundem/13793729_p.asp (09 Mart 2015).
- <http://www.haberturk.com/gundem/haber/749783-yargi-askerlerin-yerine-goz-koydu> (09 Mart 2015).
- http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS__/_t16/c029/b010/cs__160290100178.pdf (23 Şubat 2015).
- http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS__/_t16/c029/b010/cs__160290100180.pdf (23 Şubat 2015).
- http://en.wikipedia.org/wiki/Order_of_precedence (09 Şubat 2015).
- <http://www.memurlar.net/haber/113793/> (10 Şubat 2015).

6545 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN YENİLİKLER IŞIĞINDA 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

THE CRIME OF SEXUAL ABUSE OF CHILDREN BROUGHT BY THE LAW NO. 6545 AMENDING TURKISH PENAL CODE

Doğukan NİŞANCI*

Özet: Çalışmanın konusunu Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçu oluşturmaktadır. Bu çerçevede, suça ilişkin bazı kavramlar, suçun hukuki, maddi ve manevi konuları, fail ve mağduru, unsurları, meydana geliş şekilleri 6545 sayılı Kanun ile getirilen yenilikler ışığında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İstismar, Çocuk, Cinsel İstismar, 6545 sayılı kanun, Cinsel Suçlar, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

Abstract: The crime of sexual abuse of children, set forth under Article 103 of the Turkish Penal Code, constitutes the subject of this study. In this respect, some terms related to this crime; the material and moral element of the crime, the perpetrator and the victim, the structural elements and the emergence forms are considered in the light of innovations, which are brought in accordance with law no 6545.

Keywords: Abuse, Child, Sexual Abuse, The Law No. 6545, Sex Crimes, The Crime of Sexual Abuse of Children

I. GİRİŞ

Çocuk istismarı; toplumumuzda hemen her gün gerçekleşen ve bu tür olayların çokluğu nedeniyle algımızda giderek normalleşmeye başlayan bir kavramdır. Bu kavramın; çocuk ihmali, fiziksel istismar ve duygusal istismar gibi farklı biçimleri olmakla birlikte¹ kamuoyu-

* Stajyer Avukat, Ankara Barosu

** Bir yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda parantez içerisindeki kelime/kelimeler kullanılmıştır.

¹ Pınar Memiş Kartal, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014, s. 2; Oğuz Polat, Çocuk ve Şiddet, İstanbul 2001, s. 87; Bilgehan Savaşçı, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, İstanbul 2013, s. 15.

nun en çok gündemine gelen, belki de çocuklar üzerinde en derin izler bırakan hali, çocukların cinsel yönden istismara uğramasıdır.

Çocukların cinsel istismara uğraması, toplumumuza yeni uğramış bir sosyal gerçeklik değildir. Ancak son zamanlarda bu vakıaların adliyelere ve basına fazla yansımaları konu üzerindeki kamu duyarlılığını arttırmıştır. Ne yazık ki, insanların duyarlılık seviyesinin artması; bizleri salt olarak sorunun çözümüne götürememektedir. Çünkü toplumumuzun bir kesiminde var olan “İçinde cinsellik geçen her konudan uzak durma isteği” ve “Biz çocuğumuza sahip çıkarız” anlayışı bizi önce bilgisizliğe, sonra kavram kargaşasına, en sonunda da var olan bir sosyal gerçekliği görmezden gelmeye sürüklemektedir.

Kanaatimizce, bu sorunların ortadan kalkması gerek kavramsal gerek hukuki anlamda konunun bilinirliğinden geçmektedir. Dolayısıyla, karşı karşıya kalınan fiillerin hukuki anlamlarının bilinmesi; bunların kanundaki karşılıklarının farkında olunması ve en önemlisi de çocukların cinsel istismarı açısından ebeveynlerin bu vakıaların hukuki sonuçları hakkında ön bilgi sahibi olması, bu tür olayların yaşanmasının önüne geçilmesinde büyük önem arz etmektedir.

Cinsel suçlar, farklı biçimlerde düzenlenip cezalandırılrsa da her toplum ve çağda suç tipleri içinde kendisine yer bulmuştur.² Bireylerin toplum içinde önemli olmadığı dönemlerde, genel ahlâka karşı suç kategorisinde yer alan cinsel suçlar, bireylerin toplum içinde önem kazanması ile birlikte kişilere karşı suçlar kategorisinde düzenlenmiştir.³ Ülkemizde de bu doğrultuda cinsel suçlar, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda topluma karşı suçlar arasında düzenlenmişken; yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) ise bu suçlar isabetli olarak kişilere karşı suçlar kategorisinde ele alınmış ve “**Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**” başlığı altında düzenlenmiştir.

Cinsel suçlar konusu incelenirken; bireyler için en temel haklardan birinin cinsel özgürlük olduğu unutulmamalıdır. Başka bir deyiş-

² Savaşçı, s.17; Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara 2013, s. 46-50.

³ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2013, (Özel Kısım), s.57; Ali Hakan Evik, “Ceza Kanunumuz ve Kadın”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 349; Ahmet Ceylani Tuğrul, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstest İlişkiler, Ankara 2013, s. 251.

le, bireylerin cinsel özgürlük alanına müdahale etmemek ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak arasında ince bir çizgi vardır. Bu hassas çizgide özgürlük ihlallerinin meydana gelmemesi ancak cinsel davranış ve cinsel suç kavramlarının farklarını iyi anlamakla sağlanabilir. Kanun koyucu; ceza normlarını düzenlerken cinsel davranışları değil; cinsel suça vücut veren davranışları cezalandırmaktadır.

TCK'da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar;102 ila 105. maddelerde dört farklı suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bunlar; TCK m.102'de düzenlenen cinsel saldırı suçu, TCK m. 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, TCK m. 105'te düzenlenen cinsel taciz suçu ve bu çalışmanın konusunu oluşturan TCK m. 103'te düzenlenen "**Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**"dur.

Bu çalışmanın amacı da; ilgili mevzuat, doktrin, Yargıtay uygulamaları ve 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile getirilen yenilikler ışığında çocukların cinsel istismarı suçunun ortaya konulmasıdır.

II. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

A. GENEL OLARAK

1982 Anayasası'nın 41. maddesinin II. fıkrasında, her çocuğun korunma hakkı olduğu belirtilmiştir. Aynı maddenin III. fıkrasında ise *devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı* çocukları koruyucu tedbirleri alması gerektiği⁴ düzenlenerek, çocukların istismara karşı korunmaları anayasal güvence altına alınmıştır.

Çocuk hakları, uluslararası düzenlemelerde de yer almakta olup, Türkiye'nin de tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin (*Sözleşme*) 19. maddesinde; taraf devletlerin, çocuğun "*bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmâl ya da ihmalkâr muameleye, irza geçme dâhil her türlü istismar ve kötü muameleye*" karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alması gerektiği ifade edilmiştir.⁵ Yine aynı Sözleşme'nin 34.

⁴ Anayasa madde 10/III' de, çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı düzenleme altına alınmıştır.

⁵ Murat Aydın, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu,

maddesinin (a) bendinde, çocukların yasa dışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılmasını veya zorlanmasını önlemek için de tedbirler alınması gerektiği belirtilmiştir.⁶

Ülkemizde de Sözleşmenin işaret ettiği gibi çocukların her türlü istismardan korunması adına; idari, toplumsal, eğitsel ve yasal birçok önlem alınmıştır. Alınan yasal önlemlerden en önemlisi ise çocukların cinsel istismara maruz kalmaları halinin-*suç sayılmayan durumlar hariç olmak üzere*- özel bir suç tipi olarak düzenlenmesi olup işbu makalenin konusunu oluşturan suç tipi, TCK'da şu şekilde kaleme alınmıştır:

TCK 103

“(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) *On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,*

b) *Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,*
anlaşılır.

(2) *Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.*

(3) Suçun;

a) *Birden fazla kişi tarafından birlikte,*

b) *İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,*

c) *Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan*

Ankara 2014, s. 17; Memiş Kartal, s. 71.

⁶ Aydın, s. 17; Taner, s. 266.

bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) *Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

(5) *Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*

(6) *Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."*

B. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Cinsel suçlar açısından kanun koyucunun önünde her daim dengelenmesi güç iki menfaat bulunmaktadır. Bunlardan ilki kişilerin cinsel dokunulmazlıklarını koruma altına almak iken ikincisi ise insanların sahip oldukları cinsel özgürlüklerine müdahale etmemektir. Üstelik ortada çocuklara karşı gerçekleşen bir suç tipi varsa kanun koyucu için bu menfaatleri dengelemek bir hayli güç olmaktadır.

Bir suç ile korunmak istenen hukuki menfaatin ne olduğu, suçun ceza kanunu sistematigi içerisinde düzenlendiği yer ile yakından ilişkilidir. Bu açıdan, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçların düzenlendiği yer göz önüne alındığında, korunmak istenen hukuki menfaat "*genel ahlak ve aile düzeni*"dir. TCK açısından bu konu ele alındığında ise kanun koyucunun korumak istediği hukuki menfaatin, suç her ne kadar cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olsa da aşağıda açıklayacağımız gerekçelerle "*kişilerin cinsel özgürlüğünü korumak*" olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Çocukların cinsel istismarı suçunun hukuki konusunun ne olduğu hususunda çeşitli görüşler yer almaktadır. Öğretideki bir görüşe göre; suçun hukuki konusu, mağdurun erken cinsel deneyimden uzak tutulması ve bu yolla çocuğun engelsiz biçimde cinsel gelişimini sürdürmesinin sağlanmasıdır.⁷

Bir diğer görüşe göre ise bu suç ile korunan hukuki menfaat, çocukların cinsel istismara maruz kalmama haklarıdır.⁸ Doktrindeki farklı bir görüş de bu suçun hukuki konusunu, çocuğun ruh ve beden bütünlüğünü koruma altına almak şeklinde ifade etmektedir.⁹

Ancak bu suç tipinin hukuki konusuna ilişkin yapılması gereken asıl tartışma, korunmak istenen menfaatin, cinsel dokunulmazlık mı cinsel özgürlük mü olduğudur. Konuyla ilgili olarak doktrinde bir görüş, suçta korunan hukuki değer, çocuğun cinsel dokunulmazlığı olduğunu kabul etmektedir.¹⁰ Bu suç tipinde korunan hukuki menfaatin cinsel özgürlük¹¹ olduğunu kabul eden görüş ise cinsel dokunulmazlığın, cinsel özgürlüğün negatif yönünü teşkil ettiğini, bunun aslında hukuki konudan ziyade hukuki korumanın sonucu olduğunu ve bu nedenle korunan hukuki değer, cinsel özgürlük olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹² Ne var ki bir görüşe göre de çocuğun üzerinde tasarruf edemeyeceği bir özgürlüğün, korunan hukuki menfaat yönünden sırf özgürlükçü bir yaklaşım benimsenmesi amacıyla tercih edilmesi düzenlemenin ruhu ile bağdaşmayacaktır.¹³

Cinsel özgürlük kavramı, içerisinde birden çok menfaati barındırmaktadır. Çocuğun istismar edilmeme hakkı ve sağlıklı cinsel ge-

⁷ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2013, (naklen), s.358; Aydın, s.19; Memiş Kartal, s. 143; Gökhan Taneri, Cinsel Suçlar, Ankara 2014, s. 87.

⁸ Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 330.

⁹ Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 304. İtalya'da ileri sürülen bir görüşe göre de, cinsel dokunulmazlık bu suçun hukuki konusu olmaya elverişli olmayıp bu kavram olsa olsa hukuki korumanın sonucu olabilecektir. (bkz. Taner, s. 268.).

¹⁰ Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007, s.166; Ali Parlar/Meltem Banko, 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, Ankara 2014, s. 97; Aydın, s. 19; Memiş Kartal, s. 144; Tuğrul, s. 251.

¹¹ Savaşçı, s.19; Taner, s. 269; Tezcan/Erdem/Önok, s. 358; İlhan Üzülmüş / Mahmut Koca, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s. 312.

¹² Taner, s. 268-269.

¹³ Memiş Kartal, s. 143.

lişimi, bütünü; eş deyişle, *cinsel özgürlük kavramının bir parçası*; çocuğun ruh ve beden bütünlüğü ise *cinsel özgürlük kavramının bir yansımasıdır*. Dolayısıyla çocukların cinsel istismarı suçu da kendine has yapısı dolayısıyla birden fazla menfaatin korunmasını zorunlu kıldığından bu suçun hukuki konusunun cinsel özgürlük olduğu kanaatindeyiz. Cinsel dokunulmazlığın, bu suçun hukuki konusuna vücut veremeyeceği düşüncemizin temelinde ise kavramın, hukuki konudan ziyade sonuç niteliğinde olduğunu savunan görüş¹⁴ yer almaktadır.

C. SUÇUN MADDİ UNSURLARI¹⁵

1. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu şahıs veya şeydir.¹⁶ Çocukların cinsel istismarı suçunun maddi konusu ise “çocuk”tur.¹⁷

2.Fail

Bu suçun faili, çocuklar da dâhil olmak üzere herkes olabilir.¹⁸ Çocukların cinsel istismarı suçu, farklı cinsten kişiler arasında işlenebileceği gibi aynı cinsten kişiler arasında da işlenebilir.¹⁹

3. Mağdur

a. Çocuk Kavramı

Çocuk olmak şartıyla; kadın veya erkek herkes bu suçun mağduru olabilir.²⁰ TCK'nın 6/1-b maddesi uyarınca on sekiz yaşını doldurma-

¹⁴ Taner, s. 269.

¹⁵ Bu başlık altında fail ve mağdur ile ilgili olarak yapacağımız açıklamalar tekrara düşmemek adına aşağıda değerlendirme konusu yapılacak olan çocukların cinsel istismarı suçunun basit ve nitelikli hali için de geçerlidir. Ayrıca Manevi Unsur konusu; suçun sarkıntılık halinde kalmış, basit ve nitelikli halleri için ayrı ayrı incelenecektir.

¹⁶ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, (Genel Kısım), s. 93.

¹⁷ Toroslu, Özel Kısım, s.64; Memiş Kartal, s. 144; Koca/Üzülmez, s. 314.

¹⁸ Taner, s.277; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 331; Tezcan/Erdem/Önok, s.358; Parlar/Banko, s. 97; Memiş Kartal, s. 144; Aydın, s. 20.

¹⁹ Denizhan Horozgil, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli”, *TBB Dergisi*, 2011, S. 93, s.108-146; Aydın, s. 20; Üzülmez/Koca, 313; Parlar/Banko, s. 97; Aydın, s. 20; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 306.

²⁰ Toroslu, Özel Kısım, s. 64; Tezcan/Erdem/Önok, s. 359; Aydın, s. 22; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 29.05.2013 tarihli 2011/8774 E. 2013/6770 K. sayılı kararı için bkz. Aydın, s.114.

mış kişi çocuk sayılır.²¹ Burada aranan şart erginlik değildir.²² Bir kimse evlenme ya da mahkeme kararıyla ergin olsa bile on sekiz yaşından küçük olması halinde çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru olabilecektir.²³ On sekiz yaşını tamamlamış kişiler ise ancak TCK m. 102'de düzenlenen cinsel saldırı veya TCK m. 105'te düzenlenen cinsel taciz suçlarının mağduru olabilirler.

b. 15 Yaşından Büyük veya Küçük Olma

Çocukların cinsel istismarı suçu TCK'nın 103. maddesiyle mağdurun yaşına göre, ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. İlk grup, on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş çocuklardır. İkinci grup ise on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş çocuklardır.

i. On Beş Yaşını Tamamlamamış veya On Beş Yaşını Tamamlamış Olmakla Birlikte Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Anlama Yeteneği Gelişmemiş Çocuklar

Kanun koyucu; bu gruba giren çocukların, kendilerine yönelik gerçekleşen cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, cinsel davranışlara ilişkin rızalarına itibar etmemiştir.²⁴ Bir başka deyişle, bu çocuklara karşı işlenen cinsel istismar eylemlerinin rızaları hilafına işlendiği kabul olunmuştur.²⁵ On beş-on sekiz yaş arası çocuklardan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak durumda olanların cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf edemeyecekleri mutlak olarak kabul edilmiştir. Ancak doktrinde; on beş-on sekiz yaş arasındaki çocuklar bakımından

²¹ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3/1-a maddesi uyarınca daha erken yaşta ergin olsa bile, 18 yaşını doldurmamış kişi çocuktur.

²² Tuğrul, s. 254; Aydın, s. 23; Koca/Üzülmez, s. 313.

²³ Tuğrul, s. 254; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.331; Koca/Üzülmez, s. 313.

²⁴ Taner, s. 270; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.331; Parlar/Hatipoğlu, 5237 sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007, s. 166; Suat Çalışkan; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Bırakma Suçu, Ankara 2013, s. 86; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 331; Memiş Kartal, s. 145.

²⁵ Tuğrul, s. 255; Parlar/Banko, s. 99; Parlar/Hatipoğlu, s. 168.

cinsel istismar suçunun oluşması için, mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmasının gerekli görülmesi eleştirilmiştir.²⁶ Burada, mağdur çocuğun gösterdiği rızanın geçerliliğini saptamak açısından bu kıstasa yer verildiği açık olsa da doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, suçun varlığının kabul edilebilmesi için mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını değil yalnızca fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin aranması yeterli olacaktır.²⁷

Yargıtay bazı kararlarında²⁸ kanunda yazıldığı gibi **“Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği”** kavramını, kanundaki şekliyle aynen aktarmış; bazı kararlarında ise bu kavram yerine **“Fiilin(ahlaki)kötülüğünü idrak edemeyecek durumda olma”**²⁹ ya da **“Fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması”**³⁰ ifadelerini kullandığı görülmüştür. Bu iki ayrı ifadenin aynı suç tipine ait kararlarda kullanılması Yargıtay’ın bu konuda netlik kazanmış bir içtihat yeknesaklığı olmadığını ortaya koymaktadır.

ii. On Beş Yaşını Tamamlamış ve Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Anlama Yeteneği Gelişmiş Çocuklar

TCK m. 103/1-b’de; on beş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların, cinsel istismar suçuna vücut verebilmesi için bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Kanunun ifadesinden, fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayabilen on beş-on sekiz yaş arasındaki çocukların rızalarının yokluğunun yeterli

²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s.360; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.332; Horozgil, s. 124.

²⁷ Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu, İstanbul 2006, C. 1, s.398; Tezcan/Erdem/Önok, s.360; Horozgil, s. 124.

²⁸ Yargıtay 5.Ceza Dairesi’nin 16.03.2009 tarihli 2009/463 E. -2009/3140 K. sayılı kararı ile 06.04.2009 tarihli 2006/9273 E. 2009/4239 K. sayılı kararı için bkz. Tanager, s. 271 (dip. 38). Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 05.07.2012 tarih ve 2012/3900 E. 2012/7731 K. sayılı kararı için bkz. Tuğrul, s. 347.

²⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 23.03.2009 tarihli 2008/14544 E. -2009/3539 K. sayılı karar [Kazancı İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 07.01.2015].

³⁰ Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 5.2.2007 tarihli E/K 11527/592 sayılı kararı için bkz. Ahmet Gündel, Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar- Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama- Alıkoyma- Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Ankara 2009, s. 119.

olmadığı; cebre, hileye, tehdide ve iradeyi etkileyen diğer durumlara maruz kalmalarının zorunlu olduğu gibi mantığı olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucunun bu düzenlemesi karşısında, on beş-on sekiz yaş arasında, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından; cebir, tehdit ve hilenin suçun unsuru olduğu,³¹ on beş yaşın altında ya da on beş yaşın üstünde olsa da fiilin hukuki anlamını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar için ise suçu ağırlaştırıcı bir neden olduğunu kabul etmek zorunlu olmaktadır. Bu nedenle doktrinde yer alan ve katıldığımız görüşe göre, ortaya çıkacak bu sorunların önüne geçilmesi için m. 103/1-b bendinde yer alan ifade *“diğer çocuklara karşı rızaları hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlar”* ifadesiyle değiştirilmelidir.³²

Cebir kavramından anlaşılması gereken; “Mağdurun direncini kıran ve failin arzu ve isteklerine uygun olarak mağdurun hareket etmesine neden olan fiziki güçtür”.³³ Cebirin, eylemin devamı süresince uygulanması gerekmeyip mağdurun başlangıçtaki direncini kırmaya elverişli olarak kullanılması yeterlidir.³⁴ Bir aşamaya kadar cinsel davranışa rıza gösterilmesinden sonra, failin bu rızasının sınırını geçmek için zor kullanması durumunda da suç cebir kullanılarak işlenmiş sayılır.³⁵ Cebirin; mağduru kurtarmaya gelen bir üçüncü kişiye karşı uygulanması halinde de suç yine cebren işlenmiş olur.³⁶ Cebir, mağdurun direncinin kırılmasının ötesine geçmiş ve direnci kırılan mağdura uygulanmaya devam edilmiş ise cebir eylemi ayrıca suç teşkil edecektir.³⁷

³¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 13.01.2014 tarihli 2013/7436 E. 2014/18 K. sayılı kararı [Kazancı İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 07.01.2015].

³² Taner, s. 282.

³³ Aydın, s. 33; Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 18.1.2010 tarihli 2009/12606 E. - 2010/93 K. sayılı kararında; cinsel istismar eyleminin mağdurun ağzının kapatılarak işlenmesini cebir sayılmıştır [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 01.01.2015]; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 14.01.2014 tarihli 2012/523 E. 2014/205 K. sayılı kararında; cinsel istismar eyleminin, mağdurun ağzının kapatılarak işlenmesi halinde suçun cebir ile işlenmiş kabul edileceği belirtilmiştir. Karar için bkz. Parlar/Banko, s. 121.

³⁴ Tuğrul, s. 256; Aydın, s. 33.

³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 328; Aydın, s. 33.

³⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 328; Aydın, s. 33. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2012, s. 242.

³⁷ İhsan Akçin, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan, 2006, S.1-2, s. 106.

Tehdit; cinsel davranışa rıza gösterilmemesi durumunda, mağdurun ileride bir zarara uğratılacağı beyanını içerir.³⁸ Tehdit suçunu düzenleyen TCK'nun 106. maddesinin gerekçesinde de vurgulandığı üzere bir somut olayda tehdit unsurunun bulunması için objektif olarak ciddi mahiyet arz etmesi ve tehdidin mağdur üzerinde ciddi korku yaratma açısından sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun olması gerekir. Tehdit unsurunun varlığının kabulü için, tehdidin suçun işlendiği esnada ya da öncesinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Suçun işlenmesinden sonra gerçekleşen tehdit fiili, TCK m. 106'da ifadesini bulan bağımsız bir tehdit suçuna vücut verecektir. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 14.01.2014 tarihli 2012/533 E. 2014/215 K. sayılı içtihadında *"Sanığın filini gerçekleştirdikten sonra mağdurenin olayı başkasına anlatmasını engellemek amacıyla söylediği, "bunu kimseye söyleme babamın adamları var seni öldürürüz" şeklindeki sözlerinin varlığı halinde ancak ayrı ve bağımsız tehdit suçunun oluşabileceğini"* kabul etmiştir.³⁹

Suçun, mağduru üzerinde işleneceğinin söylenmesinin yanı sıra bu kötülüğün, mağdurun bir yakınına işleneceğinin söylenmesi halinde de tehdit unsuru vardır.⁴⁰ Bu kişinin mağdurun akrabası olması da gerekmez.⁴¹ Yeter ki; suçun mağduru ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin boyutu ve sarf edilen tehdidin niteliği itibarıyla mağdur, ileri sürülen sonuca katlanmak yerine; cinsel istismar fiiline razı olmak zorunda kalsın.⁴²

Hile; mağdurun cinsel davranışa yönelik olarak vereceği rızayı sağlamak amacıyla, mağdurun iradesini yönlendirmeye elverişli vasıtalarıdır.⁴³ Burada mağdurun faile gösterdiği rıza onun gerçek iradesi

³⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 330; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 19.06.2013 tarihli 2013/4780 E. 2013/7858 K. sayılı ve 17.04.2013 tarihli 2011/10217 E. 2013/4611 K. sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 273/231.

³⁹ Parlar/Banko, s. 121; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 25.11.2014 tarihli 2014/6499 E. 2014/13221 K. sayılı kararı [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015]; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 12.02.2014 tarihli 2013/10485 E. 2014/1588 K. sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 135.

⁴⁰ Aydın, s. 34; Tuğrul, s. 256.

⁴¹ Aksi yönde görüş için bkz. Parlar/Banko, s. 100.

⁴² Aydın, s. 34; Koca/Üzülmez, s. 351.

⁴³ Aydın, s. 34.

değildir.⁴⁴ Bu noktadaki tartışma, failin mağdura evlenme vaadinde bulunması ve bu vaadi sonucunda cinsel eylemleri için mağdurun rızasını alması durumunda suçun oluşup oluşmadığıdır. Evlenme vaadi, tek başına hileli bir davranış olarak nitelendirilemez.⁴⁵ Mutlaka bu vaadin yanı sıra failin tüm davranışları bir bütün olarak değerlendirilmeli ve ortaya konulan hileli davranışların mağdurun rıza beyanı üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gereklidir.⁴⁶

İradeyi etkileyen diğer nedenlerin; ne olduğu ise doktrinde tartışmalıdır. Bu kavramın belirsizliği suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile eleştirilmektedir.⁴⁷ Kanaatimizce iradeyi etkileyen bir başka nedenden anlaşılması gereken TCK m.33'te belirtilen sağır ve dilsizlik ile alkol veya uyuşturucu madde etkisidir. Failin, mağdurun içeceği ilaç katmak suretiyle onun uyku halinden faydalanarak yaptığı davranışlar bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Katıldığımız görüşe göre; "Mağdurun alkol ya da uyuşturucu maddeyi kendi isteği ile almış olması ve bunun sonucunda oluşan sarhoşluğundan yararlanılması durumunda da fail suçu iradeyi etkileyen bir nedene dayalı olarak işlemiş sayılmalıdır".⁴⁸

Açıklamalarımızdan hareketle son olarak ve önemle ifade edilmelidir ki, on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rızasıyla gerçekleştirilen ancak **cinsel ilişki ya da mağdurun vücuduna sair cisim sokma boyutuna varmayan davranışlar**, herhangi bir cinsel suça vücut vermeyecektir. On beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklar ile rızalarının varlığı halinde cinsel ilişkiye girmek ise TCK'da ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Ancak bu suç, çalışmamıza konu olan çocukların cinsel istismarı suçu değil; TCK m. 104'de düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçudur.

⁴⁴ Tuğrul, s.258; Aydın, s. 34.

⁴⁵ Akçin, s.107; Tuğrul, s. 258-259; aksi yönde görüş için bkz. Memiş Kartal, s. 172.

⁴⁶ Aydın, s.35; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 20.01.2014 tarihli 2012/7531 E. 2014/515 sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 126-127.

⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.361; Horozgil, s. 125-126; Tuğrul, s. 260.

⁴⁸ Aydın, s.35; aynı yönde görüş için bkz. Horozgil, s. 126; Parlar/Hatipoğlu, s. 166; Parlar/Banko, s. 98.

c. Evli Çocuğa Karşı Cinsel Davranışta Bulunulması

Çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin olarak mağdur bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise evlilik ile erginlik kazanmış bir çocuğun suça vücut verebilecek cinsel davranışa maruz kalması halinde TCK'nın hangi hükümleri ile korunacağıdır. Bu konuda doktrinde iki temel tartışma bulunmaktadır. Bunlardan ilki; evli olan çocuğa eşi tarafından, suç niteliğinde bir cinsel davranışta bulunulması halinde ne olacağı iken diğeri ise evli bir çocuğa karşı üçüncü bir kişinin cinsel davranışlarının hangi suç tipine vücut vereceğidir.

On beş yaşın altında bir çocuğun 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümlerine⁴⁹ göre evlenemeyeceğini; evlilikle erginlik kazanabilecek çocukların, cinsel istismar suçu bakımından on beş-on sekiz yaş grubu çocukların içinde yer alacağını hatırlatmak, konunun anlaşılabilirliği açısından oldukça önemlidir. Yasal evlenme yaşının altındaki geçersiz evliliklerde, on beş yaşın altındaki mağdura, suça vücut verebilecek bir cinsel davranışta bulunan failin fiili, mağdurun rızası olsun ya da olmasın çocukların cinsel istismarı suçuna vücut verecektir.⁵⁰

On sekiz yaşını doldurmadan hâkimin veya velisinin izni ile evlenen bir çocuğa, eşinin; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle cinsel suça vücut verebilecek bir fiilde bulunması durumunda suçun niteliğinin ne olacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş; kanun koyucunun evlilik içinde gerçekleşen cinsel istismarı düzenlerken **korumak istediği hukuki menfaatlerden birinin aile birliği olduğunu belirtmiş** ve evlilikle reşit olmuş on sekiz yaşın altındaki mağdur bakımından da 102. maddedeki cinsel saldırı suçunun oluşabileceğini ifade etmiştir.⁵¹ Bu görüşe göre; on sekiz yaşından küçük olan mağdura karşı eşi dışındaki kişilerce gerçekleştirilen cinsel davranışlar, 103. madde kapsamında iken aynı davranışlar eş tarafından gerçekleştirildiğinde 102. maddenin uygulanması gerekir.

Doktrindeki bir başka görüş; yukarıda belirtilen gerekçeden farklı olarak, **evliliğin kişiyi ergin kılacağı gerekçesiyle**, evlilik içinde bu-

⁴⁹ TMK madde 124/I, "Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez."

⁵⁰ Taner, s. 273.

⁵¹ Taner, s. 161.

lunan çocuğa yönelik eşi tarafından yapılan cinsel saldırı niteliğindeki davranışların, TCK'nın 102. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵²

Doktrindeki bir diğer görüş ise TCK'nın 103. maddesindeki suçun, mağdurun yaşını esas alarak düzenlendiğini ve on sekiz yaşın altındaki kişiye rızası olmaksızın eşi tarafından yapılan cinsel davranışların, TCK'nın 103. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir.⁵³

Bu noktada önemle ifade edilmelidir ki evli olan çocuk, her ne kadar evlilikle erginlik kazansa da TCK'daki çocuk tanımının (*18 yaşını doldurmamış kişiler*) dışına çıkmayacaktır. Dolayısıyla evli olan çocuğa, eşi tarafından suç oluşturabilecek bir cinsel davranışta bulunulması halinde, kanun koyucunun saiki de göz önünde bulundurularak, bu davranış TCK 103'te düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Bu görüşün benimsenmesi, çocuğun eşi ve başka bir fail tarafından çocuk üzerinde cinsel suça vücut verecek şekilde gerçekleştirdikleri fiiller bakımından, faillerin farklı kanun hükümleri çerçevesinde yargılanmalarına da engel olacaktır.⁵⁴

Kanaatimizce, on sekiz yaşını doldurmamış bir çocuğa kanun koyucunun verdiği evlilik izni, çocuğun, eş olarak sahip olduğu haklara bir yetişkin kadar vâkıf olduğunu göstermez. Belki de bu çocuk, evlilik birliği içinde kendisinin de eşi kadar saygıya layık olduğundan dahi bihaber olabilir. Dolayısıyla çocuğun evli olması, onu hukuken ergin kılsa da onun çocuk olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Ayrıca çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlenme sebebi de ergin olmayanları değil çocukları korumak olduğuna göre; cinsel istismar suçuna vücut verebilecek bir fiilin varlığında çocuk evli olsun ya da olmasın; bu hükmün koruması altında olacaktır.

Evlilikle reşit olmuş on sekiz yaşından küçük çocuğa yönelik üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışlarda ise durum açıktır. Burada uygulanacak hüküm TCK m. 103 olacaktır.⁵⁵ Yuka-

⁵² Aydın, (naklen) s. 26. dip. 20'deki yazar.

⁵³ Aydın, s. 25; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 331; Horozgil, s. 116-117; Tezcan/Erdem/Önok, s. 362; Memiş Kartal, s. 148.

⁵⁴ Memiş Kartal, s. 148.

⁵⁵ Soyaslan, s. 241; Tezcan/Erdem/Önok, s. 362; Memiş Kartal, s. 148.

rıda da ifade ettiğimiz gibi çocuğun evlilik ile ergin kılınması asla ve asla onun çocuk olduğu gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır ve cinsel davranışlar karşısında bir yetişkin kadar farkındalık sahibi olduğu anlamına gelmeyecektir.

d. Fail ve Mağdurun Çocuk Olması

Çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların suça vücut verip vermediği; ortada bir suç varsa bu suçun failinin ve mağdurunun kim olduğu doktrinde önemli tartışmalara neden olmuştur. Örneğin; on beş yaşından küçük iki çocuğun rıza ile cinsel ilişkiye girmeleri ya da cinsel amaçlarla birbirlerine dokunmaları halinde ya da on beş on sekiz yaş aralığında bulunan bir çocuk ile on beş yaşından küçük bir çocuğun cinsel ilişkide bulunması halinde durumun ne olacağı değerlendirilmesi gereken bir husustur. Yine üzerinde durulması gereken bir başka husus da çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışların bir suça vücut vermesi halinde suçun failinin kim olduğu sorunudur.

Konuya ilişkin doktrin tartışmalarına geçmeden önce 6545 sayılı Kanun'un bu konu özelinde getirdiği yenilikten bahsetmek yerinde olacaktır. 6545 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme öncesinde, cinsel istismar suçu bakımından faile ilişkin bir düzenleme bulunmamakta ve bu eksiklik, yukarıda da belirttiğimiz gibi; on üç yaşındaki bir erkekle on dört yaşındaki bir kız arasında gerçekleşen cinsel içerikli temasların, ceza hukuku açısından nasıl bir değere sahip olduğu konusunda belirsizliğe yol açmaktaydı. Ancak 6545 sayılı Kanun ile birlikte kanun koyucu; **çocukların cinsel istismarı suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması ve suçun failinin çocuk olması halinde**, soruşturma ve kovuşturmayı; mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı kılmıştır. Bir başka deyişle; kanun koyucu, getirdiği bu yenilik ile çocuklar arasında gerçekleşen ve sarkıntılık düzeyinde kalan fiilleri cezalandırmayı tercih ettiğini açıkça ortaya koymuştur. Ne var ki; bu değişiklik, çocukların cinsel istismarı suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması halinden başka bir duruma çözüm getirmediği gibi bu düzenlemeyle çocuklar arasında gerçekleşen ve sarkıntılık düzeyinde kalan davranışlar sonucunda fail çocuk; ağır cezai yaptırımlara maruz kalma tehdidi ile karşı karşıya kalmıştır. Üstelik kanun değişikliğinden önce de olduğu gibi bu değişiklikle birlikte 14 yaşındaki iki çocuk arasında

gerçekleşen cinsel davranışların suça vücut vermesi halinde suçun failinin kim olacağı konusuna da açıklık getirilmemiştir.

Kanun değişikliğinin soruna çözüm bulmaması nedeniyle on beş yaşını tamamlamamış olan çocukların, arkadaşlıkları esnasında merak ya da şehvi duygularla birbirlerine cinsel davranışlarda bulunmaları halinde ceza hukuku açısından nasıl bir çözüm bulunacağı hususunda doktrindeki tartışmalar devam etmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre⁵⁶; her iki çocuk da hem mağdur hem fail olabilecektir. Ne var ki bu görüşün benimsenmesi halinde karşısındaki çocuğu cinsel yönden istismar eden çocuğun aynı zamanda istismar edilen çocuk olduğu gibi temel ceza hukuku prensiplerine aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bir diğer görüşe göre ise bu durumda fail olarak belirlenmesi gereken kişi, karşındakini bu fiilin gerçekleştirilmesine ikna eden taraftır.⁵⁷ Ancak bu görüşün benimsenmesi halinde de ikna eden tarafın tespiti bir hayli zor olacak ve adaletsiz hükümlere varılmasına neden olabilecektir. Sorunu, isnat problemi ile çözmeye çalışan görüşe göre TCK m. 31 çerçevesinde yaş gruplarına göre bir çözümleme yapmak gerekmektedir.⁵⁸ Doktrindeki bir diğer görüş ise sorunun çözümünün mevcut düzenlemelerle mümkün olmadığını ve çözüm için çocuklar arası cinsel davranışları düzenleyen bir hükmün TCK'ya eklenmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵⁹

Kanaatimizce bu konunun çözümü bir hayli zor olup kanunun düzenlemesi ise durumu daha da zorlaştırmaktadır. Bu konunun çözümlenmesinin zorluğu karşısında bütün ihtimalleri değerlendirerek bir çözüme varacak olursak; on altı yaşındaki bir çocuğun on dört yaşındaki bir çocuğa karşı suça vücut verebilecek cinsel davranışlarda bulunması halinde, on dört yaşındaki çocuğun rızası geçerli sayılmayacağı için burada suçun faili on altı yaşındaki çocuk olacaktır. Birbirine rıza ile cinsel davranışlarda bulunan çocukların ikisinin de on beş yaşından küçük olması ya da ikisinin de on beş on sekiz yaş aralığında yer alması hallerinde ise failin tespitinin zorluğu ve fail durumunda gösterilecek çocuğun ağır cezalarla karşı karşıya kalacağı ihtimalleri

⁵⁶ Aydın, s. 21. dip. 14'deki yazar.

⁵⁷ İsmail Malkoç, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Ankara 2005, s. 156; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 307.

⁵⁸ Detaylı ve isabetli değerlendirmeler için bkz. Taner, s. 289.

⁵⁹ Memiş Kartal, s. 158.

göz önünde tutularak herhangi bir cezai yaptırım uygulanmamalıdır. Ne var ki 6545 sayılı Kanun ile gelen açık hüküm karşısında; çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışların, çocukların cinsel istismarı suçuna sarkıntılık boyutuyla vücut vermesi halinde, fail çocuğun fiilinin suç olmadığını iddia etmek kanunilik ilkesine aykırı olacaktır ve fakat bu suçun gerçekleşmesi durumunda, suçun failinin nasıl belirleneceği konusunda bir açıklık da bulunmamaktadır. Kanun koyucu, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışları cezalandırmayı tercih edecek ise bunu kanunda açıkça ifade etmeli ve failin tespit edilme yöntemini de ortaya koymalıdır. Aksi halde ortada faili ve mağduru tespit edilemeyen veya suç olup olmadığı konusunda bir mutabakata varılamayan bir karmaşanın dışına çıkılamayacaktır.

Bu konuda değinmek istediğimiz bir diğer husus ise on dört yaşındaki bir çocuk ile yedi yaşındaki bir çocuk arasında gerçekleşen cinsel davranışlarla on beş yaşını tamamlamaya sayılı günler kalmış iki çocuğun birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışların aynı çözümsüzlükte oluşunun hakkaniyetli olmadığıdır.

Sonuç olarak; yaşları birbirine yakın ve aynı idrak derecesinde olan çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışları cezalandırmak kanaatimizce suç tipinin düzenleniş amacına uygun değildir. Burada bu davranışları cezalandırma iradesi gösterilecekse de suç tipinde fail ve mağdurun yaşı açısından üçlü ya da dörtlü ayrımlara gidilmeli⁶⁰ ya da yaş farkı kıstası konulmalıdır.⁶¹

4. Davranış – Sonuç

a. Sarkıntılık

6545 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen TCK'nın 103. maddesi değiştirilmiştir. Yapılan bu değişiklikte göze çarpan önemli hususlardan biri de cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması durumunun, suçun basit şeklinden daha az bir yaptırıma bağlanmış olmasıdır. TCK madde 103'ün deği-

⁶⁰ 15-18 yaş, 12-15 yaş, 9-12 yaş, 9 yaş altı gibi 4 farklı yaş grubunun benimsenmesi ve bu doğrultuda üst grup ile alt grup arasında rıza ile gerçekleşen cinsel davranışlarda üst gruptaki çocuğun fail sayılması gibi.

⁶¹ Örneğin; yaşları farkı 5'den fazla olan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel davranışlarda yaşı büyük olan çocuğun fail sayılması gibi.

şiklikten önceki halinde suçun basit şeklini organ veya cisim sokma boyutuna varmayan fakat vücut teması teşkil eden cinsel davranışlar; nitelikli halini ise organ veya cisim sokma suretiyle gerçekleşen cinsel davranışlar oluşturmakta iken⁶² getirilen yeni düzenleme ile **sarkıntılık suretiyle çocukların basit cinsel istismarı da** kanuna eklenmiştir.⁶³ 765 sayılı mülga TCK'daki suç tipleri ile getirilen yeni düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, 765 sayılı mülga TCK madde 421'de düzenlenmiş olan sarkıntılık suçunun elle çocuğa karşı işlenmesi TCK'daki sarkıntılık suretiyle çocukların basit cinsel istismarı suçu olarak tezahür etmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki her ne kadar mülga kanun zamanında failin mağdura karşı gerçekleştirdiği, temas içermeyen, laf atma boyutunda kalmış fiilleri de sarkıntılık suçuna vücut verse de TCK'da sarkıntılık suçunun çocukların cinsel istismarının basit halinin altında düzenlenmesi ve cinsel istismar fiilinin en temel unsurlarından birinin de "temas" unsuru olması nedeniyle laf atma boyutunda kalan fiillerin sarkıntılık suçuna vücut vermesi bugün için mümkün değildir.

Bu açıklamalar ışığında failin, otobüste mağdurun kalçasına kısa süreliğine dokunması veya mağdurun yanağını/dudağını şehvi duygularla bir an için öpmesi sarkıntılık suçu kapsamında değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte, bütün yol boyunca bir erkeğin arkasından ıslık çalan ve onu takip eden kadının fiili ise temas unsurunu içinde barındırmadığı için sarkıntılık suçuna vücut veremeyecektir.

Çocukların basit cinsel istismarı suçunun sarkıntılık suretiyle işlenen hafif halinin getiriliş amacı madde gerekçesinde aynen şu şekilde belirtilmektedir: "*Maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline göre daha az ceza verilmesi sağlanmaktadır. Bu düzenlemeyle ilgili olarak 102. maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalar dikkate alınmaktadır.*" Gerekçeden de anlaşıldığı üzere "sarkıntılık" kavramının yeniden kanunda yer bulması, süre-

⁶² Fahri Gökçen Taner, "6545 sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme", Güncel Hukuk, Ağustos 2014, S. 8-128, s. 60-63(6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri).

⁶³ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 22.09.2014 tarih ve 14.Ceza Dairesi 2012/13556 E. 2014/10229 K. sayılı kararında; sanığın mağdureyi omzundan çekerek öpmeye çalışmak şeklinde gerçekleşen eyleminin sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.

lilik arz etmeksizin ani hareketlerle yapılan ve fakat çocukların cinsel istismarı suçunun basit haline vücut vermeyen davranışlara verilecek cezanın hafifletilmesi, eş deyişle suça verilecek cezanın; suçun basit halinin temel şeklinden daha az olması gerekliliğinden doğmuştur. Zira madde metninde de açıkça belirtildiği üzere çocukların cinsel istismarı suçunun basit halinde failin sekiz yıldan on beş yıla kadar; suçun sarkıntılık suretiyle basit halinin işlenmesinde ise failin üç yıldan sekiz yıla kadar cezalandırılabilmesi belirlenmiştir.

TCK madde 103'teki değişiklik değerlendirildiğinde; çocukların cinsel istismarının basit haline vücut vermeyen ve fakat çocuklara karşı gerçekleşen **sürekli nitelikte olmayan ani cinsel davranışlar** sarkıntılık düzeyinde kalacaktır ve suçun basit halinden daha az bir cezaya hükmedilecektir. Nitekim Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 24.09.2014 tarih ve 2012/15273 E. 2014/10407 K. sayılı kararında "*Sanığın üst geçitte yürümekte olan mağdurenin poposuna parmak atması şeklinde ani nitelikte ve devamı olmayan, kesik biçimde gerçekleşen eylemin hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun'un ilgili maddesi ile değişik kanun maddesinde öngörülen sarkıntılık suretiyle çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu...*" hüküm altına alınmıştır.⁶⁴

Sarkıntılık suretiyle çocukların basit istismarı suçunun faili ve mağduru ile ilgili açıklamalarımız çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ile aynı içerikte olduğundan tekrara düşmemek adına bu bölümde belirtilen konulara yer verilmemiştir.

b. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Hali

i. Genel Olarak

TCK m. 103/I'de çocukların cinsel istismarı suçunun basit hali düzenlenmiştir. Buna göre; mağdurun vücuduna temas etmek suretiyle gerçekleştirilen fakat cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ve sarkıntılık sınırını aşan cinsel davranışlar bu suça vücut verecektir.⁶⁵

⁶⁴ [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi 06.01.2015].

⁶⁵ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 17.09.2014 tarihli 2012/15205 E. 2014/10075 K. sayılı kararı [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi 06.01.2015].

ii. Suçun Maddi Unsuru⁶⁶

Fiil

TCK m. 103/I' e göre; çocukların cinsel istismarı suçunun basit şeklinin maddi unsurunu oluşturan fiil, henüz on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış; on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını da algılama yeteneği de gelişmiş olan çocuklara ise cebir, tehdit, hile ve ya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranıştır.

Maddede yer alan “her türlü cinsel davranış” deyimini, suçun sınırlarını belirsiz kılmakta ve TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu ile çocukların cinsel istismarı suçu arasındaki ayrımı da anlaşılabilir hale getirmektedir.⁶⁷ Yargıtay, bu sorunun çözümünde maddeyi dar yorumlamış ve çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabilmesi için “**temas**” unsurunun varlığını aramıştır.⁶⁸ Bu noktada 6545 sayılı Kanun ile TCK'da yapılan önemli bir değişikliğe değinmek gerekmektedir. 6545 sayılı Kanun'dan önce, TCK 105' de düzenlenen cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenemeyeceğini savunan bir görüş⁶⁹ olmasına karşın işbu değişiklik, cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenebileceğine dair bir şüphe kalmamıştır.⁷⁰

Dolayısıyla failin, mağdura yönelik gerçekleştirdiği cinsel davranış; mağdura dokunmayı, ona temas etmeyi içermiyorsa; fiil TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçuna vücut verecektir. Buna göre; çocuğun karşısına geçip ona cinsel organını göstermek, cinsel içerikli şarkılar söylemek, mağdura dokunmadan ondan soyunmasını istemek ve onu izlemek gibi eylemler; temas içermediğinden

⁶⁶ Tekrara düşmemek adına fail ve mağdur bölümlerine ilişkin yeniden açıklama yapılmayacaktır.

⁶⁷ Aydın, s. 28; Horozgil, s. 121.

⁶⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 363.

⁶⁹ Koca/Üzülmez, s. 314; Tezcan/Erdem/Önok, s. 362.

⁷⁰ TCK 105: “Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.”

cinsel istismar suçunu oluşturmayacaktır.⁷¹ Kanaatimizce; çocukların cinsel istismarı suçunun vücut bulması için “temas” şartını katı bir biçimde aramak suçun düzenleniş saikine aykırıdır. Bu düzenleme ile çocuğun karşısına geçip saatlerce ona cinsel organını gösterip kendini tatmin eden bir kişinin fiili cinsel taciz suçuna vücut verecek ve failin alacağı cezanın miktarı kamu vicdanını tatmin etmeyecektir.

Temas kavramından, sadece failin, mağdurun vücuduna temas etmesi gerektiği sonucu varılmamalıdır. Örneğin; 11 yaşındaki çocuğun; failin zorlamasıyla failin vücuduna dokunması da “temas” unsurunu içerdiği için çocukların cinsel istismarı suçunun basit haline vücut verebilecektir.

iii. Suçun Manevi Unsuru

Failin objektif nitelikte şehvi bir davranış gerçekleştirdiğine dair bilinç ve iradesi suçun oluşması için yeterlidir; bir başka deyişle, suç genel kastla işlenebilir.⁷² Zira kanun metninde failde, cinsel arzularını tatmin etme saikinin aranması gerektiğine ilişkin herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre⁷³ ise çocukların cinsel istismarı suçunun basit halinin oluşabilmesi için failde, özel kastın bir başka deyişle cinsel duyguları tatmin etme amacının aranması gerekmektedir. Ne var ki; suçun oluşması için, failin cinsel arzularını tatmin amacı taşıması bir şart olarak kabul edilirse; kıskançlık, öç alma, küçük düşür-

⁷¹ Aydın, s. 29; Parlar/Hatipoğlu, s. 168; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.05.2013 tarihli ve 2012/14-1538 E. ve 2013/255 K. sayılı kararında “Dosya kapsamına ve mahkemenin kabulüne göre, sanığın, cep telefonu ile 15 yaşını tamamlamamış olan mağdurenin kullanmakta olduğu cep telefonuna, ‘ay çok tatlı alo deyişin var ya, tanışmak ister misin’ şeklinde cinsel amaçlı mesaj gönderme eyleminin, 5237 sayılı TCK'nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanlışlıkla düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmasında isabet görülmemiştir”. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 15.01.2014 tarihli 2012/2052 E. 2014/280 K. sayılı kararında “Sanığın, vücut dokunulmazlığını ihlal etmeksizin yolda yürümekte olan mağdureye ıslık çalması, eliyle gel işareti yapması ve evine kadar takip etmesi şeklinde gerçekleşen olayda, bedensel temas içermeyen eylemlerinin cinsel taciz suçunu oluşturduğunun gözetilmesi gerekir.” ifadelerine yer vermiştir. [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015]. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 08.05.2013 tarihli 2013/509 E. 2013/5632 K. sayılı kararı için bkz. Aydın, s. 106.

⁷² Horozgil, s. 131; Memiş Kartal, s. 214; Veysel Gültaş/ Remzi Gündüz, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar, Ankara 2008, s. 54; Özbek/Kanbur/Doğam/Bacaksız/Tepe, s. 341; Tuğrul, s. 275; Koca/Üzülmez; s. 316.

⁷³ Şen, s. 399; Parlar/Hatipoğlu, s. 168; Çalışkan, s. 89.

me özel saikleri ile gerçekleşen cinsel davranışların çocukların cinsel istismarı suçuna vücut vermesi mümkün olmayacaktır.

c. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali

i. Genel Olarak

TCK'nın 103. maddesinin ikinci fıkrasında, çocukların cinsel istismar suçunun vücuda organ ya da sair bir cisim sokulmak suretiyle işlenmesi bu suçun nitelikli hali olarak tanımlanmıştır. Mağdurun vücuduna fail tarafından, failin kendisine veya bir başkasına ait bir organ veya herhangi bir cisim sokulması durumunda suçun nitelikli hali vücut bulacaktır.⁷⁴

Bu halde, suçun basit şeklinde olduğu gibi on beş yaşını tamamlamamış ya da tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonucunu algılama yeteneği gelişmemiş çocuğun rızası kabul edilmiştir. On beş yaşını tamamlamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı nitelikli cinsel istismar suçunun oluşabilmesi, fiilin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır.

Cinsel istismarın, on beş yaşını doldurmuş çocukların rızasıyla gerçekleşmesi halinde cezai sorumluluk tamamen ortadan kalkmaktaki; cebir, tehdit, hile olmaksızın gerçekleştirilen bu fiil TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut vermektedir. TCK m. 104 kapsamında değerlendirilmesi gereken önemli bir sorun, on beş yaşını doldurmuş ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğun vücuduna cebir, tehdit, hile olmaksızın cinsel organ dışında başka bir organ veya sair bir cisim sokulduğunda ne olacağıdır. Cinsel ilişki Yargıtay kararlarında⁷⁵, "*Aktif failin tenasül organını, diğerinin vücuduna normal ya da anormal yollarla sokması*" olarak tanımlanmaktadır. Yani; on beş yaşını doldur-

⁷⁴ Aydın, s. 35; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 306; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 06.05.2014 tarihli, 2014/3536 E. 2014/6122 K. sayılı kararı; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 18.09.2014 tarihli 2014/4616 E. 2014/ 10137 K. sayılı kararı. 14.Ceza Dairesi'nin 2012/13488 E. 2014/10166 K. sayılı kararı [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015].

⁷⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.06.1990 tarihli ve 1990/101 E. 1991/56 K. sayılı kararı için bkz. Cankat Taşkın, "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu", <http://can-kattaskin.av.tr/wpcontent/uploads/2011/03/çocuğun-cinsel-istismarı.pdf>.

muş çocuğun rızasıyla cinsel organına bir cisim sokan kişi, bu fiil cinsel ilişki sayılamayacağından cezalandırılmayacaktır. Bu konuda bir boşluk olduğu açıktır. Doktrinde bu konunun çözümünün bir kanun değişikliğiyle mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre yapılacak değişiklikle 104. madde “*Cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın on beş yaşını bitirmiş çocuğu ikna ederek vücuduna organ veya sair cisim sokan kimse... cezalandırılır.*” şeklinde değiştirilmelidir.⁷⁶

ii. Suçun Maddi Unsuru

Fiiil

Mağdurun vücuduna fail tarafından, kendisine veya bir başkasına ait bir organ veya herhangi bir cisim sokulması durumunda suçun nitelikli hali oluşacaktır.⁷⁷ Fiil, fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, failin cebir ve tehdit kullanması neticesinde bizzat mağdur tarafından da gerçekleştirilebilir.⁷⁸ Madde metninde sadece vücut kelimesi geçmesine rağmen vücudun hangi bölgesine organ veya sair bir cismin sokulacağı belirtilmemiştir. Zira sadece maddenin lafzına bakıldığında, mağdurun vücuduna herhangi bir yoldan cisim sokulması fiili de çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli haline vücut verebilecektir. Ancak TCK'nın 103. maddesinin gerekçesinde “... İkinci fıkrada ise, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Suçun bu nitelikli hâline ilişkin açıklama için, cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılmalıdır.” şeklinde yapılan atıf ile suçun nitelikli haline ilişkin TCK m. 102'de düzenlenen cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda fiilin; anal, oral ya da vajinal yoldan vücuda penis veya sair bir cisim ithal edilmek suretiyle gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir.⁷⁹ Bu kapsamda kanaatimizce, vücutta yer alan kulak deliği, burun boşlukları gibi yerlerin her

⁷⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 307.

⁷⁷ Aydın, s.33; Parlar/Banko, s. 101; Çalışkan, s. 107.

⁷⁸ Memiş Kartal, s.183.

⁷⁹ Tuğrul, s. 277; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 10.02.2014 tarihli ve 2012/3081 E. 2014/1371 K. sayılı kararında mağdurun ağızına cinsel organını sokan failin fiilinin; çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli haline vücut vereceği ifade edilmiştir. Karar için bkz. Parlar/Banko, s. 133.

ne kadar organ ya da cisim sokma eylemine müsait olsa da maddenin düzenleniş amacı da dikkate alındığında bu eyleme cinsel davranış niteliği kazandırmaya elverişli değildir.⁸⁰

Madde metninde “cinsel organ” değil “organ” tabiri kullanılmış olması da değerlendirilmesi gereken bir diğer husustur. Kanunun lafzına bakıldığında vücuda girme özelliği bulunan parmak, dil gibi diğer organlar ile de fiilin gerçekleştirilmesi mümkündür.⁸¹

Ağza parmağın veya cop gibi cisimlerin sokulmasının nitelikli cinsel istismar sayılıp sayılmayacağı da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş; bu gibi eylemlerin cinsel davranış sayılmayacağını dolayısıyla suç oluşturmayacağını savunmaktadır.⁸² Diğer bir görüş ise farklı bir gerekçeyle cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olsa da bunu gerçekleştirmeye elverişli olmayan parmak, cop ve sopanın ağza sokulmasının suçun nitelikli halini oluşturmayacağını ileri sürmüştür.⁸³ Yargıtay da aynı doğrultuda; cinsel amaçla da olsa failin mağdurun ağzına parmaklarını sokması ve dilini okşamaması şeklindeki eylemini basit cinsel istismar olarak kabul etmektedir.⁸⁴ Ağza parmak sokulmasının nitelikli cinsel istismar sayılması kanaatimizce mümkün değildir. Ancak cinsel saikle hareket ederek çocuğun ağzına elini sokan failin davranışına ilişkin; “cinsel davranış içermez” şeklindeki bir yorumun sonucunda suç oluşmaz hükmüne varmak da hakkaniyetli olmayacaktır. Kanaatimizce burada suçun basit hali vücut bulacaktır.

Kadın failin kendi vücuduna, erkek mağdurun bir organını veya bir cismi sokturmasının suçun nitelikli halini oluşturup oluşturmayacağı da tartışma konusu olmuştur. Doktrinde, kişinin kendisine organ veya sair bir cisim sokturması eyleminin de organ sokan çocuğa

⁸⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Parlar/Banko, s. 102; Parlar/Hatipoğlu, s. 170; Memiş Kartal, s. 182.

⁸¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 09.04.2013 tarihli 2012/14-1421 E. 2013/125 K. sayılı kararında; failin, çocuğun vücuduna parmak sokması fiilinin suçun nitelikli haline vücut vereceği kabul edilmiştir. [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi 01.01.2015]; Aydın, s.33.

⁸² Necati Apaydın, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, TBB Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara 2004, s.150.

⁸³ Akçin, s.111; Parlar/Banko, s. 102; Parlar/Hatipoğlu, s. 170.

⁸⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 27.05.2009 tarih ve 2009/618 E. 2009/6448 K. sayılı kararı için bkz. Tuğrul, s. 278.

karşı çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halini oluşturacağı genel olarak kabul edilmiştir.⁸⁵ Bir görüşe göre failin, organ veya cisim sokma eyleminin aktif veya pasif süjesi olması aranmamaktadır. Bu nedenle organ veya cisim sokan kim olursa olsun, eyleme rızanın bulunmadığı ya da rızanın hukuken geçerli olmadığı ve taraflardan birinin maddede öngörülen çocuklardan biri olduğu durumlarda suç oluşacaktır.⁸⁶ Yargıtay ise yaşı küçük mağdurun cinsel organının kendi vücuduna sokturan failin eylemini, cinsel istismar suçunun basit halini oluşturacağını, failin “organ sokma” fiilini düzenleyen 103.maddenin 2.fıkrası uyarınca cezalandırılmayacağını benimsemiştir.⁸⁷ Kanaatimizce madde metni yorumlandığında; kimin vücudu olduğuna dair *-fail ya da mağdur-* herhangi bir kısıtlama getirilmeksizin fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde suçun nitelikli halinin oluştuğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan Yargıtay’ın yukarıda belirtmiş olduğumuz kararındaki nitelemenin aksine yaşı küçük olan mağdurun cinsel organını failin zorla kendi vücuduna sokturması fiilinin de çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halini oluşturacağı muhakkaktır. Zira fail tarafından kendi vücuduna organ veya cisim sokturularak istismar edilen çocuğun, kendisine organ veya sair bir cisim sokulan çocuktan daha az mağdur olduğu veya cinsel yönden daha az istismar edildiği söylenemez.⁸⁸

ii. Suçun Manevi Unsuru

Doktrindeki bir görüş, TCK m. 103/II bakımından özel kastın aranması gerektiğini kabul etmektedir.⁸⁹ Doktrinde çoğunlukla kabul

⁸⁵ Parlar/Banko, s.102; Akçin, s.110; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 369.

⁸⁶ Necati Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, 2005, s. 353; Parlar/Hatipoğlu, s. 170.

⁸⁷ Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 08.10.2013 tarihli ve 2013/7470 E. 2013/10266 K. sayılı kararı ve Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin 03.05.2010 tarihli 2009/14703 E. 2010/3231 K. sayılı kararı [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 08.01.2015]. Aynı doğrultuda bkz. Gültaş/Gündüz, s. 55; Memiş Kartal, s. 183.

⁸⁸ Aydın, s.35.

⁸⁹ Şen, s. 399. Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin 10.02.2014 tarihli ve 2012/4067 E. 2014/1289 K. sayılı kararında “Sanığın olay tarihinde üzerinde iç çamaşırı bulunan mağdurun makatına parmağını soktuğu anlaşılmakla; çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda, organ veya sair bir cisim sokulan bölgenin cinsel bölge olması için yeterli olup, cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılması suçun oluşması için şart olmadığından, sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekir.” ifadelerine yer verilmiştir. [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 08.01.2015]

edilen ve katıldığımız bir diğer görüşe⁹⁰ göre ise nitelikli cinsel istismar bakımından failde genel kastın var oluşu suçun oluşması için yeterli olacaktır.

D. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNDA HATA KAVRAMI

Ceza sorumluluğuna etki eden hallerden hata hali TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre hatanın, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırması için esaslı ve kaçınılmaz olması gerekmektedir.

Mağdurun rızası hilafına cinsel davranışta bulunan fail, mağdur on sekiz yaşından küçük olmasına rağmen onu 18 yaşından büyük zannediyorsa, hatasından yararlanır. Ne var ki failin bu hatası fiili hukuka uygun hale getirmez yalnızca suçun niteliğini değiştirir. Bir başka deyişle; fail, cinsel istismar suçundan değil, cinsel saldırı suçundan yargılanır. Çocuğun vücudunun erken gelişmesi, inandırıcı beyanı, çocuğun faile yaşının büyük olduğuna dair belgeler göstermesi durumlarında⁹¹ hatanın kaçınılmaz olduğu sonucuna varılabiliyorsa, hatanın kastı kaldırdığını kabul etmek gerekir.

On beş- on sekiz yaş aralığında olan bir çocukla cinsel ilişkiye giren failin mağdurun rızasının varlığı üzerinde bir hataya düşmesi, fiili suç olmaktan çıkartmaz. Ancak failin hatası esaslı bir hata ise artık vücut bulan suç, çocukların cinsel istismarı değil TCK 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olacaktır.

⁹⁰ Taner, s. 296-297; Şen, s. 399. Çalışkan, s. 108; Parlar/Banko, s. 17; Gültaş/Gündüz, s. 56.

⁹¹ Taner, (naklen) s.298; Faruk Erem/ Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2003, s.300; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 05.11.2013 tarihli 2013/14-573 E. 2013/432 K. sayılı kararında Lise 1. sınıf öğrencisi olan mağdurla aynı okulda öğrenci olan sanığın, mağdurun yaşını bilmediği ve bu noktada hataya düştüğüne dair iddiasını hayatın olağan akışına uygun bulmamıştır. Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.11.2013 tarihli 2013/14-564 E. ve 2013/445 K. sayılı kararında, mağdure ile bir süre nişanlı kaldıktan sonra düğün yaparak birlikte yaşamaya başlayan failin, mağdurenin yaşını bilmediğine ilişkin iddiasını hayatın olağan akışına aykırı bulmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.12.2013 tarihinde vermiş olduğu 03.12.2013 tarihli ve 2013/14-576 E. 2013/581 K. sayılı kararında, mağdure ile olay tarihinden 7 gün önce tanışan failin, mağdurenin görünüş itibarıyla 15 yaşından büyük gösterdiğine ve tüm uğraşlarına rağmen gerçeği öğrenme imkânının olmadığına ilişkin iddialarını haklı bularak, failin mağdurun yaşı konusunda düştüğü hatayı esaslı hata olarak kabul etmiştir. [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015].

Failin, çocukların cinsel istismarı suçunun kural ya da unsurlarında hataya düşmesi ise fail açısından bir değer taşımamaktadır. TCK'nın 4. maddesi uyarınca *"Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılamaz"*. Farkı bir örnek ile oraya koyacak olursak; failin *"Ben mağduru 17 yaşında sanyordum"* demesi ceza hukuku açısından bir değer taşıyabilecek ve bu hatası esaslı sayılabilecektir. Ne var ki failin *"Ben 14 yaşındaki mağdurla cinsel ilişki yaşamamın suç olduğunu bilmiyordum"* demesi ceza hukuku açısından bir değer taşımamaktadır.

E. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

TCK 24 ve devamı maddelerinde hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen ve bunların varlığı halinde fiili suç olmaktan çıkaran haller şu şekilde belirtilmiştir: Kanunun hükmü ve amirin emri, meşru savunma ve zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası. Ne var ki belirtilen bu hukuka uygunluk nedenlerinin hepsinin suçta bulunabilmesi her zaman mümkün olmamaktadır.⁹² Çocukların cinsel istismarı suçunun kendine has yapısı gereğince; hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilecek nadir durumlar aşağıda sayılmıştır:

TCK'nın 26/2 maddesi uyarınca; kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olarak açıkladığı rıza beyanı, fiili hukuku aykırı olmaktan çıkarır. Ancak rıza beyanının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için ilgilinin üzerinde tasarruf edebileceği bir konunun bulunması ve rıza gösterenin rıza açıklama yeteneğine sahip olması gerekmektedir.⁹³

Makaleye konu suç tipinde, suçun mağduru olan çocuğun on beş yaşından büyük olması durumunda, mağdurun kendisine yönelik cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara karşı göstereceği rıza, eylemi hukuka uygun hale getirir. Ne var ki mağdur çocuğun on beş yaşından küçük olması halinde; her türlü cinsel davranışa karşı göstereceği rıza geçersiz olacaktır. Bununla birlikte on beş yaşından büyük mağdura yönelik cinsel davranış, cinsel ilişki boyutuna varırsa; mağdur, fiile karşı rıza gösterse dahi fiil suça **-reşit olmayanla cinsel ilişki-** vücut verecektir.

⁹² Memiş Kartal, s. 208.

⁹³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2013, s.285; Nur Centel/Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2014, s. 315.

Rızanın, suçu hukuka uygun hale getirdiği durumlarda; çocuğa karşı cinsel davranışta bulunan kişinin fiili, çocuğun rıza gösterdiği sınırdaki kalmalıdır. Bu sınırın aşılması halinde fiil; yeniden suça vücut verecektir. Örneğin; başlangıçta erkek arkadaşının bacaklarına dokunmasına izin veren on altı yaşındaki çocuğun; bacaklarından başka bir bölgeye temas edilmesine rızası yok ise bu aşamadan sonra çocuğun cinsel organına temas eden erkek arkadaşın fiili; çocukların cinsel istismarı suçuna vücut verecektir.

Bir hekimin veya sağlık çalışanının tıbbi tedavi amacıyla bir çocuğun vücuduna dokunması, cinsel organına bakması veya dokunması hukuka aykırılık unsuru taşımadığı için suça vücut vermeyecektir. Ancak hekim ya da sağlık çalışanı, tıbben gerekmediği halde kendisine hasta olarak müracaat eden çocuğa temas ediyorsa bu fiil çocukların cinsel istismarı suçuna vücut verecektir.⁹⁴

III. SUÇA ETKİ EDEN HALLER

A. FAİL İLE MAĞDUR ARASINDAKİ AKRABALIK VE İLİŞKİ

TCK m. 103/III'e göre failin, mağdurun üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısmı, üvey babası, üvey anası, üvey kardeşi, evlat edineni, vasisi, eğiticisi, öğreticisi, bakıcısı, koruyucu ailesi olursa ya da fiil sağlık hizmeti veren veya koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenirse ceza arttırılmaktadır.

Maddenin 3. fıkrasında fail açısından kişisel ağırlaştırıcı nedenlere yer verilmiştir. Kişilerin sıfatı madde metninde sayılmıştır ancak bu ağırlaştırıcı nedenler, sadece maddede sayılan kişilere uygulanmayacaktır. Çünkü madde metninde "*...koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevinin ve hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle...*" ifadesine yer verilerek bu hükmün, sayılan kişilerle sınırlı olmadığı belirtilmiştir.⁹⁵

⁹⁴ Aydın, s. 59.

⁹⁵ Meran, s. 353.

a. Üçüncü Derece Dâhil Kan ve Kayın Hısmı

Üst Soy

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, çocukların cinsel istismarı suçunun üst soya yönelik olarak işlenmesi, suç tipinde nitelik unsur olarak düzenlenmişti. Yapılan değişiklikle üstsoy kavramı madde metninden çıkarılmışsa da yeni düzenlemede yer alan “üçüncü dereceye kadar kan hısımlığı” kavramı üstsoyu da kapsadığı için; çocukların cinsel istismarı suçunun üst soy tarafından işlenmesi halinin ağırlaştırıcı neden olması hususunda bir değişiklik olmamıştır. Üst soy; TMK m. 17/II uyarınca, biri diğerinden gelen kişiler arasındaki üstsoy altsoy hısımlığını ifade etmektedir. Buna göre; cinsel istismar suçunun failinin, mağdurun üst soyu sayılan annesi, babası veya bunların anne ve babaları olması durumunda, suçun nitelikli hali meydana gelmiş olur. Bu failin, mağdura karşı eyleminin 103. maddenin birinci fıkrasında veya ikinci fıkrasında sayılan suç kapsamında kalması arasında bir fark yoktur. Mağdurun üst soyu sayılan failin fiili, 103. maddenin birinci fıkrası kapsamında kalıyor ise, bu madde uyarınca alt ve üst sınırlar arasında belirlenecek ceza üzerinden üçüncü fıkradan artışı yapılacaktır. Failin fiili, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokma niteliğinde ise, 103. maddenin ikinci fıkrası uyarınca alt ve üst sınırlar arasında belirlenecek ceza üzerinden üçüncü fıkradan artışı yapılabilecektir.⁹⁶

İkinci derece ve üçüncü derece kan ve kayın hısımlığı

TMK'nın 17/1 maddesine göre “*kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur*”. Buna göre mağdurun kardeşleri, mağdurun ikinci derece kan hısımları durumundadır. Yine mağdurun teyzesi, amcası ve halası ise üçüncü derece kan hısmı durumundadır. Adı geçen bu kişilerin mağdura yönelik cinsel istismarda bulunması durumunda, failin cezasında TCK m.103/III uyarınca artışa gidilecektir.

6545 sayılı Kanun ile yapılan önemli değişikliklerden biri de kayın hısımlığının da TCK m. 103/III kapsamında ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş olmasıdır. TMK m. 18/1 uyarınca “*Eşlerden biri ile diğer*

⁹⁶ Aydın, s. 38.

eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur". Bu bağlamda mağdurun eşinin üçüncü dereceye kadar kan hısımları, mağdurun üçüncü dereceye kadar kayın hısmı olur. Bir başka deyişle; mağdurun eşinin annesi, babası, büyük annesi ve büyük babası, torunu, kardeşleri, teyzesi, dayısı, amcası ve halası; mağdurun üçüncü dereceye kadar kayın hısmı durumundadırlar.⁹⁷ Oluşan bu hısımlık da TMK m. 18/II hükmü gereğince evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz. Evlilik birliğinin mutlak butlanla batıl olması halinde ise kayın hısımlığı hiç oluşmamış sayılır.

Bu nitelikli halin uygulanması için failin böyle bir akrabalık ilişkisinin varlığını bilmesi gerekmektedir. Aksi halde bu ağırlaştırıcı neden uygulanmayacaktır.⁹⁸

b. Üvey Baba, Üvey Ana, Üvey Kardeş, Evlat Edinen

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, suçun, mağdurun üvey babası tarafından işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak öngörülürken; üvey anne ve üvey kardeşler bu düzenlemenin dışında idi. Yapılan isabetli değişiklikle birlikte üvey anne ve üvey kardeş de madde kapsamına alındı. *Mağdurun üvey babası*, mağdurun annesinin, kendi öz babasından sonra evlendiği erkek; *Mağdurun üvey anası*, mağdurun babasının, kendi öz annesinden sonra evlendiği kadın; *Mağdurun üvey kardeşi* ise, üvey ana ve babanın önceki evliliklerinden olma çocuklarıdır.⁹⁹ Mağdurun annesinin veya babasının, sonradan evlendiği erkeğin veya kadının önceki birlikteliklerinden olan çocukları mağdurun üvey kardeşi değildir.¹⁰⁰ Üvey babanın ya da annenin çocukların cinsel istismarı suçunu işlemesini suçun ağırlaştırıcı nedeni kabul etmek için üvey anne ya da babanın mağdur çocukla birlikte yaşamasına gerek yoktur.¹⁰¹ Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, çocuğun annesi ile üvey baba, babası ile üvey ana arasındaki evlilik ilişkisinin suç işlendiği sırada var olması gerekir.

Fail ile mağdur arasında evlatlık ilişkisi olması da TCK m. 103/III kapsamında cezayı arttıran nitelikli bir unsurdur. TMK'nın 305 vd. maddeleri gereğince mahkeme tarafından evlat edinme kararı veril-

⁹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 309; Memiş Kartal, s. 189.

⁹⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 340

⁹⁹ Aydın, s.39; Parlar/Banko, s.104.

¹⁰⁰ Aydın, s. 39.

¹⁰¹ Aydın, s. 40.

mesi ve bu kararın kesinleşmesi ile evlatlık ilişkisi başlar.¹⁰² Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için evlat edinenin cinsel istismarda bulunduğu evlatlığı ile birlikte yaşıyor olması gerekli değildir.

c. Vasi

Vasi; TMK'nın 404 vd. maddelerine göre velayet altında bulunmayan küçüklerin ve mahcurların menfaatlerini korumak üzere sulh hukuk hâkimi tarafından tayin edilen kimselerdir. Bu kimselerin, vasi olarak atandığı çocuğa yönelik olarak cinsel istismar suçunu işlemesi durumunda cezasında artış yapılır. Bu maddenin uygulanabilmesi için vasinin, istismarda bulunduğu çocuk ile birlikte yaşıyor olması gerekmediği gibi; vasinin erkek ya da kadın olması bakımından da bir fark bulunmamaktadır.¹⁰³ Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus, madde düzenlenmesinde fiilin kayyım tarafından gerçekleştirilmesi halinin ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmemiş olmasıdır. Yasanın korumak istediği amacın çocukların cinsel istismara karşı azami oranda korunması gerekliliği olduğu göz önüne alındığında düzenlemenin belirtilen çerçevede eksik olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁰⁴

d. Eğitici, Bakıcı, Öğretici, Koruyucu Aile

Çocuğun eğitimi, öğretimi veya bakımı amacıyla görevlendirilmiş kimseler tarafından suçun işlenmesi de cezayı arttıran bir unsurdur. **Eğitici**; çocuğun eğitim ve terbiyesiyle ilgilenen -örneğin; satranç, basketbol, futbol, drama, bale gibi sanat ve sosyal aktivite konularını öğreten kişidir. Eğitcinin ücretli ya da ücretsiz çalışması, suçun ağırlaştırıcı nedeni olması bakımından bir önem taşımamaktadır.¹⁰⁵

Bakıcı; çocuğun süreli ya da süresiz, ücretli ya da ücretsiz olarak bakılması için kendisine bırakıldığı kişidir.¹⁰⁶ Öğretici ise; çocuğa -okulda, dil kursunda, vb.- bir şeyler öğreten kişi anlamına gelmektedir.¹⁰⁷

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için suçun görev sırasında işlenmesinin gerekip gerekmediği hususunda doktrin ve Yargıtay ara-

¹⁰² Parlar/Hatipoğlu, s. 172; Gültaş/Gündüz, s. 57; Murat Aydoğdu, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, Ankara 2010, s. 447-448.

¹⁰³ Aydın, s. 40.

¹⁰⁴ Tuğrul, s.302.

¹⁰⁵ Mustafa Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008, s.651; Aydın, s. 41; Çalışkan, s. 110; Parlar/Hatipoğlu, s. 172.

¹⁰⁶ Artuç, s. 652; Bir başka tanım için bkz. Memiş Kartal, s. 193.

¹⁰⁷ Tuğrul, s.302.

sında fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre; suçun işlendiği sırada mağdurla fail arasındaki eğitim öğretim ilişkisinin varlığı bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için yeterlidir.¹⁰⁸ Yargıtay ise ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için suçun işlendiği sırada bu ilişkinin bilfiil devam etmesi şartını aramaktadır.¹⁰⁹

e. Koruyucu Aile

Korunmaya muhtaç çocukların korunmalarını gerektiren süreç içerisinde aile ortamında yetiştirilmesinin sağlanması amacıyla oluşturulmuş koruyucu aile modellerine göre; bir çocuğa koruyucu aile olarak atanan kişi veya kişilerin, bu çocuğa yönelik olarak cinsel istismarda bulunması halinde cezada artış yapılmalıdır.

f. Sağlık Hizmeti Veren

Sağlık hizmeti verenin kim olduğu kanunda belirtilmemiş olsa da; hekimler, hemşireler, ebeler, laborantlar, sağlık memurları, hasta bakıcılar bu kapsamda değerlendirilebilir.¹¹⁰ Sağlık hizmeti veren fail hakkında bu maddenin uygulanabilmesi için; failin suçu bu hizmeti yürütürken işlemesi gerekli değilse de, mağdur üzerinde, sağlık hizmeti vermesinden kaynaklanan kolaylıktan yararlanarak suçu işlemesi gerekmektedir.¹¹¹ Bu doğrultuda; bir hasta bakımının sağlık hizmeti vermeksizin, arkadaşının çocuğuna karşı cinsel istismar suçu işlemesi durumunda suçun nitelikli hali oluşmaz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2012/15459 E. 2014/9529 K. sayılı kararında bu hususu aynen şu şekilde ifade etmiştir: *"Ağız ve Diş Sağlığı Merkezinde diş hekimi olarak görev yapan sanığın diğer mağdure Gözde'nin diş tedavisine devam ettiği sırada muayene salonunda refakatçi olarak bulunan mağdure K.'ya doğru yaklaşım belinden kavrayarak 'senin dişlerini de tedavi edelim, çürükler var' demesi biçiminde gerçekleşen olayda, sanığın mağdure K.'ya yönelik bir sağlık hizmeti sunması söz konusu olmadığı halde hakkında TCK'nın 103/3. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini kanuna aykırıdır."*

¹⁰⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 310;Parlar/Hatipoğlu, s. 173; Çalışkan, s. 111;Parlar/Banko, s. 105;Aydın, s. 41; Taner, s. 308.

¹⁰⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 16.07.2008 tarih ve 2008/3995 E. 2008/7617 K. sayılı kararı için bkz. Tuğrul, s. 282.

¹¹⁰ Aydın; s. 43; Memiş Kartal, s. 193.

¹¹¹ Memiş Kartal, s. 193; Aydın; s. 45.

g. Koruma, Bakım ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan

Gerek kanundan gerekse de sözleşmeden kaynaklanacak şekilde mağdurun koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğünü üzerine alan kişi, mağdura yönelik olarak cinsel istismar suçunu işlediği takdirde cezasında artış yapılması gerekmektedir. Doktrinde mağdurun annesi ile birlikte yaşayan erkeğin mağdur üzerinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. TMK m. 185/I uyarınca evlilik birliği evlenme ile kurulmuş olur. TMK'da belirtilen şekillere uygun olmayan bir birlikteliğin evlilik olduğu ve dolayısıyla da evliliğin hüküm ve sonuçlarının doğacağı söylenebilir. Bir erkeğin nikâhsız olarak birlikte yaşadığı kadının kendisinden olmayan çocuklarına karşı koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğünün varlığına dair bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Dolayısıyla failin hukuken yükümlü olmadığı bir konuda, bu yükümlülüğü yerine getirmediğinden bahisle cezasının yarı oranında arttırılarak hukuki bir yaptırıma tabi tutulması kanaatimizce de "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.¹¹² Ne var ki Yargıtay bir kararında amcasının oğluna yönelik cinsel istismarda bulunan failin, mağdura karşı bakım, koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu bahisle cezasının TCK'nın 103/III maddesi uyarınca arttırılması gerektiğini¹¹³ vurgulamış ve fakat bu kararında, failin bu yükümlülüğünün nereden kaynaklandığını açıklamamıştır.¹¹⁴

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 10.09.2014 tarihli 2012/14202 E. 2014/9727 K. sayılı kararında "5237 sayılı TCK'nın 103/3. maddesinde düzenlenen hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle cinsel istismar eyleminin söz konusu olabilmesi için sanık ile mağdura arasında bir hizmet ilişkisinin bulunması gerektiği, kanunda düzenlenen hizmet ilişkisinden kastedilenin failin yazılı veya sözlü bir hizmet akdine dayanarak mağdura

¹¹² Aydın, s.41; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun aksi yönde vermiş olduğu bir kararında; "Somut olayda; katılanın annesi G.'ın, evlilik birliği olmaksızın birlikte yaşadığı sanığa duyduğu güven nedeniyle katılanı sanığın koruma ve gözetimi altında bırakarak işe gittiği sabit olup, sanığın katılana karşı kanun maddesinde ifade edilen den olduğunun kabulü gerekmektedir. Buna göre, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan çocuğa karşı cinsel istismar suçunu işleyen sanık hakkında kanun maddesinin uygulanması gerekir." ifadelerine yer vermiştir. [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi 01.01.2015].

¹¹³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 12.07.2010 tarihli 2006/12143 E.-2010/6142 K. sayılı kararı.

¹¹⁴ Aydın, s. 46.

üzerindeki işe alma, işten çıkarma ve ücret gibi sosyal haklarını belirleme yetkisine haiz olmanın vermiş olduğu söz geçirebilmeden kaynaklanan nüfuzunun bulunması gerektiği, somut olayda ise sanığın, mağdurenin okula gidip gelirken kullandığı servis aracının şoförü olduğu, bu nedenle mağdure ile sanık arasında hiyerarşik ilişki bulunmadığı, ancak sanığın mağdureyi koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu, sanığın atılı suçu hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle değil, yine 103/3. maddede suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş olan koruma ve gözetim yükümlülüğünü ihlal ederek işlediğinin düşünülmemesi”ni bozma gerekçesi olarak kabul etmiştir.¹¹⁵

h. Kamu Görevinin ve Hizmet İlişkisinin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılması

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması nitelikli hal olarak sayılırken kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasıyla çocukların cinsel istismarı suçunun işlenmesinin nitelikli hal durumuna getirilmesi işbu kanun değişikliğiyle olmuştur. Bu ağırlaştırıcı halin uygulanması için fail ile mağdur arasında bir nüfuzun olması gerekmektedir. Ancak nüfuzun varlığına karşın; bu nüfuz kullanılmadan cinsel istismar suçu işlenmişse bu artırım nedeni uygulanmayacaktır.¹¹⁶ Örneğin; aynı holdingde çalışması dolayısıyla küçük üzerinde hüküm ve nüfuz sahibi olan kimselerin, ancak bu konumlarını veya otoritelerini kötüye kullanarak cinsel istismar suçunu işlemeleri halinde ceza ağırlaştırılacaktır.¹¹⁷

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için suçun ilgili kişilerin görevlerini yaptıkları sırada işlenmesi gerekmektedir. Fakat suç; aradaki hizmet, koruma ve gözetim görevi devam ederken işlenmelidir.¹¹⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi bir kararında; failin, dükkânında 4 gün çırak olarak çalıştıktan sonra işten ayrılan mağdura takriben 1 ay sonra nitelikli cinsel istismarda bulunması eyleminde, suç tarihi itibarıyla

¹¹⁵ Aynı yönde Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 10.10.2013 tarihli ve 2013/3495 E. ve 2013/10440 K. sayılı kararı için bkz. Aydın, s. 130.

¹¹⁶ Tuğrul, s. 304.

¹¹⁷ Aynı yönde görüş için bkz. Memiş Kartal, s. 195; Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 29.03.2010 tarihli ve 2009/13328 E. 2010/2515 K. sayılı kararı için bkz. Aydın, s. 133.

¹¹⁸ Meran, s. 355.

hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma unsurunun bulunmadığına işaret etmiştir.¹¹⁹ Burada aradaki ilişkinin iş veya hizmet akdi olmasına gerek yoktur.

B. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN BİRDEN FAZLA KİŞİ TARAFINDAN İŞLENMESİ

Kanun koyucu; TCK'nın 103/III. maddesinin (a) bendinde çocukların cinsel istismarı suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesini, mağdurda ve kamuoyunda yaratacağı olumsuz etkiler nedeniyle ağırlaştırıcı unsur olarak belirlemiştir.¹²⁰ Bu kişilerin farklı cinsiyetlerde olması bir değişiklik yaratmamakta olup; yine bu kişilerden birinin cezai ehliyetinin olmaması da artırım sonucunu değiştirmeyecektir.¹²¹ Örneğin; akıl hastası bir yetişkin ile akıl sağlığı yerinde bir yetişkinin birlikte 14 yaşındaki bir çocuğu cinsel yönden istismar etmeleri halinde; faillerden birinin akıl hastası olması onun alacağı cezayı etkileyebilecek olsa da; bu suçun birden fazla kişi ile işlendiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Dolayısıyla bu hal; suç için ağırlaştırıcı bir nitelik arz edecektir.

Çocukların cinsel istismarı suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleşmesini ifade etmektedir. Bundan dolayı; söz konusu suçun bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, sadece bu nedenle (a) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılamayacaktır.¹²²

Faillerden birinin mağdura normal yoldan, diğerinin anal yoldan saldırması; birisi saldırırken diğerinin cebir uygulayarak mağdurun hareket etmesini engellemesi veya mağduru tehdit etmesi durumlarında "**birlikte suç işleme**" iradesi vardır. Buna göre; ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için, çocukların cinsel istismarında bulunma suçunun aynı yerde ve zamanda birden fazla kişi tarafından birlik-

¹¹⁹ Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 20.09.2007 tarihli, 2007/7481 E. 2007/6548 K. sayılı kararı [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi 01.01.2015].

¹²⁰ Sedat Bakıcı, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul 1994, s. 172; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 313.

¹²¹ Bakıcı, s.173.

¹²² Madde gerekçesinden (naklen) Tuğrul, s. 308; Çalışkan, s. 112; Parlar/Hatipoğlu, s. 173; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 04.06.2014 tarihli ve 2014/4102 E. 2014/7501 K. sayılı içtihadı [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015].

te gerçekleştirilmesi gerekir. Failler aynı yerde ve zamanda mağdura cinsel istismarda bulunmuşlarsa, ayrıca birbirlerinin fiillerine yardım etmiş olmaları aranmaksızın cezaları artırılabacaktır.¹²³

Fail ile mağdurun birden fazla kişi olması ve her bir failin ayrı mağdura karşı cinsel istismar eylemini gerçekleştirilmesi halinde bu artırım nedeninin uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu olmuştur. Doktrindeki bir görüşe göre; A failinin B mağduruna; C failinin D mağduruna karşı aynı yer ve zamanda ve fakat birbirlerinin fiillerine yardım etmeden işledikleri çocukların cinsel istismarı suçunda bu ağırlaştırıcı neden uygulanamaz.¹²⁴ Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise¹²⁵ bu halin mağdurlar üzerindeki etkisi ve failerin birbirlerinin suç işleme kararını kuvvetlendirmeleri göz önünde bulundurulduğunda suça verilecek ceza arttırılmalıdır. Kanaatimizce; bu durumda her ne kadar nitelikli halin oluşacağını söylemek suçun düzenleniş amacına uygun olsa da kanunun mevcut düzenlemesi karşısında böyle bir hükme varmak mümkün değildir. Çünkü kanunda açıkça "Suçun birden fazla kişiyle işlenmesi" ifadesi bulunmaktadır. Ancak işbu durumda iki failin işlediği iki farklı suç bulunmaktadır. Dolayısıyla suçun ağırlaştırıcı nedeninin bulunduğunu söylemek mümkün değildir.¹²⁶

Çocukların cinsel istismarı suçunun gerçekleşme aşamasında TCK'nın 103/III. maddesindeki birden fazla artırım nedeni bulunuyorsa, örneğin; öğretici ve üvey baba suçu birlikte işlerse; iki defa artırım nedeni uygulanmayacaktır.¹²⁷

C. SUÇUN, İNSANLARIN TOPLU OLARAK YAŞAMA ZORUNLULUĞUNDA BULUNDUĞU ORTAMLARIN SAĞLADIĞI KOLAYLIKTAN FAYDALANMAK SURETİYLE İŞLENMESİ

6545 sayılı Kanun ile çocukların cinsel istismarı suçunda, faile daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallere; suçun, insanların toplu olarak yaşamak zorunluluğunda bulunduğu ortamların

¹²³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 18.01.2010 tarihli 2009/12517 E. 2010/34 K. sayılı ve 16.11.2009 tarihli 2009/5702 E. 2009/12649 K. sayılı kararları için bkz. Tuğrul, s.310.

¹²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 352.

¹²⁵ Aydın, s. 48.

¹²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 352.

¹²⁷ Akçin, s.122.

sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi de eklenmiştir. İnsanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu yerlere örnek olarak; kışla, öğrenci yurdu, okul pansiyonu, huzur evi, hastane ve benzeri yerler gösterilebilir.¹²⁸ Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere; bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için toplu yaşama kıstası yeterli değildir; burada aranan koşul **zorunlu olarak** birlikte yaşamaktır. Bu zorunluluğun oluşmasının yanında failin; bu halin yarattığı kolaylıktan faydalanarak çocukların cinsel istismarı suçunu işlemesi halinde failin aldığı ceza arttırılacaktır.

D. CİNSEL İSTİSMAR SUÇUNUN 103/1-a BENDİNDEKİ ÇOCUKLARA KARŞI CEBİR VEYA TEHDİTLE YA DA 103/1-b BENDİNDEKİ ÇOCUKLARA KARŞI SİLAH KULLANMAK SURETİYLE İŞLENMESİ

TCK'nın 103. maddesinin 4. fıkrasında; cinsel istismarın, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın yarı oranında arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Ancak bu fıkra hükmünün uygulanabilmesi için uygulanan cebrin, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olmaması gerekir.¹²⁹ Çünkü kanun koyucu, TCK m. 103/5'te; çocukların cinsel istismar suçunun işlenmesi sırasında fail tarafından mağdura uygulanan cebrin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine meydan vermesi halinde; ayrıca kasten yaralama suçunun hükümlerinin uygulanacağını açıkça ifade etmiştir.

6545 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikle birlikte; cinsel istismar suçunun 103/1-b bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesinin verilen cezanın arttırılmasına neden olacağı kabul edilmiştir.

E. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞTIRILMIŞ HALLER

TCK'nın 103. maddesinin 6. fıkrasında çocukların cinsel istismarı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış haline yer verilmiştir. Buna

¹²⁸ Parlar/Banko, s. 105.

¹²⁹ Gültaş/Gündüz, s. 59.

göre; cinsel istismar suçunun sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlenilecektir. Meydana gelmiş suçun bu düzenleme kapsamına girebilmesi için; vuku bulan ağır neticeden failin en az taksir düzeyinde sorumlu olması gerekmektedir. Bu koşulla birlikte; failin fiili ile meydana gelen ağır netice arasında nedensellik bağı da bulunmalıdır.¹³⁰

a. Suç Sonucu Mağdurun Bitkisel Hayata Girmesi ya da Ölmesi

6545 sayılı Kanun ile TCK'da yapılan değişiklik sonrasında, çocukların cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali bakımından öngörölmüş tek durum, mağdurun cinsel istismara uğraması sonucunda bitkisel hayata girmesi ya da ölmesidir.¹³¹ TCK m. 103/6 hükmü gereğince fail; ağırlaştırılmış müebbet hapis ile cezalandırılacaktır. Çocukların cinsel istismarı suçunun sonucunda; mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi sebebiyle ağırlaşmış halin uygulanabilmesi için, failin, ortaya çıkan sonucu istemeyerek ve iradesi dışında meydana getirmiş olması gerekir. Bu sonuçlarla cinsel istismar fiili arasında nedensellik bağı bulunması ve TCK m. 23 uyarınca bu ağır neticeler bakımından failin en azından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekir.

Ne var ki fail, mağdurun bitkisel hayata girmesine ya da ölmesine kasten sebebiyet vermişse, meydana gelen bu neticeler, kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış hali veya kasten adam öldürme suçlarına vücut verecek ve failin cezalandırılması bu hükümler kapsamında olacaktır.¹³²

Bu ağırlaştırıcı neden çocukların cinsel istismarı suçunun basit ve nitelikli hallerinde uygulama alanı bulabilir.¹³³ Ölüm sonucunun hemen meydana gelmesi şart değildir. Sonradan meydana gelen ölüm ile mağdurun karşı karşıya kaldığı fiil arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir. Neticenin mutlaka cinsel istismar sonucunda gerçekleşmesi de şart değildir. Fiili işlemek için kullanılan cebir dolayısıyla mağdur

¹³⁰ Bu koşulların aranmasının sebebi, TCK'nın 23. maddesidir.

¹³¹ Kanun değişikliğinden önce; suç sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hal olarak düzenlenmişti (Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 13.05.2014 tarih, 2014/2562 E. 2014/6543 K).

¹³² Tezcan/Erdem/Önok, s. 235; Memiş Kartal, s. 205; Parlar/Hatipoğlu, s. 176.

¹³³ Taner, s. 214.

ölmüş veya bitkisel hayata girmiş ise de bu fıkra hükmü uygulanabilecektir. Fail, mağdura yönelik olarak cinsel istismar suçunu tamamladıktan sonra suçunu gizlemek veya suçu tamamlayamamaktan kaynaklanan kızgınlıkla mağduru öldürmüş ise cinsel istismar suçu bakımından TCK'nın 103/6 maddesi faile uygulanmaz.¹³⁴ Burada fail, nitelikli insan öldürme hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Cinsel istismara uğradığı için intihar eden mağdur kendi kararı ile yaşamına son verdiği için mağdura cinsel istismarda bulunan fail aleyhine çocukların cinsel istismarı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halini uygulamak mümkün değildir.

Suçun oluşumunda birden fazla failin bulunması ve faillerden birisinin cebir uygulayıp diğerinin cinsel davranışı gerçekleştirmesi durumunda netice bakımından taksir düzeyinde kusuru bulunan tüm fail ve suç ortakları ağır neticeden dolayı sorumlu tutulurlar.

Bitkisel hayat; *"Beyin fonksiyonlarının yitirildiği, solunum ve dolaşım sisteminin dış destekle görev yaptığı, tam bilinçsizliğin bulunduğu klinik yaşam türü"* olarak adlandırılır.¹³⁵ Yukarıda da ifade edildiği gibi mağdurun cinsel istismar fiili karşısında bitkisel hayata girmesi halinde de bu ağırlaştırıcı neden uygulanabilecektir.

Doktrinde, mağdurun suç sonucunda bitkisel hayata girmesi ve ölümünün ağırlaştırılmış netice olarak düzenlenip mağduru yaşamsal tehlike içine sokma halinin ve mağdurun yaşamını tehlikeye sokacak HIV, Hepatit C gibi bir takım hastalıkların mağdura bulaştırılması halinin de öngörülmemiş olması önemli bir eksiklik olarak vurgulanmıştır.¹³⁶ Kanaatimizce; yapılacak bir değişiklikte; mağdurun cinsel istismar sonucunda hayati tehlikesinin bulunması hali de TCK m. 103/6 kapsamına alınmalıdır. Aksi halde; cinsel istismar sonucunda mağdurun çok şiddetli iç kanama geçirmesine neden olan faile verilecek ceza tatmin edici olmayacaktır. Failin fiili sonucunda hastalık bulaşan ve devamında hayatını kaybeden mağdurun durumunda ise failin fiili ile mağdurun ölümü arasındaki illiyet bağı kesilmeyeceği için bu hususta bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

¹³⁴ Aydın, s. 63.

¹³⁵ Ahmet Sedat Çöloğlu, Adli Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993, s. 47; Akçin, s. 113(naklen).

¹³⁶ Memiş Kartal, s. 206, dip. 727 ve 728.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

a. Teşebbüs

Suç bir süreç içinde işlenmekte olup buna suç yolu denilmektedir. Bu süreçte fail önce fiiline yönelik bir takım hazırlık hareketlerinde bulunmakta ardından fiili icraya başlamaktadır. Suçun kanuni tarifinde neticeye yer verilmiş ise bu neticenin gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olur.¹³⁷

Suçta teşebbüs kavramı TCK madde 35'de, *"İşlenmesi kastedilen bir suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanılmasına karşın, elde olmayan nedenlerle tamamlanamaması"* biçiminde tanımlanmıştır. Dolayısıyla madde düzenlemesinden de açıkça anlaşıldığı üzere taksirli suçlarda teşebbüs mümkün olmamaktadır. Kanun koyucu bu tanımlamayla, suçun icrasına başlanılmadan önce gerçekleştirilen **"hazırlık hareketlerinin"** cezalandırılmayacağını belirtmiştir.¹³⁸ Unutulmamalıdır ki hazırlık hareketlerine ne kadar devam edilirse edilsin suç meydana gelmemekte; icra hareketlerine başlanmasıyla birlikte fiil cezalandırılabilir bir nitelik kazanmaktadır.

Bu noktada işbu çalışma kapsamında tartışılması gereken husus, çocukların cinsel istismarı suçunda teşebbüs müessesesinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunudur. Öğretideki bir görüşe göre çocukların cinsel istismarı suçunun basit hali, sırf hareket suçu niteliğindeki suçlardandır. Ancak hareketler kısımlara ayrılabilirdi için, bu suçta teşebbüs mümkündür.¹³⁹ Diğer bir görüşe göre ise cinsel saldırı niteliği taşıyan hareketlerin gerçekleşmesi ile çocukların cinsel istismarı suçunun basit hali vücut bulacağından ve cinsel saldırı suçunun basit haline teşebbüs mümkün olmadığından bu suçta da teşebbüs mümkün değildir.¹⁴⁰ Ancak bu görüşteki yazarlar; suçun nitelikli halinde teşebbüsü mümkün görmektedir. Yargıtay ise bu suçun basit halinde teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir.¹⁴¹ Kanaatimizce; Yargı-

¹³⁷ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 390.

¹³⁸ Tuğrul, s. 307; Centel/Zafer/Çakmut, s. 434.

¹³⁹ Taner, s. 315; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 342; Tezcan/Erdem/Önok; s. 365, dip. 258.

¹⁴⁰ Meran, s. 350; Şen, s. 399.

¹⁴¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 01.06.2009 tarihli, 2006/10917 E. ve 2009/6690 K. sa-

tay kararlarında da isabetli bir şekilde kabul gördüğü üzere, mağduru cinsel güdülerini tatmin etmek amacıyla yere yatırmaya çalışırken birilerinin gelmesi üzerine fiilini tamamlayamayan failin fiili, basit cinsel istismar suçuna teşebbüsü oluşturmaktadır. Dolayısıyla suçun basit haline teşebbüs mümkündür.

Çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli hali, vücuda organ veya sair bir cisim sokma suretiyle tamamlanacağından, failin eylemine bu amaçla başlayıp elinde olmayan nedenlerle, vücuda organ veya sair bir cisim sokamadan eylemine son verirse suça teşebbüsten söz edilir. Yargıtay 14.Ceza Dairesi'nin 23.09.2014 tarihli, 2014/5323 E. 2014/10373 K. sayılı kararında *“Sanığın fiili livata suretiyle mağdurla ilişkiye girmek isteyip mağdurun direnmesi sebebiyle eylemini tamamlayamaması karşısında, eylemin çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsü oluşturabileceği...”* şeklinde hüküm kurarak çocuğun cinsel istismarı suçunun nitelikli halinde teşebbüs olabileceğini açıkça kabul etmiştir.

Ancak hatırlatmak gerekir ki failin cinsel doyuma ulaşması bu suçun tamamlanması için gerekli değildir.¹⁴² Yargıtay'ın bir kararında *“Teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için eylemin yapıcı davranışlarına başlanmış olması tek başına yeterli olmayıp açıklanabilir ve kabul edilebilir engel bulunmasının zorunlu olduğu, şayet ciddi bir engel mevcut değilse sanık yararına olan maddenin uygulanması gerektiği”* ifade edilmiştir.¹⁴³ Burada failin amacının basit cinsel istismara mı nitelikli cinsel istismara mı yönelik olduğu failin söylediği sözlere ve olay öncesi davranışlar irdelenerek belirlenir. Örneğin failin mağdura; benim olacaksın, seni becereceğim, seninle yatmak istiyorum gibi sözlerinden veya mağduru ıssız bir yere götürüp mağdurun külotunu çıkarmaya çalışmasından, nitelikli cinsel istismar amacıyla hareket ettiği anlaşılır.¹⁴⁴

Yine Yargıtay başka bir kararında, failin gece yarısı arabayı ıssız bir yere park etmesi, mağdureyi araca kilitleyerek *“Bekâretine dokun-*

yılı kararı.

¹⁴² Tuğrul, s. 332.

¹⁴³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 08.04.2009 tarihli, 2008/3902 E. -2009/4389 K. sayılı kararı; Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 23.03.2009 tarihli, 2008/14544 E. -2009/3539 K. sayılı kararı. Kazancı İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 19.02.2015].

¹⁴⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 26.09.2005 tarihli, 2003/7673 E. -2005 sayılı kararı (naklen) Tuğrul, s. 331.

mayacağı, ters ilişkiye gireceğiz” demesi ve mağdurun üzerindeki çıkarılmasını sağlamak isterken mücadele etmeleri, bu mücadele esnasında failin aşırı alkol ve mağdurun karşı koyması nedeniyle dışarı boşalarak engel haller nedeniyle nitelikli cinsel istismar suçunu gerçekleştiremediği, bu nedenlerle suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kanaatine varmıştır.¹⁴⁵

Fail nitelikli cinsel istismar kastını sözle ortaya koymuş, daha sonra çeşitli engeller nedeniyle eylemini tamamlayamamışsa failin eyleminin nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Ancak fail nitelikli cinsel istismar kastını sözle veya hareketle ortaya koymamış, mağdurun veya kendisinin kıyafetlerini çıkarmaya çalışmamışsa veya olayın oluş şekline göre organ sokma kastıyla hareket etmediği anlaşılıyorsa eylem kastının basit cinsel istismara yönelik olduğu kabul edilmelidir.¹⁴⁶

Failin cinsel açıdan iktidarsız olması nedeniyle suç tamamlanamamışsa şüphe yok ki işlenemez suç değil; teşebbüs halinde kalmış suç söz konusu olacaktır.¹⁴⁷ Daha önce de belirttiğimiz gibi failin cinsel tatmine ulaşması suçun tamamlanması için gerekli değildir.¹⁴⁸

b. Gönüllü Vazgeçme

Çocukların cinsel istismarı suçuna teşebbüste en çok üzerinde durulan konu; failin fiilinin TCK'nın 103/II maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halinde teşebbüs aşamasına ulaşıp ulaşılmadığıdır. Failin işlemeyi kast ettiği neticenin gerçekleşmemesi elinde olmayan bir nedenden kaynaklanıyorsa, fail cinsel

¹⁴⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 26.03.2007 tarihli 1363/2213 E. sayılı kararı. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 15.01.2014 tarihli ve 2013/6974 E. ve 2014/290 K. sayılı kararında “Sanığın mağduru tehdit ile boş binaya götürüp cinsel organını mağdurun makatına sokmaya çalıştığı, sokamayınca dışarıya boşaldığı, organ sokmanın gerçekleşmediği kabul edildiği halde, organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli cinsel istismar suçunun uygulama maddesi olan kanun maddesi uyarınca hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir.” [Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015]. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 14.01.2013 tarihli ve 2012/13596 E. 2013/45 K. sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 151.

¹⁴⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 19.01.2010 tarihli, 2009/2484 E. -2010/164 K. sayılı kararı (naklen) Tuğrul, s. 332.

¹⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 364.

¹⁴⁸ Artuç, s. 660.

istismar suçunun nitelikli haline teşebbüs etmiş olur.¹⁴⁹ Netice; failin, suçu işlemekten gönüllü olarak vazgeçmesinden dolayı gerçekleşmemiş ise TCK'nın 36/I. maddesi uyarınca fail; TCK'nın 103/II. maddesinde düzenlenen suça teşebbüsten değil o zamana kadar tamamladığı; TCK'nın 103/I. maddesinde düzenlenen basit cinsel istismar suçundan cezalandırılmalıdır.¹⁵⁰

Ancak suç iştirak halinde gerçekleşiyorsa faillerden biri netice meydana gelmeden önce suçu işlemekten vazgeçtiği takdirde, onun bu vazgeçmesi tek başına yeterli değildir. Gönüllü olarak suçtan vazgeçen failin, bu vazgeçme ile yetinmemesi ve suçun neticesinin gerçekleşmesi için mücadele etmesi gerekir. Bu gayrete rağmen suç gerçekleşmiş veya vazgeçen failin gayreti dışında bir nedenle suç gerçekleşmiş ise vazgeçen fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.¹⁵¹

Örneğin; fail mağduru elindeki bıçakla tehdit ederek, "pantolonunu indir, seni yapacağım" demiş, ancak fiilinden engel başka bir neden olmaksızın kendi rızasıyla vazgeçmişse çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten değil; cinsel taciz suçundan sorumlu olur. Aynı örnekte fail, mağdurun göğsüne dokunmuşsa ve ardından gönüllü olarak eyleminden vazgeçmişse; çocuğun cinsel istismarı suçunun basit şeklinden sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

Yine fail, 15 yaşını tamamlamış bir çocukla cebir vasıtasıyla cinsel ilişkide bulunmak isterken fiilin icrasından gönüllü vazgeçerse, olayın oluş şekline göre o zamana kadar ki eylemler cinsel istismar suçunun temel şeklini oluşturabilir. Fail, cebir kullandıktan sonra çocukla cinsel ilişkide bulunmaktan vazgeçerse, TCK 103/1 ve cebir suçundan (TCK 108) ayrı ayrı cezalandırılır.¹⁵²

¹⁴⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 20.09.2010 tarihli 2010/4449 E. 2010/6553 K. sayılı kararı.

¹⁵⁰ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 09.02.2010 tarihli 2009/13575 E. -2010/747 K. sayılı kararı; aynı yönde görüş için bkz. Koca/Üzülmüş, s. 326; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 22.01.2014 tarihli 2012/3301 E. 2014/665 K. sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 128. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 11.03.2013 tarihli ve 2011/9207 E. 2013/2448 K. sayılı kararında "Mağdureyle cinsel ilişkiye girmek isteyen sanığın, mağdurenin acı duyduğunu söylemesi ve istememesi tüzerine ilişkiden gönüllü olarak vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında, sevişme şeklindeki cinsel ilişki içermeyen, cinsel nitelikteki eylemlerin mağdurenin yaşı ve rızası dikkate alındığında suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi isabetsizdir." ifadelerine yer verilmiştir. [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 01.01.2015]

¹⁵¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 453.

¹⁵² Memiş Kartal, s.222.

Örneğin; bir çocuğa yönelik olarak, organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunmak için çocuğun iki kişi tarafından evinin önünden alınıp ıssız bir yere götürülmesinden sonra, bu çocuğa karşı cinsel istismar eylemine başlandığında, faillerden birisi çocuğa kıyamayıp olay yerinden uzaklaşırsa burada gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanamaz. Ancak fiilden vazgeçen fail; bu vazgeçmenin yanı sıra diğer faili de etkisiz hale getirirse ve mağduru kurtarırsa gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanır. Böyle bir durumda vazgeçen fail; organ sokmak suretiyle cinsel istismara teşebbüsten değil, o zamana kadar tamamlanmış olan kişiyi cinsel amaçlı hürriyetinden yoksun kılma ve TCK madde 103/İ'de düzenlenen suçtan sorumlu olur.¹⁵³

B. İŞTİRAK

İştirake ilişkin hükümler, TCK madde 37 ila 40 arasında düzenlenmiştir. Suçun kanuni tanımında öngörülen cinsel davranışlarla bir başkasının vücut dokunulmazlığını ihlal eylemini gerçekleştiren kişi fail olup suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır.¹⁵⁴ Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsünde olup, ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulacaktır.

Kişi, çocukların cinsel istismarı suçunu kusur yeteneğine sahip olmayan bir kimseyi araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği takdirde dolaylı fail konumunda olur.¹⁵⁵ Suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluğu için iştirakte bağlılık kuralı gereği, suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Bu suçun failine, onun haberi olmaksızın tek taraflı iradeyle, failin cinsel davranışlarda bulunmasına başlamadan, örneğin mağdurun içeceğine ilaç katarak, yardım eden kişi müşterek fail değil yardım eden olarak sorumlu olur.¹⁵⁶

¹⁵³ Aydın, s. 75.

¹⁵⁴ Handan Yokuş Sevük, "5237 sayılı TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005, s.292; Memiş Kartal, s. 227; Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara 2009, s. 134; Koca/Üzülmez, s. 327.

¹⁵⁵ Sevük, s.293.

¹⁵⁶ Sevük, s. 293.

Çocukların cinsel istismarı suçunun mağduruna karşı birlikte eylemde bulunan faillerden bir tanesinin suçu, mağdura organ veya sair bir cisim sokarak işlemesi, diğerlerinin ise böyle bir eylemde bulunmayıp organ veya sair cisim sokan failin eylemine –örneğin mağdurun ellerini ve bacaklarını tutması gibi- doğrudan iştirak etmesi halinde suça bu şekilde iştirak eden tüm failler suçun TCK'nın 103/2 maddesindeki nitelikli halinden, suçu birden fazla kişi olarak işledikleri için haklarında TCK 103/3 maddesi uygulanmak suretiyle sorumlu olurlar.¹⁵⁷

Sanık ile çocuk yaştaki mağdurun gayri resmi olarak evlenmelerine izin veren anne ve babaların suça iştiraklerinin var olup olmadığının, var ise de bu iştirakin derecesinin ne olduğu tartışmalıdır. Yargıtay önceki içtihatlarında, reşit olmayan kızını yasa dışı olarak evlendiren anne ve babalarla, oğluna henüz reşit olmayan kız isteyecek gayri resmi olarak evlenmesini ve bu birlikteliğin doğal sonucu olarak cinsel ilişkide bulunmasını sağlayan failin anne ve babasının¹⁵⁸ suça asli fail olarak iştirak ettiğini kabul etmekteydi.¹⁵⁹ Ancak daha sonra; isabetli olarak annelerin aile içi dinamikler dikkate alındığında söz hakkına sahip olmayışı ve yaşamsal şartlar gibi faktörleri göz önünde bulundurarak; bir kararında, annenin suça iştirakini kabul etmemiştir.¹⁶⁰ Bu konuda anne ve babaların durumu hassasiyetle ele alınmalıdır. Şüphesiz ki her durumda anne ve babanın kusurundan bahsetmek mümkün değildir. Ancak özellikle mağdurun anne ve babasının; mağduru başlık parası gibi karşılıklar alarak veya zorlayarak gayri resmi şekilde evlendirmesi durumlarında, suça iştiraklerinin asli iştirak olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.¹⁶¹

¹⁵⁷ Aydın, s. 78; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 08.07.2014 tarihli 2012/10922 E. 2014/9309 K. sayılı kararı. [Sinerji İchtihat Programı, yararlanma tarihi, 01.01.2015]. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 01.02.2010 tarihli ve 2009/13569 E. 2010/487 K. sayılı kararında "Her iki sanığın mağdureyi gece arabayla تنها bir yere götürüp sanığın birinin arabanın arka koltuğunun da istismarda bulunurken diğerinin ön koltukta gözcülük yaparak ve yanında bulunarak suçun işlenişini için fail ile birlikte hareket ettiği gözetildiğinde, her iki sanık hakkında da TCK'nın 103/13. maddesinin uygulanması gerekir." ifadelerine yer verilmiştir. [Kazancı İchtihat Programı, yararlanma tarihi, 01.01.2015]. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 26.01.2010 tarihli ve 2009/12430 E. 2010/408 K. sayılı kararı için bkz. Aydın, s. 132.

¹⁵⁸ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 13.07.2011 tarihli 2007/1609 sayılı kararı için bkz. Taner, s. 316.

¹⁵⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 23.10.1986 tarihli, 5095-4175 sayılı kararı, (naklen); Aydın, s. 78. Aynı yönde bkz. Gültaş/Gündüz, s. 62.

¹⁶⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 09.05.1988 tarihli, 103-207 sayılı kararı, (naklen) Aydın, s. 78.

¹⁶¹ Aydın, s. 79.

C. İÇTİMA

Bazen fail tarafından gerçekleştirilen hareket birden fazla kanun hükmünü veya gerçekleştirilen farklı hareketler aynı kanun hükmünü ihlal etmiş olabilir. İşte bu durumlarda suçların içtimaı veya suçların bir araya toplanmasından söz edilmektedir.¹⁶² Suçların bir araya gelmesi; fikri içtima, zincirleme suç ve birleşik suç hallerinde mümkün olmaktadır.

Aynı mağdura yönelik olarak gerçekleşen birden fazla çocukların cinsel istismarı suçu, aynı suç işleme kararına bağlanabiliyorsa, zincirleme suç kuralları uygulanabilir. Ancak zincirleme suç kurallarının uygulanabilmesi için, suçun aynı kişiye karşı işlenmesi zorunlu olduğu için farklı çocuklara karşı işlenen çocukların cinsel istismarı suçu, aynı suç işleme kararına bağlı olsa bile, zincirleme suç kuralları uygulanmaz.¹⁶³

Yargıtay bazı uygulamalarında¹⁶⁴; art arda gerçekleştirilen cinsel ilişkilerde penetrasyonun farklı yollarla sağlanması halinde suçu birden fazla kabul edip zincirleme suç hükümlerini uygulamaktaydı. Ancak bunun, birden fazla bedeni davranışın aynı kast çatısı altında gerçekleşen bir durum olmasından dolayı kanaatimizce Yargıtay yanlış bir uygulama içerisindeydi. Yargıtay ileriki tarihli uygulamasında bu yanlışından dönerek *“Fail Ömer’in, mağdurenin cinsel organuna önce parmağını daha sonra da penisini ithal etmek suretiyle gerçekleşen eyleminde; zincirleme suçun, değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi şartının bulunmadığı gözetilmeksizin”* ceza verilmesini bozma nedeni saymıştır.¹⁶⁵

Burada önemli bir diğer husus da, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için suçların, **“aynı çocuğa”** karşı işlenmiş olmasının

¹⁶² Demirbaş, s. 518.

¹⁶³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 341; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 10.02.2014 tarihli ve 2012/4078 E. 2014/1309 K. sayılı kararında *“Mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı beyanları ve tüm dosya kapsamına göre, iki farklı günde tarlada hayvanları için ot biçerken köylüsü olan sanığın arkadan gelerek sarılmak suretiyle gerçekleştirdiği eylemlerin zincirleme halde basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğunun gözetilmesi gerekir.”* ifadelerine yer verilmiştir. [Sinerji İçtihat Programı, yararlanma tarihi, 01.01.2015] Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 18.2.2014 tarihli 2012/4654 E. 2014/1848 K. sayılı kararı için bkz. Parlar/Banko, s. 137.

¹⁶⁴ Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 23.02.2006 tarihli, 2008/11972 E. 2008/10675 K. sayılı kararı.

¹⁶⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 02.12.2008 tarihli, 2005/19512 E. 2006/1058 K. sayılı kararı.

gerekliliğidir. Bu nedenle farklı çocuklara karşı birden fazla cinsel istismar suçu işlenmişse, mağdur sayısı kadar suç olacak ve fail her suç için ayrıca cezalandırılacaktır.¹⁶⁶

Fail, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir çocuğa karşı hem çocukların cinsel istismarı suçunun basit halini hem de nitelikli halini gerçekleştirirse doktrinde karşı görüşler¹⁶⁷ olmasına karşın TCK madde 43/I gereğince, bir suçun temel şekli ile daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı suç sayılacağından, hakkında nitelikli cinsel istismar üzerinden zincirleme suç hükümleri uygulanarak TCK madde 103/II'de öngörülen ceza TCK m. 43 uyarınca arttırılarak verilecektir.¹⁶⁸ Failin eylemi, aynı mağdura karşı farklı zamanlarda cinsel taciz ve cinsel istismar şeklinde gerçekleşmişse, zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.¹⁶⁹

Çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen TCK madde 103/I. Fıkrasının (b) bendinde, cebir ve tehdit suçunun, çocukların cinsel istismarı suçunun bir unsuru; aynı maddenin 4. fıkrasında ise bir "ağırlaştırıcı nedeni" haline getirilmiş ve böylece iki halde de TCK 42 anlamında bir birleşik suç oluşturulmuştur. Bu tip suçlarda içtima hükümleri uygulanamayacağından fail hakkında cebir veya tehdit suçundan ayrıca ceza verilemeyecektir.¹⁷⁰ Ancak çocukların cinsel istismarı suçu için başvuru olan cebir ve şiddetin, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacak; gerçek içtima uygulanarak her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilecektir.¹⁷¹

Mağdura yönelik cinsel istismar fiili işlenirken mağduru bir yere götürülmek suretiyle hürriyetinden yoksun bırakılması veya mağduru konut ve işyerine girilerek suçun işlenmesi durumunda, bu fiiller çocukların cinsel istismarı suçunun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni

¹⁶⁶ Erdal Baytemir, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Ankara 2007, s. 199.

¹⁶⁷ Sevük, s. 292.

¹⁶⁸ Artuç, s. 662; Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 26.05.2014 tarihli 2014/2175 E. 2014/6854 K., 20.10.2014 tarihli ve 2014/4932 E. 2014/11320 K. sayılı kararları[Sinerji İçtihat Bankası, yararlanma tarihi 13.02.2015].

¹⁶⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin aynı doğrultudaki 27.03.2012 tarihli ve 2114/3521 E. sayılı kararı için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 317.

¹⁷⁰ Memiş Kartal, s. 229.

¹⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 366; Koca/Üzülmez, s. 327.

olmadığından faile, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak ve konut dokunulmazlığını ihlal etmek suçlarından da ayrıca ceza vermek gerekecektir.¹⁷² Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 29.09.2014 tarih 2014/5319 E. 2014/10566 sayılı kararında *"Sanığın mağdureyi gideceği yere bırakma bahanesiyle motosikletine bindirdiği, yolda hareket halindeyken mağdurenin bacağını okşadığı, "daha yukarıdan bir şey alacağım" diyerek mağdureyi evine çıkardığı, evde buldukları sırada sanığın mağdurenin göğsüne dokunduğu, mağdurenin de itekleyerek sanığı kendisinden uzaklaştırdığı anlaşılan olayda, sanığın sübuta eren çocuğun basit cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyeti gerektiği gözetilmeden beraatine karar verilmesi isabetsizdir."* şeklinde hüküm kurarak cinsel istismar suçunun basit hali ile kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu arasındaki ilişkiyi net bir şekilde ortaya koymuştur.

Diğer yandan TCK madde 103 uygulanırken, somut olayın koşullarına göre TCK madde 234'teki **"çocuğun kaçırılması ve alıkonulması"**¹⁷³ suçlarının da değerlendirilmesinde yarar vardır. Ayrıca, çocukların cinsel istismar suçuyla TCK madde 232/1' deki "aile bireylerine kötü muamele" suçları¹⁷⁴ arasında da TCK 44 anlamında fikri içtima ilişkisi bulunabilir.

D. HAKSIZ TAHRİK

TCK'nın 29. maddesinde haksız tahrik; *"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."* hükmüyle düzenlenmiştir. Haksız tahrikte, failin suç işlemesinin nedeni; mağdurun haksız fiilinin yol açtığı öfke ve şiddetli üzüntüdür.¹⁷⁵ An-

¹⁷² Aydın, s. 79; Tezcan/Erdem/Önok, s. 365; Koca/Üzülmez, s. 328-329. Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 17.09.2014 tarih ve 2014/5904 E. 2014/10048 K. sayılı içtihadında; gerçekleştirilen nitelikli cinsel istismar eylemlerinin mağdurenin evinde olması, bu suçun işlenmesi amacıyla mağdurenin başka bir yere götürülmesinin söz konusu olmaması nedeniyle somut olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurlarının gerçekleşmediği gerekçesiyle nitelikli cinsel istismar eylemi yönünden mahkûmiyet hükmünü onarken kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemi yönünden verilen mahkûmiyet kararını bozmuştur.

¹⁷³ Taner, s. 318.

¹⁷⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 343.

¹⁷⁵ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 422 vd.

çak unutulmamalıdır ki haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için; failin eylemi ile mağdur tarafından meydana getirilmiş haksız fiil arasında illiyet bağı bulunması şarttır.

Doktrindeki bir görüşe¹⁷⁶ göre; çocukların cinsel istismarı suçu; haksız tahrik hükümleri ile birlikte değerlendirilebilecek nitelikte değildir. Bu görüşü savunan yazarlara göre; bir haksız fiilin, çocukların cinsel istismarı suçuna vücut verecek bir fiile sebebiyet vermesi mümkün değildir. Kanaatimizce; ne koşulda olursa olsun çocukların cinsel istismarı suçuyla haksız tahrik hükümleri, bir arada bulunamaz. Çocuğun giydiği kıyafet, yaptığı davranış, söylediği söz ne olursa olsun suçun failinin haksız tahrik hükümlerinden faydalanması mümkün olmamalıdır.

SONUÇ

Cinsel suçlar, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda topluma karşı suçlar arasında düzenlenmişken; yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise bu suçları isabetli olarak kişilere karşı suçlar kategorisinde ele almış ve "**Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**" başlığı altında düzenlemiştir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar; TCK m. 102'de düzenlenen cinsel saldırı suçu, TCK m. 104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, TCK m. 105'te düzenlenen cinsel taciz suçu ve bu çalışmanın konusunu oluşturan ve ayrıntılarını açıkladığımız TCK m. 103'te düzenlenen "**Çocukların Cinsel İstismarı Suçu**" olmak üzere 4 farklı suç tipi olarak kanunda yer bulmuştur.

Çocukların cinsel yönden istismar edilmesini suç olarak düzenleyen kanun koyucunun, suç ile korumak istediği hukuk değer çocuğun cinsel özgürlüğüdür. Bu suçun faili, çocuklar da dâhil olmak üzere herkes olabileceken; suç, farklı cinsten kişiler arasında işlenebileceği gibi aynı cinsten kişiler arasında da işlenebilecektir.

Çocuk olmak şartıyla; kadın veya erkek herkes suçun mağduru olabilir. Çocukların cinsel istismarı suçu TCK'nın 103. maddesiyle mağdurun yaşına göre, ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. İlk grup, on beş yaşını tamamlamamış veya on beş yaşını tamamlamış olmakla

¹⁷⁶ Memiş Kartal, s.218.

birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş çocuklardır. İkinci grup ise on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçları anlama yeteneği gelişmiş çocuklardır.

6545 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen TCK'nın 103. maddesi değişikliğe uğramıştır. Yapılan bu değişiklikte göze çarpan önemli hususlardan biri de cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması durumunun, suçun basit şeklinden daha az bir yaptırıma bağlanmış olmasıdır. TCK madde 103'ün değişiklikten önceki halinde suçun basit şeklini (**103/I**) organ veya cisim sokma boyutuna varmayan fakat vücut teması teşkil eden cinsel davranışlar; nitelikli halini (**103/II**) ise organ veya cisim sokma suretiyle gerçekleşen cinsel davranışlar oluşturmakta iken, getirilen yeni düzenleme ile **sarkıntılık suretiyle çocukların basit cinsel istismarı da** kanuna eklenmiştir. Bir başka ifadeyle; kanunda yapılan değişiklikle çocukların cinsel istismarı suçunun, suçun sarkıntılık düzeyinde kalmış hali, basit hali ve nitelikli hali olmak üzere üç görünüş şekli bulunmaktadır.

Çocukların cinsel istismarı suçu kasten işlenebilen bir suç olup taksirle işlenebilme olasılığı yoktur. Suçun sarkıntılık düzeyinde kalmış hali ile basit ve nitelikli halleri genel kast ile işlenebilecektir.

Çocukların cinsel istismarı suçunda, failin hatasının ceza sorumluluğunu ortadan kaldırması için hatanın esaslı ve kaçınılmaz olması gerekmektedir. Ayrıca çocukların cinsel istismarı suçu haksız tahrik hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği bir suç tipi değildir.

TCK m. 103/III'e göre failin, mağdurun üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısmı, üvey babası, üvey anası, üvey kardeşi, evlat edineni, vasisi, eğiticisi, öğreticisi, bakıcısı, koruyucu ailesi olursa ya da fiil sağlık hizmeti veren veya koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenirse ceza arttırılmaktadır.

Kanun koyucu; TCK'nın 103/III. maddesinin (a) bendinde çocukların cinsel istismarı suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesini mağdurda ve kamuoyunda yaratacağı olumsuz etkiler nedeniyle ağırlaştırıcı unsur olarak belirlemiştir.

6545 sayılı Kanun ile çocukların cinsel istismarı suçunda, faile daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallere; suçun, insan-

ların toplu olarak yaşamak zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi de eklenmiştir

TCK'nın 103. maddesinin 4. fıkrasında; cinsel istismarın, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın yarı oranında arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

TCK'nın 103. maddesinin 6. fıkrasında ise çocukların cinsel istismarı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış haline yer verilmiştir. Buna göre; cinsel istismar suçunun sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır.

Kaynakça

- Akçin İhsan, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan, 2006, S.1-2.
- Apaydın Necati, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler", TBB Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Ankara 2004.
- Artuç Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2008.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2013.
- Aydın Devrim, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Ankara 2009.
- Aydın Murat, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Ankara 2014.
- Aydoğdu Murat, *Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme*, Ankara 2010.
- Bakıcı Sedat, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, İstanbul 1994.
- Baytemir Erdal, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, Ankara 2007.
- Çalışkan Suat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Bırakma Suçu, Ankara 2013.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2014.
- Ceylani Ahmet Tuğrul, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Encest İlişkiler*, Ankara 2013.
- Çöloğlu Ahmet Sedat, *Adli Tıp Sözlüğü*, İstanbul 1993.
- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013.
- Erem Faruk/Toroslu Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2003.
- Evik Ali Hakan, "Ceza Kanunumuz ve Kadın", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.

- Gündel Ahmet, Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar- Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama- Alıkoyma- Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Ankara 2009.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Horozgil Denizhan, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli", *TBB Dergisi*, 2011, S. 93, s.108-146.
- Gültaş Veysel/Remzi Gündüz, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar, Ankara 2008.
- Kartal Memiş Pınar, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014.
- Malkoç İsmail, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Ankara 2005.
- Meran Necati, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2005.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2013.
- Parlar Ali/ Banko Meltem, 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, Ankara 2014.
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, 5237 sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları, Ankara 2007.
- Polat Oğuz, Çocuk ve Şiddet, İstanbul 2001.
- Savaşçı Bilgehan, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, İstanbul 2013.
- Sevük Yokuş Handan, "5237 sayılı TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2012.
- Şen Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, İstanbul 2006, C. 1.
- Taşkın Cankat, "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu", <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2011/03/çocuğun-cinsel-istismarı.pdf>.
- Taner Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara 2013.
- Taner Fahri Gökçen, "6545 sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme", *Güncel Hukuk*, Ağustos 2014, s. 8-128, (6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri).
- Taneri Gökhan, Cinsel Suçlar, Ankara 2014.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2013.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2013, (Özel Kısım).
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005.
- Üzülmez İlhan/Koca Mahmut, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.

ADLİYELERİN FİZİKSEL VE MİMARİ KOŞULLARI BAĞLAMINDA YARGISAL MEMNUNİYET

JUDICIAL SATISFACTION IN THE CONTEXT OF PHYSICAL AND ARCHITECTURAL CONDITIONS OF COURTHOUSES

Alp Aziz BACAĞ*

Özet: Makalede, ülkemizdeki adliye binalarının sayısal durumu ve kapasitesi, fiziki ve mimari özellikleri, mevcut durumlarının, memnun edici bir yargı sistemi kurmaya elverişlilik yönünden değerlendirilmesi yapılmış, yargısal faaliyetlerin memnuniyet düzeyinin artırılması için adliyelerde fiziki ve mimari olarak yapılması gerekenler ele alınmıştır.

Abstract: This article assesses the number, physical and architectural properties of courthouses in Turkey with their current status in terms of their efficiency for the establishment of a satisfactory judicial system. The article also deals with the measures that need to be taken in courthouses in order to increase the level of satisfaction of judicial activities.

Anahtar Kelimeler: Yargısal memnuniyet, Adli Mimari, Danışma Masaları, Ön Büro,

Keywords: Judicial Satisfaction, Judicial Architecture, Information Desks and Front Bureau.

Giriş

Hukuk devletinin, çağdaş demokratik yaşam düzeyinin en önemli unsurlarından biri olduğuna şüphe yoktur. Gerçekten vatandaşların devlete karşı güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini korkusuzca geliştirebilmeleri ancak bir hukuk devleti sistemi içinde mümkündür. Anayasamızda yer bulan “hukuk devleti” ilkesinin içi boş bir kavram olmaması için güvenilir, etkili, hızlı ve çağdaş bir yargı sistemine ihtiyacımız vardır. Yargı sistemimiz her aşamasıyla belli bir kaliteyi yakalamak zorundadır.

* Hakim, Bursa Adliyesi

Daha iyi adalet ve yargı anlayışı, bugün uygar ve gelişmiş ülkelerin hemen tümünün hedefi haline gelmiştir.

Bu kapsamda yargının güvenilirliği konusu pek çok araştırmaya konu olmuştur. Ancak yargının güvenilirliği kadar hizmetinin kalitesi ve buna bağlı olarak vatandaşları memnun etmesi de önem taşımaktadır. Vatandaşlar yargı mercilerine başvurduklarında yargıdan çıkacak karara güven duyabilirler ancak bu onların memnun olduklarını veya tatmin oldukları anlamına gelmez.

“Ülkemizde büyük bir adalet yetmezliği yaşanıyor. Kimse adliyenin adaletine inanmıyor. İnsanlarımız mahkemeye düşmekten korkuyor. Çünkü bizde yargı haklıya hakkını teslim edemiyor. Sağlam bir hukuk düzeninde, haklı haksıza dönüp ‘seni mahkemeye vereceğim’ der. Bu cümle birçok uyuşmazlığı çözebilir. Ama bizde, genellikle haksız olan, ‘ne bağıryorsun be!’ diye başlayıp ‘Mahkemeye ver’ sözü ile bitirir. Gerçekten haklı için ‘mahkeme’ cehennem azabı gibidir” sözleri ile ifade ediyor adalet sistemimizin içinde bulunduğu durumu, İstanbul Barosu Başkanı Turgut Kazan.¹

Davayı kazandık ama müddeabihi kaybettik klasikleşmiş sözler arasına girmiştir. Prof. Dr. Baki Kuru, bir forumda bu hususu şöyle bir örnekle anlatır. *“Yıllar önce bir davayı kazanmış ihtiyati tedbir kararı varmış. Mahkeme ihtiyati tedbir kararının devamına demeyi unuttmuş. Hemen davalı gitmiş, tapudan ihtiyati tedbir kararını kaldırtmış ve gayrimenkulü de başkasına satmış, bitmiş. Ondan sonra elinde de beş para yok. Hidayet Bey gitmiş Yargıtay’dan kararı almış, kesinleşmiş onama kararı da, ooo hadi tapuya gidiyor, bakıyorum gayrimenkul gitmiş. Onun üzerine oturmuş başka ne yapacak? “Davayı kazandık, ama müddeabihi kaybettik”² diyor.*

Ülkemizde, halk arasında çok soğuk kişileri tarif etmek için yaygın olarak kullanılan mahkeme duvarı gibi sözü adliyelerin dışarıya bakan yüzünün ne kadar itici olduğunu anlatmak üzere kullanılmaktadır. Adliyeye adımını atan vatandaşların kalabalık koridorlarda zorla ilerlediği ve güçlükle duruşma salonuna ulaştığı, sağlıklı danışma masalarının bulunmadığı, usul yasamızda geçen açık duruşma-

¹ Vahit Bıçak, “Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite ve Etkinlik” (http://www.kriminoloji.com/Ceza_Adaletinde_Kalite_Yonetimi.Bicak.htm) Erişim Tarihi:01.01.2015

² Baki Kuru “Hukuk Davasında Dikkat Edilecek Hususlar” İstanbul Barosu Sem (Staj Eğitim Merkezi) Cumartesi Forumları İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.252

nın duruşma salonunun açıklığını değil hakim odasına herkesin girip davasıyla veya başka konularda bilgi sorduğu şeklinde anlaşılan bir kavram haline gelmiştir.

Adaletin sağlıklı bir biçimde gerçekleşmesi; yasaların toplumsal taleplere ve ihtiyaçlara uygunluğu, hâkim ve savcılarının bilgi birikimi donanımı, eğitilmiş personel gibi mahkemeye bağlı unsurların ve avukatlar, taraflar gibi mahkeme dışı unsurların, fiziki mimari koşulların birbirlerine sıkı şekilde bağlı ve uyum içinde yürüyen bir yapı oluşturmalarına bağlıdır.

Bu unsurlar bir şekilde aksıyorsa, aralarındaki uyum bozulur ve sistem aksamaya başlar, bu da dağıtılan adaletin kalitesinin düşmesine yol açacaktır. Adaletin kalitesinin düşmesi bireyin yargıya yani devlet otoritesine olan saygısının kaybolmasına, dolayısıyla bireyin kendiliğinden ihkak-ı hakkına yol açacaktır.

Güvenilir, hukuka uygun bir kararın makul bir sürede, itilip kılılmadan alınması çok önemlidir. Bunu yargının memnuniyet verici olması ile açıklamak mümkündür. Memnuniyet vatandaşın davayı açması veya sanık, mağdur, müşteki, tanık olarak ilk olarak adliye-ye geldiği hatta bu konuda eline ilk davetiyesini aldığı andan itibaren başlayan ve en nihayetinde yargılamanın sonucunu da içeren tüm hukuki süreci içine alır.

Yargının memnun edici olmasına götüren pek çok sebep bulunmaktadır. Biz çalışmamızda gelişmiş ülke standartlarında bir yargının memnuniyet verici olmasını engelleyen fiziki ve mimari koşullara ve yapılması gereken hususlara değineceğiz.

1. Kavram Olarak Memnuniyet ;

Memnuniyet, razı ve hoşnut olmak, sevinmek olarak tanımlanmıştır.³ Memnuniyet her türlü ürün ve hizmet için söz konusu olabilir.

Memnuniyet kavramı tatmin olma kavramıyla yakından ilgili bulunmaktadır. Tatmin, istenen bir şeyin gerçekleşmesini sağlama, gönül doygunluğuna ulaşma, rahatlamak, doyurulmak olarak tanımlanmıştır.⁴ Yargı organları ile teması olan kişilerin süreçlerin her

³ Ferit Develioğlu, "Türkçe Osmanlıca Ansiklopedik Lugat", 17. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara 2000, s.611

⁴ Türkçe Sözlük, 9.baskı, 2. Cilt. Türk Dil Kurumu, Ankara, 1998, s.21

aşamasında tatmin olmaları, yargının tatmin ediciliği cümlesinden olarak ele alınabilir.

Güven kavramı da memnuniyetle ilişkili bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Güven; korku, çekinme ve kuşku duymadan inanma ve bağlanma duygusu, itimat⁵ olarak tanımlanmaktadır.

Kavramlara yakından baktığımızda güven kavramının daha çok sonuçla ilgili olduğu, memnuniyet ve tatminin ise her aşamayı ilgilendirdiği ve güveni de içine aldığı görülmektedir. Örneğin hâkimin tarafsız olamayacağı düşüncesi, savcıya idari organlarca yapılan baskı sonucu bir soruşturmanın kapatılacağı düşüncesi daha çok güven kavramıyla ilgili iken yargı merciince saat dokuzda başlaması için davetiye gönderilen bir vatandaşın veya avukatın duruşmasının, öğleden sonra başlaması daha çok memnuniyet ve tatminle ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir hususun güvenilir olması, memnuniyet verici olmasının en önemli özelliklerinden birisi de kalitedir. Kalitesiz bir mal ve hizmetin tatmin edici veya memnuniyet verici olması ancak kapalı toplumlarda mümkün olabilir. Kavram olarak kalite, İ.Ö. 2150'li yıllara dek dayanmasına rağmen, kalitenin tek bir tanımını vermek oldukça zordur. Çünkü kalite, kişiden kişiye değişen değerleri içermekte olup genel olarak günlük konuşma dilinde kaliteye konu olan ürün veya hizmetin, emsallerine göre üstünlüğünü ve vasıflarının iyiliğini belirtir.⁶

Türk Standartları Enstitüsü'nün (TSE) kabul etmiş olduğu tanıma göre kalite; "bir ürün ya da hizmetin belirlenen ya da olabilecek gereksinimleri karşılama yeteneğine dayanan özelliklerin toplamıdır."

Bu tanımlara bağlı olarak, kamu hizmetlerinde kalite tanımı yapılır; belirlenmiş standartlara uygun hizmet üretmek ve bu üretim sonucunda vatandaş beklentilerini en yüksek düzeyde sağlamaktır.

Yargı açısından memnuniyet ve tatmin edicilik kavramlarını ele aldığımızda, adli mercilerle her türlü teması olan kişilerin çağdaş standartlarda bir hizmet almalarını, bu sürecin sonunda açtıkları davaları kaybetseler veya sanık oldukları yargılamalarda mahkûm olsalar

⁵ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54a53ffed29547.56332412) Erişim Tarihi: 01.01.2015

⁶ Muhittin Şimşek, "Toplam Kalite Yönetimi", Alfa Yayınları, İstanbul, 2004, s.5.

bile, kişisel özellikleri örselenmeden, makul bir zaman diliminde bu sonuca ulaşabilmeleri, sonuçta oluşan razı olma hali olarak değerlendiriliriz.

2. Yargısal Memnuniyet Açısından Mevcut Durum;

Günümüzde yargı kararları hiç olmadığı kadar tartışılmakta ve verilen kararlar bazen kamu vicdanını rahatlatamamaktadır. Kamuoyu araştırmaları, bireylerin “yargıya güven” duygularının yeterli olmadığını göstermektedir.

İlber Ortaylı, Türkiye’de yargıya güvensizliği şu ifadelerle açıklıyor: “Üst düzey kültür gruplarında yer edinemeyen, toplum hayatında söylem yeteneği, yazarlığı, yabancı dil bilgisiyle başvurulacak biri konumuna yükselemeyen hukukçuların görevlerini tam yaptığı söylenemez. Bundan başka toplum hayatını iyi gözlemleyemeyen hukukçuların önerdiği çözümler ikna edici olamıyor, saygı uyandıramıyor. Saygı kazanamayan bir hukukçu zümrenin verdiği hükümler de itimatsızlık yaratıyor.”⁷

Türkiye’de, “hukuk devleti” anlayışının ve etkin bir yargılama faaliyetinin olmazsa olmaz koşulları olarak kabul edilen hususların eksik olması, hukuk devletine olan güveni sarsmaktadır. Hiç şüphe yok ki yargılama hizmetinin iyi işlemediği kanaati, Türkiye’de en yaygın düşüncelerden biridir. Genel olarak toplum, yargıdan ve adaletin işleyişinden hoşnut değildir. “Bu ülkede adalet yok...” ya da “yapanın yanına kâr kalıyor...” gibi düşünceler, çok yaygın biçimde dile getirilmektedir. Yargıya duyulan güvenin azalması, buna bağlı olarak yargıya saygının azalmasına da yol açmakta; yargının giderek bir ayak bağı gibi algılanmasına yol açmaktadır. Bunun, toplumsal yaşamda yol açtığı en büyük tehlikelerden birisi, kişilerin uyuşmazlıklarını yargıyla görmekten çok, başka yollara yönelmeleri tehlikesi ve tehdidini getiriyor olmasıdır. Özellikle, hızlı ve adil yargılama gerçekleşmeyince, yasa dışı gruplar, yol ve yöntemler ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten hak aramanın son kapısında, bireyin ilk beklentisi “doğru ve güvenli yargılama”dır. Eğer bu gerçekleşmiyorsa güvensizlik kaçınılmaz olup, bu insan hakkının güvencesi öncelikle hâkimlerdir.⁸

⁷ İlber Ortaylı, “Kırk Ambar Sohbetleri”, Aşına Kitaplar, Ankara, 2006, s.121

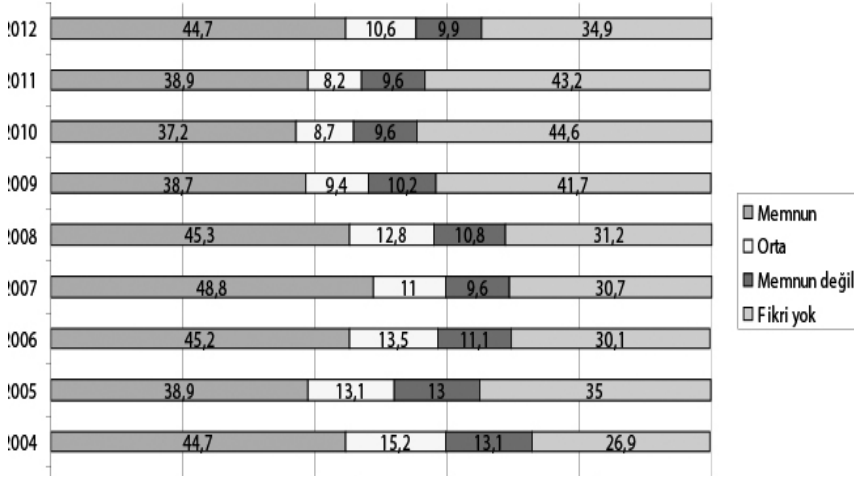
⁸ Çetin Aşçıoğlu, “Bir İnsanlık Hakkı Adil Yargılanma,” Cumhuriyet Bilim Teknik,

Yargılama hizmeti, toplumun, ortalama kalite düzeyinin üstünde almak isteği bir hizmettir ki bu kaliteli hizmeti sağlayanlar da kaliteli olmalıdır. Çünkü bu hizmeti verenler; çatışan menfaatleri, bastırılmayan duyguları, saygı uyandıran usul, yaklaşım ve muhakemelerle sağlayacaklardır. Bunun için herkesten önce yargıçların, üstün niteliklere sahip kılınması gerekir.⁹

Günümüzde, Türk Yargısında davaların uzun sürdüğü, adalet mekanizmasının geç işlediği, yargılama sonunda verilen kararların adil olmadığına dair toplumda bir kanaat mevcuttur. Adaletin geciktirilmemesi en az adaletin gerçekleştirilmesi kadar önemlidir. Çünkü geciken adalet, adaletsizliği doğurur Bugün vatandaşın kurumlara güvenirliliği sıralamasında yargı, sıralamanın üst basamaklarına çıkmamaktadır.¹⁰

TÜİK 2003 yılından itibaren “Yaşam Memnuniyeti Araştırması”¹¹ adı altında ülke genelinde araştırma çalışmaları yapmaktadır. 2003 yılından 2012 yılına kadar olan raporlarda yer alan adalet hizmetlerinden memnuniyet oranları aşağıda belirtilmiştir.

Adli sistemin verdiği hizmetlerden memnuniyet, 2003-2012



7 Nisan 2001, s.10

⁹ Yıldızhan Yayla, “Yargıda Kalite ve İnsan”, *Görüş Dergisi*, Ekim-Kasım 1998, s.88
¹⁰ Çetin Aşçıoğlu, “Bireyler Türk Yargısına Neden Güvenmiyor,” *Manisa Barosu Dergisi*, 2003, sayı:86, s.27

¹¹ TÜİK Yaşam Memnuniyet Araştırması, s.98 (http://www.tuik.gov.tr/Kitap.do?metod=KitapDetay&KT_ID=11&KITAP_ID=15) Erişim Tarihi: 01.01.2015

Görüldüğü üzere yıllar itibariyle memnuniyet oranlarında, zaman zaman aşağı ve yukarı oynamalar olsa da, adli sitemin verdiği hizmetlerden memnuniyet düzeyi, %50 yi hiç geçememiştir. Adalet sistemi üzerine yapılan eleştiriler yıllardır değişmemiştir. (gecikmeler, masraflar, eşitsizlik, anlaşılmazlık, vb.) farklılıklar ise belirli dönemlerdeki adli skandallarla veya çok olumlu görülen davalarla yakından ilişkilidir.¹² Memnuniyetsizliğin sebepleri, ne kadarının temel hususlara ilişkin, ne kadarının fiziki ve mimari koşullara ilişkin olduğu konusunda maalesef ülkemizde yapılmış bir çalışma bulunmamaktadır.

3. Adliyelerin Fiziki ve Mimari Özelliklerinin Yargısal Memnuniyete Etkileri;

Yargılamanın süreci, bu süreç içerisindeki kalite ve standartlar, yargılama sonucunda verilecek kendisi kadar önem taşımaktadır.

Yargıyı toplumsal bir hizmet birimi olarak kabul ettiğimizde bu hizmetten gönüllü veya kamu gücüyle yararlananları tüketici olarak kabul etmek gerekecektir.

Dönmezer'in 1972'de bir makalesinde belirttiği üzere; "Çağdaş sevk ve idare esaslarına taban tabana zıt köhne binalar içinde çalışan bir idari mekanizmanın yardımı altında çaba gösteren hâkimin etkin ve süratli bir adaleti yerine getirebilmesi bir hayaldir."¹³

Maalesef bu ifadelerin yazıldığı tarihten çok uzun bir zaman geçmesine rağmen, fiziki bina kapasitesinin geliştirilmesine yönelik olumlu bazı örnekler dışında ülkemizde adliye yönetimi anlamında pek az şey değişmiştir. Hukuk fakülteleri idari bilimlere mesafeli durduklarından, mezunlar mahkeme yönetimi konusunda hiçbir şey bilmeden uygulamaya çıkmakta ve bu nedenle idari sorunlarla karşılaştıklarında çözüm üretememektedirler. Bunun en büyük sıkıntısını da adliyeye işi düşen vatandaş çekmekte, hakkını yargı yoluyla alamamaktadır. Yargı örgütünün tüm aşamalarında mahkeme yönetimi, bir öncekinden görüldüğü gibi yapılmakta, yanlış uygulamalar daha

¹² Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu (CEPEJ) s.2 (<http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/mahkeme-kullanıcılarına-yonelik-memnuniyet-anketleri-duzenleme-rehberi.pdf>) Erişim Tarihi: 08.01.2015

¹³ Sulhi Dönmezer, Ceza Adaletinde Reform İlkeleri, İÜHFİM, C. 37, Sayı 1-4, İst., 1972, s.14

sonra kural haline gelmektedir. Bu yüzden adalet mekanizması, mahkeme yönetimi anlayışından yoksun bir örgüt olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴

Tüketici odaklı yaklaşımda adliyelerin mimari tasarımı ve fiziksel özellikleri o derece önemlidir. Teknolojik ve bilişim alanındaki gelişmeler karşısında adliye mimari tasarımları yeniden kurgulanmalı vatandaşları rahatlatıcı mekânlar oluşturulmalı, hizmet birimleri tasarlanmalıdır.

Karşılaştırma açısından yabancı adliye projeleri göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim Japon Anayasa Mahkemesi inşası sürecinde proje mimarı, on iki ülke anayasa mahkeme binasını inceledikten sonra işe koyulmuştur. Binayı inşa etmek de yetmiyor; binanın işlevselliğini ve vatandaş memnuniyetini izlemek denetlemek gerekmektedir. Bu konuda ülke genelinde standartlar oluşturulması ve bunların denetlenmesi öncelik arz etmektedir.¹⁵

Yargı organlarının bağımsızlığı bağlamında devlet organlarından bağımsızlığı da küçümsenmeyecek bir yer tutmaktadır. Ülkemizde halen idareleri vali ve kaymakamlarca yürütülen, yerleşim planları, ısınma, soğutma, otopark hizmetlerinin mülki amirler tarafından gerçekleştirildiği konaklarda adliye binaları bulunmaktadır. Bunlar genellikle hükümet konaklarının zemin katlarında yer almaktadır. Bu görüntü, vatandaşlar nazarında mülki amirlerin, hâkim ve savcılarında amiri olduğu, yargının idarenin güdümünde olduğu¹⁶ algısına yol açmaktadır. Siz izni kaymakamdan mı alıyorsunuz biçiminde sorular pek çok hâkim ve savcıya yakınları tarafından sorulmaktadır.

¹⁴ Ümit Müderrisoğlu, Türk Adli Yargı Örgütü ve Adil Yargılanma Hakkı, TODAİE, Yüksek Lisans Tezi, Kasım 2004, s. 110

¹⁵ İdil Elveriş, "Adliye Gözlemleri-İstanbul Mahkemeleri", İstanbul Bilgi Üniv. Yayını, Mart 2008(Aktaran Mustafa Tören Yücel, Türk Yargı Sisteminde Yapısal Analiz ve Sorunlar-İstanbul Barosu HFSA Bildirileri-13-17 Eylül 2010)

¹⁶ "Yargı Bağımsızlığının Fiziksel ve Ekonomik Koşulları Türkiye Raporu "(YARSAV, Türk Tabipler Birliği ile yürüttüğü proje kapsamında Ankara ve İzmir illerindeki adli ve idari ilk derece mahkemeleri ile Danıştay ve Yargıtay'da çalışmakta olan beş yüz doksan sekiz yargıç ve savcının katılımı ile "Çalışma Koşulları" üzerine bir anket çalışması yapmış ve bunu da bir rapor haline getirmiştir.) (http://www.yarsav.org.tr/resimler/filemanager/YARGI_BAGIMSIZLIGININ_FIZIKSEL_VE_EKONOMIK_KOSULLARI_RAPORU_TURKCE.doc) s.2, Erişim Tarihi:01.01.2015

Avrupa ve Amerika'da farklı şekillerde ve yapılarda adliyeler görülmektedir. Batı Avrupa'da en azından kıta Avrupa'sında Fransız tipi, klasik tarzda adliyeler görülür. Bu konudaki en belirgin husus ise adliye binalarının ayrı binalar olarak inşa edilmesidir. Adliyeler, hükümet binaları veya parlamento ofislerinden ayrı inşa edilmişlerdir.¹⁷

Adalet hizmetlerinin etkin sunumunda ve memnun edici olmasında adalet binaları önemli rol oynamaktadır. Adalet sisteminin fiziki ve teknolojik alt yapısı, personel alt yapısı ve davalar ile de yakından ilgilidir. Bunun için adalet sisteminin fiziki alt yapısının güçlü olması gereklidir.¹⁸

Kötü fiziki şartlara sahip adliyeler, hizmet verdikleri kişiler kadar şüphesiz olarak yargı görevlileri üzerinde de negatif bir etki oluşturmaktadır. Bilimsel raporlarla da kanıtlanmış olduğu gibi içinde bulunulan ortam insan bünyesi üzerinde büyük etkiye sahiptir. Bu durumda küçük mekânlarda dosya yığınları altında ve sıkışık alanlarda çalışmak durumunda olan yargı görevlilerinin, işlerine konsantrasyonu azalacak bu da yargının kalitesine ve vatandaş memnuniyetine olumsuz etki yapacaktır.

4. Ülkemizde Adliye Binalarının Durumu;

Adliye sarayları, uygar ülkelerin kentlerinin en görkemli binalarındandır. Adına yaraşır olmaları bu görkemli binaların ayrırcı özelliğidir. Devlet gücünün simgelerinden biridir. Adliye binaları onun içindir ki adliye sarayı olarak anılırlar.¹⁹

Sedat Bakıcı'nın, 1983 tarihli makalesinde "Ülkemizde yargıya ayrılan bütçe payının düşüklüğü nedeniyle adliyeler için büyük bir yer sıkıntısı mevcuttur. Birçok il ve ilçemizde Adliye Valilik ve Kaymakamlık binalarının bir köşesine sıkışmış durumdadır. "Mül-

¹⁷ Abdurrahman Y. Topraklı, (Editör) , "Adliye Tasarımında Güncel Yaklaşımlar Farklı Ülke Uygulamaları " Mahkeme Yönetimine Destek Projesi kapsamında hazırlanmıştır, Ankara 2013, s.2

¹⁸ Fatih Deyneli, "Türkiye'de Adalet Ekonomisinin Karşılaştırmalı Analizi", T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No:2010/405 Ankara, 2010, s.45

¹⁹ "Yargılama Düzeninde Kalite", TÜSİAD Raporu Kasım 1998, (Yayın No. TÜSİAD-T/98-11/237), s.97

kün temeli” olduğunu söylediğimiz adaletin personelini bina sahibi yapmak, kendi binalarında çalışmalarını sağlamak gerekmektedir”²⁰ demektedir.

Bundan sonra, devletin temel strateji belgelerinden olan kalkınma planlarında yargının fiziki ortamlarının iyileştirilmesine ilişkin doğrudan veya dolaylı vurgular yapılmıştır. 2014- 2018 yıllarını kapsayan, 10. kalkınma planında, adliyelerin ve ceza infaz kurumlarının fiziki ve teknik altyapı ihtiyaçları önceliklendirilerek karşılanacağı, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçirilmesinin sağlanacağı, evrensel hukuk normları, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünün gerekleri doğrultusunda yargılama sürecinin hızlı, adil, etkin, güvenli ve isabetli şekilde işleminin adalet sisteminin temel amacı olduğu belirtilmiş, iyi işleyen, etkili bir adalet sisteminin, ekonomide öngörülebilirliğin artması ve yatırım ortamının daha uygun bir hale gelmesi bakımından son derece önemli olduğu vurgulanmıştır.²¹

Yargının fiziki mekânlarının iyileştirilmesine yönelik bu vurgular yapılırken, planların hayata geçirilmesi için gayret sarf edilmiş, son on yılda yüz seksen adalet sarayının yapımı tamamlanmıştır. Otuz beş adalet sarayının inşaatı, altmış dokuz adalet sarayının ise yapım öncesi hazırlıkları devam etmektedir. On yıl öncesine kadar adalet binalarının toplam kapalı alanı 569.059 metrekare iken yapımı tamamlananlarla birlikte kapalı alan 2.540.276 metrekare olmuştur.²²

Ülkemizde son yıllarda adaletin hükümet konaklarının altından kurtarılması düşüncesinden hareketle yukarıda da sayı ve metrekare büyüklükleri ifade edildiği üzere devasa birçok adliye binası yapılmış olup halen büyük bir hızla adliye binaları inşaatına devam edilmektedir.

Bunlar arasında 360 bin metrekare büyüklüğüyle dünyanın en büyük adliye binası olmasıyla övünülen İstanbul Anadolu Adalet Sa-

²⁰ Sedat Bakıcı , “Davalar Neden Geç Sonuçlanıyor”, *Balıkesir Barosu Dergisi*, Mart 1983, Sayı :12, s.7

²¹ 10. Kalkınma Planı, s.36 (<http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalkınma%20Planlar/Attachments/12/Onuncu%20Kalkınma%20Planı.pdf>), Erişim Tarihi:01.01.2015

²² Adalet Bakanı 2014 yılı Plan ve Bütçe Komisyonu Bütçe Sunuş Konuşması, s.37 (<http://www.sgb.adalet.gov.tr/duyurular/2013/2014butcesunuskonusmasi.pdf>), Erişim Tarihi:01.01.2015

rayı,²³ yine 343 bin metrekare büyüklüğüyle dünyadaki en büyükler arasında kabul edilen, İstanbul Adliye Sarayı bulunmaktadır.²⁴ Son yıllarda artan bu yatırım hamlesine rağmen halen adalet tamamıyla hükümet konaklarından çıkarılamamıştır.

5. Yargısal Menuniyete Etkisi Bakımından;

5.1. Adliye Binalarının Konumu, Erişim ve Büyüklükleri;

Adliye binaları; metro, otobüs gibi toplu taşıma güzergahlarına yakın olmalı ve kolay ulaşılabilir mekanlar olmalıdır. Örneğin Hollanda'da adliyelerin çoğu demiryolu hatlarına yakın yerlerde, bunda tren istasyonlarının etrafındaki alanların gelişmiş alanlar olmasının da payı vardır. Amsterdam İstinaf Mahkemesi, Amsterdam İlk Derece Mahkemesi, Hertogenbosch, Lelystad bunlara örnek olarak gösterilebilir. Diğer adliyeler (Zwolle, Haarlem, Lahey) on dakikalık yürüme mesafesindedir. Rotterdam'daki adliyenin karşısında metro durağı vardır.²⁵

Ülkemizde maalesef karayolu dışında, metro, tramvay gibi toplu taşıma araçlarıyla ulaşım, çok şanslı birkaç adliye dışında maalesef mümkün bulunmamaktadır. Vatandaşların hakkını aramasında ulaşım bir engel olarak bulunmaktadır. Ülkemizde adliye toplulaştırmaları olarak da bilinen ve son yıllarda rastladığımız devasa büyüklükte adliye binaları modern fiziki mekanlar oluşumuna katkı sağlamış ise de özellikle İstanbul gibi büyük şehirlerde adliyelere ulaşımı olabildiğine zorlaştırmıştır.

İstanbul'da, Kartal, Pendik, Tuzla, Kadıköy, Üsküdar, Ümraniye, Sultanbeyli adliyeleri kapatılarak, İstanbul Anadolu Adliyesine bağlanmıştır. İstanbul Adliyesi ve ek binaları (Sirkeci, Gülhane, Levent), Beyoğlu Adliyesi, Şişli Adliyesi, Fatih Adliyesi, Sarıyer Adliyesi ve

²³ (<http://www.istanbulanadolu.adalet.gov.tr/adliyemiz.php>) Erişim Tarihi:01.01.2015

²⁴ (<http://www.istanbul.adalet.gov.tr/sayfagoster.asp?pageno=11>) , Erişim Tarihi:01.01.2015

²⁵ Abdurrahman Yağmur Topraklı,(Editör) , Adliye Tasarımında Güncel Yaklaşımlar Farklı Ülke Uygulamaları , Ankara 2013,s.3 (<http://www.myd.adalet.gov.tr/dokumanlar/Kitap%20Adliye%20Mimarisi.pdf>) , Erişim Tarihi:01.01.2015

Eyüp adliyesi olmak üzere on bir ayrı binada bulunan adliyeler, İstanbul Adliyesi adı altında birleşmiştir. Kapatılarak İstanbul Anadolu ve İstanbul Adliyesine bağlanan adliyeler dışında birçok büyük ilçede adliye bulunmamaktadır. Örneğin 750. 000 nüfuslu Bağcılar ilçesi Bakırköy, 500 bin²⁶ nüfuslu Kadıköy ilçesi Anadolu adliyesine bağlı bulunmaktadır. Buralardaki iş yükünün de aktarılmasıyla, bağlanan adliye büyüklüklerini yönetilemez boyutlara çıkarmaktadır.

Farklı ilçeleri geçerek bağlı oldukları adliyelere ulaşmak durumunda kalan vatandaşlar hem yoğun ulaşım güçlüğü yaşamakta hem de, buraları cazibe merkezi haline getirerek, zaten sıkıntılı olan trafik problemini daha da büyütecek bir etkiye yol açmaktadırlar.

Erişimin adliyeye lokasyon olarak erişme anlamı bulunduğu gibi, adliyedeki birimlere ve sosyal alanlara erişim de başka bir yönünü oluşturmaktadır. Büyük ölçekte adliye binalarında vatandaşların adliyedeki birimleri bulmakta zorlandıkları, çaresiz bir biçimde sağa sola sorarak doğru yeri bulmaya çalıştıkları bilinmektedir. Vatandaşlara kolaylık sağlamak üzere bazı adliye idarelerince danışma masası konulduğu gözlemlenmiştir. Dezavantajlı gruplar için erişim olanakları adliyelerin çoğunda henüz bulunmamaktadır.²⁷

Büyük adliyeler, hakim ve savcıların kalem ve büro denetiminde zorlanmalarına yol açmaktadır. Hakim ve savcı küçük bir adliyede sürekli kalemiyle içli dışlı bir faaliyet yürütmekte iken, büyük adliyelerde ise kalemi odasından çok farklı yerlerde bulunan hâkim ve savcılar, rutin denetimler dışında kalem üzerindeki ağırlıklarını hissettirememekte, bu durum hak ihlali ihtimalini artırma potansiyeli oluşturmaktadır.

Büyük adliyelerde hâkim ve savcılar, kendilerini adliyenin büyüklüğü karşısında kaybolmuş hissettiklerini, adliyeye hakim olamadıklarını ifade etmektedirler. Benzer bir denetim sorunu kolluk birimleri açısından da söz konusu olmaktadır. Cumhuriyet savcılarının kolluğun adli amiri olmaları nedeniyle onları çok sıkı gözetim ve denetim altın-

²⁶ TÜİK, (http://www.tuik.gov.tr/Kitap.do?metod=KitapDetay&KT_ID=11&KI-TAP_ID=139) Erişim Tarihi:01.01.2015

²⁷ Bir başka anlamıyla erişim, kullanıcı rehberleri hazırlanması, broşür ve bilgilendirme levhalarının hazırlanması vb. konularda vatandaşları bilgilendirilmesi hususu danışma masaları başlığı altında inceleme konusu yapılmıştır.

da bulundurmaları gerekmektedir. Özellikle nezarethanelerin savcılar tarafından sıkı bir biçimde denetimi, vatandaşların rastgele ve kontrolsüz biçimde gözaltına alınmalarını önleyecektir. Bağlı olduğu kolluk birimini denetlemek için birkaç ilçeden geçmek zorunda kalan cumhuriyet savcılarının kolluk üzerindeki kontrol duygusu zayıflamaktadır.

Anlatılanlar ışığında, salt yargı kararlarının içeriğinden bağımsız olarak adliyelerin konumunun yargının memnun ediciliği açısından üzerinde durulması gereken bir konu olduğu kuşkusuzdur.

5.2. Duruşma Salonundaki Oturum Düzeni;

Duruşma salonunda sanık ortada adeta kafesi andıran bir yapı içerisinde bulunmaktadır. İddianame ve tanık beyanlarına karşı not alma, tuttuğu notlardan savunmasını yapma imkânı bulunmamaktadır. Öte yandan sanığın avukatıyla arasındaki mesafe, en doğal hakkı olan avukatıyla veya müdafiiyle iletişimini oldukça zorlaştırmaktadır.

Savunmanın bu teknik zorlukları yanında sanığın birçok kişinin bakışları arasında savunmasını yapmaya çalışması küçümsenmeyecek bir baskıyı beraberinde getirmektedir. Sanıklar açısından bu durum adeta yasalarda yer almayan ikinci bir cezayı akla getirmektedir. Ülkemizde açılan davaların sadece %37.3'ünün mahkumiyetle sonuçlanmakta olduğu²⁸ (%19.5'inde beraat, %43.2'sinde ise düşme, ceza verilmesine yer olmadığı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması vb. kararları verildiği) dikkate alındığında bu durumun vahameti daha da büyümektedir.

Sanığın avukatıyla birlikte oturmasını ve not alma imkânını tanıyacak mimari ve fiziki düzenlemeler yapılmasını sağlamak, yargının memnuniyet verici olmasında pozitif rol oynayacaktır.

5.3. Adliyelerin Sosyal Alanları;

Her gün on binlerce vatandaş ve avukat adliyelerin yolunu tutmakta ve günün büyük kısmını adliyede geçirmek zorunda kalmaktadır. Bu kişilere kafeterya, temiz tuvalet, bebek bakım odası vb. sosyal

²⁸ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, "Adli İstatistikler 2013", (http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/43.pdf) , Erişim Tarihi:01.01.2015

İhtiyaçların karşılanması büyük önem taşımaktadır. Yeni yapılan bazı adliyelerde bu kapsamda ünitelere yer verildiği halde birçok adliye binası bu imkânlardan halen mahrumdur.

Adliyelere gelen vatandaşların bir kısmı gerek sanık gerekse tanık olarak zorunlu olarak gelmekte, bir kısmı da davacı veya davalı olarak bir hakkı aramak veya savunmak maksadıyla buralarda bulunmaktadır.

Çağdaş devlet bu mekânlarda bulunan vatandaşına en ideal ortamı sunmak durumundadır. Sanık ise binanın fiziki özellikleri sebebiyle ilave bir cezaya maruz kalmamalı, davacı ise davasını ispat için gereken delilleri toplama zahmeti dışında ilave bir sıkıntıya maruz kalmamalıdır.

Hakkını alsa bile çocuğuyla adliyeye gelmek zorunda kalan ve çocuğunu doyuracak veya bakımını yapacak bir ortamı bulamayan bir annenin veya duruşma salonuna ulaşacak imkânı bulunmayan bir özürünün, davasını kazansa veya hakkında açılan davası beraatla sonuçlansa bile, memnuniyet düzeyinin olumsuz olacağını söylemek yanlış olmasa gerektir.

5.4. Duruşmaların Aleniyeti;

Anayasamızın 141.md.'de aleniyet ilkesi vurgulanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun "Duruşmanın açıklığı " başlıklı 182. maddesi "Duruşma herkese açıktır. Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir"...

Hükmüne yer vermektedir. Yine bu hükme paralel olarak usulünce onaylanması sebebiyle iç hukukumuzun parçası haline gelen İHAS'nin (İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme) 6/1 md.'de yargılamanın açık olması hükmünde açık verilmesi kuralına yer verilmiştir.

Bunun anlamı ise duruşmanın, yargılamanın asli süjeleri dışında kimselerin de huzurunda geçmesini ifade eder. Ayrıca duruşmayı izleyebilecek kimselerin, yargıcın takdirine bağlı olmadığı bir farklılık gözetilmeden herkes tarafından izlenebileceğini belirtir. Sanık sıfatına haiz kimsenin müdafaa hakkı bakımından da duruşmanın aleni

bir biçimde cereyan etmesi, sanığın yalnızlığını ve bir haksızlığa kurban gittiği inancını kaldıracaktır. Çünkü kendi yargılamasının kamu önünde yapılması ve yargılayıcının açık bir haksızlığı göze alamayacağı söz konusudur. Bu bakımdan alenilik devletin, adalet dağıtımında bir tür kontrolüdür. Bu sayede halk, adalete ve adalet dağıtımındaki adalete inanmış, adalet dağıtan makam hakkında da kanaat elde etmiş olmaktadır.²⁹

Yargılamanın aleniyeti ilkesi, yargılamanın taraflarına yönelik bir güvence olduğu kadar kamuoyunun yargıya olan güven ve saygısını da arttıran bir durumdur.³⁰

Aleniyet ilkesi ile dürüst yargılama kuralına uyulup uyulmadığı taraflar ve toplum tarafından denetlenmiş olur. Buna bağlı olarak hâkimin duruşmayı yönetirken daha dikkatli olacağı düşünülür. Ayrıca yargılamanın sonunda vicdani kanaate ulaşıırken hâkimin ve mahkemenin çok daha titiz davranması beklenir. Hâkimin, hükmünü gerekçelendirirken de duruşmanın herkes tarafından takip edildiğini göz önünde tutacağı ve ona göre sağlam gerekçeler yazacağı umut edilir.³¹

Uygulamada, duruşma salonlarının fiziksel durumları ve koşulları nedeniyle her zaman duruşmaya katılımın arzu edilen seviyede sağlanamadığı görülmektedir. Aleniyet, sadece duruşma süjeleri için geçerli olmayıp, aynı zamanda duruşmanın tüm safahatında izleyici olarak da bulunabilme hakkını teşkil eder. Aleniyet ilkesi, hem herkesin fiziki koşulların elverdiği ölçüde duruşma salonunda dinleyici olarak bulunabilmesine (doğrudan aleniyeti) hem de duruşma salonunda bulunan kişilerin görüp duyduklarını duruşma dışında açıklayabilmesine (dolaylı aleniyet) olanak tanır. Ancak duruşma salonlarının fiziksel olarak yeterli kapasiteye sahip olmadığı, hatta bazı durumlarda kalem ile duruşma salonunun ortak kullanılması durumlarında aleniyete imkân verebilecek fiziki şartların bulunmadığı görülmektedir.

Bu nedenle örneğin, toplu görülen bazı ceza yargılamalarında, sanıkların sadece en yakın akrabalarının bile duruşmaya katılımına

²⁹ Halil Yılmaz, "Alenilik(açıklık)", *Ankara Barosu Dergisi* 1988/2 s.235

³⁰ Şeref Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", T.B.M.M. Yayını, s.179

³¹ Metin Feyzioğlu, "Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat", Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 169.

hâkim tarafından izin verilmediği görülmektedir. Ayrıca yine uygulamada karşılaşılabilecek muhtemel sıkıntılardan bir diğeri mübaşirlerin duruşma sırasında, duruşmaya katılma talebinde bulunan kişileri kendi inisiyatifi ile duruşma salonuna almaması ya da salondan çıkarmasıdır. Bu nedenle duruşma aleniyeti konusunda mahkemenin yardımcı görevlilerinin de eğitilmesi ve bilinçlendirilmesi zorunlu ve yararlıdır.³²

Aleni bir duruşma, yargısal memnuniyet açısından hayati bir rol taşımaktadır. Belirtilen nedenlerle adliyelerin mimari tasarımında duruşma salonlarının, aleniyeti sağlayacak özelliklere sahip olması, çok sanıklı davaların gelebileceği dikkate alınarak adliyelerde büyük duruşma salonlarına yer verilmesi gerekmektedir.

5.5. Güvenlik;

Duruşmalarda güvenlik, yalnızca korumalarla sağlanabilecek bir husus değildir. Duruşmanın güvenliği salondakilerin güvenliğinden soyutlanamaz. Muhakemenin tarafları ve duruşmayı izleyenler de tam bir huzur ve güvenlik içinde oldukları takdirde duruşmaların aleniyeti bir anlam kazanabilir. Aksi halde ağır ceza davalarında aleniyet, yeni cinayet ortamlarını teşvik eden bir özellik kazanır.³³

Adliyeler davacılar, davalılar gibi aralarında ihtilaf bulunan kişilerin, sanıkların, tanıkların geldiği yerler olması sebebiyle kamusal alanlar içerisinde neredeyse en riskli alanları oluşturmaktadır. Güvenilir bir ortam oluşturmak, vatandaşın adliyelerde rahatlıkla hakkını arayabilmeleri noktasında büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda dışarıdan geleceklerin kontrolünü yapmak ve içeride ortaya çıkacak olayları yatıştırmak üzere yeterli sayıda güvenlik görevlisi istihdamı önem taşımakla birlikte adli fiziksel ve mimari özelliklerin de güvenliğe hizmet edecek biçimde dizayn edilmesi önem taşımaktadır.

Adliyelerin birçoğunda mağdur, müşteki, sanık ve tanıklar için ayrı koridorlar öngörülmediği, hep birlikte duruşma saatini bekledik-

³² Kamuran Kaya, "Kişi Mahremiyeti ve Mahkeme Aleniyeti Bağlamında Duruşmanın Halka Açıklığı," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2010, sy:1, s.205

³³ "Yargılama Düzeninde Kalite", TÜSİAD Raporu Kasım 1998, (Yayın No. TÜSİAD-T/98-11/237) s.98

leri³⁴ bu sırada ihtilafların şiddete dönüşebildiği, tanıkların tanıklık yapmaktan çekindiği görülmektedir. Pek çok mahkeme tarafından duruşma saatlerinin önemsenmediği, dosyalar arasında randevu saatine uygun aralıklar bırakılmadığı, bazen saat dokuzda davet edilen bir vatandaşın veya avukatın duruşmasının öğleden sonraya kalabildiği görülmektedir. Bu konuda görüşlerine başvuru alan hakim ve savcılar, dosya sayılarının Hakimler ve Savcılar Kurulu İlke Kararları ile belirlenenin ve Avrupa standartlarının çok üzerinde bulunduğunu, çok sayıda duruşma yapmak zorunda kaldıklarını, dosyaların yeterince hazır olmadan mahkeme safahatının başladığını, bu durumların öngörmeyi zorlaştırdığını ifade etmektedirler. Bu durum yararlanıcıların memnuniyet düzeyini olumsuz etkilediği gibi müşteki, sanık ve tanıkların birlikte kalma süresini uzatmakta, güvenlik riskini artıran bir etkiye yol açmaktadır.

6. Mahkeme Yönetimi Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi ve Yargısal Memnuniyete Etkileri;

Adalet Bakanlığı ile Avrupa Birliği arasında 2007-2009 yıllarında Avrupa Konseyi tarafından ortaklaşa yürütülmüş olan "Türkiye'de Mahkeme Yönetimine Destek Projesi" başlatılmıştır.

Projenin resmi sitesinde "Projenin temel amacı, Avrupa Birliği'ndeki en iyi uygulamalar göz önünde bulundurularak yargının mevcut iş yükünü azaltacak, yargılama süreci içerisinde yer alan bürokratik işlemlerin tekrarlanmasını, iş yükünün artmasını, yargılama süresinin uzamasını önleyecek, kişilerin yargıya yaptıkları başvurularda daha etkin sonuçlar almalarını sağlayacak bir mahkeme yönetim sisteminin ve bu sisteminin işlemlerini sağlayacak teknik alt yapının kurulması ayrıca söz konusu sistemi etkin ve süratli bir şekilde sürdürebilecek donanıma sahip bir personel kadrosunun eğitilmesinin sağlanmasıdır"³⁵ biçiminde ifade edilmiştir.

Proje amacıyla yargısal tatmin vurgusu açıklıkla yapılmasa da, ortaya konulan amaçların vatandaşların yargı organları veya adliye-

³⁴ Ankara, Anadolu, İstanbul, adliyelerinde yapılan görüşmelerde yetkililerce tutuklu sanıkların ayrı kapıdan alındığı, diğerleri için ayrı bir oturma mekânı öngörülmediği ifade edilmiştir.

³⁵ (<http://www.myd.adalet.gov.tr/amac.html>), Erişim Tarihi:01.01.2015

lerde sorunlarını rahatlıkla çözmelerine yönelik bulunduğu ve bu şekilde yargının tatmin ediciliğine katkı sağlayacağına kuşku bulunmamaktadır.

Proje ile, memnuniyeti engelleyen fiziki koşullarla ilgili tüm sorunlar ortaya koyulmasa da önemli tespitler yapılmış ve çözüm için başlangıç yapılmıştır.

Projenin ilk aşaması; büyüklük, iş yoğunluğu, adliyenin yeni veya eski oluşu, fiziki imkânlar ve adli personel sayısı dikkate alınarak, pilot adliye olarak belirlenen Aydın, Konya, Manavgat, Mardin, Rize Adliyelerinde uygulanarak 30 Kasım 2009 tarihinde tamamlanmıştır.

“Mahkeme Yönetimi Sisteminin Desteklenmesi Projesi”nde ulaşılan sonuçların, diğer adliyelere yaygınlaştırılması amacıyla farklı büyüklüklerde yirmi adliyede daha yürütülmek üzere hazırlanan devam projesi niteliğindeki “Mahkeme Yönetimi Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi” 18 Mayıs 2011 tarihinde Adalet Bakanlığı, Avrupa Birliği, Merkezi Finans İhale Birimi ve Avrupa Konseyi arasında imzalanmış ve fiili olarak 2013 tarihinde sona ermiştir.

Yaygınlaştırma projesi ile birlikte yirmi beş adliyede proje uygulaması yapılmış veya yapılması planlanmaktadır. Ülkemizde 592 ilk derece adliye, 15 il merkezinde bölge adliye teşkilatı, 28 bölge idare, 100 idare, 62 vergi mahkemesi bulunduğu ³⁶dikkate alındığında, bu sayının henüz ne kadar yetersiz olduğu ve alınması gereken hayli mesafe olduğu anlaşılacaktır.

Proje kapsamında çalışmamız açısından önemli gördüğümüz; danışma masaları, ön büro uygulaması ve kısıtlı alanlar üzerinde duracağız.

6.1. Danışma Masaları;³⁷

Adliye Sarayları özellikle büyük kentlerimizde ciddi büyüklüklere ulaşmış binalardır. Günlük ziyaretçi sayıları binlerle ifade edil-

³⁶ (<http://www.hsyk.gov.tr/dosyalar/faaliyet/faaliyet-raporu-2013/index.html#p=65>), Erişim Tarihi:07.01.2015

³⁷ Mahkeme Yönetimine Destek Projesi kapsamında anlatılan danışma masası, kısıtlı alan, ön bürolar proje kapsamında hazırlanan bilgi Adliye Personeli El Kitabından yararlanılarak hazırlanmıştır. (<http://www.hukukiyardim.gov.tr/kitap.pdf>), Erişim Tarihi:01.01.2015

mektedir. Örneğin Ankara Adliyesinde günlük ziyaretçi sayısı 35.000 ile 60.000 arasında seyretmektedir.³⁸ Bu kişilerin bazıları adliyeye sıkça geliyor olsa da, önemli çoğunluğu günlük hayatında adliyeye gelmeyen, ömrü boyunca ancak bir kaç defa adliye binasını ziyaret etmiş kişilerdir. Doğal olarak nerede hangi işin yapıldığını, hangi işlemi nasıl yapmak gerektiğini bilmemektedirler. Bu kişilerin neyi, nasıl yapmaları gerektiği konusunda bilgi alacakları bir yer bulunmadığı için adliye dış kapısında güvenliği sağlayan polislerden başlayarak, adliye koridorlarında çay odalarına, temizlik görevlilerine, kalem personeline, duruşma sırası bekleyen avukatlara, odalarında çalışmakta olan hâkimlere ve Cumhuriyet savcılarına, hatta iş için adliyeye gelmiş başka vatandaşlara danışmaları sıkça görülen bir durumdur.

Danışma masasının bulunmaması nedeniyle en basit işler için gelen kişiler dahi neyi, nasıl, nerede yapacağını anlayana kadar adliye içinde dolaşmak zorunda kalmakta, danıştığı kişilerin görevi olmaması nedeniyle sorularına cevap vermemeleri, gerginliklere ve tartışmalara neden olabilmektedir.³⁹ Bu durum hem vatandaşların aldığı hizmetin kalitesini hem de adliye personelinin verimini düşürmektedir.

Danışma masaları ile adliyeye gelen kişilerin ihtiyaç duydukları hizmeti adliyeden alıp alamayacaklarının netleştirilmesi, birimlerin adliye içinde yerleri konusunda kendilerine bilgi verilmesi, davaların nasıl açılacağı vb. hususlarda temel bilgiler verilmesi, formlar ve broşürler hazırlanması, UYAP'ta kayıtlı basit konularda bilgilendirilmeleri; koridorlarda vakit kaybetmemelerini ve rastgele birimlere girip çıkmak zorunda kalmadan doğru bilgiyi en sağlıklı biçimde almalarını sağlamanın yanı sıra personelin sürekli kendi görevlerine ilişkin olmayan sorularla asıl işinden alıkonulmasının önüne geçilmesini mümkün kılacaktır.

³⁸ Adliye personeli el kitabı (http://www.myd.adalet.gov.tr/dokumanlar/adliye_personeli_el_kitabi_sonhali.pdf) Erişim Tarihi: 01.01.2015

³⁹ Mahkeme yönetimi projesi kapsamında ihtiyaç analizi çalışmaları sırasında yargıya erişim konusunda görüşüne başvurulmuş bir vatandaş görüşmeyi gerçekleştiren kişiye "Ankara Adliyesinde her tarafta burası danışma değildir yazısının bulunduğunu peki danışma neresidir" sorusunu yönelttiği görülmüştür.

6.2. Ön Bürolar;

Adliyelerdeki kalemler, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının yaptıkları işlerin mutfağını teşkil eden görev tanımlarına sahipken ayrıca kalem yönetmeliklerinde belirtilen görevlerle de adliye ile ilgili tüm evrak akışını temin eden birimlerdir. Kalemler bu iş yüküne ek olarak, yeni sistemde danışma masalarında cevaplanacak gereksiz soruların ve işlem-adres tariflerinin de yegâne adresi konumundadırlar.

Kalemler mevcut işlerinin yanı sıra gelen kişilere evrakların nasıl doldurulacağı, nereden alınacağı, kimlerden yardım alınacağı, bu evraka kimlerden onay alınması gerektiği gibi konularda bilgi vermek durumunda kalmaktadırlar. Bu durum bu birimlerin gereğinden fazla baskı altında kalmasına yol açmakta ve kalem personeli bu ortamda hissettiği sürekli iş yetiştirme stresi ile arzu ettiği nitelikte iş üretmemektedir.

Ayrıca kalemler çok rahatlıkla başka birimlerin yürütebileceği karar nüshası temin etme, dava dosya sureti temin etme vb. gibi işlemlerle de ilgilenmek zorunda kalabilmektedirler. UYAP üzerinden temin edilebilecek duruşma saatleri, dava durumu gibi bilgiler de yine kalemlerden talep edilmektedir. Kontrol edilmeyen böylesi bir insan trafiği ile muhatap olmak durumunda kalan kalemler, asli görevlerini yerine getirmekte zorlanmaktadır.

Büro personeli ve hâkim ve savcılar için hal böyleyken vatandaşlar da ellerinde dilekçeler veya dosya evrakı ile, ilgili mahkeme kalemini aramaktadır.

Her adliyede yaşanmakta olan bu tür sorunların çözümü için ön büroların kurulması büyük önem taşımaktadır. Birçok ülkede başarılı uygulamaları gözlemlenen ön bürolar, danışma masalarının çok daha ötesinde bir görev üstlenerek bir oyun kurucu gibi adli birimlerin sağlıklı çalışmasına yardımcı olacaklardır.

Kişilerce adliyeye sunulan ve adliyeden talep edilen her türlü evraka ilişkin işlemler, ön bürolarca takip edilecek ve sonlandırılacaktır. Bir başka deyişle ön bürolar, kalemlerde yapılan işlemlerin birçoğunun neticelendirileceği birimler olacaktır. Dilekçe teslimi, dosyaya belge ve delil eklenmesi, dosya nüshalarının alınması vb. hâlihazırda kalemlerde yapılan işlemlerin ön bürolarda tamamlanması mümkün bulunmaktadır.

Ön büroların kurulması ve faaliyete geçmelerinin ardından kalemelerde çalışan personel daha rahat ve müdahalesiz ortamlarda çalışma imkânı bulurken vatandaşlar da gereksiz zaman israfından kurtulacak tek noktadan birçok işini çözüme imkânına kavuşacaktır.

6.3. Kısıtlı Alanlar;

Türk adliyesinde öteden beri oldukça fazla dillendirilen ancak çözüm getirilemeyen sorunlardan bir tanesi de yargı unsurlarının sessiz ve işlerine yoğunlaşacakları ortamları bulamadıklarına ilişkindir. Adliye binalarında görev yapan pek çok hâkim ve Cumhuriyet savcısı sessiz bir ortamda sakince dosyalarını inceleyememekten yakınmaktadır.⁴⁰ Gerçekten de adliye koridorlarında var olan kalabalık, kimi zaman çarşı-pazar görüntüsü oluşturmaktadır. Onca uğultu arasında kapıları açık şekilde çalışan, her an vatandaşın değişik talepleriyle karşı karşıya kalan kalem personeli ile hâkim ve Cumhuriyet savcılarının bu karmaşa içinde işlerine yoğunlaşmalarını ve arzu ettikleri derecede nitelikli iş üretebilmelerini beklemek mümkün değildir. Bu durum vatandaşların da doğru başvuru mercilerini bulmalarında ve profesyonel bilgi edinmelerinin önünde büyük engel oluşturmaktadır. Öte yandan taraflar, a hâkim ve savcılara kendi odalarında duruşma dışında dosyaları veya açacakları davalarla ilgili sıklıkla sorular yönelttikleri, bu görüntünün, vatandaşların, adalet algılarında büyük örselenmelere yol açtığı görülmektedir.

Hâkimlerle, tarafların yargı faaliyetine ilişkin konularda karşılaşmaları gereken yer duruşma salonlarıdır. Bir tarafın, dosyayla ilgili hâkime odasında bir hususu sorması veya izah etmesi halinde, hâkimin derhal diğer tarafı da çağırması en önemli yargı etiği ilkelelerindenir.

Adliyeye giren herkesin her alana serbestçe erişmesinin doğru olmadığı kabul edilse de bu kısıtlama hiçbir şekilde başvuru sahibinin işi halledilmeksizin adliyeden çıkıp gitmesi şeklinde yorumlanmamalıdır. Hem adliyede işi olanların amacına ulaşmasını kolaylaştıracak hem de adliye mensuplarının sakin bir ortamda çalışmalarını sağlayacak bir yöntem geliştirilmelidir.

⁴⁰ Mahkeme yönetimi projesi kapsamında ihtiyaç analizi çalışmaları sırasında yapılan araştırmada Ankara Adliyesinden bir hakim odasına mesai saati bitimine kadar 150 kişinin girip çıktığı adliyeyle ilgili veya yaşadığı sorunlarla ilgili soru yönelttiği görülmüştür.

Bu kapsamda kısıtlı alanlar olarak adliyede belirlenecek olan mahaller, başta hâkim ve Cumhuriyet savcısı odaları ile kalemlerdir. Uygulama, kısaca bu tür çalışma odalarının bulunduğu koridorların kişi kalabalığından ve sestən arındırılması, başkaca mahkeme birimleri tarafından çözüm getirilebilecek başvuruların hâkim ve Cumhuriyet savcısını veya kalem personelini meşgul etmemesi ancak zaruri halde çalışma koridorlarına başvuru sahibinin girebilmesi şeklinde özetlenebilir. Bu doğrultuda bu koridorlar ziyaretçi erişimine kapatılacak ve yalnızca izin alan kişilerin girişine izin verilecektir.

Yukarıda ele alınan ön büro ve danışma masası gibi proje uygulamaları da kısıtlı alanlar sistemini destekleyici yan unsurlar olarak değerlendirilebilecektir.

Kısıtlı alan kavramı ile anlatılmak istenen, adliye içindeki her birime her isteyen istediği anda ve şekilde girmesinin kısıtlanmasıdır. Bu sayede ciddi odaklanmayı gerektiren, ihtisas ve tecrübe ile yürütülebilen görevlerin yapılabilmesi için mümkün ortam oluşabilecektir.

Makul bir gerekçe ile veya özel sebeplerle kısıtlı alanlarda bulunan adliye mensupları ile görüşmek isteyen kişilerin bu alanlara girişi mümkün olmalı ancak bu erişim ziyaret edileceklerin belirlediği biçimde ve onları işlerini yapamaz hale getirmeyecek zaman dilimlerinde mümkün olmalıdır.

Bu çerçevede adliyelerde üç alan oluşturulması önerilmiştir: açık, yarı kısıtlı ve kısıtlı alanlar. Tam erişimli, yarı erişimli, erişimsiz bölgeler.

Açık alanlar adliyeyi ziyaret eden tüm vatandaşların rahatlıkla ulaşabileceği, girmek için hiçbir yetkilendirmeye ihtiyaç duyulmayan alanlardır. Danışma masaları, ön bürolar, baro odası, harç vezneleri, duruşma salonları, kafeteryalar, bekleme salonları, adli tıp birimi, adli sicil bürosu bu alanlara örnek olarak sayılabilir.

Yarı kısıtlı alanlar ancak birinci seviye yetkilendirmeye sahip ziyaretçilerin bulunabilecekleri alanları ifade etmektedir. Kalemler ve sorgu odaları bu tür alanlardır.

Kısıtlı alanlar ise son seviye yetkilendirmeye sahip ziyaretçilerin girebilecekleri alanları ifade etmektedir. Hâkim ve Cumhuriyet sav-

cısı odaları, kütüphaneler, arşivler ve emanet odaları bu alanda yer alacaktır.

7. Adliye Mimarisi Çalıştayı;

Mahkeme Yönetimi Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi ile Avrupa Birliği'ndeki en iyi uygulamalar göz önünde bulundurularak yargının mevcut iş yükünü azaltacak, yargılama süresinin uzamasını önleyecek, kişilerin yargıya yaptıkları başvurulardan daha etkin sonuçlar almalarını sağlayacak bir mahkeme yönetimi sisteminin kurulması ve bu sisteminin işletilmesini sağlayacak teknik alt yapının oluşturulması bu kapsamda adliye binalarının işlevselliğinin artırılması için ülkemizde ilk defa 16 Nisan 2013 tarihinde yapılan Adliye Mimarisi Çalıştayı, 25-27 Haziran 2013 ve 2-3 Temmuz 2013 tarihleri arasında tekrarlanmış ve sonuncusu da 30 Eylül - 1 Ekim 2013 tarihleri arasında İstanbul'da yapılmıştır.

Her ne kadar birçok büyük adliye binasının yapımı tamamlandıktan sonra bu çalıştaylara başlanmış olsa da başarılı bir adliyenin mimari özelliklerinin tespiti için sorunu bilen tarafların katılımıyla düzenlenen bu toplantıların, olumlu bir başlangıç olduğunu söylemek mümkün bulunmaktadır.

Bu çalıştaylara; Adalet Bakanlığında yetkililer yurt içi ve yurt dışından mimarlar/akademisyenler, pilot adliye Cumhuriyet Başsavcılığı, komisyon başkanları, Cumhuriyet savcılığı, hukuk hâkimleri, idari işler müdürleri, Türkiye Barolar Birliği'nden avukatlar katılmıştır.

Çalıştaylarda; İdeal bir adliyenin sahip olması gereken mimari özellikler ve lokasyonun nasıl olması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Bu çalışmalarda yeni yapılacak adliye binalarında bazı temel unsurların göz önüne alınması gerektiği düşünülmüştür. Bu kapsamda, ön büro, danışma masasının kurulması ve duruşma salonlarının daha çok zemin katlarda konumlandırılması üzerinde durulmuş buradaki insan sirkülasyonunu sağlıklı bir biçimde eritebilmek için zemin katlarda geniş alanların bırakılmasının önemine yer verilmiştir.⁴¹

⁴¹ Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı tarafından hazırlanan bilgi notla-

Sonuç

Devletin yurttaşlara karşı üstlendiği en önemli görevlerden birisi de sağladığı kamu birimi hizmetlerinin yeterince tatmin edici olmasıdır. Yargı organlarının verilen hizmetler, kamu hizmetlerinin en önemlilerindedir.

Uyuşmazlıkların yargı mercilerince çözümü, meydana gelen zararların giderilmesi, mütecevizlerin cezalandırılması, bir yandan kişilerin hukuka olan inancının sağlanması ve hukuk güvenliğinin oturması bir yandan da adalet duygusunun tatmini açısından önemli rol oynamaktadır.

Hızla değişen dünyamızda her alanda olduğu gibi yargı düzeninde de belli bir kalitenin sağlanmasında, adliyelerin fiziki ve mimari özellikleri ve koşulları çok büyük önem taşımaktadır.

Dünyada ciddi bir araştırma ve incelemeye konu olan adli mimari ve adliyelerin daha iyi hizmet vermesi için gereken fiziki koşullarla ilgili olarak maalesef ülkemizde yapılan araştırma ve inceleme yok denecek kadar azdır.

Öncelikle yargının vakarına uygun hem yargı çalışanları, hem vatandaşlar, hem de avukatlar için ihtiyaçların kolaylıkla karşılandığı modern çalışma mekânlarına ihtiyaç bulunmaktadır. Buradaki vakara uygunluğun binanın büyüklüğü olmadığı, fonksiyonellik, kullanım kolaylığı, pratiklik, ulaşılabilirlik gibi mimarinin genel ilkeleri çerçevesinde yaklaşılması gerektiği açıktır. Hatta ülkemizde adliye saraylarında dünyanın en büyük, ikinci büyük gibi diğer alanlarda sıkça kırmadığımız rekorların bu alanda kırılmasının doğurduğu tezat irdelenmeli, çalışmamızda başlıcalarına temas ettiğimiz sakıncalar yönünden, bu durumun orta ve uzun vadede yol açacağı sıkıntılar üzerinde araştırmalar ve ciddi analizlerin yapılması gerekmektedir.

Büyük şehirlerimizin çoğunluğunda, son yıllarda yapımı tamamlanan devasa ölçülerdeki adliye binalarına rağmen, kısa sürede binaların yetersiz hale gelmesi; hem adliye planlamalarındaki projeksiyon hataları yönünden, hem de adliyelere gelen iş yükünün azaltılama-

rından ve adı geçen birimden temsilci olarak bu toplantılara katılanların notlarından ve değerlendirilmelerinden yararlanılmıştır.

ması, arabuluculuk, uzlaştırma gibi alternatif dava çözüm yollarının devreye sokulamamasından kaynaklanan yönleri itibariyle üzerinde bilimsel metotlarla çalışılması ve çözüm imkanları araştırılması gereken bir husustur.

Adliye binaları, yargı çalışanları ve avukatlar için verimli ve huzurla çalışabilecekleri mekanlar olarak tasarlanırken, vatandaşlara adliyenin girişinden itibaren iyi bir enformasyon sağlanması, açtıkları davalar veya haklarında yürütülen soruşturma ve yargılamalarla ilgili asgari öngörülebilirliğe sahip olmaları, hizmet odaklı devlet anlayışının ve hukuk devleti ilkesinin temel esasını oluşturmaktadır.

Ulaşım ve iletişim araçlarındaki gelişmelerin etkisiyle ulusal sınırlar ortadan kalkmaya başlamış, küreselleşme denilen olgu her yerde kendisini hissettirir duruma gelmiştir. Böylece bir ülkenin hukuk kuralları, vatandaşları kadar yabancılara da uygulanmaya başlamış ve uluslararası hukuk kurallarının önemi daha da artmıştır. Ayrıca yüzyılımız, bireylerin bilinçlerinin yükseldiği ve yönetimlerin gün geçtikçe demokratikleştiği bir dönemdir. Artık vatandaşlar ülkelerinin kendilerine sağlayamadığı haklarını uluslararası yargı kuruluşları yoluyla kazanabilmektedir.⁴²

Bu bakımdan vatandaşların beklentilerine göz kapama imkânı ortadan kalkmış bulunmaktadır. Devletimizin altına imza koyduğu sözleşmeler ve uluslararası kuruluşlar da buna zorlamaktadır. Çağdaş bir devletin vatandaşlarına birinci sınıf bir adalet hizmeti sağlaması temel bir görevi olduğu gibi iyi bir yatırım ortamı oluşturulması, işsizlik ve yoksullukla mücadele politikalarında başarıya ulaşmak için de adliyelerin fiziki ve mimari koşullarıyla gelişmiş yargı sistemlerinin standartlarını sağlaması gerekmektedir. Çünkü yerli ve yabancı yatırımcının aradığı temel şartlardan birisi de çağdaş yargı sistemidir.

Hukuk düzeni ve yargının, hukuki ilişki ve uyumsuzluklarda güveni ve memnuniyeti sağladığı oranda toplumda iç ve dış ekonomik ilişkiler ile refah da gelişir.

Geçmiş adına adliyelerin fiziki özellikleri ve mimari koşulları adına ideal yaklaşımlar ortaya koyulamazken, ülkemizde son yıllarda

⁴² Selma Bakır/ Emil Ünen, "Türk Yargı Sistemi ve Toplam Kalite Yönetimi", Yeni Türkiye, Ankara, 1999, Sayı 26, s.289

adalet politika yapıcılarınca bu konunun farkına varılmış olması geç kalınmış olsa bile olumlu bir husus olarak göze çarpmaktadır. Daha önce adliye projeleri, teknik birimlerce salt metrekare ve mimarinin genel ilkelerinden hareketle masa başında veya çok sınırlı adliye çalışmasına danışılarak yapılmakta iken (genellikle başsavcı ve komisyon başkanlarına) bu hususta son yıllarda hâkim, savcı, avukat, mimar gibi paydaşların ve yurt dışından gelen uzmanların katılımıyla adli mimari çalıştaylarının yapılması ve genel standartlar belirlenmeye başlaması, gelecek adına umut verici bulunmaktadır.

Bu kongre ve çalıştaylar devamlı hale getirilmeli, ülkemiz için adli mimari politikası çağdaş bir adliye konsepti ve ilkeleri oluşturularak, oluşturulan bu yaklaşım çok hızlı biçimde hayata geçirilmeye başlanmalıdır.

Dünyada fiziğin, kimyanın ve diğer bilim dallarının buluşlarından yararlandığımız gibi adli mimari ve adliyelerin fiziksel özellikleri alanındaki buluşlardan, yaklaşımlardan yararlanılmalı ve bu yaklaşımlar ülkemiz koşullarına uyarlanmalıdır. Adliyelerin fiziki ve mimari özellikleri tasarlanırken bilimin ilkelerinden taviz verilmemeli, yapılacak yatırımlar rant anlayışı ve siyasi beklentilere feda edilmemelidir.

Kaynakça

Kitap ve Dergiler

- Aşçıoğlu Çetin, Bir İnsanlık Hakkı Adil Yargılanma, Cumhuriyet Bilim Teknik, 7 Nisan 2001,
- Aşçıoğlu Çetin, Bireyler Türk Yargısına Neden Güvenmiyor, *Manisa Barosu Dergisi*, 2003, sayı:86,
- Bakıcı Sedat, "Davalar Neden Geç Sonuçlanıyor" , *Balıkesir Barosu Dergisi* , Mart 1983, Sayı :12,
- Baktır Selma / Ünen Emil, "Türk Yargı Sistemi ve Toplam Kalite Yönetimi", Ankara, Yeni Türkiye,1999, Sayı 26,
- Bıçak Vahit, Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite ve Etkinlik (http://www.kriminoloji.com/Ceza_Adaletinde_Kalite_Yonetimi.Bicak.htm) Erişim Tarihi:01.01.2015
- Develioğlu Ferit, "Türkçe Osmanlıca Ansiklopedik Lugat", 17. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara 2000,
- Deyneli Fatih, "Türkiye'de Adalet Ekonomisinin Karşılaştırmalı Analizi", T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No:2010/405 Ankara, 2010,

- Dönmezer Sulhi, Ceza Adaletinde Reform İlkeleri, İÜHFİM, C. 37, Sayı 1-4, İst.1972,
Elveriş İdil, Adliye Gözlemleri-İstanbul Mahkemeleri, İst. Bilgi Üniv. Yayını, Mart
2008,
Feyzioğlu Metin, "Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat", Yetkin Yayınevi, Ankara,
2002,
Kaya Kamuran, "Kişi Mahremiyeti ve Mahkeme Aleniyeti Bağlamında Duruşmanın
Halka Açıklığı," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2010, sy:1,
Kuru Baki "Hukuk Davasında Dikkat Edilecek Hususlar" İstanbul Barosu Sem (Staj
Eğitim Merkezi) Cumartesi Forumları İstanbul Barosu Yayınları, 2007 s.252
Müderrişoğlu Ümit, Türk Adli Yargı Örgütü ve Adil Yargılanma Hakkı, TODAİE,
Yüksek Lisans Tezi, Kasım 2004,
Ortaylı İlber, "Kırk Ambar Sohbetleri", Aşina Kitaplar, Ankara, 2006,
Şimşek Muhittin, "Toplam Kalite Yönetimi", İstanbul, Alfa Yayınları, 2004,
Yılmaz Halil, "Alenilik(açıklık)", *Ankara Barosu Dergisi* 1988/2,
Topraklı Abdurrahman Yağmur (Editör) , "Adliye Tasarımında Güncel Yaklaşımlar
Farklı Ülke Uygulamaları "Ankara 2013,
Türk Dil Kurumu "Türkçe Sözlük", 9.baskı, 2. Cilt. Ankara,1998, s.21
Ünal Şeref , "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", T.B.M.M. Yayını,
Yayla Yıldızhan, Yargıda Kalite ve İnsan, *Görüş Dergisi*, Ekim-Kasım 1998,

İnternet Adresleri;

- "Adli İstatistikler 2013", (http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/43.pdf)
Erişim Tarihi:01.01.2015
Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu (CEPEJ) (<http://www.cepej.adalet.gov.tr/dosya/dokumanlar/mahkeme-kullanici-larına-yonelik-memnuniyet-anketleri-duzenleme-rehberi.pdf>)Erişim Tarihi: 08.01.2015
Adliye personeli el kitabı (http://www.myd.adalet.gov.tr/dokumanlar/adliye_personeli_el_kitabi_sonhali.pdf), Erişim Tarihi: 01.01.2015
Adalet Bakanı 2014 yılı Plan ve Bütçe Komisyonu Bütçe Sunuş Konuşması, (<http://www.sgb.adalet.gov.tr/duyurular/2013/2014butcesunuskonusmasi.pdf>) Erişim Tarihi:01.01.2015
<http://www.hsyk.gov.tr/dosyalar/faaliyet/faaliyet-raporu-2013/index.html#p=65>
Erişim Tarihi:07.01.2015
<http://www.hukukiyardim.gov.tr/kitap.pdf>) Erişim Tarihi:01.01.2015
10. Kalkınma Planı, s.36
<http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalknma%20Planlar/Attachments/12/Onuncu%20Kalkınma%20Planı.pdf>), Erişim Tarihi:01.01.2015
(<http://www.istanbulanadolu.adalet.gov.tr/adliyemiz.php>) Erişim Tarihi:01.01.2015
(<http://www.istanbul.adalet.gov.tr/sayfagoster.asp?pageno=11>) Erişim Tarihi:01.01.2015
<http://www.myd.adalet.gov.tr/amac.html>, Erişim Tarihi:01.01.2015

http://www.tuik.gov.tr/Kitap.do?metod=KitapDetay&KT_ID=11&KITAP_ID=139

TÜİK Yaşam Memnuniyet Araştırması, (http://www.tuik.gov.tr/Kitap.do?metod=KitapDetay&KT_ID=11&KITAP_ID=15), Erişim Tarihi: 01.01.2015

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54a53ffed29547.56332412), Erişim Tarihi: 01.01.2015

Yargı Bağımsızlığının Fiziksel Ve Ekonomik Koşulları Türkiye raporu (http://www.yarsav.org.tr/resimler/filemanager/YARGI_BAGIMSIZLIGININ_FIZIKSEL_VE_EKONOMIK_KOSULLARI_RAPORU_TURKCE.doc) Erişim Tarihi:01.01.2015

ADLI KOLLUK-SAVCI İLİŞKİSİ VE SORUŞTURMALARA ETKİSİ

LAW ENFORCEMENT AGENCIES-PROSECUTOR RELATION AND ITS EFFECT ON INVESTIGATIONS

Yusuf Ziya POLATER*

Özet: Kolluğun toplum içindeki öncelikli görevi, toplumun emniyet ve düzeninin sağlanması için muhtemel tehlikeleri bertaraf etmektir. Kanunların yerine getirilmesi ve kamu makamlarının kararlarının infazına yardım etmek de kolluğun görevleri arasındadır. Yerine getirdiği görev bakımından kolluğun, suç öncesi idari kolluk görevi ile suç sonrası adli kolluk görevi olmak üzere iki temel görevi vardır. Kolluğun idari görevleri noktasında genel olarak bir anlaşmazlık yoktur. Ancak kolluğun, adli görevleri bakımından adli kolluk olarak teşkilatlanması hususunda farklı yaklaşımlar ve tartışmalar söz konusudur. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda adli kolluğun görevleri ve Cumhuriyet savcısıyla ilişkisi düzenlenmiştir. Kanunun on yıla yaklaşan uygulamasında; ayrı bir adli kolluk teşkilatı kurulmaması ve mevcut düzende kolluk-savcı ilişkilerinin soruşturmalara etkisi noktasında eleştiriler mevcuttur. Bu çalışmamızda, ceza adalet sisteminin etkinliğinin artırılması için adli kolluk ile ilgili eksiklikler ve adli kolluk savcılık ilişkileri bakımından yapılması gereken hususlar incelendi.

Anahtar Kelimeler: Adli Kolluk, Cumhuriyet Savcısı, Adli Soruşturma

Abstract: The main objective of law enforcement agencies is deterring possible criminal activities and preventing the successful commission of crimes in progress in order to provide the society a secure and safe environment, and maintain the public order. Additionally, law enforcement is charged with the responsibilities of maintaining law, and working in partnership with public authorities in order to apply the decisions made by them. Based on the responsibilities of police force, we can basically point out about its two main objectives: Pre-crime administrative law enforcement duties and after crime judicial law enforcement duties. In general, there is not any controversy about the administrative duties. However, there are various approaches and controversies concerning organization of the police force as judicial law enforcement agency for its judicial duties and activities. The duties of judicial law enforcement and the relations with Prosecutor of the Republic are defined by Article 5271 of the Turkish Criminal Procedure Code. Main criticisms center around non-existence of an independent organization of judicial law enforcement and the influence of relations between law enforcement agency and prosecutor on investigations at the current situa-

* Polatlı Cumhuriyet Savcısı, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

tion, even though the Code has been in force for almost 10 years. In this research, we try to analyze the regulations made on judicial law enforcement in order to improve the efficiency of criminal justice system.

Keywords: Judicial Police, Prosecutor of the Republic, Judicial Investigation

GİRİŞ

Devletin en önemli görevlerinin başında, toplumun ve bireyin güvenliğini sağlamak gelmektedir. Bunu gerçekleştirmenin en temel yolu ise etkin bir ceza adalet sistemine sahip olmaktan geçer. Ceza adalet sistemi etkin olan uygar toplumlarda vatandaşların devlete ve adalete güveni yüksektir. Ancak ceza adalet sisteminin sağlıklı işlediği devletlerde, vatandaşlar kendilerini güvende hissetmezler. İdari ve adli birimlerin yönetiminde olan kolluk kuvvetleri, ceza adalet sisteminin etkinliğinin sağlanmasında en önemli faktörlerdendir.

Ülkemizde adli kolluğun kurulması, son elli yılın meselelerinden- dir. 5271 sayılı CMK'nın hazırlık sürecinde Adalet Bakanlığı adli kollu- ğun Cumhuriyet başsavcılığının emrinde, özerk bir yapıda kurulması- nı talep etmiştir. Ancak İçişleri Bakanlığının tepkileri nedeniyle özerk bir adli kolluk kurulması düşüncesinden vazgeçilmiştir. Esasında kol- luğun adli-idari kolluk olarak ayrılması ve buna göre teşkilatlanması bir sistem meselesidir. Uygulamada idari kolluktan ayrı ya da özerk adli kolluk teşkilatına sahip olan ülkeler (Fransa, İtalya) olduğu gibi ayrı bir adli kolluk teşkilatına sahip olmayan ülkeler de (İngiltere, Gal- ler) mevcuttur. 2005 yılında yürürlüğe giren CMK da kendine has bir yapıyla adli kolluğun kurulmasını düzenlemiştir. Buna göre kurulan adli kolluk, ayrı bir teşkilattan ziyade idari kolluk içinde yer alan iş bölümüne dayalı, fonksiyonel olarak ayrılmış bir birimdir.

Uygulanmasında 10. yılına girdiğimiz bu yeni sisteme ve genel ola- rak kolluğun adli-idari kolluk olarak ayrılmasına, daha doğru ifadeyle ülkemizde ayrılamamasına yönelik, farklı yaklaşımlar söz konusudur. Yeni sistemin en önemli ve en tartışmalı özelliklerinden biri kolluğun, suç üstü hali hariç kalmak üzere, savcının talimatını almadan doğru- dan araştırma yapma yetkisine sahip olmamasıdır. Bununla soruştur- mada esas kontrolün Cumhuriyet savcısında olması hedeflenmiştir. Bu husus hem öğretilerde hem de uygulamada, kolluk birimleri ve Cumhu-

riyet savcılarını tarafından eleştirilmektedir. Özellikle ülke nüfusuna ve soruşturma sayısına oranla, savcı sayısı nazara alındığında niteliksiz birçok olaylar için bile savcılarının günün her vakti kolluk tarafından tekrar-tekrar aranması bu eleştirilerin en başında gelmektedir.

Kanunda açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, uygulamada bazı hükümlerin kurumlar tarafından farklı yorumlanması nedeniyle uygulamada kolluk-savcı ilişkisinin kanunla hedeflenen düzeye geldiğini söyleyemeyiz. Soruşturmanın gizliliğini ihlal yasağına rağmen, sıralı amirlere bilgi verme, en üst dereceli adli kolluk amiri olarak kimin kabul edileceği meseleleri uygulamada hala tartışmalı meselelerdendir. Uygulamada yaşanan önemli sıkıntılardan biri de çok sayıda niteliksiz adli evraka takipsizlik kararı (Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar) yazmakla uğraşan savcılarının, nitelikli olaylara gerekli vakti ayıramamalarıdır.

Bu çalışmamızda, yukarıda bahsettiğimiz çerçevede birinci bölümde; konunun amacını aşmayacak şekilde, kolluk teşkilatı genel hatlarıyla açıklandı. İkinci bölümde; daha özel olarak adli kolluk-idari kolluk ayrımı ve bu ayrıma yönelik öğretilerdeki görüşlere yer verildikten sonra, mevcut adli kolluk yapısı açıklanarak, uygulamada görülen eksiklikler ifade edildi. Üçüncü bölümde; mevcut adli kolluk sistemi içerisinde kolluk-savcı ilişkisi açıklanarak, Avrupa Konseyi'ne üye bazı ülkelerdeki kolluk-savcı ilişkileri incelendi. Mevcut kolluk-savcı ilişkilerinde eleştirilen hususlar ve bunun adli soruşturmalara etkisi açıklandı. Sonuç bölümünde ise ceza adalet sisteminin etkinliğinin artırılması noktasında, sistemde yapılması gereken değişiklikler ve çözüm önerilerine yer verildi.

BİRİNCİ BÖLÜM

GÖREV ALANI VE GÖREVİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN KOLLUK

I. GENEL OLARAK KOLLUK

Bireylerin toplum içinde huzurla yaşayabilmeleri, toplum içinde güvenliklerinin sağlanmasıyla mümkündür. Devletin en önemli görevi ise toplumun ve bireyin güvenliğini sağlamaktır.¹ Bunu gerçekleşt-

¹ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. B., Beta, İstanbul,

tirmenin en temel yolu, etkin bir ceza adalet sistemiyle mümkündür. Ceza adalet sistemi etkin olan uygar toplumlarda vatandaşların devlete ve adalete güveni yüksektir.² Bu yönüyle idari ve adli birimlerin yönetiminde olan kolluk kuvvetleri ve özellikle “adli kolluk” ceza adalet sisteminin etkinliğinin sağlanmasında önem arz etmektedir.³

Kolluk, kanunların vermiş olduğu yetki dahilinde kamu düzenini koruyup-kollayan, toplumsal düzen bozulduğunda normale döndürmekle görevli, suç işlenmesini önleyen, kanunlarla ve diğer düzenleyici işlemlerle verilen görevleri yapan, suç işlendikten sonra failleri ele geçirmek görev ve yetkilerine sahip olan kamu görevlilerinden oluşan teşkilattır. Kolluk, kamu düzenini koruma görevi kapsamında, bozulan kamu düzenini tekrar sağlamak için kanun dairesinde kalmak şartıyla her türlü tedbiri almak mecburiyetindedir. Bu tedbirleri alırken kişilerin anayasal teminat altında bulunan özgürlüklerini yasalara uygun olarak sınırlandırabilir.⁴

Kolluk; görev alanı, görevinin niteliği ve yetkilerinin sınırları bakımından ülke çapında farklı teşkilatlara ayrılmış ve bu nedenle farklı isimlerle anılmaktadır. Aşağıda kolluğu genel hatlarıyla açıklamaya çalışacağız.

A. GÖREV ALANI BAKIMINDAN KOLLUK

Görev yerleri bakımından kolluk “genel kolluk” ve “özel kolluk” olarak düzenlenmiştir. Polis ve jandarma güçleri genel kolluk olarak ifade edilmektedir. Genel kolluk haricinde kalan orman muhafaza, gümrük muhafaza ve sahil güvenlik gibi, belirli hizmetleri görmek üzere kurulmuş olan kolluk güçleri ise özel kolluk olarak ifade edilmektedir.⁵

2013, s.115.

² Akın Çakın, “Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği Açısından Adli Kolluğun Gerekliliği ve Geliştirilmesi”, Avrupa’da ve Türkiye’de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005,(Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006, s. 41.

³ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 10. B., Kazancı Y., İstanbul, 2004, s. 225.

⁴ Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. B., Beta, İstanbul, 2009, s. 318-319.

⁵ Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 6. B., Adalet Y., Ankara, 2013, s. 632; Nevzat Toroslu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. B., Savaş Y., Ankara, 2003, s. 241.

1. Genel Kolluk

Genel kolluk, ülkede güvenlik hizmetini sağlamak için 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu (ETK), 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu (JTGYK) ile oluşturulmuştur. Genel kolluk güçleri ülkede düzeni sağlamak ve önleyici hizmet yapmak için görevlendirildiğinden, bu görevlerini yaparken 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'na (İİK) göre merkezin ve mülki idarenin emrindedirler.

a. Polis Teşkilatı

Polis, kamu düzenini ve güvenliğini koruma, kollama suç ve suçluları bulma ile görevli, gerektiğinde zor kullanma yetkisine sahip, belediye sınırları içinde hizmetini yürütmekle yetkili ve sorumlu kolluk birimidir.⁶ Polisin idari ve adli olmak üzere iki önemli görevi vardır. Görevinin büyük kısmını oluşturan idari görevi sırasında mülki idarenin emri altındadır. Görevinin diğer kısmını oluşturan suçun işlenmesinden sonra başlayan adli görevi sırasında ise Cumhuriyet savcısının emir ve talimatlarını yerine getirmekle görevlidir.

b. Jandarma Teşkilatı

Askeri kimliğe sahip, önleyici ve adli kolluk görevi ifa eden jandarma, genel kolluğun en büyük ikinci kuvvetidir. Askeri görevden ziyade, sivil görev ifa eden jandarma bu görevi nedeniyle İçişleri Bakanlığı'na bağlıdır. Mülki görevleri yerine getirdiği sırada mülki idarenin emri altındadır.⁷ Jandarmanın kanunda kaynaklanan askeri, mülki, adli ve diğer görevleri olmak üzere temel olarak dört görevi vardır. Mülki ve adli görevleri dışında askeri emir-komutaya tabidir. (JTGYK m. 7)

2. Özel Kolluk

3201 sayılı ETK'da tüm ülke çapında görev yapan polis ve jandarma, genel kolluk olarak ifade edilmekte, onların dışında kalan ve ken-

⁶ Nevzat Sönmez, Emniyet Teşkilatı ve Polis Meslek Hukuku, 5.B, Seçkin, Ankara, 2009, s.27.

⁷ Sönmez, s. 78-79.

dine özgü kanunlarıyla, kendine özgü görevi yapmak üzere kurulmuş olan, silah kullanma yetkisine de sahip olan kolluk birimlerine özel kolluk denilmektedir. (ETK m.3) Sahil güvenlik, orman muhafaza ve gümrük muhafaza memurları ile belediye zabıtası ve limanlar zabıtası, özel kolluk kapsamında hizmet veren diğer kolluk birimleridir.⁸

B. GÖREVİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN KOLLUK

Kolluğun toplum içindeki görevi, öncelikle toplumun emniyet ve düzeninin sağlanması için muhtemel tehlikeleri bertaraf etmektir. Kanunların yerine getirilmesi ve kamu makamlarının kararlarının infazına yardım etmek de kolluğun görevleri arasındadır. Yerine getirdiği görev bakımından kolluğun; koruma, önleme ve yardım görevlerinden oluşan suç öncesi kolluk "*idari kolluk*" ve suçun tespiti, suçluların yakalanmasından oluşan suç kolluğu "*adli kolluk*" olmak üzere görevi ikiye ayrılır.⁹ Ancak ülkemizde ayrı bir adli kolluk teşkilatı kurulmadığı için bu ayırım fiili bir ayırım değil, sadece yerine getirilen görev nedeniyle ve sorumlu olunacak makam bakımından belirlenmiş fonksiyonel bir ayırımdır.¹⁰

1. İdari Kolluk Görevi

Toplumsal yaşamın gerektirdiği düzenin sağlanması için, yönetimin bireylerin özgürlüklerine karışmasına, sınırlarını belirlemesine idari kolluk faaliyeti denir. İdarî kolluk, kamu düzeni ilgili kanun, nizam ve emirlerin yerine getirilmesini sağlayan, suçun işlenmesinden önce önleyici tedbirler alan kolluk kuvvetidir. Amacı kısaca suçları doğmadan önlemektir, "*önleyici kolluk*" veya "*suç öncesi kolluk*" olarak da ifade edilir.¹¹

Ülkede kamu düzenini ve güvenliğini korumak, İçişleri Bakanlığının görevidir. Bu görev, il sınırları içinde vali, ilçe sınırları

⁸ Centel/Zafer, s. 115-116.

⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 318; Aynı doğrultuda bkz. Toroslu, s. 241.

¹⁰ M. Bedri Eryılmaz, "Demokratik Ülkelerde Kolluk Güçleri Arasında Yetki ve Görev Alanı Paylaşımı: Türkiye Örneği", *TBB Dergisi*, 2006, S. 64, s. 181; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 319.

¹¹ Ahmet Hamdi Aydın, "Adli Kolluk Meselesi" <http://www.demokrathukukcular.com/altsayfa.php?sayfa=iktibaslar/ahmethamdiaydin/adlikolluk> (15.11.2014)

içinde ise kaymakam eli ile yürütülür. Vali ve kaymakamlar kamu düzenini sağlama görevini emniyet ve jandarma vasıtasıyla yürütürler. Vali, il sınırları içinde bulunan ve önleme görevini yapan genel ve özel kolluğun amiridir. (İİK. m. 11)

Ülkede kamu düzenini ve güvenliğini korumakla görevli genel kolluk biriminden olan polisin görevi PVSK'da belirlenmiştir. Polis; asayişi, kamu güvenliğini, birey güvenliğini, tasarruf güvenliğini ve konut dokunulmazlığını korur. (PVSK m.1) Polis, halkın ırz, can ve malını koruma ve kamunun istirahatını sağlamakla yükümlüdür; yardım isteyenlere, yardıma muhtaç çocuklara ve engellilere yardım eder, yasaların ve tüzüklerin kendisine verdiği görevleri yapar. Bu faaliyetler, kolluğun önleyici görevlerindedir. Kolluk suç islenmesini önleyici tedbirler almakla görevlidir. (PVSK m.2)

Genel kolluğun önemli bir kısmını oluşturan jandarmanın konumu ise polisten biraz daha karmaşıktır. Askeri bir güç olan jandarmanın adli ve idari görevinin yanı sıra askeri görevi de mevcuttur. Bu üç görevinden dolayı üç ayrı mercie karşı sorumludur. Emniyet ve asayişi sağlayarak kamu düzenini korumak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumlarının dış korumalarını yapmak jandarmanın idari kolluk görevlerindedir. Suç işlendikten sonra suçun ve suçlunun tespiti için Cumhuriyet savcısından aldığı talimatları yerine getirmek jandarmanın adli görevlerindedir. Askeri kanun ve nizamların gereği olan görevleri yapmak da jandarmanın askeri görevleri kapsamındadır. (JTGYK m.7)

2. Adli Kolluk Görevi

Kolluk birimlerinin idari kolluk görevinin yanında, bir de suç işlendikten sonra başlayan adli kolluk görevi vardır. İdari kolluk kamu düzenini sağlar, adli kolluk ise kamu düzenini bozanları tespit ederek yargı mercisinin önüne çıkarır. Suçun islenmesiyle birlikte harekete geçen adli kolluk, failleri ve delilleri tespit ederek, bunları yargıya teslim eder.¹² Bu sayede bozulan kamu düzeni yeniden tesis edilmiş olur.

¹² Hasan T. Fendoğlu, "Adli Kolluk Üzerine", *Yargıtay Dergisi*, S. 1-2, C. 23, Ocak-Nisan, 1997, s. 234-235; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s 333.

Kolluğun idari nitelikteki önleme görevi ile adli görevinin ayrılması gerekir. Kolluğun idari görevini ifa ettiği esnada bağlı olduğu amirle, adli görevini ifa ederken bağlı olduğu amir farklıdır. Somut olayda kimin emir vermeye yetkili olduğunun tespiti bakımından adli görev ile idari görevin birbirinden net sınırlarla ayrılması önem taşımaktadır. Ayrıca, kolluk hakkında, adli görevi esnasında işlediği suçlardan dolayı, Cumhuriyet savcısı tarafından, Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) göre resen soruşturma yapılırken (CMK m.161/5; PVSK ek m.9/B), idari görevinden dolayı işlediği suçlarda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Yasa hükümlerine göre soruşturma yapılır. Kolluk hakkında idari kolluk görevi esnasında işlediği iddia edilen suçlardan dolayı, idari amir izin vermedikçe, ceza soruşturması yapılamaz. (PVSK ek m.9/A) ¹³

İKİNCİ BÖLÜM

ADLİ KOLLUK VE UYGULAMADA GÖRÜLEN PROBLEMLER

I. GENEL OLARAK

Adli kolluğun gerçek manada kurulması, sadece bugünün değil, Türkiye'de son elli yıl içerisinde hukukçuların düşündüğü ancak bir türlü hayata geçirilemeyen bir düşüncedir. 1961 Anayasası'nın 138. maddesinde "*Adli zabıta doğrudan doğruya adli mercilerin emrindedir.*" düzenlemesi yapılmak istenmiş ise de bu düzenleme temsilciler meclisinden geçmediği için Anayasa'da yer almamıştır. Bunun haricinde Adalet Bakanlığı da 1991 ve 1992 yıllarında iki defa "*Adli Kolluk Kanun Tasarısı*" hazırlamıştır. Ancak bu tasarılar da yasalaşmamıştır. Bu tasarılar da kolluğun adli ve idari olarak ayrılması ve adli kolluğun Adalet Bakanlığı'na bağlanması öngörülmüştür. Ancak bu uygulamanın kolluk kuvvetini güçsüzleştireceği düşüncesi tasarıların kanunlaşmamasında etkili olmuştur.¹⁴

CMK hazırlık sürecinde Adalet Bakanlığı adli kolluğun kurulmasını talep etmiştir. Bakanlığa göre; kolluk adli ve idari kolluk olmak üzere ikiye ayrılmalıdır. Adli kolluk özlük hakları bakımından İçiş-

¹³ Centel/Zafer, s. 120.

¹⁴ Fendoğlu, s. 229-231.

leri Bakanlığ'ına bağlı olmalı, bunun dışında; belirlenmesinde Cumhuriyet başsavcılığının etkili olduğu, Cumhuriyet başsavcılığının emrinde özerk bir yapıda teşkilatlanmasını talep etmiştir. Ancak İçişleri Bakanlığ'ının tepkileri nedeniyle özerk bir adli kolluk kurulması düşüncesinden vazgeçilmiştir.¹⁵

II. ADLİ KOLLUK - İDARİ KOLLUK AYRIMININA YÖNELİK GÖRÜŞLER

Kolluğun adli-idari kolluk olarak ayrılması ve buna göre teşkilatlanması bir sistem meselesidir. Nasıl ki dünyada ülkelerin yönetim şekilleri genel olarak parlamenter sistem, başkanlık sistemi veya yarı-başkanlık sistemi gibi farklı isimlerde ve farklı şekillerde gerçekleşiyor ise kolluğun adli ve idari olarak ayrılması-ayrılmaması ya da her iki özelliği de bünyesinde barındıran bir kolluk uygulamasının kabul edilmesini buna benzetebiliriz.

Ceza adalet sistemimizin şekillenmesinde etkileri yadsınamayacak olan Avrupa'da da benzer şekilde, bağımsız ya da özerk adli kolluk teşkilatına sahip olan ülkeler (Fransa, İtalya) olduğu gibi, ayrı bir adli kolluk teşkilatına sahip olmayan ülkeler de (İngiltere, Galler) mevcuttur. Kanaatimizce burada önemli olan, hangi sistemin o ülke şartlarında suç-suçlulukla mücadelede ve adalet hizmetinin tesisinde etkili olduğudur.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) döneminde kolluğun adli ve idari kolluk olarak ayrılması mevzu bahis değildi.¹⁶ Ancak yeni CMK ile adli kolluğun kurulması düzenlenmiştir. (CMK m.164) Bu düzenleme daha önce ifade ettiğimiz gibi ayrı iki teşkilatlanmadan ziyade, idari kolluk içinde adli kolluk adıyla iş bölümüne dayalı fonksiyonel bir ayırmadan ibarettir. Uygulanmasında 10. yılına girdiğimiz bu yeni sisteme ve genel olarak kolluğun adli-idari kolluk olarak ayrılmasına yönelik, farklı yaklaşımlar söz konusudur. Aşağıda buna ilişkin farklı görüşleri açıklamaya çalışacağız.

¹⁵ M. Bedri Eryılmaz, "Ceza Muhakemesi ve Adli Kolluk: Adli Kolluk Amirleri, Sorumluları ve Görevlilerinin Belirlenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2007, Yıl: 65, S. 1, s. 110.

¹⁶ Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. B., Seçkin, Ankara, 2013, s. 279.

A. KOLLUK AYRIMINI DESTEKLEYEN GÖRÜŞLER

Yurtcan'a göre; yalnız ceza yargılaması alanında faaliyet gösterecek, uzmanlaşmış bir adli kolluk biriminin kurulması gereklidir.¹⁷ Özellikle ceza davalarının kısa sürede sonuçlanabilmesi, ceza adaletinin sağlanabilmesi, vatandaşa karşı savcıya bağlı bir kolluk daha teminatlı olacağı gibi hususlar nazara alındığında, ayrı bir adli kolluğun kurulması zaruridir.¹⁸ Genel kolluk içerisinde görevlendirilen adli kolluk, kadro durumu ve imkanlara göre belirlenmiş bir iş bölümü dahilinde adli görevini yerine getirmekle beraber, idari görevlerde de kullanılabilir. Bu yönüyle hem yetkili adli makamların emir ve direktifleri doğrultusunda hem de idari kademe içerisinde üstlerinin emrinde hareket etmek durumundadır. Bu durum hizmetin etkinliğini engellemektedir.¹⁹ Kolluğun görev boyutlarının gelişmesi, organize suçlar, adli işlemlerin özellikleri, adli kolluk görevi yapan personelin eğitim ve donanım yetersizlikleri nazara alındığında halkın huzur ve refahının sağlanması ile adalet hizmetinin gereken hızla verilebilmesi için kolluk teşkilatında adli kolluk uzmanlaşmasına gidilmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu minvalde Cumhuriyet savcısının yönetim ve denetiminde, siyasi gücün ve idarenin etkileyemeyeceği, güvenceli adli kolluk kuvveti teşkilatlandırılmalıdır.²⁰ Bu doğrultuda ayrı adli kolluk teşkilatına sahip olan Fransa ve İtalya ülkelerinin sitemi göz önünde tutulmalıdır. Adli kolluk İçişleri Bakanlığı'ndan ayrılarak ayrı bir genel müdürlük olarak Adalet Bakanlığı'na bağlanmalıdır. Polis kaynağının yine İçişleri Bakanlığı tarafından sağlanması, adli kolluğun adliyelerde kendilerine ait mekanlarda görev yapması gerektiği vurgulanmıştır.²¹ Soruşturma yapmak görevi esasında Cumhuriyet savcısının yetki ve sorumluluğundadır. Bu bakımdan savcı kolluk tarafından yapılan soruşturmaya dahil olabileceği gibi istediği zaman soruşturmayı tamamen kendi eline de alabilir.²² Oysa aralarında hiyerarşi bulunmayan bir kolluk, savcının talimatlarını her zaman savsayabilmektedir. İdari amiri ile savcının talimatları arasında kaldığı zaman idari ami-

¹⁷ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 225.

¹⁸ Fendoğlu, s. 24-241

¹⁹ Çakın, s. 43.

²⁰ Çakın, s. 43.

²¹ Fendoğlu, s. 241

²² Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü, Güzel Sanatlar Matbaası, 4. B., Ankara, 1957, s. 166.

rinin talimatını öncelediği bir gerçektir. Tosun, henüz CMK kabul edilmeden çok önce, adli kolluğun kurulması gerektiğini belirterek, bugün uygulamada adli kolluk-savcı ilişkilerinde görülen eksikliklerin sebebi noktasında önemli bir tespitte bulunmuştur. Savcıya, sadece kolluk yanlış yaptığında ceza davası açmak yetkisi verilerek, kolluğun savcının emrinde hareket etmesini ve savcüyü amir bilmesini beklemek doğru değildir. Bu düşünce ancak kolluğun savcıya düşman gibi bakmasına yol açar. Oysa amir, özlük işlerinde fikri sorulan kişidir. Savcı suç kolluğunun yükseltilmesinde, tayininde ve disiplininde söz sahibi olur ise gerçek anlamda emirleri yerine getirilen konuma ulaşmış olacaktır.²³ CMK, TBMM alt komisyonunda görüşüldüğü sırada oluşturulan bilim kurulu; hızlı, etkin ve adil bir yargılama için özlük hakları bakımından Cumhuriyet savcısına bağlı adli kolluk teşkilatının kurulmasını önermiştir. Ancak bu öneri maalesef yasallaşmamıştır.²⁴ Yurtcan' a göre bu şekilde tarihi bir fırsat kaçırılmıştır.²⁵

Öztürk'e göre; teknolojinin baş döndürücü bir hızla geliştiği günümüz şartlarında, suçların aydınlatılması için genel kolluktan ayrı olarak adli kolluğun kurulması bir gerekliliktir. Ancak adli kolluk demek, adliyede bulunan ya da Adalet Bakanlığı'na bağlı kolluk değildir. İdari kolluktan ayrı olarak, adli kolluk için iki unsurun varlığı gerekmektedir. Bunlar: İlk olarak adli kolluk, suç şüphesi üzerine harekete geçerek, suçu her yönüyle araştırmalıdır. İkinci olarak da insan haklarını, özellikle şüpheli haklarını bilen, fikri alt yapıya sahip, iz bilimine vakıf, her türlü teknik bilgi ile donatılmış olmalıdır. CMK m.164 ve devamında öngörülen kolluk bu niteliklere sahip bir adli kolluktur.²⁶ Bu kriterlere sahip olan bir adli kolluk, delilden sanığa gitme usulünü uygulayan, insan hakkı ihlallerinin önlenmesinde katkısı olan çok önemli bir araçtır.²⁷

Hafızoğulları'na göre; liberal, demokratik bir hukuk devletinde güvenilir bir adli kolluk oluşturmak zorunludur. İtalyan örneğinde

²³ Öztekin Tosun, "Suç Kolluğu ve Savcılık", *Yargı Aylık Dergisi*, S. 45-54, 1980, s. 14, Akt: Haluk Çolak, "Kolluk Teşkilatı ve Adli Kolluk", *Sayıştay Dergisi*, Ocak-Mart, Ankara, 1998, S. 28, s. 90.

²⁴ Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, s. 633.

²⁵ Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, s. 638.

²⁶ Öztürk vd., s. 279.

²⁷ Öztürk vd., s. 280.

görülen, savcılığa bağlı bir adli kolluk buna örnek gösterilebilir. Esasında yürütme makamında olan siyasi iktidarların, bağımsız olması gereken yargıyı emellerine ulaşımda bir silah gibi kullanma çabasını engellemenin en önemli yolu budur.²⁸

Son olarak savcılığa bağlı bir adli kolluk teşkilatının kurulması gerektiğine inanan Erem'e göre; idari zabıta-kolluk, esasında adli kolluğun anlaşılması için uydurulmuş bir kavramdır. Kolluğun idari-önleyici görev ifa ederek suçları önlediği boş bir iddiadır. Suçun işlenmesinden önceki dönem, kolluğun önleme görevinin etkisinden ziyade psiko-sosyolojik ve ekonomik gerekçelere dayanır. İdari kolluğun suçları önlediğini bu yönüyle adli kolluğun ondan ayıramayacağını ileri sürmek doğru değildir.²⁹ Başka bir açıdan bakacak olur isek eğer bir suç işlenmiş ise bu suçun önlenemediğini gösterir. Suçu önlemekle görevli kolluğu bu sefer iddianın doğruluğunu araştırmakta görevlendirmek sakıncalıdır. Oysa adli kolluk görevini tamamen teknik bir şekilde yaparken, hukuk bilgisi bakımından yeterice eğitilmiş olacaktır.³⁰

B. KOLLUK AYRIMINI DESTEKLEMİYEN GÖRÜŞLER

Adli kolluk ve idari kolluğun sorumlu olduğu adli ve idari görev ayrımını tam olarak ve kesin hatları ile yapmak mümkün değildir. Çünkü adli görev ile idari görev iç-içe geçmiş durumdadır.³¹ Örnek verilecek olunursa, toplumsal olaylarda güvenliğin sağlanması idari bir görevdir. Ancak bu toplumsal olay sırasında suç işlenmesi durumunda olaya müdahale edilerek suç işleyenlerin yakalanması işlemi adli bir görevdir. Benzer şekilde, devriye gezme işlemi idari bir görevdir. Ancak devriye sırasında suça tanık olunması durumunda şüphelilerin yakalanması işlemi ise adli bir görevdir. Adli kolluk, idari kolluk ayrı-

²⁸ Zeki Hafizoğulları, "Liberal Demokratik Devlet Düzenlerinde Kuvvetler Ayrımı Suç ve Ceza", <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/2014/03/prof-dr-zeki-hafizoğullarinin-kuvvetler-ayriliği-kapsamında-yarginin-yeri-konulu-panelde-sundu-klari-bildiri/> (15.11.2014)

²⁹ Faruk Erem, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Y., 6. B., Ankara, 1986, s. 233.

³⁰ Erem, s. 230.

³¹ Ahmet Taşkın, "Cumhuriyet Savcısının Gözetim ve Denetim Görevi", <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=CUMHUR%DDYET%20SAVCISININ%20G%D6ZET%DDM20VE%20DENET%DDM%20G%D6REV%DD&kimlik=-894068&url=makaleler/ataskin-2.htm> (15.11.2014)

mının benimsenmesi durumunda, idari görevli kolluğun adli olaylara müdahale edememesi gerekir.³²

Emniyet teşkilatı çağın gereklerine uygun olacak şekilde kaçakçılık, terör, asayiş hizmetleri, narkotik gibi birçok kısma ayrılmışken, birde adli polis olarak personelin %20 kadarının buraya görevlendirilmesi teşkilatın gücünü azaltacaktır. Ayrıca olay yerine giden ve olaya müdahale eden personelden geri beslemeli bilgi almayan adli kolluk başarılı olamayacaktır.³³ Başka bir sakıncası ise batı uygulamalarında, idari kolluk görevlilerinin karşılaştıkları adli olaylarda, adli kolluğun görevi olduğu düşüncesi ile olaya müdahale etmedikleri görülmüştür. Buna benzer bir problem ülkemizde trafik polisleri açısından yaşanmaktadır. Trafik polisleri PVSK gereğince görevli oldukları mülki sınırlar içerisinde karşılaştıkları adli olaylara müdahale etmeleri gerekirken, kendi görev alanını sadece trafik faaliyetleri olduğu düşüncesiyle adli olayları görmezlikten gelmektedirler.³⁴ Son olarak bu tip bir ayırım, kolluk içerisinde ideolojik ve sınıfsal bir bölünme riskini barındırdığından sakıncalıdır.³⁵

III. ADLİ KOLLUĞUN MEVCUT YAPISI

1 Haziran 2005 tarihine kadar ülkemizde, münhasıran suçun işlenmesinden sonra harekete geçerek olayı aydınlatacak ve teknik olarak teşkilatlandırılmış bir adli kolluk bulunmuyordu. Toplumun güvenliğini ve düzenini sağlamak görevi bulunan genel kolluğun suç soruşturmalarını da yapması nedeniyle ceza muhakemesi hazırlıkları yeterli kalitede olmuyordu.³⁶ Esasında eksiklik bundan ibaret de değildi. 1985 yılında sorgu hakimliğinin kaldırılmasından sonra soruşturma aşamasında tek hukukçu savcı kalmıştı. Savcı delilleri toplama

³² Eryılmaz, "Ceza Muhakemesi ve Adli Kolluk: Adli Kolluk Amirleri, Sorumluları ve Görevlilerinin Belirlenmesi", s. 110

³³ Fezzullah Arslan, "Adalet ve Kolluk İlişkilerinin Emniyet Teşkilatı Açısından Değerlendirilmesi", Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005,(Editör: Burcu ERTEM), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006, s. 84-85.

³⁴ Eryılmaz, "Ceza Muhakemesi ve Adli Kolluk: Adli Kolluk Amirleri, Sorumluları ve Görevlilerinin Belirlenmesi", s. 110.

³⁵ Eryılmaz, "Ceza Muhakemesi ve Adli Kolluk: Adli Kolluk Amirleri, Sorumluları ve Görevlilerinin Belirlenmesi", s. 111.

³⁶ Öztürk vd., s. 279.

işini kolluğa, delilleri değerlendirme işini de mahkemeye bırakarak kendisini havale memuru konumuna sokmuştu. Bu süreçte kolluk, bu inisiyatifini olumsuz kullanarak birçok hukuksuzluğa sebep olmuştur. Bu mahzurları önlemek için yeni CMK ile kolluk savcının emrine verilerek sıkı bir denetim sağlanmıştır. Bu sistemde soruşturma işlemlerinde kararları hukukçu olan savcı alacak ve kolluk bu kararları uygulayacaktır. Bu şekilde kolluğun insan hakkı ihlallerini gerçekleştirmesinin de önü kesilmiş olacaktır.³⁷ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları da bu yaklaşımı doğrular niteliktedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce 2003-2007 yılları arasında, Türkiye aleyhine verilen kararlardan, ihlallerin %25'inin kolluk tarafından yapıldığı, incelenen ihlallerin 1992-2003 yılları arasında gerçekleşmiş olduğu, bu ihlallerin %65 kadarına polis, %35 kadarına ise jandarmanın sebep olduğu verilen kararlardan anlaşılmaktadır.³⁸

5271 sayılı CMK ile getirilen yeni sistemde "Adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür." (CMK m. 161/2) "Cumhuriyet savcısı, adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir." (CMK m. 161/3) Yeni sistemin en önemli ve en tartışmalı özelliği CMUK 156. maddenin kolluğa vermiş olduğu doğrudan araştırma yapma yetkisinin kolluğa tanımamış olmasıdır. Bu düzenlemeye göre kolluğun kendiliğinden hazırlık soruşturmasını başlatarak, araştırmaya başlaması mümkün değildir. Kolluğun "bastırma görevi" olarak da ifade edilen, suç üstü hali hariç kalmak üzere meydana gelen bir adli olayda soruşturmaya başlayabilmesi için savcının talimatlarını alması mecburidir.³⁹

³⁷ M. Bedri Eryılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 1-3 Haziran İstanbul, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin, Ankara, 2009, s. 411.

³⁸ Ümit İlbay, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Kolluk Yönünden İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 126-127.

³⁹ Feridun Yenisey, "Adalet ve Kolluk İlişkilerinin Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005, (Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006, s. 27.

CMK 164. maddede adli kolluk görevlileri olarak; polis, jandarma, gümrük muhafaza memurları ve Sahil Güvenlik Komutalığı personeli sayılmıştır. CMK da sayılmamış ise de 6831 sayılı Orman Kanunu 77. maddesi “Orman memurları, bu kanunda tanımlanan suçların işlenmesinin önlenmesi veya işlenen suçlarla ilgili olarak başlatılan soruşturmadaki görevleri kapsamında kolluk görevlisi sıfatını taşırlar” gereğince orman muhafaza memurları da orman suçları kapsamında adli kolluk görevlisidirler.

IV. UYGULAMADA GÖRÜLEN PROBLEMLER

CMK uygulamasıyla soruşturma işlemlerinde köklü sistemsel değişikliğe gidilmiştir. Bu yeni sistemle soruşturmada esas kontrolün Cumhuriyet savcısında olması hedeflenmiştir. Kanunda açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, uygulamada bazı hükümlerin farklı yorumlandığı, bu şekilde kurumlar açısından kendi lehlerine uygulamalar oluşturma gayretleri geçen zaman içinde görülmüştür. Bu hususlardan hala tartışmalı olan; soruşturmanın gizliliğini ihlal yasağına rağmen sıralı amirlere bilgi verme ve en üst dereceli adli kolluk amiri olarak kimin kabul edileceği meseleleri ile adli kolluğun başlıca diğer sorunlarına aşağıda değineceğiz.

A. SIRALI AMİRLERE BİLGİ VERME

CMK 157. maddede, kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerin gizli olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca TCK 285. maddede soruşturmanın gizliliğini ihlal etmek suç olarak düzenlenmiştir. Ancak vali, kaymakam ve kolluk amirlerinin de kanundan kaynaklı suçu önlemek görevleri vardır. (İİK m. 11-32) Uygulamada, devam eden soruşturmalarla alakalı mülki amirlere ve (adliyeye gönderilen yıllık adli kolluk listelerinde) kendilerini “en üst dereceli kolluk amiri” olarak bildirmeyen emniyet müdürleri ile jandarma komutanlarına, yürütülen adli soruşturmaya alakalı bilgi verilip-verilmeyeceği hususu tartışmalıdır.

Yenisey’e göre; gizliliğin bir yönü şüpheliye karşıdır ki delillerin karartılmaması için gereklidir. Diğer ise henüz delil toplama aşamasında şüpheliliği kesinleşmeyen kişi yönünden olup buna riayet edilmemesi durumunda “lekelenmeme hakkı”nın ihlali sonucunu doğurabi-

lır. Ancak suç önleme görevi olanlara karşı gizliliğin olup-olmayacağı noktasında, soruşturma ile alakalı her türlü bilgiyi paylaşmamakla birlikte genel hatlarıyla bilgi verilmesi yerinde olacaktır.⁴⁰ Benzer şekilde Şahin'e göre; paylaşılacak bilgiler soruşturmanın detayına ilişkin olmamalıdır. Ancak genel kolluk amiri olarak bu bilgiyi edinen kolluk amiri, soruşturmanın içinde yer almamalıdır. Yer aldığı andan itibaren adli kolluk görevlisinin en üst dereceli kolluk amiri olarak sorumludur.⁴¹ Özgenç'e göre; genel asayişin sağlanmasıyla görevli olan kolluk amirleri ve hatta mülki amirler, asayişin gerekli kıldığı ölçüde bilgi alabilirler. Verilecek bilginin kapsamını, Cumhuriyet savcısı ile mülki idare amiri veya kolluk amiri birlikte belirlemelidir. Buna somut bir ölçü belirlemek mümkün değildir. CMK sistemi büyük ölçüde takdire dayalı, "amaç" hedefli bir sistemdir. Bu sistemde Cumhuriyet savcısı kendisini kolluğun üstü olarak, yada kolluk amiri kendisini ast olarak görmemeli, kendilerini yürütülen soruşturmanın bir süjesi olarak görmelidirler.⁴²

HSYK'nın 18.10.2011 tarihli "Adli kolluğun görev, yetki ve sorumlulukları" konulu 7 nolu genelgesinde; "Adli kolluğun, sıralı amirlerine ve mülki makamlara, meydana gelen bütün adli olayları en ince ayrıntısına kadar bilgi ve haber verme zorunluluğu bulunmadığından önleyici kolluk görevi ile güvenlik ve asayişin sağlanması bakımından genel ve bilgilendirme amacına yönelik düzenlenecek vukuat raporunun, soruşturmanın gizliliği ile masumiyet karinesinin ihlaline ve delillerin kaybına sebep olmamak koşuluyla verilmesi" gerektiği belirtilmiştir.

Kanaatimizce suç soruşturmasından beklenen sonucun elde edilebilmesi için, yani suçun aydınlatılması, delillerin toplanması ve failerin yakalanabilmesi için, en üst dereceli kolluk amirlerine (il ve ilçe emniyet müdürleri ve jandarma komutanlarına), soruşturulan olayın özelliğine göre sadece asayişin sağlanması bakımından genel bir bilgi verilmelidir. En üst dereceli kolluk emrinde öğrenilen bu bilgi, zaten

⁴⁰ Yenisey, s. 33-34.

⁴¹ Cumhur Şahin, "Soruşturma Evresinde Cumhuriyet Savcısı ve Kolluk İlişkileri", Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005,(Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006, s. 72.

⁴² İzzet Özgenç, "Ceza Muhakemesi Kanununda Adli Kolluk Kavramı", Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005,(Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006, s.79-80.

mülki idare amiriyle paylaşılacaktır. Soruşturmalarda alakalı, özellikle gizli yürütülen soruşturmalarda alakalı, şüphelilerin haberdar olması ihtimalini doğurabilecek, delillerin karartılmasına yol açabilecek ayrıntılı bilgiler paylaşılmamalıdır. Mülki amirler ve dahi bahsettiğimiz kolluk amirleri buldukları görevlere, yürütmenin tercihi doğrultusunda getirilmektedirler. Ayrıca yürütmeye karşı sorumlu olmaları nedeniyle, özellikle yürütme görevindeki kişiler ile bürokraside önemli görevlerde bulunan kişiler ve yakınlarının karıştığı suçlarla alakalı gizli ve sağlıklı bir soruşturma yapılması mümkün değildir.

B. EN ÜST DERECELİ KOLLUK AMİRİ

CMK m. 161/5'de *"Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır"* düzenlemesi gereğince adli soruşturmanın yapılmasında ihmali görülen kolluk amir ve memurları hakkında doğrudan soruşturma yapılması düzenlenmiştir. Ancak kanun yürürlüğe girmeden 5353 sayılı Kanunla bu fıkra *"en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır"* ibaresi eklenerek en üst dereceli kolluk amirleriyle ilgili farklı prosedür uygulanacağı düzenlenmiştir.

Kanunun yapım sürecinde görev alan Şahin değişikliğin amacını şöyle ifade etmiştir. Bu düzenleme yapılırken emniyet müdürlerinin doğrudan savcılar tarafından soruşturulmasının, savcılık-emniyet ilişkiler açısından zafiyet doğuracağına emniyet yetkililerince ileri sürülmesi üzerine değişiklik yapıldığını, değişiklik yapılırken *"en üst dereceli kolluk amiri"* ifadesinden kastedilenin emniyet müdürleri olduğunu ifade etmiştir. Ancak değişiklik yapıldıktan sonra İçişleri Bakanlığınca çıkarılan genelgede bir takım listeler oluşturularak, adli kolluk amirlerini ya da sorumlularını aşağıya (alt rütbelere) çekmeye çalışmak kanunun yapılış amacına aykırılık oluşturmuştur.⁴³

Madde metninde *"kolluk amiri"* yerine açıkça *"en üst dereceli kol-*

⁴³ Şahin, s. 71.

luk amiri" ifadesinin kullanılmasından il ve ilçe emniyet müdürleri ile jandarma komutanlarının anlaşılması gerektiği halde İçişleri Bakanlığı'nın çıkardığı 06.07.2005 tarih - 2005/69 Sayılı Genelge⁴⁴ ile, il emniyet müdürlerinin bu kapsamda olmadığını belirtmesi uygulamada problem oluşturmuştur. Buna karşılık Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün, İçişleri Bakanlığı'na hitaben yazmış olduğu 13/05/2008 tarih - B.03.O.CİG.0.00.00.05-659-97-2006/27678 sayılı "İl emniyet müdürü ve il jandarma komutanı hakkında adli kolluk sorumluları değerlendirme raporu düzenlenip-düzenlenemeyeceği" konulu yazısında,⁴⁵ bu

⁴⁴ İçişleri Bakanlığı'nın 06.07.2005 tarihli ve 2005/69 sayılı genelgesine göre;
 "- İl ve ilçe teşkilatları bünyesinde kurulu bulunan polis karakolları ile polis merkezi amirliklerinde; adli kısım/ büroda görevli olanlar, suça el koyan grup görevlileri, karakol veya polis merkezinin amirleri, adli kolluk amir ve memurlarını teşekkül ettireceklerdir.
 - İl merkezlerinde ağırlıklı olarak (Asayiş, Kaçakçılık, Narkotik, Mali, Organize, Terörle Mücadele Şube Müdürlükleri) kolluk amir ve memurları, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 165 inci maddesi uyarınca bu görevlerinin ifası süresince adli kolluk amir ve memurlarıdır. Bu şubelerin müdürleri adli kolluk sorumlusu olarak kabul edileceklerdir.
 - İlçe Emniyet Müdürlüklerinde; yukarıda sayılan şube müdürlüklerinin uzantısı olan Büro Amirliklerinde görevli kolluk amir ve memurları Şube Müdürlüğü personeli gibi adli kolluk amir ve memurları kabul edilecek, bu Büro Amirliklerinden sorumlu bulunan Emniyet Amiri veya İlçe Emniyet Müdür Yardımcısı veya vekili (en az baş komiser rütbesinde) adli kolluk sorumlusu olacak, Emniyet Amiri veya İlçe Emniyet Müdür Yardımcısı (en az baş komiser rütbesinde vekili) bulunmayan İlçe Emniyet Müdürlüklerinde, İlçe Emniyet Müdürü adli kolluk sorumlusu olarak kabul edilecektir.
 - İlçe Emniyet Amirliklerinde; yukarıda belirtilen Şube Müdürlüklerinin uzantısı olan Büro Amirliklerinde görevli kolluk amir ve memurları, Şube Müdürlüğü personeli gibi adli kolluk amir ve memurları kabul edilecek, İlçe Emniyet Amirleri adli kolluk sorumlusu olacaklardır."

⁴⁵ "Bu itibarla;
 1- Yukarıda bahsedilen Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 06/07/2005 tarihli ve bB.05.1.EGM.0.65.03.02-4366-3333/1776-118746 sayılı "Emniyet teşkilatında adli kolluk görevlileri ve sorumluları" konulu 2005-69 No'lu genelgesi ve Bakanlığınız Özel Kalem Müdürlüğü'nün 07/11/2005 tarihli ve B.050.ÖKM.000011-12/1684 sayılı 2005/115 No'lu genelgesinde il emniyet müdürlerinin; Jandarma Genel Komutanlığı'nın 20/06/2005 tarihli ve 0931-2-05/PI.Hrk. ve Tşk.D.Kuv.Glş.Ş. (202238) sayılı "Adli Kolluk Yönetmeliği Uygulama Esasları" konulu genelgesinde ise; il jandarma komutanlarının adli kolluk sorumlusu olarak gösterilmemesinin, adli kolluk sorumluları hakkında değerlendirme raporları düzenleme yetkisine haiz bulunan Cumhuriyet başsavcılarının kanundan doğan bu yetkilerini kullanmalarına engel olmayacağı, bu sebeple haklarında değerlendirme raporu düzenleneceği, düzenlenen raporların Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 11'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilgilinin sicilinin düzenlenmesinde dikkate alınacağı,

hususla görüşlerinin kanundaki açık ifade doğrultusunda olduğunu belirterek, en üst dereceli adli kolluk amirinin ilde il - ilçe emniyet müdürleri ve jandarma komutanları olduğunu Cumhuriyet savcılarının bunlarla alakalı değerlendirme raporu tanzim edeceklerini ifade etmiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 18.10.2011 tarihli “Adli kolluğun görev, yetki ve sorumlulukları” konulu 7 nolu genelgesinde,⁴⁶ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün mezkur yazısı doğrultusunda görüş bildirmiştir. HSYK genelgesinde; hem madde metninde hem de değişikliğin gerekçesinde, en üst dereceli kolluk amirlerinin adli görevlerinin bulunduğu açıkça belirtilmesine rağmen, görevli bu kişilerin sorumsuz kabul edilmesinin, bu yasal düzenlemeye aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Ayrıca adli kolluk görevlileri ve diğer sorumluların seçiminde aktif rol oynayan, onların görev yerlerini değiştirme yetkisine sahip en üst derecedeki kişilerin; denetim, gözetim ve verimli çalışma prensipleri açısından yetkili olmaları, bunun yanı sıra sorumsuz kabul edilmelerinin, adalet hizmetlerinden beklenen sonucun alınmasına engel olacağı gibi, yetki ve sorumluluğun paylaşılmasına dair genel hukuk prensiplerine de aykırılık teşkil edeceği ifade edilmiştir.

2- Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen en üst dereceli kolluk amiri olan il emniyet müdürleri ve il jandarma komutanları hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 161’inci maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesi uyarınca işlem yapılacağı, Bakanlığımız uygulamasının da bu yönde olduğu, Değerlendirilmektedir.”

⁴⁶ “3- 5271 sayılı Kanundaki düzenlemeler dışında kollukla ilgili diğer mevzuatta kolluk amir ve memurlarının görev ve yetkilerinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı dikkate alınarak, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında hâkimlerin tabi olduğu yargılama usulüne göre işlem yapılacak olması nedeniyle bu kapsamdaki adli görevlerin ifasından dolayı kanunlardan doğan sorumluluklarının devam ettiğinin hatırdan çıkartılmayarak; il/ilçe emniyet müdürü, il/ilçe jandarma komutanı, o yer sahil güvenlik birlik komutanı ile gümrük muhafaza kaçakçılık ve istihbarat müdürünün en üst dereceli kolluk amiri kabul edilerek haklarında Ceza Muhakemesi Kanununun 161 inci maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesi uyarınca işlem yapılması,
4-Yürütülen bir soruşturmaya ilgili olarak; emniyet, jandarma, sahil güvenlik ve gümrük birimlerinde görev yapan o yerin en üst dereceli kolluk amirlerinin hiyerarşik yapılanma içerisinde amiri olan ve merkezdeki en üst dereceli amire kadar uzanan silsile içerisinde yer alan amirlerin, görevlerini ihmal veya kötüye kullanmaları durumunda da yukarıdaki bend uyarınca hâkimlerin tabi olduğu yargılama usulü kuralının uygulanması,”

Doktrindeki görüşlerinde yargı makamlarının konuya yaklaşımıyla benzer olduğu görülmektedir. Sonuç olarak il emniyet müdürleri ile il jandarma alay komutanı adli kolluk sorumlusu olarak belirlenmiş olmasalar ve Cumhuriyet savcısı ile doğrudan çalışacak kişiler statüsünde bulunmasalar dahi, CMK'da ifade edilen, bir ildeki en üst rütbeli adli kolluk amiridirler. Bu nedenle, Cumhuriyet savcılarının bir suç soruşturması ile ilgili bir ildeki en üst rütbeli adli kolluk amirlerine emir vermesi, olması gereken bir durumdur. Emniyet müdürlerinin ve jandarma komutanlarının astlarına adli konularda emir vermesini kabul ederken, Cumhuriyet savcılarında emir almalarını kabul etmemek demokratik hukuk devleti ilkeleri ile izah edilemez. Aynı şekilde, Cumhuriyet savcılarının emrine verilen adli kolluk görevlilerinin genelge ve emirlerle, sınırlı sayıda tutulmasının da makul bir izahı yoktur.⁴⁷

C. ADLİ KOLLUĞUN DİĞER SORUNLARI

Adli kolluğun sorunlarından; soruşturmanın gizliliği kapsamında mülki amirlere bilgi verilmesi ve “*en üst dereceli adli kolluk sorumlusu*”nun kim olacağı meselelerinde yaşanan problemleri açıklamaya çalıştık. Bakanlıklar arasında ve kurumlar arasında bu meseleler halen çözüme kavuşturulmuş değildir. Bu iki husus da ve aşağıda ifade edeceğimiz genel eksiklikler noktasında, özellikle İçişleri Bakanlığı ve ona bağlı kolluk birimlerinin halen CMK'nun getirmeye istediği adli kolluk yapısını içselleştirmedikleri, bunun yerine eski düzeni revize ederek devam etmek niyetinde oldukları görülmektedir. Özellikle İçişleri Bakanlığının çıkarmış olduğu genelgelerden bu husus açıkça anlaşılmaktadır.⁴⁸

Yukarıda açıkladığımız sorunlar Cumhuriyet savcılıkları ile mülki idare ve kolluk birimleri arasında yaşanan gün yüzüne çıkmış anlaşmazlıklardır. Bunlarla birlikte adli kolluk personelinin teşkilat içinde yaşadığı problemler vardır ki ayrı bir çalışma konusu yapılacak kadar kapsamlıdır. Ancak bunları çalışmanın kapsamını aşmamak üzere, kısaca ifade etmeye çalışacağız.

⁴⁷ Eryılmaz, “Ceza Muhakemesi ve Adli Kolluk: Adli Kolluk Amirleri, Sorumluları ve Görevlilerinin Belirlenmesi”, s. 119.

⁴⁸ İçişleri Bakanlığının 07.11.2005 Tarih-2005/115 sayılı Genelgesi.

1. Kalifiye Eleman Eksikliği

Adli Kolluk Yönetmeliği'nde, adli kolluk personelinin hizmet öncesi ve hizmet içi eğitim alacağı ifade edilmiş ise de (AKY m. 9) bu eğitimlerin yeterli olmadığı uygulamada personelin performansından anlaşılmaktadır. Adli kolluk personeli eğitim almış olsa dahi, bu husus başka görevlerde ve branşlarda görevlendirilmesine engel olmadığından (AYM m.5), personel tarafından da bu eğitime gereken önem verilmemektedir. Ayrıca adli soruşturmanın temel işlemlerinden olan tutanak tutma, klavye kullanma, ifade alma teknikleri gibi alanlarda çok az sayıda personelin yeterliliğe sahip olduğu uygulamada hazırlanan soruşturma evraklarından görülmektedir. Çoğu zaman adli kolluk olarak görev yapmak istemeyen personel, bu hususlarda yeterli olmadığını ileri sürerek bu görevi almaktan kaçınmaktadır.

Uygulamada adli işlemlerin ve adli evrakın %90'dan fazlası adli kolluk tarafından hazırlanmaktadır. Cumhuriyet savcısı kolluktan gelen tahkikat evrakı üzerinde eksiklik tespit ettiğinde bunu kolluğa tamamlamaktadır. Ancak büyük şehirlerde ve iş yoğunluğunun fazla olduğu yerlerde, çoğu zaman savcılar bu eksikliği tamamlamayı vakit kaybı görerek, kolluktan gelen evrakla davayı açmak durumunda kalıyorlar ki bu da ceza kovuşturmasının ilk adımının sağlıklı atılmasına neden olmaktadır. Bu olumsuz etkileri en aza indirmek için kolluk personelinin nitelikli ve donanımlı olması önem arz etmektedir.⁴⁹ Adli kolluk personelinin mesleğe başlamadan belirlenmesi ve eğitiminin buna göre yapılması, kalifiye personel sorununu çözecektir. Bu durumda adli kolluk personeli hem görevini benimseyecek hem de başarısızlığına yönelik bu yönde mazereti olmayacaktır. Adli kolluğun yüklendiği görevlerin gerektirdiği bilgi ve vasıflarla donatılması ceza adaleti sisteminin işleyişini hızlandıracak, insan hakları ve hürriyetlerinin ihlallerini engelleyecektir. Bu şekilde soruşturma safahatının etkin ve verimli olması sağlanacaktır.

Adli kolluk sisteminin oturmuş olduğu Fransa'da, savcıların adli kolluk üzerinde oldukça önemli yetkileri vardır. Savcılar kolluk görevlilerinin mesleğe kabulünde ve sınavlarında yer alırlar. Ayrıca adli kolluk olmak isteyen kolluk görevlilerinin ayrı bir sınavdan geçmeleri gerekmektedir.⁵⁰

⁴⁹ Çakın, s. 56.

⁵⁰ Pascal Loger, "Fransa'da Kolluk-Savcılık İlişkileri", Avrupa'da ve Türkiye'de

2. İdari Görevlendirmeler

Adli Kolluk Yönetmeliği'nde, adli kolluk personeli adli görevlerinin haricinde idari üstlerinin emrindedir düzenlemesi, adli kolluk personeline idari görevlerin verilmesinin yolunu açmaktadır. (AYM m.5) Kolluk uygulamasında, adli- idari kolluk ayırım yapılmaksızın adli kolluğa da fazlasıyla idari görev yüklenmektedir. Maç görevleri, mitingler, icra görevleri, nöbet ve seçim görevleri buna örnek verilebilir. Bu kabilden idari görevler öncelikli olarak yürütülen soruşturmaların gecikmesine ve ayrıntıların gözden kaçmasına yol açabilmektedir. Bu işlemler görevler sırasında kaybedilen zaman, adli işlemlerin bitirileceği süreci biraz daha uzatmaktadır. Çoğu yerde adli kolluk personelinin mesai haricinde de görev yerine giderek adli evrakı ikmal etmekle uğraştığı bilinen bir gerçektir. Ayrıca kolluğun adli görevleri dışında kendi üstlerinin emrinde olmaları, ani gelişen olaylarda ya da Cumhuriyet savcısının verdiği talimatlarda adli kolluğu ikilemde bırakabilmektedir. Uygulamada adli kolluk personelinin buna yönelik serzenişlerine şahit olunmaktadır.

3. Görev ve Yer Değişikliği

Diğer bir problem de yukarıda da değindiğimiz gibi, adli kolluk personeline görevleri itibariyle branşlaşma yapılmaması ve sık-sık görev yerlerinin değiştirilmesidir. Emniyet ve jandarma teşkilatları bünyesinde kaçakçılıkla mücadele, terörle mücadele, narkotik gibi bazı birimlerde branşlaşma yapılmakta, buralarda çalışan personel tayin olsa da genel olarak aynı birimde çalışması sağlanmaktadır. Bu uygulama, personelin konusunda uzmanlaşmasına, gerekli bilgi ve donanımı edinmesini sağlamaktadır. Adli kolluk görevlileri içinde sürekli aynı birimde çalışma imkanı verilmesi sağlanarak, görevinin gereklerini yapamadığı durumlar hariç görev değişikliği yapılmamalıdır. Bu değişiklik yapılırken de adli soruşturmanın sorumlusu olan Cumhuriyet başsavcılığının görüşü alınmalıdır.

Adli kolluk personelinin; görev yaptığı yerde, işlenen suç tiplerini ve işleme nedenlerini öğrenmesi, vukuatlı olarak tabir edilen, suç işleme potansiyeli yüksek kişileri tanınması, adli olayların aydın-

latılarak, failerin tespiti ve bu sayede suç işleme oranının düşmesinde önem arz etmektedir. Özellikle faili meçhul olaylarda, daha önce olayın tahkikatını yapan adli kolluk görevlisinin, daha sonraki zamanlarda meydana gelen başka olaylardan ve ortaya çıkan başka delillerden yola çıkarak faillere ulaşması mümkündür. Terkedilmiş bir bebek dosyasında, olayının tahkikatını yapan adli kolluk görevlisinin, aradan uzun bir süre geçmesine rağmen, şüphelendiği kişilerle alakalı topladığı bilgiler sayesinde failin tespitini sağlaması, ya da meçhul bir cinayette uzun yıllar sonra, soruşturmaya vakıf olan adli kolluk görevlilerince failin tespit edilmesi uygulamada nadir de olsa rastlanan örneklerdir. Oysa adli kolluk personelinin tayinlerinin idari kolluk personeliyle birlikte yapılması nedeniyle, personel sıkça tayine maruz kalmakta, bu da personelin olay bilgisinin ve vukuatlı kişi hafızasının değerlendirilememesi sonucunu doğurmaktadır.

4. Adli Görevin Zorluğu

Adli kolluk görev, idari kolluk görevine göre daha sıkı mevzuat şartları öngörmesi nedeniyle teknik bir alandır. Görevin eksik ve yanlış yapılması durumunda, Cumhuriyet savcısı tarafından hakkında doğrudan soruşturma yapılması nedeniyle kolluk personeli tarafından adli göreve rağbet olmamaktadır. Ayrıca adli soruşturmada toplumun en tehlikeli insanlarıyla uğraşıldığı gibi, bazen de çok nüfuslu insanların ya da üst kademedeki kamu görevlilerinin suç işlemesi nedeniyle bu insanlara karşı mücadele etmenin ekstra zorlukları mevcuttur. Bu gibi nedenlerle kolluk daha sıkıntılı olan adli görevden ziyade, idari kolluk görevinde bulunma eğilimindedir.⁵¹

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KOLLUK-SAVCI İLİŞKİLERİ VE SORUŞTURMALARA ETKİSİ

I. GENEL OLARAK

Çağdaş hukuk sistemlerinde soruşturma evresi oldukça geniş tutulur, deliller hassasiyetle toplanır ve savcı tarafından değerlendirilir.

⁵¹ Eryılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", s. 412.

Yürütülen soruşturma sonucunda mahkumiyet alma ihtimali beraat ihtimalinden yüksek olan şüphelilerle ilgili yeterli şüphenin oluştuğu gerekçesiyle dava açılır.⁵² Benzer şekilde CMK m. 170. maddeye göre suç işlendiği hususunda yeterli şüphenin oluşması durumunda savcının iddianame düzenlemesi öngörülmüştür. Ancak burada yeterli şüphenin ne olduğu hususu uygulamaya bırakılmıştır. Alman doktrininde yeterli şüphenin ölçütü % 90 oranında mahkumiyet ihtimalinin olması şeklinde anlaşılmaktadır.⁵³ Ancak yargı sitemimizde açılan davalarda yargılama sonucunda % 60 oranında beraat kararı çıkmaktadır. Burada gerek savcılık aşamasında gerekse kolluk-savcı ilişkilerinde sağlıklı bir işleyiş olduğu ortadadır. Ancak açılan davaların % 10-20 oranında beraatla sonuçlanması sağlıklı bir ceza sistemi için makul sayılabilir.⁵⁴ Soruşturma evresi ne kadar sağlıklı yapılırsa o derece insan hakları ihlalleri önlenecektir. Bu sayede gereksiz davalar açılarak, kişilerin mağduriyetine yol açılmayacak ve mahkemelerin asli işleriyle uğraşmasına imkan tanınacaktır.⁵⁵ Tak' a göre ceza yargı sisteminin yürütülmesinde polis teşkilatı ve savcılık önemli rol oynayan ortaklardır. Savcı, polis takibatında öncelikleri belirleyerek, hangi soruşturmaya dava açılmasına, hangi soruşturmanın kapatılmasına karar vermesi bakımından ceza adalet sisteminin yürütücüsü olarak görev yapar.⁵⁶ Bu anlamda soruşturma aşaması ve kolluk-savcı ilişkileri önem arz etmektedir.

II. KOLLUK-SAVCI İLİŞKİSİ

Daha önce ifade ettiğimiz gibi kolluğun adli ve idari kolluk olarak ayrılması bir sistem tercihidir. Kolluk-savcı ilişkisi de kabul edilen sisteme, sistemden beklentilere ve sistemin özelliklerine göre değişebilmektedir. Bu anlamda kolluk-savcı ilişkisinde emir-komuta ilişkisine benzer şekilde, sıkı bir irtibat öngörülebileceği gibi, savcının sadece denetleyici niteliğinde olduğu daha gevşek bir ilişkinin düzenlenmesi de mümkündür.

⁵² Şahin, s. 73.

⁵³ Yenisey, s. 28.

⁵⁴ Şahin, s. 74.

⁵⁵ Şahin, s. 75.

⁵⁶ Peter J. P. Tak, "Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde Kolluk-Savcılık İlişkilerine Genel Bakış" Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005, (Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006, s. 129.

A. CMK SİSTEMİNDE KOLLUK-SAVCI İLİŞKİSİ

CMK'ya göre istisnalar hariç kolluk soruşturmanın her aşamasında Cumhuriyet savcısına ulaşmak zorundadır. CMUK döneminde olmayan, savcı-kolluk irtibatını oldukça sıkı tutan bu yaklaşımın, insan hakları ihlallerinin önlenmesi bakımından faydaları olsa da, bu uygulamaya birçok eleştiri getirilmiştir. Yenisey'e göre; CMK'nın getirdiği yeni sistem, kolluğu savcının emri altına vermekle ikisini birleştirmiştir. Bu şekilde, araştırma fonksiyonu ile itham fonksiyonunun birbirinden ayrı olması gerektiği kuralı ihlal edilmiştir. Bu sistemde polis memurları kısmen "savcı" gibi, savcılar da kısmen "polis" gibi olmuştur. Halbuki AİHM Bulgaristan ile ilgili vermiş olduğu bir kararında; araştırmayı yapan savcının iddianame düzenlemesi ve duruşmada hazır bulunmasını "adil yargılanma hakkının ihlali" olarak değerlendirmiştir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda araştırmanın başka bir kurum tarafından, ithamın ise başka bir kurum tarafından yani savcılık tarafından yapılması gerekmektedir. İthamı yapan savcılığın kolluğu idare etmesi gerekir, fakat bu idare organik bir bütünlük içinde olmamalıdır.⁵⁷ Şahin bu yaklaşıma karşı çıkararak; davayı açan ile soruşturmayı yapanın aynı kişi olması durumunda, davanın muhakkak mahkumiyetle sonuçlanacağını kabul etmek doğru değildir. Soruşturmanın kolluk tarafından açılması, ithamın yani davanın başka makamca açılması uygulaması Amerikan sistemi olup, Kıta Avrupası uygulamasına örnek olamaz. Kıta Avrupası uygulamasında, soruşturmayı bir savcı yapar, başka bir savcı iddianame tanzim eder ancak yargılama aşmasında bir başka savcı iddia makamını temsil eder.⁵⁸

Savcı sayısı düşünüldüğünde bu kolluğun gece-gündüz her vakit savcıya ulaşması mümkün olmamaktadır. Bu durum da kişilerin kolluğun elinde daha uzun süre tutulması ve daha da mağdur edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca savcıya ulaşamadığı için, bazı soruşturma işlemlerinin gecikmesi suç soruşturmasını, suçun ortaya çıkarılmasını olumsuz etkilemektedir.⁵⁹

⁵⁷ Yenisey, s. 29-30.

⁵⁸ Şahin, s. 70.

⁵⁹ Eryılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", s. 412.

Cumhuriyet savcısının emrindeki kolluk sistemi nedeniyle, kolluk zaman içinde suç soruşturmasını savcının işi olarak görecektir, bu da kolluğun adli soruşturmanın dışında kalmasına zemin hazırlayacaktır. Ayrıca sürekli savcının talimatıyla hareket eden adli kolluğun, zaman içinde inisiyatif alamayan direktifsiz iş yapamayan bir pozisyona sokularak tembelleşeceği ileri sürülmüştür.⁶⁰ Avrupa Konseyi'nin 2000 tarihli 19 numaralı tavsiye kararında savcılarının görevleri kanunları uygulamak için soruşturmaları başlatmak, yönlendirmek ve ihlallerin cezalandırılmasını sağlamak olarak ifade edilmiştir. Burada özellikle savcılarının soruşturmaları yönlendirmesi vurgulanmakla soruşturmayı bizzat yapması istisna tutulmuştur.⁶¹

Cumhuriyet savcısı emrindeki kolluğun sakıncalarından biri de sürekli suç soruşturmasının içindeki bir savcının, zamanla kollukla özdeşleşerek *"kolluklaşacağı"*, suç soruşturmasında başarıyı kendi başarısı görerek, kolluk üzerindeki denetimin beklenenin aksine zayıflayacağıdır. Bu nedenle *"savcı emrindeki kolluk"* anlayışı yerine, *"savcı denetimindeki kolluk"* sisteminin daha verimli olacağı ifade edilmiştir.⁶² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre de adli kolluk savcılığa bağlanmalıdır. Ancak kolluk, vatandaşa teminat olacak şekilde savcı kontrolünde çalışmalıdır.⁶³ Başka bir sakınca da savcı azlığı ve iş yoğunluğu gözetildiğinde savcılarının soruşturmanın başında bizzat bulunmaları mümkün değildir. Bu durumda savcının meydana gelen adli olayla ilgili kolluğun kendisine aktardığı bilgilerle yetinmek ve buna güvenmek zorunda kalması hususları gözetildiğinde, savcının kişi hak ve özgürlükleri üzerinde garanti olma konumunun gerçekleşmeyeceği söylenebilir.⁶⁴

⁶⁰ Eryılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", s. 412.

⁶¹ Yenisey, s. 31; Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesininin Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü İle İlgili Üye Devletlere Sunduğu Tavsiye Kararı Rec (2000-19), <http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/COE%20Bak.%20Kons.%20Rec%202000-19.pdf>. (15.11.2014)

⁶² Eryılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", s. 412.

⁶³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 319.

⁶⁴ Eryılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", s. 414.

B. AVRUPA KONSEYİNE ÜYE BAZI ÜLKELERDE KOLLUK-SAVCI İLİŞKİSİ

Kolluğa yönelik genel kanı, suçu ortaya çıkarma ve sonuca gitme baskısı altında olan kolluğun görevini kötüye kullanmaya meyledebileceği yönündedir. Onun için savcı bunu engelleyebilecek en önemli faktör olarak görülmektedir. Bu kapsamda Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde savcı genel olarak suç soruşturmasının kolluk tarafından hukuka uygun yürütülmesinin ve kolluğun soruşturma yaparken kişi hak ve özgürlüklerine riayet etmesinin teminatı olarak görülmektedir.⁶⁵

Konsey üyesi ülkelerin büyük çoğunluğunda polis, suçun işlendiğini öğrendiği andan itibaren kendi inisiyatifi ile soruşturma işlemlerine başlar.⁶⁶ Ancak yine de bütün ülkelerin uygulamasının aynı doğrultuda olduğunu söyleyemeyiz. Esasında bu ülkelerde temel olarak dört yaklaşımın kabul edildiği söylenebilir. Bunlardan birincisi ve en yaygın olanı savcının soruşturmada sadece denetleme ve garantörlük görevini üstlendiği uygulamadır. İkincisi savcının kolluğun üstünde ve her şeyin talimatla işlediği sistemdir. Üçüncüsü az sayıda ülkede uygulanan, savcı ve kolluğun iç-içe girdiği ve soruşturmayı birlikte yürüttükleri sistem ve son olarak soruşturma aşamasının tamamen kolluğun inisiyatifinde olduğu sistemdir.

1. Savcının Soruşturmanın Denetleyicisi Olduğu Uygulama

Çoğu ülkede uygulanan bu sistemde temelde savcı soruşturmanın sahibi olmakla birlikte, ciddi olaylar hariç soruşturmanın kolluk araştırması kısmına dahil olmamaktadır. Soruşturmanın yönetilmesi ve yürütülmesini kolluğa bırakmaktadır.⁶⁷ Kamuoyunu ilgilendiren bir suç olması, ağır cezalı bir suç olması, suçun hukuki altyapısı veya karmaşıklığı nedeniyle savcının bilgisine başvurulması gerektiği durumlar ciddi olarak görülmektedir. Bazen de belli soruşturma işlemleri için kolluğun yetkilendirilmediği durumlarda savcı bizzat soruşturma ile ilgilenmesini gerektirmektedir. Almanya, Macaristan, Çek

⁶⁵ Eryılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", s. 414.

⁶⁶ Tak, s. 133.

⁶⁷ Eryılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", s. 415; Tak, s. 133.

Cumhuriyet, Hollanda ve İsviçre gibi ülkelerde uygulama bu yöndedir. Savcı sayısının yetersiz olması ya da soruşturmanın teknik bir iş olması ve bu hususta gerekli bilgi ve teknolojiye kolluğun sahip olması gibi nedenlerle uygulama bu yönde gelişmiştir.⁶⁸

İspanya, Hollanda, Hırvatistan ve Slovakya gibi bazı ülkelerde bazı davalarda (yasal) tavsiye için başvurması pratiğe geçirilmiş bir düzenlemedir.⁶⁹ Alman hukukunda kolluk savcıdan tamamen ayrı çalışır, fakat adli kolluk savcının idaresi altındadır. Ancak bu emir-komuta şeklinde işleyen bir idareden ziyade talimatla yönlendirme şeklinde işlemektedir.⁷⁰

2. Savcının Soruşturmanın Talimatını Verdiği Uygulama

Ön danışma olarak da adlandırılan bu uygulama az sayıda ülkede uygulanmaktadır. Bu uygulamada polis acil durumlar dışında, soruşturmada uygulayacağı tedbirler ve yapacağı işlemler noktasında savcıya bilgi vermek durumundadır. Finlandiya'da uygulanan bu sistemde ön danışma zorunludur.⁷¹ Ancak önemsiz soruşturmalarda bilgi verilmemektedir. Savcıya bilgi verilmesi, savcının soruşturmayı bizzat yapması anlamına gelmemektedir. Finlandiya'da her ceza soruşturmasında muhakkak bir polis şefi soruşturmaya başkanlık eder. Esas soruşturmacı denilen bu kişi, dava süreciyle alakalı bilgi vermiş olduğu dava savcısıyla sıkı bir irtibat halindedir. Bazen duruşmalarda savcının yanında bulunarak savcıyı dosyayla alakalı bilgilendirirler. Bu yönüyle polis ve savcı arasında sıkı bir ilişki söz konusudur.⁷² Bu sitem 5271 sayılı CMK ile birlikte bizde kabul edilen sisteme kısmen benzemekle birlikte savcı-kolluk ilişkileri ve soruşturmaya başlanması bakımından farklılık arz etmektedir. İdare ve kolluk sistemimizi kuran örnek aldığımız Fransız sistemi de bu uygulamaya örnek verilebilir. Bu sistemde bir suç işlendiğinde mağdur polis veya jandarmaya

⁶⁸ Eryılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", s. 415.

⁶⁹ Tak, s. 133.

⁷⁰ Yenisey, s. 30.

⁷¹ Tak, s. 132.

⁷² Kimmo Vakkale, "Finlandiya'da Kolluk-Savcılık İlişkileri", Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005, (Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006, s. 144-145

giderek suç duyurusunda bulunabilir. Polis ve jandarma hemen bir tahkikat başlatır ve tahkikatın sonucunu Cumhuriyet savcısına ya da yardımcısına iletir.⁷³

3. Savcının Soruşturmayı Bizzat Kollukla Yaptığı Uygulama

Bu uygulamada savcı ve kolluk suç soruşturmasını birlikte yürütmektedirler. Yerel emniyet müdürü kolluğun ve dahi savcının amiri konumundadır.⁷⁴ Danimarka, Norveç ve İzlanda gibi İskandinav ülkelerinde uygulanan bu sistemde yerel seviyede kolluk ve savcılık birimleri iç-içe girmiş durumdadır. Bu ülkelerde savcı genel denetim yetkisine sahiptir.⁷⁵

4. Soruşturmanın Kolluğun İnisyatifinde Yürütüldüğü Uygulama

İngiltere, Galler ve İrlanda'da uygulanan bu sistemde, kolluk suç soruşturmasını savcıdan bağımsız olarak yürütmektedir ve savcıyla bu konuda temasa geçmek zorunda değildir. Bu ülkelerde soruşturmanın hukuka uygun yürütülmesinden kolluk sorumludur. Öte yandan uygulamada kolluğun karmaşık soruşturmalarda sıklıkla savcının görüşüne ve önerisine başvurmaktadır.⁷⁶ Savcının kolluk üzerinde doğrudan yetkisi yok ise de savcı toplanan delillerin hukuka aykırı toplanmış olması ya da delillerin eksik toplanmış olması durumlarında dava açmayarak kolluk üzerinde dolaylı bir denetim gerçekleştirebilir. Benzer şekilde Avusturya ve İsveç gibi bazı ülkelerde, kolluğun soruşturmayı hukuka uygun yürütmesi noktasında savcıya herhangi bir denetim rolü verilmemiştir. Bu görev emniyet makamlarınca yerine getirilmektedir.⁷⁷

⁷³ Jean-Jacques Heintz, "Fransız Savcılık Teşkilatına Kısa Bir Bakış", Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005, (Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006, s. 154.

⁷⁴ Eryılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", s. 415.

⁷⁵ Tak, s. 132.

⁷⁶ Tak, s. 133.

⁷⁷ Eryılmaz, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", s. 415.

III. KOLLUK-SAVCI İLİŞKİSİNİN SORUŞTURMALARA ETKİSİ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. HER OLAYA İLİŞKİN TALİMAT ALINMASI

CMK sisteminin kabul etmiş olduğu kolluk-savcı ilişkisine yönelik, öğretilerdeki özellikle kolluk açısından yapılan eleştirileri önceki bölümlerde ifade ettik. Benimsenen bu sistemden yalnızca kolluğun rahatsız olduğunu söyleyemeyiz. Benzer sıkıntılar, CMK ile soruşturmanın asıl sahibi olması hedeflenen Cumhuriyet savcıları tarafından da farklı noktalardan sıklıkla dile getirilmektedir. CMUK döneminde kolluğun savcılardan habersiz adli soruşturma yapması işkence ve kötü muamele gibi sıkıntılara yol açmış ise de CMK sisteminde, adli kolluğun savcıdan habersiz adım atamaması da sıkıntılara yol açmaktadır.

Uygulamada yaşanan en önemli sorunlardan biri, kolluğun her adli olayda muhakkak Cumhuriyet savcısından yazılı ya da sözlü olarak talimat alması zorunluluğudur. Nüfusun kalabalıklaşması, teknolojinin gelişmesi, ulaşım imkanlarının artması, gelir dağılımındaki adaletsizlik, yargılama ve infaz sisteminin etkin ve caydırıcı olmaması gibi bir çok sebepten dolayı gün geçtikçe suç oranları ve adli olay sayısı artmaktadır.⁷⁸ Örnek verecek olur isek yüz bin nüfuslu bir yerleşim biriminde 2013 yılında meydana gelen, kayda girmiş adli olay sayısı 3800 civarındayken, 2014 yılında bu sayı 5 bini aşmıştır.⁷⁹ Ancak uygulamada “adli olay” olarak değerlendirilen, birçok olayda suç ve suç unsuru bulunmadığı görülmektedir. CMK’nın kolluğa yüklediği her olayı gecikmeksizin Cumhuriyet savcısına bildirme zorunluluğu, y ada sağlık görevlilerinin risk almak istemeyerek bir çok vakada “adli rapor” tanzim etmeleri gibi nedenlerle, suç oluşturmayan bir çok olayda “adli olay” olarak soruşturma yapılması sonucunu doğurmaktadır. Kolluk görevlileri, birbirine çok benzeyen ve aynı soruşturma işlemlerini yapması gereken basit yaralanma, hakaret, mala zarar verme, trafik güvenliğini tehlikeye düşürme gibi basit nitelikteki olaylarla alakalı da tekrar-tekrar Cumhuriyet savcılarını arayarak talimat almaktadırlar. Basit olaylar için dahi savcının aranması, savcılarının aynı talimatları tekrar etmelerinden ileri gitmediği için, adli soruşturmaya herhangi bir katkı sağlamamaktadır.

⁷⁸ 2001 yılında Türkiye’de 3 milyon civarında olan soruşturma sayısı, 2011 yılında 6 milyon civarına çıkmıştır. Bkz.; <http://www.hsyk.gov.tr/dosyalar/HSYK-2011-Yili-Faaliyet-Raporu.pdf>, s. 39, ((05.01.2015)

⁷⁹ Polatlı Adliyesi Cumhuriyet Başsavcılığına ait 2013-2014 yılları soruşturma sayıları.

Savcı sayısının yetersizliği ve nöbet ayarlamaları gibi nedenlerle, büyük iller hariç diğer adli birimlerde genellikle nöbet tutan savcılar, aynı zamanda mesaiye de devam etmektedirler. 75 milyon nüfusu olan ülkemizde, sadece 4 bin civarında Cumhuriyet savcısının olması,⁸⁰ her savcıya yıllık 1400 civarında soruşturma evrakının düşmesi,⁸¹ hususları nazara alındığında bahsettiğimiz kabilden aramaların sık-sık yapılması, hatta geceleri geç vakte kadar devam etmesi, savcılarının tahammül sınırlarını zorladığı gibi, önemli olaylara gereken önemi vermelerini de engellemektedir. Ayrıca kolluk görevlilerinin her olaya ilişkin savcıyı arayarak talimat almaları nedeniyle, adli olayı sahipleterek inisiyatif almamaktadırlar. Bu durum, adli kolluk amirleri içinde benzer sonucu doğurmaktadır.

Yaşanan bir başka sorun da savcılarının, bir nöbette onlarca benzer olaya talimat vermeleri nedeniyle, kolluğun hangi olay için talimat aldığı, hangi olay için almadığını bilmelerinin mümkün olmamasıdır. Bu da denetim imkanını ortadan kaldırmaktadır. Bu talimatlar, daha sonra imzalanmak üzere savcının önüne getirildiğinde, hangi talimatı verip-vermediği noktasında tereddütler yaşanmakta, bu da kolluk ve savcı ilişkilerinde güvensizliğe yol açmaktadır.

Adli kolluk sistemimizin benzediği Almanya'da 23.05.2005 tarihinde "*Savcı ile kolluğun birlikte çalışmalarına ilişkin genelge*" adıyla bir genelge çıkarılmıştır. Buna göre; basit yaralamalar, hakaret, konut dokunulmazlığını ihlal gibi belirlenen 30 tane basit nitelikteki suç tipinin soruşturmasını, kolluk doğrudan yapmakta ve soruşturma dosyasını savcılığa iletmektedir. Fakat ağır ve örgütlü suçlar mevzu bahis olduğunda, savcının emri altında çalışan kolluk birimleri bu soruşturmaları savcının talimatları doğrultusunda yapmaktadır.⁸² Kanaatimizce savcılarının ölümlü olaylar, ağır cezalı olaylar, belirlenecek nitelikli olaylar ve gözaltı tedbirini gerektiren olaylarda aranması yerinde olacaktır. Bu yönde bir düzenleme yapılmasının sistemin daha etkin işlemesine yol açacağı kanaatindeyiz. Birkaç yıl önceye kadar veraset ilamları ve bakaya suçları gibi birçok uyuşmazlık adliyelerin görevindeyken, gerekli yasal düzenlemeler yapılarak bu hususlarda karar verme yetkisi ilgili kurumlara devredildi. Bu düzenlemeler özellikle mahkemelerin yoğunluğu noktasında kısmı bir rahatlama sağladı. Yukarıda bahsetti-

⁸⁰ <http://www.hsyk.gov.tr/hakim-savci-istatistikleri.pdf> (05.01.2015)

⁸¹ <http://www.hsyk.gov.tr/dosyalar/HSYK-2011-Yili-Faaliyet-Raporu.pdf>, s. 45, (05.01.2015)

⁸² Yenisey, s. 31.

ğımız Almanya örneğinde olduğu gibi bir düzenlemeyle, basit suçların soruşturmasının kolluğun inisiyatifine bırakılması, Cumhuriyet savcılarının daha önemli soruşturmalara yoğunlaşmalarına imkan tanıyacağı gibi, kolluğun daha etkin denetlenmesini de sağlanmış olacaktır.

B. BASİT NİTELİKTEKİ ADLİ OLAYLAR

Uygulamada yaşanan önemli sıkıntılardan biri de çok sayıda niteliksiz adli evraka takipsizlik kararı (*Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar*) yazmakla uğraşan savcıların, nitelikli olaylara gereken vakti ayıramamaları ve her yönüyle araştıramamalarıdır. Nüfusa ve soruşturma sayısına oranla savcı sayısını yukarıda ifade ettik. Savcı mevcut düzen içinde soruşturmayı her yönüyle yapmak istediğinde, elindeki diğer soruşturma evrakının birikmesine (teraküme) yol açacaktır. Bu da terfi etmesi için gerekli işi çıkaramamasına yol açabileceği gibi, biriken ve takipsizlik kararları yazılmayı bekleyen niteliksiz evraklar nedeniyle soruşturma geçirmesine de yol açabilecektir. Bu nedenlerle nitelikli soruşturmalara gerekli özen gösterilerek her yönüyle araştırma sağlanamadığından, bu husus doğrudan kovuşturma aşamasını etkilemektedir. Bu da CMK'nın amaçlarından olan tek celsede kovuşturmanın bitirilmesi hedefini imkansız kıldığı gibi, adil bir yargılamanın ilk adımı olan soruşturma evresinin de sağlıklı işlemesine yol açmaktadır. Donay' a göre soruşturma evresi ceza yargılamasının en önemli bölümdür. Ceza davalarının süresini kısaltarak ideal yargılama sürelerine erişmek için delillerin eksiksiz toplandığı bir soruşturma safahatı önemlidir. İyi bir soruşturma sonucunda geçilen kovuşturma aşamasında tekemmül eden dosyada sonuca daha kısa süre içinde varılacaktır.⁸³

Basit nitelikte olan ve uygulama da takipsizlik kararları verilen; yüksekten düşme, zehirlenme, intihara teşebbüs, iş kazaları, kendikendisinin yaralanmasına yol açma, basit nitelikteki trafik kazaları (alkol olmayan), kayıp şahıs gibi olaylarda şikayetçi olan taraf yok ise evrak kolluk aşamasında sonuçlandırılmalıdır. Kolluğun tahkikatını yaptığı evraka Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına ya da İşleme Koymaya Yer Olmadığına adıyla bir karar vermesi sağlanarak, bu kararlara karşı Cumhuriyet savcılığına itiraz yolunun açık olması ve savcılığın bu kararları denetlemesi sağlanmalıdır. Yüz bin nüfuslu bir

⁸³ Süheyl Donay, Ceza Yargılama Hukuku Mevzuatı, Beta, İstanbul, 2013, s. 154.

yerleşim birimindeki yıllık 5 bin soruşturma evrakının, yarıdan fazlasının takipsizlik kararı verilerek kapatıldığı, takipsizlik kararlarının üçte birinden (1/3) fazlasının ise yukarıda bahsettiğimiz, suç oluşturmayan adli evraklardan oluştuğu görülmüştür.⁸⁴ Bu oranları Türkiye geneline kıyaslayacak olursak Cumhuriyet savcılıklarına kaydedilen soruşturma evrakının yaklaşık altıda biri (1/6) kadarı yukarıda bahsettiğimiz suç oluşturmayan adli olaylardan oluşmaktadır. Bu evrakın kolluk aşamasında sonuçlandırılması hem Cumhuriyet savcılıklarını rahatlatacak hem de adli kolluğun anında olayı bitirmesine yol açacağı için adli kolluk yönünden de ekstra zaman kaybını engelleyecektir.

SONUÇ

Çağdaş ve demokratik ülkelerde olduğu gibi ceza adalet sisteminin etkinliğinin artırılması, adli soruşturmalar sonucunda açılan davalarda CMK'nın amaçladığı tek celsede karar verme hedefine ulaşılabilmesi için soruşturma safahatının etkin olması gereklidir. Bunun için de soruşturma aşamasının en önemli aktörlerinden biri olan adli kolluğun, eksikliklerinin giderilmesi ve adli kolluk-savcılık ilişkisinin ideal seviyede sağlanması önemlidir. Adli kolluğun henüz oturmaya başladığı bu dönemde adli kolluğun, idari kolluktan ayrılarak adliyeler bünyesinde ya da farklı binalarda teşkilatlanması daha fazla eksikliğin ortaya çıkmasına yol açacaktır. Özellikle personel sayısı, birçok olayın niteliği gereği önleme hizmeti kapsamındayken adli olaya dönüşmesi, olaya müdahale eden personelin bilgi dönüşünden istifade edilmesi hususları buna sebep olarak sayılabilir. Ancak adli kolluğun hali hazırdaki durumuyla devam etmesi de CMK dan beklenen faydayı sağlamayacaktır. Adli görevin etkin şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla; kolluğun yapısı, işleyişi, uygulamada görülen eksiklikler ve kolluk-savcı ilişkileri noktasında belli prensiplerin kabul edilmesi elzemdir. Bunlara bakacak olursak;

Adli kolluk personeli olacak kolluğun ilk eğitim aldığı dönemden olmak üzere, ayrılarak buna yönelik eğitim alması sağlanmalıdır. Örnek verecek olursak, adli soruşturmanın vazgeçilmez unsurlarından olan, ifade alma teknikleri, tutanak tutulması, bilgisayar kullanılarak ifadelerin yazılması gibi temel konularda birçok adli kolluk görevlisinin halen yetersiz olduğu bilinmektedir.

⁸⁴ Polatlı Cumhuriyet Başsavcılığının 2014 yılı iş durumuna göre yaklaşık oranlar.

Eğitim aşamasında ayrılan adli personelin ve adli amirlerin ihtisaslaşması sağlanarak talepleri olmadan ya da yetersizlikleri görülmeden idari kolluk görevine geçirilmemeleri, adli kolluk personeline görev teminatı sağlanarak, idari kolluk görevine göre nispeten daha zor olan adli kolluk görevinde devam etmeleri sağlanmalıdır.

Adli kolluk amir ve memurlarının bu görevlerini yaparken, adli kolluk sorumlusu olmayan sıralı amirlerinin, adli personele talimat veremeyecekleri ve soruşturmaya müdahale edemeyecekleri noktasında katı kurallar belirlenmelidir. Özellikle Cumhuriyet savcısının kontrolünde yürütülen ve gizlilik kararı alınan dosyalarda, adli kolluk amir ve memurları dışında sıralı amirlerin soruşturmalara müdahalesi engellenerek, soruşturmayla alakalı Cumhuriyet savcısının bilgisi dahilinde, asayiş bakımından gerektiği kadar bilginin paylaşılması kural olarak kabul edilmelidir.

CMK m. 166'da Cumhuriyet başsavcılarınca adli kolluk personeli hakkında, her yıl değerlendirme raporu hazırlanarak mülki amire gönderilesi düzenlenmiştir. Bu kolluk üzerinde tesiri olmayan, sembolik bir düzenlemedir. Bunun kolluk görevlilerine sicil vermek veya bazı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi personelin adli görevde devam etmesinde söz sahibi olunması şeklinde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

CMK'ya göre adli kolluk görevlisi el koyduğu adli olayla alakalı istisnalar hariç olmak üzere, Cumhuriyet Savcısından talimat almadan hareket edememektedir. Adli kolluk personeli suç araştırmasında savcıdan gelecek talimata göre işlem yaptıklarından, kendilerini geliştirememektedirler. Bu da adli kolluk personelinin sorumluluk alan, güven duyulan, yaptığı iş ve işlemlere değer verilen bir nitelikte olmasını engellemektedir. Ayrıca benzer nitelikteki olaylarla alakalı Cumhuriyet savcılarının sık-sık aranmaları, her iki taraf yönünden de vakit ve enerji kaybına yol açılmaktadır. Adli kolluk sistemimizin benzediği Almanya'daki uygulamaya benzer şekilde, basit yaralanma, hakaret, mala zarar verme, trafik güvenliğini tehlikeye düşürme gibi tespit edilecek basit nitelikteki olaylarla alakalı kolluğun talimat almadan doğrudan soruşturma yapması sağlanmalıdır.

Son olarak nüfusa ve soruşturma sayısına oranla Cumhuriyet savcılarının sayısı nazara alındığında, Cumhuriyet savcılarının nitelikli soruşturmalara daha fazla vakit ayırabilmelerinin temini için, uygulamada verilen takipsizlik kararlarının yaklaşık üçte birini oluşturan; intihara teşebbüs, yüksekten düşme, zehirlenme, iş kazaları, kendi-

kendisinin yaralanmasına yol açma, basit nitelikteki trafik kazaları (alkol olmayan), kayıp şahıs gibi suç unsuru içermeyen adli olaylarda şikayetçi olan taraf yok ise evrak kolluk aşamasında sonuçlandırılmaktadır. Kolluk tahkikatını yaptığı bu evraka Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı ya da İşleme Koymaya Yer Olmadığı gibi karar vererek dosyayı savcılığa gelmeden kapatmalıdır. Kolluğun verdiği bu kararlara karşı, tarafların Cumhuriyet savcılığına itiraz etmeleri durumunda dosya savcılık tarafından ele alınmalıdır.

Yukarıda ifade ettiğimiz düzenlemelerin yapılması durumunda, konumu ve görevi net olarak belli olan adli kolluk teşkilatı, Cumhuriyet savcısıyla daha sağlıklı bir irtibat içinde olacaktır. Bu şekilde görevine daha hâkim olacak ve ceza adalet sisteminin etkinliğinin artmasına katkı sağlayacaktır.

Kaynakça

- Arslan Feyzullah, "Adalet ve Kolluk İlişkilerinin Emniyet Teşkilatı Açısından Değerlendirilmesi", Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005,(Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü İle İlgili Üye Devletlere Sunduğu Tavsiye Kararı Rec (2000-19) <http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykanunteklifi/COE%20Bak.%20Kons.%20Rec%202000-19.pdf>. (15.11.2014)
- Aydın Ahmet Hamdi, "Adli Kolluk Meselesi"
<http://www.demokrathukukcular.com/altsayfa.php?sayfa=iktibaslar/ahmethamdiaydin/adlikolluk> (15.11.2014)
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. B., Beta, İstanbul, 2013.
- Çakın Akın, "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği Açısından Adli Kolluğun Gerekliliği ve Geliştirilmesi", Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005,(Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006.
- Çolak Haluk, "Kolluk Teşkilatı ve Adli Kolluk", *Sayıştay Dergisi*, Ocak-Mart, Ankara, 1998, S. 28.
- Donay Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku Mevzuatı, Beta, İstanbul, 2013.
- Erem Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. B., Işın Y., Ankara, 1986.
- Eryılmaz M. Bedri, "Demokratik Ülkelerde Kolluk Güçleri Arasında Yetki ve Görev Alanı Paylaşımı: Türkiye Örneği", *TBB Dergisi*, Ankara, 2006, S. 64.
- Eryılmaz M. Bedri, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırması", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 1-3 Haziran İstanbul, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin, Ankara, 2009.
- Eryılmaz M. Bedri, "Ceza Muhakemesi ve Adli Kolluk: Adli Kolluk Amirleri, Sorum-

- luları ve Görevlilerinin Belirlenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2007, Yıl: 65, S. 1.
- Fendoğlu Hasan T., “Adli Kolluk Üzerine”, *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan, 1997, S. 1-2, C. 23.
- Hafızoğulları Zeki, “Liberal Demokratik Devlet Düzenlerinde Kuvvetler Ayrımı Suç ve Ceza”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/2014/03/prof-dr-zeki-hafizogullarinin-kuvvetler-ayriliği-kapsamında-yarginin-yeri-konulu-panelde-sunduklari-bildiri/> (15.11.2014)
- Heintz Jean-Jacques, “Fransız Savcılık Teşkilatına Kısa Bir Bakış”, Avrupa’da ve Türkiye’de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005,(Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006.
- İlbbay Ümit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Kolluk Yönünden İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.
- Kantar Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, Güzel Sanatlar Matbaası, 4. B., Ankara, 1957.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. B., Beta, İstanbul, 2009.
- Loger Pascal, “Fransa’da Kolluk-Savcılık İlişkileri”, Avrupa’da ve Türkiye’de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005,(Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006.
- Özgenç İzzet, “Ceza Muhakemesi Kanununda Adli Kolluk Kavramı”, Avrupa’da ve Türkiye’de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005, (Editör:Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Kırıt Yasemin F. Saygılar/ Özaydın Özden/Akcan Esra Alan/Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. B., Seçkin, Ankara, 2013.
- Sönmez Nevzat, Emniyet Teşkilatı ve Polis Meslek Hukuku, 5.B, Seçkin, Ankara, 2009.
- Şahin Cumhur “Soruşturma Evresinde Cumhuriyet Savcısı ve Kolluk İlişkileri”, Avrupa’da ve Türkiye’de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005,(Editör:Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006.
- Tak Peter J. P., “Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde Kolluk-Savcılık İlişkilerine Genel Bakış” Avrupa’da ve Türkiye’de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005, (Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006.
- Taşkın Ahmet, “Cumhuriyet Savcısının Gözetim ve Denetim Görevi”, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=CUMHUR%DDYET%20SAVCISININ%20G%D6ZET%DDM%20VE%20DENET%DDM%20G%D6REV%DD&kimlik=-894068&url=makaleler/ataskin-2.htm> (15.11.2014)
- Toroslu Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. B., Savaş Y., Ankara, 2003
- Vakkale Kimmo, “Finlandiya’da Kolluk-Savcılık İlişkileri”, Avrupa’da ve Türkiye’de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005, (Editör:Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006.
- Yenisey Feridun, “Adalet ve Kolluk İlişkilerinin Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, Avrupa’da ve Türkiye’de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005, (Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 10. B., Kazancı Y., İstanbul, 2004.
- Yurtcan Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 6. B., Adalet Y., Ankara, 2013.

SİBER ZORBALIK, TÜRKİYE VE ABD KARŞILAŞTIRMASI (ABD V. DREW DOSYASI) CYBERBULLYING, TURKEY AND USA COMPARISON (UNITED STATES V. DREW CASE)

Servet YETİM*

Özet: İnternet üzerinden haberleşme, sosyal medya faktörünün de devreye girmesiyle yeni bir nitelik kazanarak, bireylerarası iletişimi kitlesel boyuta taşımıştır. Haberleşmede, ifade özgürlüğünde ve kamuoyunu etkilemede önemli bir faktör olan bilişim teknolojileri aynı zamanda suçlular açısından da yeni fırsatlar doğurmuştur. Refah düzeyi arttıkça daha çok bireyselleşen insanlar, elektronik medyayı; rakiplerini safdışı bırakma, tehdit etme, küçük düşürme, utandırma, gruptan dışlama, ayrımcılığa maruz bırakma ve benzeri saiklerle taciz etmeye başlamışlardır. Bu eylem, daha çok çocuklar ve gençler arasında gerçekleşen ve siber zorbalık olarak ifade edilen, modern hayatın ve bilişim teknolojilerinin gayri meşru sonucudur. Bilişim suçları kişilerin maddi varlıklarını hedef alırken, siber zorbalık daha çok kişinin manevi varlığını hedef almaktadır. Suçun işlenmesinde kullanılan platformların özelliğinden dolayı da mağdur üzerinde çok fazla tahribata yol açmaktadır. Bu eylemlerle mücadele ancak okul, aile, ilgili kamu kurumları ve mağdurla yapılacak işbirliği ile mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Siber Zorbalık/Takipçilik/Taciz, Cinsel İçerikli Mesaj, İfade Özgürlüğü, Sosyal Medya, Mahkeme Dostu

Abstract: Communication via internet, has become, by gaining new qualification along with social media factor, part of an activity; interpersonal communication has moved to mass size. Information technologies is an important factor in freedom of expression and influencing the public opinion; at the same time, however, it has provided an opportunity to criminals. People, who are getting more individualist by way of rising of their level of welfare, has started to use electronic media for motives such as, eliminating their rivals, threatening, humiliation, abashing, exclusion from the group, segregation and so forth. This act, which rather occurs between the youth and children and which is called cyber bullying, is an illegal result of the modern life and information technologies. While cybercrimes are targeting the tangible assets of the persons, cyber bullying is targeting moral assets. Because of the characteristics of the platform that is use for committing the offence, the offence causes far

* Dr., Yargıtay Genel Sekreter Yardımcısı, syetim@yargitay.gov.tr

too much destruction on the victim. Fighting against these kinds of acts is only possible with the cooperation with school, family, related public institutions and victims.

Keywords: Cyber Bullying/Stalking/Harassment, Sexting, Freedom of Expression, Social Media, Amici Curiae

Giriş

Günümüzün genç nesli, başta akıllı telefonlar olmak üzere bilgisayar ve yan teknolojilerini kullanarak dünya üzerinde herkesle iletişime geçebilmektedir. Bu haberleşme; metin (text) mesajı gönderme, sohbet odalarında ve sosyal ağlarda sesli ve görüntülü haberleşme, e-posta gönderme ve benzeri şekillerde gerçekleşmektedir. Kullanılan bu metodlar sayesinde zamandan ve mekandan bağımsız bir şekilde haberleşme gerçekleştirilebildiği gibi, birbirini tanımayan kişiler bilgisayar teknolojilerinin evrensel dilini kullanarak ortak bir paydada buluşabilmektedirler.

İletişim teknolojileri, gençler için birçok fayda sağlamakta olup, bu teknolojiler vasıtasıyla gençler normal şartlarda arkadaşlık kurmakta zorlanacakları bir çok kişiyle münasebet kurma ve geliştirme şansına sahiptirler. Sınırlı olan geleneksel arkadaşlık platformları bilişim teknolojileri kullanılmak suretiyle sınırsız hale gelebilmekte, insanlar geniş kitlelerle haberleşerek kısa zamanda değişik konularda bilgi ve görgülerini arttırabilmektedirler.

Birçok avantajı olan bu durum, haberleşme araçları, türü, yöntemi ve metodlarında patlama meydana getirdiği gibi kendi içinde birçok riski de barındırmaya başlamıştır. Gençler, kendi aralarındaki bu haberleşmede elektronik medyayı, bir başkasına zarar verme, utandırma ve tehdit etme amacıyla kullanabilmektedirler. Bu teknolojilerin sağlamış olduğu zeminde gençler arası mağduriyet ve şiddet gittikçe artmaktadır. Bu mağduriyetleri ifade etmek için başta siber zorbalık olmak üzere dijital ortamda taciz ve rahatsız edici takip, cinsel içerikli (yazı, ses, görüntü ve video şeklinde) mesaj (sexting) ve benzeri birçok eğilimi ifade eden terim kullanılmaya başlanmıştır. Bu teknolojiler vasıtasıyla birçok saldırı ve şiddet elektronik ortamda işlenebilir hale gelmiştir. Bu eylemler gençlerin, başta okul hayatları olmak üzere yaşamlarının her alanını tesir altına alarak, bir kısım psikolojik sıkıntılar

çekmelerine zemin hazırlamaktadır. Siber zorbalık kavramının 2000 yılında ilk defa kullanıldığı¹ ABD'deki karşılığı "Cyberbullying" olup dilimize tercümesinde her ne kadar zorbalığın başındaki sıfat; "sanal", "siber", "sayısal", "dijital" ya da "elektronik" kelimeleri ile ifade edilebilse de "siber" kelimesi eylemin tarifinde daha kapsayıcı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple zorbalığın bu türü ifade edilirken "siber" kelimesi tercih edilmiştir.

Günümüzde ABD, bilgi teknolojilerine beşiklik yapan rakipsiz bir ülke olduğundan, iletişim teknolojilerinin sosyal hayat üzerindeki olumlu ya da olumsuz etkileri ilk olarak ABD vatandaşlarının bireysel ve toplumsal hayatları üzerinde etkisini göstermektedir. ABD'de refah düzeyinin yüksek olması, satın alma ve sahiplik olgusu üzerinde ayrıca itici bir güç oluşturmaktadır. Bilişim teknolojilerinin kötüye kullanımını sonucu ortaya çıkan suç olgusu, ekonomik anlamda az gelişmiş ya da geri kalmış ülkelerde, yıllar sonra etkisini gösterirken ABD toplumundaki yüksek duyarlılıktan dolayı suçlarla sağlıklı mücadele için yasal alt yapı çalışmaları çok daha hızlı bir şekilde ilerleyebilmektedir. Modern hayatın ve bilişim teknolojilerinin istenmeyen sonucu olan "siber zorbalık" eyleminin ülkemizdeki durumunu bütün yönleriyle inceleyebilmek için ABD uygulamaları ile mukayese yapmanın faydalı olacağı düşünülerek her iki ülke arasındaki hukuki düzenlemeler ve bu eylemle mücadeledeki yaklaşım tarzları karşılaştırılmıştır.

1. Tanım

Siber zorbalığın tanımına geçmeden önce zorbalık kavramını açıklamakta fayda vardır. Aralarında güç dengesizliği olan kişilerden güçlünün, zayıf olana karşı zarar verme kastıyla saldırganca yaptığı, tekrarlanan, fiziksel, psikolojik, sosyal veya sözel davranışlarda bulunması durumuna zorbalık denir.² Yüz yüze zorbalık olarak da ifade edebileceğimiz bu geleneksel zorbalık, kullanılan vasıtalarla göre çeşitli kategorilere ayrılabilir. Bu zorbalık türlerinden birisi de siber zorbalıktır.

¹ <http://www.merriam-webster.com/dictionary/cyberbullying>, (E.T.22.11.2014); <http://dictionary.reference.com/browse/cyberbullying>, (E.T.22.11.2014)

² "Zorbalık Nedir?", www.kocschool.k12.tr/...and.../Zorbalik_ve_Siddeti_Onleme.sflb.ashx, (E.T.22.12.2014)

Siber zorbalık ise; bir ya da birden fazla kişinin elektronik iletişim araçlarını kullanmak suretiyle belirli bir zaman içerisinde ve sürekli olarak, kendisini savunma gücüne sahip olmayan bir kişi ya da gruba yönelik olarak kasıtlı bir şekilde gerçekleştirilen ve teknik tarzda yapılan psikolojik, sosyal, sözel veya görsel saldırgan davranışlardır. Siber zorbalıkta; bilgisayar ve cep telefonu gibi bilişim vasıtaları kullanılarak gönderilen elektronik verilerle bireylerin tehdit edilmesi, küçük düşürülmesi, gruptan dışlanması, ayrımcılığa maruz kalması şeklinde olabilmektedir. Bu eylemler daha çok pornografik ve cinsel içerikli objeler, resim ya da text mesajlarının gönderilmesi, mağdurun etnik kökeni, dini, cinsiyeti, cinselliği, sosyal ve ekonomik durumu ya da diğer özellikleriyle ilgili nefret söylemi içeren bilgilerin paylaşılması, mağdurun elektronik ortamda hareketlerinin takip edilmesi ve kimliğinin çalınması,³ e-posta hesabı şifresinin kırılması, sosyal medya platformlarından mağdur adına sahte hesaplar oluşturularak kullanılması, kişiye ait kişisel veri niteliğindeki bilgilerin başkaları ile paylaşılması, bu eylemlerin ısrarla ve tekrar edilerek sürdürülmesi⁴ şeklinde kendisini göstermektedir,⁵

Siber zorbalık konusunda kapsamlı yasal düzenleme yapan ülkelerden birisi de Kanada'dır. Kanada'nın Manitoba Eyaleti Meclisi'nde 10 Temmuz 2013 Tarihinde görüşülerek kabul edilen 214 sayılı Siber Zorbalığı Önleme Yasası'nın (The Cyberbullying Prevention Act) 28. maddesinde; elektronik haberleşme cihazları kullanılarak; başta sosyal medya araçları olmak üzere, text mesajları, anlık mesajlar, forumlarda yapılan yorumlar ve e-posta da dahil olmak üzere tekrar eden bir surette saldırganın kasıtlı olarak ya da bir kısım sonuçların doğabileceğini varsaymak suretiyle mağdura zarar verme, korku ve kaygıya sürüklenme, sağlığını tehdit etme, ruhsal dengesini bozma, özgüvenini kaybettirme, şan ve şöhretine zarar verme amacıyla bizzat fiili işle-

³ "Cyberbullying A Report On Bullying in a Digital Age, September 2011", http://www.nysenate.gov/files/pdfs/final%20cyberbullying_report_september_2011_0.pdf, (E.T.17.11.2014)

⁴ Julian J Dooley, Jacek Pyzalski, Donna Cross, "Cyberbullying Versus Face-to-Face Bullying A Theoretical and Conceptual Review", http://icbtt.arizona.edu/sites/default/files/cross_set_al_cyber_vs_face-to-face.pdf, (E.T.01.07.2014); <http://no-bullying.com/solutions-for-cyber-bullying/>, (E.T.01.07.2014)

⁵ Ümmü Meliha Bolaç, Gülsem Güler, Özlem Kartal, "Siber Zorbalık", http://inter-netzorbalig.blogspot.com.tr/2012_03_01_archive.html, (E.T.22.11.2014)

mesi ya da bu fiili işleyenlere yardım edip cesaretlendirmesi olarak tanımlanmaktadır.⁶

Tanımda özellikle vurgulanan hususlar ise; mağdura zarar verme kastının bulunması, doğabilecek somut sonuçların öngörülmesi, eylemler sırasında bilişim teknolojilerinin kullanılması, eylemin içeriğinin her türlü haberleşme türünü kapsamaması, eylemin tekrar etmesi, fiili işleyenlere yardım edip cesaret verenlerin de tanım kapsamında sayılmasıdır.

Bir fiilin siber zorbalık kapsamında değerlendirilmesinin en önemli koşulu, fail ve mağdurun çocuk veya genç olmasıdır.⁷ Fiili gerçekleştiren tarafın bir yetişkin olması halinde ise fiil, siber taciz veya siber takipçilik olarak ifade edilmektedir.⁸ Siber zorbalığın unsurlarından birisi de; bu eylemler sırasında bilişim teknolojilerinin kullanılmasıdır. Yapılan eylemin amacı genellikle; eyleme maruz kalan kişiye hakaret/tehdit etmek veya şantaj yapmak suretiyle küçük düşürülmesinin hedeflenmesidir.

Hukuka aykırı bu eylem tarzı öncelikle gelişmiş ülkelerde ortaya çıkmış olup, daha sonra da teknolojik gelişmelere de bağlı olarak dünyanın her tarafına yayılan bir suç türü haline gelmeye başlamıştır. Gelişen bilişim dünyasında iletişim teknolojisini kullanan kötü niyetli kişiler, bu teknolojilerin getirmiş olduğu avantajları da kullanarak ve çok fazla zaman da harcamadan kısa bir süre içerisinde mağdur edebilecekleri yüzlerce kişiye ulaşabilmektedirler. Siber zorbaların hedefinde genellikle iletişim teknolojilerini de yüksek oranda kullan-

⁶ "The Cyberbullying Prevention Act", <http://web2.gov.mb.ca/bills/40-2/b214e.php>, (E.T.27.11.2014)

⁷ Uluslararası mevzuatta ve iç hukukta 18 yaşından küçüklerin çocuk sayılacağı hususunda yasal düzenleme mevcut iken henüz hangi yaş grubunda olanlara "genç" denmesi gerektiği hususunda açık bir tanımlama yoktur. Yasal olmamakla birlikte ilk tanım 1985 yılında Birleşmiş Milletler Gençlik Yılı kapsamında düzenlenen faaliyetlerde gençlerin yaşı 15-24 arası olarak ifade edilmiş, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından organize edilen Birleşmiş Milletler 2000 Yılı Dünya Gençlik Programı kapsamında dünya gençler nüfusu hakkında konuşulurken de bu tanım kullanılmıştır. (Mourad Mahidi, "The Young and The Rightless ? The Protection of Youth Rights in Europe", http://www.youthforum.org/assets/2013.11/The-Young-and-the-rightless_The-Protection-of-Youth-Rights-in-Europe_THESIS-PDF.pdf, (E.T.22.11.2014))

⁸ Fusun S. Nebil, "Siber Zorbalık Doğrudan ya da Dolaylı Gerçekleşebilir - 1", <http://www.turk-internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=35509>, (E.T.22.11.2014)

ma becerisi ve merakı olan 12 - 18 yaş arası okul çağındaki çocuklar oluşturmaktadır. Çocuklar ya da gençlerin interneti kullanmaları sırasında siber zorbalığına maruz kalmaları artık günümüzde olagan bir durum haline gelmiştir.

Bilişim teknolojileri vasıtasıyla zorbalık sadece okul çevresi ve sokak köşeleriyle sınırlı olmayıp her yerde, hatta en çok güvenli olan evlerde, haftanın yedi günü ve yüzlerce insanın da içine alan potansiyeliyle bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Siber zorbalık bu gücüyle çok yıkıcı olduğu gibi maruz kalanların hislerini acıtan,⁹ aşağılayan, sınırlendiren ve depresyona sokan hatta intihar ettiren bir boyuta ulaşabilmektedir.¹⁰

Geleneksel zorbalıktan farklı olarak siber zorbalık, fiziksel olarak güç kullanmayı gerektirmediği gibi mağdurla karşı karşıya olmayı ya da aynı mekanda bulunmayı da gerektirmemektedir. Siber zorbalık çok kolay bir şekilde kimliklerini gizleyebilmekte, suç işledikleri sırada teknolojilerin avantajlarını kullanarak deliller ortadan kaldırmaktadırlar. Yine geleneksel zorbalıktan farklı olarak siber zorbalık, haftanın yedi günü, günün 24 saati işlenebilme potansiyeline sahiptir. Bu durum ise, mağdurun daha çok korkmasına ve endişe duymasına sebep olduğu gibi siber zorba açısından da yakalanma riskini azaltmaktadır.

Siber zorbalık, karşı tarafta oluşturdukları endişe ve korkuyu göremediklerinden mağduru aşağılama, tehdit etmede, hor görme veya dalga geçmede yüz yüze zorbalıktan farklı olarak nerede bu eyleme son vermesi gerektiğini de bilemediği gibi, yapılan hareketin ölçüsünü de ayarlayamamaktadırlar. Bu durumda da failin kastının tespiti de zorlaşmaktadır. Yine siber zorbalıkta eyleme maruz kalan online ortamda daha fazla kişi huzurunda mağdur edilebilme potansiyeline sahiptir. Mağduru rencide edici olan e-posta eş zamanlı olarak yüzlerce insana gönderilebildiği gibi sosyal medya hesapları üzerinden ya da forumlarda yapılan yorumlar da çok kısa zamanda çok daha fazla

⁹ Lyrisa Lidsky, Andrea Pinzon Garcia, "How Not to Criminalize Cyberbullying", http://www.meganmeierfoundation.org/cmss_files/attachmentlibrary/Cyberbullying-Laws.pdf, (E.T.27.12.2014)

¹⁰ "Dealing with Cyberbullying", <http://www.helpguide.org/articles/abuse/cyberbullying.htm>, (E.T.22.11.2014)

kimseye ulaşabilmekte, bu durum ise mağdur üzerinde daha fazla şok edici etki meydana getirebilmektedir.

Siber zorbalıkta erkek çocukları ile kız çocuklarının maruz kaldıkları zorbalık türleri farklılık göstermektedir. Erkek çocukları daha çok cinsel içerikli mesaj ya da görüntü gönderilerek ya da fiziksel olarak zarar verileceğine dair tehditlerle rahatsız edilirken, kız çocukları daha çok yalan ve dedikodu yayma, onların sırlarını başkalarıyla paylaşma, e-posta listesinden dışlanma, arkadaş listesinden çıkartılma ya da diğer haberleşme vasıtalarıyla haberleşmenin kesilmesi şeklinde olabilmektedir. Siber zorbalık için dijital ortam çok kolaylık sağlamakta olup çocuklar ya da gençler kolay bir şekilde rol değiştirerek siber zorba olabildikleri gibi siber zorbalığın mağduru da olabilmektedirler.¹¹ Siber zorbalık mağdurların depresyona girmesine, endişe taşımalarına, özgüvenini yitirmesine neden olabileceği gibi intihar düşüncesi dahi oluşturabilmektedir.

Bir kısım siber zorbalık eylemleri, okulda sağlıklı eğitim alma hakkını düzenleyen yasaları, ayrımcılığı ya da cinsel taciz suçlarını düzenleyen yasalar içerisinde değerlendirilmektedir.¹² Siber zorbalık ile siber takibi birbirinden ayırmak her zaman için mümkün olmamaktadır. Siber zorbalıkta daha çok zarar verme kastı ile hareket edilirken siber takipçiliklikte mağdurların devamlı surette takip edilmesi, taciz ve kontrol edilmesi durumu söz konusudur.¹³

Siber zorbalık sadece okullarda gençler ve çocukları hedef almayıp aynı zamanda on online arkadaşlıkların kurulması için çokça tercih edilen sosyal ağların üyelerini de mağdur etmektedir.¹⁴ Bu sosyal ağla-

¹¹ "Dealing with Cyberbullying", <http://www.helpguide.org/articles/abuse/cyberbullying.htm>, (E.T.22.11.2014)

¹² "Dealing with Cyberbullying", <http://www.helpguide.org/articles/abuse/cyberbullying.htm>, (E.T.22.11.2014)

¹³ John Palfrey, "Enhancing Child Safety And Online Technologies:Final Report Of The Internet Safety Technical Task Force To The Multi-State Working Group On Social Networking Of State Attorneys General Of The United States", http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/ISTTF_Final_Report.pdf, (E.T.22.11.2014)

¹⁴ Siber zorbalık sadece okul çağındaki öğrencilere yönelik olmayıp aynı zamanda online arkadaşlık sitelerinde de kendini göstermektedir. Online arkadaşlık sitesi vasıtası ile flört edenlerin siber zorbalığa maruz kalma riski %38.2 iken online işlemler dışında bu oran %14.7 dir. Yapılan araştırmalarda siber zorbalığa maruz kalanları; internet başında uzun süre vakit geçirenler, uzun süre cep telefonu

ra üye olan kişiler tanıştıkları kişilerle karşılıklı olarak başta mahrem resimleri ve videoları olmak üzere kişisel verilerini rahat bir şekilde paylaşabilmektedirler. Bu sosyal ağlardaki dostlukların bozulması durumunda da kişisel verileri depo eden taraflardan birisi, tehdit, şantaj ve benzeri sebeplerle bu verileri kullanmak suretiyle siber zorbalık suçunu işlemektedir. Bu şekilde işlenen siber zorbalık suçu oranı okul ortamında gençler ve çocuklar arasında işlenenden çok daha yüksektir.¹⁵

2. Zorbalık, (Bullying), Siber Zorbalık (Cyberbullying) ve Siber Takipçilik (Cyberstalking) Arasındaki Farklar

Siberzorbalık(Cyberbullying),sibertakipçilik(cyberstalking),¹⁶ siber tehdit (Cyberthreats),¹⁷ siber taciz (Cyberharassment),¹⁸ siber cinsel içerikli mesaj (Cybersexting)¹⁹ ve siber yakın arkadaşlık (Cyberdating)²⁰ köken olarak birbirine yakın ve siber zorlama suçuyla da doğrudan

-
- kullanıcılar, çok miktarda alkol ve uyuşturucu alanlar, suç işleme alışkanlıkları yüksek olanlar şeklinde sıralanmaktadır. (Janine M. Zweig, Meredith Dank, Pamela Lachman, Jennifer Yahner, "Technology, Teen Dating Violence and Abuse, and Bullying", <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/243296.pdf>, (E.T.22.11.2014))
- ¹⁵ (Janine M. Zweig, Meredith Dank, "Teen Dating Abuse and Harassment in the Digital World Implications for Prevention and Intervention", <http://www.urban.org/UploadedPDF/412750-teen-dating-abuse.pdf>, (E.T.17.11.2014))
- ¹⁶ Cyberstalking: (siber takipçilik); elektronik cihazlar ve network teknolojisiyle tekrarlanan bir şekilde kişilerin taciz edilmesi, tehdit edilerek zarar verileceğinin beyan edilmesi ve kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi eylemdir. (Sameer Hinduja, Justin W Patchin, "Cyberbullying Glossary Brief Overview of Common Terms", http://cyberbullying.us/cyberbullying_glossary.pdf, (E.T.17.11.2014))
- ¹⁷ Cyberthreats: (siber tehdit); elektronik cihazlar ve network teknolojisi kullanılarak bir başkasına veya kendisine zarar verme, incitme niyetiyle yapılan eylemlerdir. (Sameer Hinduja, Justin W Patchin, "Cyberbullying Glossary Brief Overview of Common Terms", http://cyberbullying.us/cyberbullying_glossary.pdf, (E.T.17.11.2014))
- ¹⁸ Siber taciz anlamına gelmektedir.
- ¹⁹ Cybersexting: (cinsel içerikli siber mesaj); özellikle genç kişilerin kullandıkları cep telefonları, bilgisayarlar vasıtasıyla cinsellik içeren ya da seksi çağrıştıran resim ya da yazıların gönderilmesidir. Mağdura ait bu şekildeki verilerin ele geçirilmesinde en büyük sebeplerden bir tanesi ise çoğu zaman mağdurun rızası ile paylaşmış olduğu şahsi bilgilerinin daha sonra kendisi aleyhine kullanılması şeklinde görülmektedir. Gençlerin % 15'i bu şekilde mesaj aldıklarını beyan etmişlerdir. (Anne Collier, "Youth Safety on a Living Internet:Report of the Online Safety and Technology Working Group", http://www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/ostwg_final_report_070610.pdf, (E.T.17.11.2014))
- ²⁰ Cyberdating: (siber ortamda flört etme); daha çok cinsel birliktelik amaçlanarak dijital ortamda kurulan arkadaşlığı ifade etmektedir.

bağlantısı olan kavramlardır. Zaman zaman bu kavramlar birbirine karıştırılabildiği gibi yasal düzenlemelerde de bu kavramların kapsamları genişletilmek suretiyle birbirlerinin yerine kullanılabilir. Birbirine en yakın anlam ifade eden kavramlar ise zorbalık, siber zorbalık ve siber takipçilikçiliktir.²¹

Klasik zorbalık ya da başka bir ifadeyle yüz yüze zorbalık ile siber zorbalık arasında suçun işleniş şekli, işlendiği yer, işlenme zamanı ve benzeri hususlarda birçok farklılık bulunmaktadır. İfadelerden de anlaşılacağı üzere klasik zorbalıkta fail ile mağdur karşılıklı ve yüz yüze siber zorbalıkta genellikle fail ve mağdur yüzyüze olmadığı gibi çoğu zaman da fail kimliğini gizlediğinden daha çok mağdur tarafından bilinmeyen kişi olmaktadır.

Çocuklara ve gençlere karşı yapılan yüz yüze zorbalık genelde okul içerisinde, eklentilerinde, spor salonlarında, sokaklarda ve benzeri yerlerde meydana gelirken siber zorbalık; okulda, çocukların ve gençlerin kendilerini güvende hissettikleri evlerinden ya da başka ortamlarda maruz kaldıkları/kalabilecekleri bir saldırı türüdür. Klasik zorbalık genellikle okul saatleri içerisinde gerçekleşirken, siber zorbalıkta zaman ve mekânın önemi olmadığından mağdur 7/24 siber zorbanın hedefindedir. Klasik zorbalıkta olaya şahit olan kişi sayısı çok azken, siber zorbalık bazen milyonların vakıf olduğu bir ortamda ve global ölçekte işlenebilmektedir. Klasik zorbalıkta olayın delili daha çok görgü şahitleri iken siber zorbalıkta, yazı, ses, resim, video ve log kayıtları gibi dijital delillerdir.

Klasik zorbalığın aksine siber zorbalıkta delil çeşitliliği çok daha fazla olmakla birlikte bu deliller uçucu mahiyetteki verilerden oluşmaktadır. Bu deliller koruma altına alınmazsa kısa zamanda yok edilebileceği gibi ayrıca isbatı zor, inkârı kolay olan deliller kapsamında değerlendirilmektedir. Klasik zorbalıkta kişilerin daha çok vücut bütünlüğü ve sağlığını tehdit edilirken siber zorbalıkta daha ziyade kişinin ruhsal durumunu tehdit altındadır. Klasik zorbalığın etkileri kısa zamanda fark edilmesine rağmen siber zorbalıkta zorbalığa maruz kalan bu durumu paylaşıp rapor etmediği müddetçe, başkaları tarafından farkedilmesi çok da kolay olmayacaktır. Klasik zorbalıkta yardım

²¹ Tanya Beran, Qing Li, "The Relationship between Cyberbullying and School Bullying", *Journal of Student, Wellbeing* 2007, Vol. 1(2), p.15-33

ve destek almak daha kolay siber zorbalıkta yardım ve destek almak, olaylara müdahale etmek ve olayların akışını engellemek çok daha zordur. Fail ve mağdurun her ikisinin de gençlerden ve çocuklardan oluşması durumunda siber zorbalık, failin yetişkin olması durumunda ise siber takipçilikten bahsedilecektir²². Her ne kadar bu ayırım dil bilimi açısından bir farklılık gibi gözükse de ABD'deki birçok kanuni düzenlemede siber zorbalık ile siber takipçiliklik terimleri benzeri hususları ifade etmektedir.²³

3. Siber Zorbalığın Görülme Biçimleri

Siber zorbalık daha çok birbirini tanıyan kişiler arasında gerçekleşen bir suç türüdür. Birbirini yakından tanıyan kişilerin kıskançlık, düşmanlık, arkadaşlığın sona ermesi ve benzeri sebeplerle, mağdura ait, daha önceden bildiği cep telefonu numarasını, e-posta adresini, sosyal medya hesabını kullanarak eyleme geçmesi ve mağduru rahatsız etmesi şeklinde gerçekleşebilmektedir. Bu tür bir saldırılar daha çok mağdurum kişisel karakteri ve fiziksel özellikleri ile dalga geçilerek aşağılanması, hor görülmesi ve hakaret ve tehdit edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

Siber zorbalık türlerinin başında yakın arkadaşlık ilişkisi içerisinde elde edilen ses, resim, görüntü ya da daha önce iletilen anlık mesaj ya da text mesajlarının kişinin rızası olmaksızın sosyal paylaşım platformlarında ya da forumlarda paylaşılmasıdır. Genellikle bu eylem mağdura zarar verme saikiyle gerçekleştirilmektedir. Bu şekildeki bir saldırı daha çok erkeğin kız arkadaşına, kızın ise erkek arkadaşına karşı gerçekleştirdikleri saldırı türüdür. Aynı zamanda online arkadaşlık sitelerinde tanışan kişiler de benzeri şekillerde saldırıya maruz kalmaktadır. Bu şekildeki zorbalıklarda daha çok kişiye ait mahrem nitelikteki verinin kamuoyu ile paylaşılacağı tehdidiyle mağdurun bedeninden, parasından istifade etme ya da intikam alma arzusu mevcuttur. Siber zorbalık çoğu zamanda şantaj yapmanın hazırlayıcısı olarak kullanılmaktadır.

²² Fusun S.Nebil, "Siber Zorbalık Doğrudan ya da Dolaylı Gerçekleşebiliyor - 1" <http://www.turk-internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=35509>, (E.T.22.11.2014)

²³ "cyberbullyingOverview; The Legislative Assembly of Manitoba", <http://web2.gov.mb.ca/bills/40-2/b214e.php>, (E.T.29.11.2014)

Diğer bir saldırı türü ise kişinin e-posta parolası, sosyal medya kullanıcı adı ve parolası gibi elektronik iletişimde kullanmış olduğu haberleşme vasıtalarının kullanıcı kimliklerinin ve parolalarının ele geçirilmesi suretiyle gerçek hesap sahibi gibi davranarak bir kısım kişilere hakaret, tehdit, şantaj, iftira türü mesajların gönderilmesi ya da hesabı ele geçirilen kişiye ait verilerin bu hesaplar üzerinden başkalarına gönderilmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

Yine diğer bir saldırı türü ise mağdurun; twitter, facebook gibi sosyal medya gruplarından, e-posta listelerinden ya da wattsApp, Viber, Google Talk gibi kısa mesajla haberleşme gruplarından çıkartılarak görmezden gelinmesidir. Kısacası siber yok sayma, görmezden gelinme, varlığına değer vermeme şeklinde gerçekleşmektedir. Bu durum da zamanlarının çoğunu dijital dünyada harcayan çocuklar ve gençler için büyük bir travma oluşturmaktadır. Ayrıca gençler arasında sosyal medyadaki takipçi sayısı, eklemiş oldukları resimlerin, yapmış oldukları yorumların beğenilmesi ve takdir edilmesi sosyal statü açısından yadsınamaz bir öneme sahiptir. Dijital ortama bağımlılık ile siber zorbalığa maruz kalma doğru orantılıdır.

Günümüzde sosyal medya, dijital dünya ya da siber ortam; sadece eğlence amacıyla değil, aynı zamanda öğrencilerin kendi aralarında sosyal içerikli organizasyonlar, dersleriyle ilgili bilgi paylaşımları, interaktif eğitimler için de eşzamanlı bilgi edinmeleri açısından vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Siber zorbalık yaptırımını ile bu ortamlardan dışlanan çocuklar ya da gençlerin aynı zamanda dersleriyle ve okullarıyla olan bağlarının zayıflamasına da sebebiyet verilebilmektedir.

Dünya çapında maruf ve meşhur olmak isteyen bireysel ya da grup şeklinde hareket eden bilgisayar korsanları, kişilerin e-posta hesaplarında, kapalı devre sosyal medya hesaplarında, veri depolama imkanı veren bulut bileşim gibi sistemlerde kamuoyu ile paylaşılmayan ve özellikle toplum tarafından tanınan kişilere ait gizli veri ve belgeleri deşifre etmek suretiyle psikolojik anlamda kendilerini tatmin etmek, isimlerinden bahsedilmesini sağlamak amacıyla da hareket edebilmektedirler.²⁴ Bu şekilde yapılan bir eylem daha çok kamuoyu tarafın-

²⁴ Son zamanlarda, dünya kamuoyunda meşhur olarak bilinen, birçok kişinin mahrem nitelikteki resimleri bilgisayar korsanları tarafından çalınmak suretiyle internet üzerinden paylaşılmıştır. (Sean Gallagher,., "What the Celebrity Photo Hack Can Teach Us About Cloud Security", <http://www.wired.co.uk/news/>

dan tartışılmakta ve bilinmekte, eylemi gerçekleştirenler de korkutma ve sindirme amaçlı eylemlerinde daha fazla başarı kazanmaktadırlar.

Yine diğer bir siber zorbalık türü de algı yönetimi²⁵ ile toplum içerisindeki herhangi bir sosyal grubun, etnik kökenin, cemaatin ya da cemiyetin hedef alınmasıyla ve algı yönetimi yapılmak suretiyle yıpratılması, haklarında dedikodu yayılması, iftira atılması veya nefret söylemlerinin yaygınlaştırılmasıdır. Suç işlenirken genellikle grup halinde hareket eden, anonimliğin arkasına sığınan,²⁶ bir merkezden organize edilen, iştirak halinde ve suç örgütü şeklinde çalışan siber zorbalık gruplarından söz etmek mümkündür. Bu zorba grupların amacı bireyden ziyade toplumu yönlendirmek, şekillendirmek, toplumun benliğinden uzaklaştırmak ve de dejenere etmektir. Çoğu zaman da algı yönetimi yapan kişi ya da gruplar toplumun dikkatini başka bir hedefe yönlendirmek suretiyle gayri meşru amaçlarını gizleme gayretine girişmektedirler. Bu eylemler aynı zamanda başka suçları da oluşturabilecektir.

Siber zorbalığın işlenme metotları yukarıdaki sayılanlarla sınırlı olmayıp teknolojiye hızlı gelişmelerin önümüzdeki dönemlerde siber zorbalara hangi imkânları sunacağını şimdiden kestirmek çok da kolay olmayacaktır.²⁷

archive/2014-09/02/j-law-cloud-security, (E.T.27.11.2014)); Bu durumda bir siber zorbalık türüdür. Bu siber zorbalanın ifşa ettikleri resimlerin dışında ellerinde ayrıca diğer maruf ve meşhur kişilere ait görüntülerin olup olmadığı bilinmediği gibi bu kişilere şantaj yapmak suretiyle menfaat temin edip etmedikleri de gizimini korumaktadır.

²⁵ Yousaf Sekander, "Perception Engineering with Social Media", <http://www.rocketmill.co.uk/the-use-of-social-media-for-perception-management>, (E.T.01.01.2015); Tony Cartalucci, "Facebook: Colonialism 2.0. Managing Public Perception. The Pinnacle of Social Engineering", <http://www.globalresearch.ca/facebook-colonialism-2-0/5421420>, (E.T.01.01.2015)

²⁶ Özellikle sosyal medyada anonim kalabilme yeteneğinin olması birçok etik sorunu da beraberinde getirmiştir. Anonim kalmakla sosyal medya kullanıcıları, internet ortamında her türlü fiziksel sınırı, arkalarında iz bırakmaksızın, aşabilme gücünü elde etmişlerdir. (Stephen J.A Word, Social Media Ethics, Social Media Communication Concepts, Practices, Data, Law And Ethics, Routledge, First Edition, New York 2015, p.185). İnternet kullanımında ve sosyal medyada anonimlik ifade özgürlüğünün serbest bir şekilde kullanması açısından kişiye daha özgür bir ortam sağlarken suç işleyen kişilerin de muhtemel sorumluluktan kurtulmak için korkakça saklandıkları bir görünmezlik zırhıdır. (Richard A Spinello, Anonymous Speech, Cyberethics Morality and Law in Cyberspace, Jones&Barlett, Fourth Edition, Burlington 2011, p.76)

²⁷ Son zamanlardaki gelişmelere göre kişilerin video görüntülerinden parmak izi

4. ABD Hukuk Sistemi

Siber zorbalık eylemi ile ilgili ABD ve Türkiye Hukuk Sistemlerinin karşılaştırılabilirliği için öncelikli olarak ABD Hukuk Sistemi'nin genel yapısından kısaca bahsetmek gerekecektir.

ABD 50 eyalet ve 1 federal bölgeden oluşan federal bir cumhuriyettir. Anayasa gereği, ABD hukukunda temelde iki yargı sistemi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi eyalet yargı sistemi, ikincisi ise federal yargı sistemidir. Bu yetki ABD Anayasası'nın 3. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; federal mahkemelere verilen yetkilerin dışında kalan hususlarda eyalet mahkemeleri yetkilidir²⁸. Anayasaya göre, her eyalet diğer bütün eyaletlerin kanunlarına ve mahkeme kararlarına kayıtsız şartsız bir şekilde uymak zorundadır. Bu nedenle bir eyalet mahkemesinin kararı diğer eyaletleri de bağlayıcı niteliktedir.²⁹

Federal mahkemelerin görevine ilişkin düzenleme ABD Ceza Muhakemesi Kanunu ile yapılmıştır. Kongre tarafından kabul edilen kanunlarda tarif edilen suçlarla ilgili yetki federal mahkemelere aittir. Federal mahkemelerin yetkisi genellikle eyalet sınırları içerisinde çözümlenemeyecek hususları kapsamaktadır. Federal yargının ilk derece mahkemesi tüm eyaletlerde ihtiyaç görülen sayıda kurulmuş olan ABD Bölge Mahkemeleridir. Mahkemelerin yer itibarıyla yetkilerinin belirlenmesinde coğrafi yapılanma esas alınmıştır. ABD'de federal düzeyde ara kanun yolu mahkemeleri istinaf mahkemeleri olup, ülke çapında yargı çevresi de belli olan 13 istinaf mahkemesi bulunmaktadır. İstinaf mahkemelerinin kararlarına karşı itiraz mercii ABD Yüksek Mahkemesidir.³⁰

Bazı federal ülkelerin aksine ABD'de federal hükûmetin ve eyaletlerin her birinin ceza mevzuatı da dâhil olmak üzere ayrı ayrı temel

oluşturulabilmektedir. Yeni çıkan bir kısım cep telefonlarının kilitlerinin parmak izine duyarlı olarak açıldıkları dikkate alındığında siber suçlular açısından yeni yöntemler geliştirmelerine zemin hazırlayacak yeni imkanların ortaya çıktığı görülmektedir. (Richard Padilla, "Chaos Computer Club Demonstrates How to Reproduce Fingerprints Using Public Photos", <http://www.macrumors.com/2014.12/29/cc-reproduce-fingerprints-public-photos/>, (E.T.30.12.2014))

²⁸ "U.S. Legal System", <http://iipdigital.usembassy.gov/media/pdf/books/legalotn.pdf>, (E.T.01.12.2014)

²⁹ <http://www.uscourts.gov/FederalCourts.aspx>, (E.T.03/01.2015)

³⁰ <http://www.usa.gov/Agencies/Federal/Judicial.shtml>, (E.T.03/01.2015)

kanunları bulunmaktadır. Eyaletlerde ise genel olarak ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve eyalet yüksek mahkemeleri şeklinde üçlü bir mahkeme yapılanması mevcuttur.³¹

ABD hukuk sisteminde ülkemizde olmayan farklı bir müessese mevcuttur. Türkçe'ye "mahkemenin dostu" (Amicus Curiae) şeklinde çevrilebilecek olan bu uygulamaya göre; hukukla ya da gerçekte ilgili bilgi vermek ya da tavsiyede bulunmak suretiyle mahkemeye yardımcı olan kişi ya da kuruluşların, davaya taraf olmadan yargılaması devam eden davalarda, menfaati olmasa da, müdahil gibi davranabilme imkânının üçüncü kişilere sağlandığı bir yoldur. ABD Yüksek Mahkemesi ise; federal, eyalet ve yerel hükümetlerin kendilerini ilgilendiren herhangi bir davada mahkemenin ya da tarafların rızası olmadan da görüşlerini bildirmelerine izin vermektedir.³²

5. United States v. Drew Dosyası

a. Giriş

2014 yılı Haziran ayında yayınlanan bir rapora göre; ABD'deki 12-18 yaş arası öğrencilerin %28'i fiile zorbalığa, %9'u ise siber zorbalığa maruz kalmışlardır. Siber zorbalığa maruz kalanların %4'üne diğer öğrenciler tarafından zararlı içerik gönderilmiş, %3'üne ise eş zamanlı mesaj gönderilmiştir. %2'sine zararlı e-posta gönderilmiş, %1'inin ise özel bilgileri internet ortamında paylaşılmıştır. Kız öğrencileri erkek öğrencilerden %4,3 oranında daha fazla siber zorbalığa maruz kalmıştır. Beyaz öğrenciler %11 oranıyla en fazla siber zorbalığa maruz kalan grup olup, bu öğrencileri %8 ile İspanyollar, %7 ile de siyahi öğrenciler takip etmiştir. Siber zorbalığa maruz kalma oranı kırsal bölgelerde göre daha fazladır.³³

ABD'de kız öğrencileri erkek öğrencilerine göre iki kat daha fazla siber zorbalığa maruz kalmıştır. Siber zorbalığa maruz kalanlar dokuz kat daha fazla intihara eğilim göstermektedir. Siber zorbalığa maruz

³¹ Yusuf Solmaz Balo, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Mahkeme Teşkilatı", *AÜHFĐ*, Ankara 2012, C. 61, S.3, s.977

³² Amicus Curiae, http://en.wikipedia.org/wiki/Amicus_curiae, (E.T.03.01.2015)

³³ Thomas D Snyder, Rachel E Morgan, Amy Rathbun, Jana Kemp, Simone Robers, "Indicators of School Crime and Safety", <http://nces.ed.gov/pubs2014/2014042.pdf>, (E.T.17.11.2014)

kalan öğrencilerin sadece onda biri ailelerine ya da ilgili otoritelere, maruz kaldıkları zorbalığı rapor etmişlerdir.³⁴

Siber zorbalık konusunda yeni yasal düzenlemelere neden ihtiyaç olduğunun daha iyi analiz edebilmesi için, ABD kültüründeki “kazan ya da öl” şeklindeki yarışın da etkisiyle,³⁵ bilgisayarların ne denli kötüye kullanıldığı ve meydana gelen bir kısım kötü neticeleri hatırlamakta fayda vardır.³⁶

Zihinsel ve fiziksel olarak özürlü olan Ryan Halligan, (1989–2003), hakkındaki bir kısım gay olduğuna dair bilgilerin arkadaş grubu vasıtasıyla anlık mesajlaşma sistemi kullanılarak (AOL Instant Messenger) paylaşılması üzerine, 7 Ekim 2003 tarihinde kendi evinde intihar etmiştir. Meydana gelen bu olay sonrası mevzuat açığının giderilmesi, zorbalık eylemi ile mücadele edilmesi amacıyla okulların da işbirliği yapması gerektiğini düzenleyen Vermont’un İntihar Önleme Yasası (Vermont’s Suicide Prevention Law),³⁷ 2006 yılı Nisan ayında kabul edilmiştir.³⁸

18 yaşında olan Jessica Logan, (1990–2008), kendi rızasıyla çıplak resimlerini erkek arkadaşına göndermiş, erkek arkadaşından ayrıldıktan sonra da bu resimler okuldaki bütün öğrencilere gönderilmiş ve erkek arkadaşının Facebook ve MySpace hesaplar üzerinden ve paylaşılmıştır. Bu psikolojik baskıdan kurtulamayan Jessica Logan intihar etmiştir.³⁹ Bu olay sonrası, Ohio Eyaletinde 2012 yılı Şubat ayında 116 numaralı Jessica Logan Yasası’nı (Jessica Logan Act) kabul edilmiştir.⁴⁰ Bu kanunla siber zorbalıkla mücadele konusunda detaylı düzenlemeler yapılmıştır.

³⁴ “Discover Internet Abuse Laws”, <http://prodsee.wordpress.com/2014/09/25/discover-internet-abuse-laws/>, (E.T.19.11.2014)

³⁵ Richard Donegan, “Bullying and Cyberbullying: History, Statistics, Law, Prevention and Analysis”, *The Elon Journal of Undergraduate Research in Communications*, Elon 2012, Vol. 3, No. 1, p.39

³⁶ Ryan Broderick, “9 Teenage Suicides In The Last Year Were Linked To Cyberbullying On Social Network Ask.fm”, <http://www.buzzfeed.com/ryanhatsth-is/a-ninth-teenager-since-last-september-has-committed-suicide#.oPYPz5M72>, (E.T.28.12.2014)

³⁷ <http://www.leg.state.vt.us/docs/legdoc.cfm?URL=/docs/2004/acts/ACT117.HTM>, (E.T.22.11.2014)

³⁸ “Six Unforgettable CyberBullying Cases”, <http://nobullying.com/six-unforgettable-cyber-bullying-cases/>, (E.T.17/05.2014)

³⁹ “Six Unforgettable CyberBullying Cases”, <http://nobullying.com/six-unforgettable-cyber-bullying-cases/>, (17/05.2014)

⁴⁰ <http://nobullying.com/jessica-logan/>, (E.T.22.12.2014)

Tyler Clementi, (1991–2010) isimli üniversite öğrencisinin, bir erkek arkadaşıyla cinsel içerikli görüntüsü kaydedilerek Twiter hesabı üzerinden paylaşılmış, kendisi ile alay edilen öğrenci 22 Eylül 2010 tarihinde George Washington köprüsünden atlayarak intihar etmiştir. Bu olay sonrası da 2011 yılı Mayıs ayında Siber zorbalıkla mücadele için Tyler Clementi Yükseköğretim Anti-Taciz Yasası (Tyler Clementi Higher Education Anti-Harassment Act) hazırlanmış, ifade özgürlüğünü engelleme endişesi taşıdığından yasalaşmamıştır.⁴¹

British Columbia’da yaşayan Amanda Todd, (1996–2012), isimli genç kıza video sohbet odalarında tanıştığı kişiler tarafından çekilen çıplak görüntüleri kullanılarak şantaj yapılmış, daha sonra da bu resim ve görüntülerin internette ve sosyal medyada paylaşılması üzerine mağdur intihar etmiştir. Bu intihar olayından sonra yasa koyucular siber zorbalıkla mücadele konusunda stratejiler geliştirerek “The Amanda Todd Legacy”⁴² ismiyle resmi bir blog oluşturmuşlar ve oluşturdukları bir blog üzerinden ailelere yardım ve destek vermeye başlamışlardır.⁴³

Günümüzde güncel ve ABD kamuoyunda çokca tartışılan bir başka konu ise Elonis v. United States dosyasındaki dava konusudur. Sanık Anthony Elonis, Facebook sosyal paylaşım sistemi hesabı üzerinden iş ortağı ve eski eşi mağdura karşı; “şu andaki bildiklerimi, daha önce bilseydim, seni yastıkla boğar, tecavüze uğrayıp öldürülmüş süsü vererek çöpe atardım” şeklinde paylaşımında bulunmuştur.⁴⁴ 18 Numaralı Başlıklı ABD Kanunu, Bölüm 875(c), (18 U.S.C. § 875(c)) maddesi gereğince sanık hakkında eski eşi mağdureye karşı şiddet uygulayacağını belirttiğinden bahisle tehdit suçundan dolayı dava açılmıştır.⁴⁵

⁴¹ <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-113hr482ih/pdf/BILLS-113hr482ih.pdf>, (E.T.27.11.2014); F. Nebil Sarp, “Siber Zorbalığın Önlenmesinde, Ebeveynler ve Okullara Kadar 3. Şahıslara da Görev Düşüyor-2”, <http://www.turk.internet.com/portal/yaziyaz.php?yaziid=35510>, (17.11.2014)

⁴² <http://amandatoddlegacy.org/>, (E.T.03/01.2015)

⁴³ “Six Unforgettable CyberBullying Cases”, <http://nobullying.com/six-unforgettable-cyber-bullying-cases/>, (E.T.17/05.2014)

⁴⁴ Sarah Jeong, “The Supreme Court is About to Tackle Online Threats for The First Time, A Case About Violent Facebook Posts Could Change How Internet Speech is Prosecuted”, <http://www.theverge.com/2014.11/26/7292755/supreme-court-tackle-online-threats-elonis>, (E.T.27.11.2014)

⁴⁵ http://www.oyez.org/cases/2010-2019/2014/2014_13_983, (E.T.31.12.2014)

Bölge mahkemesi, sanığın eyleminin gerçek ve açık bir şekilde niyetini belirterek mağduru tehdit olduğunu kabul etmiş ve eylemin ABD Anayasa'nda düzenlenen ifade hürriyeti içinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Kanun yolları kullanılarak dosya ABD yüksek mahkemesine intikal ettirilmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi 1 Aralık 2014 tarihinde bu dosyayı incelemiş fakat henüz karar vermemiştir.⁴⁶ *Elonis v. United States* dosyası Sosyal Medya üzerinde online işlenen bir tehdit suçundan dolayı ABD Yüksek Mahkeme önünde tartışılacak olan ilk dava dosyası olma özelliğini taşımaktadır.⁴⁷ Dosya her ne kadar doğrudan siber zorbalık eylemi ile ilgili olmasa da sosyal medya üzerinden yapılan bir tehdit eyleminin özellikle ifade özgürlüğünün çok ön plana çıktığı ABD'de Yüksek Mahkeme tarafından verilecek karar açısından çok önemlidir.

Siber zorbalık eylemi ile ilgili ABD çapında en fazla gündemde kalan ve tartışma konusu olan olay ise mağdur Megan Meier'in intiharı olayıdır.⁴⁸ Bu olay ile siber zorbalık eyleminin çocuklar ve gençler açısından ne derecede büyük ve yıkıcı etkiye sahip olduğu daha çok tartışılır hale gelmiştir. Ülke çapındaki sivil toplum örgütleri, akademik çevreler ve siyasetçiler arasında bu konu uzun süre gündemde kalmış, bu konu üzerine akademik araştırmalar ve anketler yapıldığı gibi bir çok makale de yazılmıştır. Olay sonrası birçok sosyal sorumluluk projesi geliştirilmiş, gençleri siber zorbalıktan korumak için online çağrı merkezleri hizmet vermeye başlamış, internet üzerinden siber zorbalık konusunda bilgi paylaşımı yapan birçok site kurulmuştur. Ayrıca federal düzeyde siber zorbalık suçu ile ilgili yasal boşluğu doldurmak üzere Megan Meier Siber Zorbalığı Önleme Yasası (Megan Meier Cyberbullying Prevention Act) ismiyle bir yasa teklifi hazırlanmıştır.⁴⁹

⁴⁶ <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/elonis-v-united-states/>, (E.T.31.12.2014)

⁴⁷ Sarah Jeong

⁴⁸ Megan's Story, <http://www.meganmeierfoundation.org/megans-story.html>, (E.T.22.12.2014)

⁴⁹ Kaliforniya Eyaleti Kongre Azası Demokrat Parti Üyesi Linda Sanchez, Megan Meier Siber Zorbalığı Önleme Yasası'nın (Megan Meier Cyberbullying Prevention Act) çıkması için 2 Nisan 2009'da yasa teklifi vermiştir. Bu yasa ABD Temsilciler Meclisi'ne ya da Senatoya gelemediğinden yasalasamamıştır. Bu yasa teklifi ile Federal Ceza Yasası'nda yapılacak bir düzenleme önerilmiş, düzenleme de ise; "her kim kasten eyaletler arası ya da dış ticarete ki haberleşmelerde elektronik araçlar kullanarak, zorlama, gözdağı, taciz ya da bir kişiye önemli duygusal sıkıntıya

Dava dosyasındaki bu gelişmeler yaşanırken bir taraftan da internet forum sitelerinde, sosyal ağlarda, akıllı cep telefonları ve benzeri cihazlardan yapılan haberleşme faaliyetlerinin siber zorbalığı önlemek amacıyla kısıtlanması durumunun, ABD Anayasası'nın Birinci Düzenlemesi kapsamında yer alan "ifade hürriyetini" engelleyip engellemeyeceği hususunda çokca tartışmalar yaşanmıştır. Bu dosya kendi içerisinde birçok ilkleri barındıran ve ABD'de de siber zorbalık konusunda dönüm noktası olma özelliği taşıyan bir dosyadır. Bu gelişmelerin Türk Hukuk Sistemiyle karşılaştırılmasının faydalı olacağı düşünüldüğünden söz konusu dosya hakkında daha fazla detaylı bilgi paylaşılmıştır.

b. United States v. Drew Dosyası'nın Değerlendirilmesi

Bilimsel gelişmeler bir taraftan insanları daha ileri derecedeki uygarlıklara taşırken diğer taraftan da insanlığın felaketini hazırlayan tuzakları içerisinde barındırmaktadır. Bilişim teknolojileri konusunda dünya üzerinde liderliğini sürdüren ABD, diğer taraftan da meydana getirdiği bu teknolojilere kurbanlarını feda etmektedir. 13 yaşındaki Megan Meier'in intiharı ile Amerikan ulusu korkunç bir zorbalık olayına şahit olmuştur. Columbine Lisesi (Columbine High School) öğrencisi ve sosyal paylaşım sistemi kullanıcısı Megan Meier, sosyal paylaşım sistemi (MySpace) üzerinden maruz kaldığı siber zorbalık sonrası kendi yaşamına son vermiştir.⁵⁰

13 yaşındaki Megan Meier, arkadaşlık ilişkisi ve yakınlık kurmak amacıyla bir sosyal paylaşım sistemi üzerinden haberleştiği sırada adı Josh Evans olan, 16 yaşında olduğunu düşündüğü gerçekte var olmayan ve sahte olarak oluşturulan bir profile yazışan, hayali kişiyle yazışmaya başlamıştır. Bu hayali kişiyi oluşturan ise Megan Meier ile aynı sokakta yaşayan ve Megan Meier ile aynı okula giden başka bir kız öğrencinin (Sarah) annesi Lori Drew'dir. Amacı ise Megan Meier'in güvenini kazanmak, kızı hakkında Megan Meier'in düşüncelerini öğrenmektir. Belli bir süre sahte isimle yazışarak Megan Meier'in gü-

neden olacak şekilde bu düşmanca davranışını şiddetle ve tekrarlayarak devam ettirirse cezalandırılacağını öngörülmüştür. (<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:H.R.1966>, (E.T.27.12.2014))

⁵⁰ "The Megan Meier Story", <http://nobullying.com/the-megan-meier-story/>, (E.T.27.12.2014)

venini kazandıktan sonra “bundan sonra seninle bir daha görüşüp görüşemeyeceğimi bilmiyorum, çünkü duyduğuma göre sen arkadaşlarımla iyi ilişkiler içerisinde değilsin”, “Megan Meier kaltak”, “Megan Meier şişman” şeklinde kırıcı, incitici mesajlar göndermeye başlamıştır. Bu mesajlarını daha sonra “sen kötü bir kişinin herkes senden nefret ediyor, dünya senin yokluğunda daha iyi olacak” şeklindeki nefret söylemi içeren mesajlarla devam etmesi sonucunda Megan Meier’in hayatı altüst olmuş ve kendi yatak odasındaki dolapta 16 Ekim 2006’da kendini asmak suretiyle intihar etmiştir.

Megan’ın ailesi bu acıyı derinden hissetmiş ve daha önceden bildikleri ama durduramadıkları Josh Evans isimli kişi ile var olan arkadaşlık ilişkisinin araştırılması için polisten yardım istemişlerdir. Bu araştırmalar sonrasında sahte hesabı oluşturan kişinin bayan Drew olduğu anlaşılmış ve olaylara bakan Missouri Eyaleti savcıları, zanlı bayan Drew’in davranışının kaba ve ham bir davranış olduğunu saptamakla birlikte bu davranışların illegal olmadığını ifade ederek kovuşturmayla yer olmadığına karar vermişlerdir. Kamuoyundan yoğun gelen baskılar üzerine⁵¹ bu hadise federal düzeyde bir olay olarak kabul edilip ABD gündeminde tartışılmış ve Federal Ceza Yasalarına göre soruşturma işlemleri yeniden başlatılmıştır.⁵²

2008 yılı Şubat ayında Kaliforniya Merkez Bölge Mahkemesine sunulan iddianameye göre savcılık iki ayrı eylemden dolayı zanlının cezalandırılmasını talep etmiştir. Zanlının birinci eylemi suç işlemek için komplo kurmak, ikincisi ise bilgisayarlarla bağlantılı dolandırıcılık suçunu birden fazla işlemek olarak ifade edilmiştir.

İddianamede zanlının, 20 Ekim 2006 tarihinde doğru olmayan (fake) bilgileri de kullanmak suretiyle gerçek olmayan (sanal) bir erkek çocuğu adına (Josh Evans), MySpace Sosyal Ağında sahte bir hesap açtığı, bu eylemin mağduru aldatmak amacıyla komplo kurmak su-

⁵¹ Andrew M Grossman, “The MySpace Suicide: A Case Study in Overcriminalization”, <http://www.heritage.org/research/reports/2008/09/the-myspace-suicide-a-case-study-in-overcriminalization>, (E.T.17.12.2014)

⁵² “Be the Change...Stop Bullying&Cyberbullying”, <http://www.meganmeierfoundation.org/laws.html>, (E.T.22.12.2014); Atticus N Wegman, “Cyberbullying and California’s Response”, <http://lawblog.usfca.edu/lawreview/wp-content/uploads/2014/09/Cyberbullying-and-Californias-Response.pdf>, (E.T.22.12.2014)

çunu oluşturacağı ve ABD Ceza Yasaları Sisteminde 18 Numaralı Başlık altında (Ceza ve Ceza Usul Hükümlerini düzenleyen sistematik) içinde düzenlemesi bulunan Komplo Suçu İşlemek ya da Dolandırmak Eylemlerini düzenleyen 371. Bölümde unsurları belirtilen suçu oluşturacağı⁵³ hususu birinci eylem olarak sayılmıştır.

Yine iddianamede; zanlının oluşturduğu sahte hesap üzerinden 20 Ekim 2006 tarihinde başka bir erkek çocuğuna ait resimleri ilgili nin bilgisi olmadan ve rızasını almaksızın oluşturulan sahte hesapta kullandığı ve haberleştiği, 22 Ekim 2006 tarihinde sahte hesap üzerinden mağdura “sexy” şeklinde mesaj gönderdikleri, 24 Ekim 2006 tarihinde mağduru, Josh Evans’ın yılanına (snake) dokunmaya davet ettiği, 26 Kasım 2006 tarihinde; Josh Evans’ın profilini mağdurla flört ettiği şeklinde değiştirdiği, 7 Kasım 2006 tarihinde; mağdura hayali hesap sahibi Josh Evans’ın başka bir yere taşınacağına ve mağdurla haberleşebilmesi için cep telefonu numarası gönderdiği, 16 Kasım 2006 tarihli haberleşmede ise; “Megan Meier’sız bir dünyanın daha iyi bir yer olacağı” şeklinde mesaj gönderdiği belirtilmiştir.⁵⁴

⁵³ Kanundaki düzenlemeye göre; iki veya daha fazla kişi ABD ya da ABD’de bulunan herhangi bir ajansa karşı herhangi bir amaç çerçevesinde suç işlemek amacıyla komplo kurarsa, bu suçu işleyenlere beş yıla kadar hapis cezası, sadece para cezası ya da her ikisinin birden verilebileceği, suç kabahat türü bir suç olarak vasıflandırılırsa bu durumda da verilecek maksimum cezanın kabahatler için takdir edilen cezanın üst sınırını geçemeyeceği hususunu düzenlemiştir.

⁵⁴ Myspace sosyal sitesininin üyelik sözleşmesine göre; mevcut üyelere ait içerikleri görüntüleyebilmek için sisteme üye olmak gerektiği, siteye üye olanların anlık mesaj ya da özel mesajlar gönderebilecekleri, mesaj gönderme işleminin bireysel ya da gruplar halinde yapılabileceği belirtilmiştir. Bu siteyi kullanmak isteyenlerin üyelikleri sırasında gerçek adlarını ve doğum tarihlerini kullanmak suretiyle başvuru yapmaları gerektiği, kullanıcı sözleşmesini de kabul ettikten sonra sisteme giriş yapabilecekleri şart koşulmaktadır. Kullanıcı sözleşmesinde özetle; kullanıcıların gerçek ve doğru bilgi kullanmalarını, bu servisi kullandıkları sırada elde ettikleri bilgileri, taciz, iftira, şantaj, tehdit ve başkalarına zarar verme amacıyla kullanamayacakları, rızası olmayan kişilerin resimlerinin başkalarına gönderilmesi gerektiği, kullanıcıların bu şartları kabul etmeleri ve uymaları, aksi takdirde hukuki anlamda sorumlu olacakları, aksi durumlarda Myspace hesaplarının şirket tarafından iptal edileceği belirtilmektedir. (“MySpace.com Terms of Use Agreement”, <https://web.archive.org/web/20061117093857/http://www1.myspace.com/index.cfm?fuseaction=misc.terms> June 15, 2006, (28.11.2014); <http://www.dmlp.org/threats/united-states-v-drew>, (E.T.22.11.2014)); “The Megan Meier Story”, <http://nobullying.com/the-megan-meier-story/>, (E.T.05.12.2014); Nicholas R Johnson, “I Agree To Criminal Liability: Lori Drew’S Prosecution Under §1030(A)(2)(C) Of The Computer Fraud And Abuse Act, And Why Every Internet User Should Care”, *Journal Of Law, Technology & Policy*, Pennsylvania 2013, Vol.

Federal Savcılık, sanık Lori Drew'in kendi evinin bulunduğu Missouri, O'Fallon'ndaki bilgisayarı kullanmak suretiyle kasıtlı olarak 20, 26 Ekim ve 16 Kasım 2006 tarihlerinde olmak üzere üç ayrı zaman diliminde eyaletler arası erişimle MySpace firmasına ait sunucuların bulunduğu Los Angeles'ta (Kaliforniya Eyaletinde) kurulu bulunan şirket sistemine yetkili olmadığı halde ve izinsiz bir şekilde eriştiğini, bu eylemi ile eyaletler arası haberleşme yapmak suretiyle MySpace sosyal ağının kullanıcı sözleşmesini ihlal ettiğini ve yine bu ağ üzerinde tutulan mağdura ait bir kısım bilgileri de ele geçirmek suretiyle ve kasıtlı eylemleri ile mağdurun psikolojisini bozduğunu belirtmiştir. Zanlının bu eylemlerinin, ABD Ceza Yasaları Sisteminde 18 Numaralı Başlık altında (Ceza ve Ceza Usul Hükümlerini düzenleyen sistematik içinde) düzenlemesi bulunan Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanımı Yasası'nda (BDKKY), (Computer Fraud & Abuse Act) düzenlemesi bulunan 1030. Bölüm (a)(2)(C) alt paragrafında⁵⁵ ve (c)(2(ii)(B) alt paragrafında unsurları düzenlenen suç oluşturacağı, zanlının bu eylemleri ile 3 defa aynı kanun hükmünü ihlal ettiği hususu iddianamede ikinci eylem olarak sayılmıştır.⁵⁶ Söz konusu şirketin merkezi Los Angeles'ta olduğu için dava şehrin bağlı olduğu Kaliforniya Eyaletinde açılmıştır.

Mahkeme jürisi yargılama sonrasında, sahte olarak oluşturulan "Josh Evans" hesabı ile MySpace kullanıcı sözleşmesinin ihlal edildiğini fakat bu eylemle birlikte BDKKY'nın (a)(2)(C) alt bölümlerinde unsurları belirtilen ağır suçun oluşmadığını, sanığın eyleminin daha hafif nitelikteki kabahat suçunu oluşturacağı kanaatine varmışlardır.⁵⁷

Bölge Mahkemesi ise; kullanıcı sözleşmesinin ihlalinin cezai bir soruşturmaya konu olmayacağı, sözleşmeden kaynaklanan sorunun hukuk davasına konu olabileceği, yapılan eylemle yasadaki tanımlar karşılaştırıldığında bu eylemin bir suç oluşturabilmesi için yeterli açıklığın olmadığı kanaatine varmıştır.⁵⁸

2009, No.2, p.564

⁵⁵ Herhangi bir kişinin kasıtlı ve izin almadan korunan ve yetkili olmadığı bir bilgisayar sistemine erişerek bilgi almasıdır.

⁵⁶ Nicholas R Johnson

⁵⁷ Natch Greyes, "A New Proposal for the Department of Justice's Interpretation of the Computer Fraud & Abuse Act", *Virginia Journal Of Law & Technology*, Virginia 2013, Vol. 17, No:04, p.302-330

⁵⁸ Natch Greyes

Dosyanın incelenmesinde başkanlık eden hakim George H. Wu'da bu itirazları haklı bularak suçun statüsüne dair adil bir uyarının olması gerektiğini, bu durumun bir zorunluluk olduğunu, yasadaki bu belirsizliğin de suç işleme ihtimali olan kişilerin öngörüsünü etkileyebileceğini ve bu durumun da sonuca etkili olacağını kabul etmiştir.⁵⁹ Hakim Wu ayrıca Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanımı Yasası'nda (BDKKY) belirtilen suçun oluşabilmesi için kişinin kasıtlı hareket etmesi gerektiğini, BDKKY'da internet ya da benzer içeriklerle ilgili hususlar açısından açık ve belirgin bir düzenleme olmadığını, zanlının eyleminin Myspace ile olan sözleşmesinin ihlali olabileceğini, bunun da hukuki anlamda tazminata konu bir husus olabileceğini ifade etmiştir.⁶⁰

Bu itiraz karşısında hükümet ise savunmasında; Drew'in bilinçli olarak Myspace'in kullanıcı sözleşmesini ihlal ettiğini, bu siteyi kullanmak suretiyle mağduru taciz ettiğini, bu durumun da yeterli olduğunu iddia etmiştir. Hakim Wu ise; bu şekildeki bir yorumun emniyet birimlerine çok geniş yetkiler tanımak olacağını,⁶¹ aynı zamanda internet kullanıcılarının da hareket alanlarının daraltacağını beyan etmiştir.⁶²

Hükümet bu yaklaşım tarzıyla siber zorbalığı frenlemek için etkili bir mekanizma kurmaya çalışmıştır. Her ne kadar savcılık ofisi bu dosyayı sözde siber zorbalık dosyası olarak sınıflandırsa da BDKKY'nin yasalaşma tarihçesinde Kongre hiçbir zaman bu durumu genişletici bir yorumla bu şekilde yorumlamamıştır. Yapılan bu yorumlar sonrasında izinsiz bir şekilde bilgisayar sistemine girilmek suretiyle suçun işlenmesi ya da haksız fiil eylemi bu dosya açısından işlenmiş bir eylem sayılmamıştır.⁶³

⁵⁹ Natch Greyes

⁶⁰ Juliet Dee, "Cyberharassment and Cyberbullying There Ought To Be a Law", *Regulating Social Media Legal And Ethical Considerations*, Peter Lang Publishing, New York 2013, Vol.2, p.77

⁶¹ Woodrow Hartzog, "Privacy And Terms of Use, Social Media and the Law", Routledge, First Edit, New York 2013, p.64

⁶² Ryan Patrick Murray, "Myspace-ing is Not a Crime: Why Breaching Terms of Service Agreements Should Not Implicate the Computer Fraud and Abuse Act", <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1555&context=elr>, (E.T.22.12.2014)

⁶³ <http://online.wsj.com/public/resources/documents/delegatinggov.pdf>, (E.T.22.12.2014)

Drew'in Avukatı H. Dean Steward'da savunmasında; Drew'in eyleminin MySpace'in kullanıcı sözleşmesini ihlal etmediği, yasada bu konuda etkili bir düzenlemenin bulunmadığı ve Anayasal bir belirsizlik olduğu tezini ileri sürmüş ve müvekkilinin halkla ilişkiler şirketinde çalıştığını, olay sonrasında müvekkilinin şeytanlaştırıldığını, müvekkili hakkında halkın algısının bozulduğunu, çocukların internet kullanımından tamamen uzaklaştırılmasının mümkün olmadığını, sosyal ağların büyüleyici bir etkisi olduğunu, internetin yasaklanmasının geriye tepeceğini belirtmiştir.⁶⁴

c. United States v. Drew Dosyası'nda İtiraz (Mahkeme Dostu-Amici Curiae)

ABD'de kendi alanında önemli hizmetlere imza atan Elektronik Serhat Vakfı (Electronic Frontier Foundation (EFF)), bu davada da çok geniş gerekçeler içeren bir başvuruyu⁶⁵ mahkemeye hitaben yapmıştır. Önemine istinaden bu sivil toplum örgütünün başvurusu detaylı bir şekilde incelenmiştir.

Bu sivil toplum örgütü Kaliforniya Bölge Mahkemesine katılımcı (mahkeme dostu-Amici Curiae) sıfatıyla yapmış olduğu 4 Eylül 2008 tarihli başvuru ile; İngiltere'de uygulanan Çocuk İstismarı ve Online Koruma Merkezi'nin internet erişiminde özellikle çocukların müstear ad kullanmalarını tavsiye ettiğini, 22 senedir uygulanmakta olan BDKKY'nin hiçbir zaman iddianamedeki gibi yorumlanmadığını belirttik,

1. BDKKY'nin sosyal medya kullanıcı sözleşmelerini ihlal etmeyi kapsamayacağı, bu düzenlemenin; bilgisayar sistemlerine izinsiz erişim, hırsızlık ya da bilgisayar korsanı saldırıları ya da sisteme girme izni olan kişilerin değiştirmeye yetkili olmadıkları verileri değiştirme durumlarını kapsayacağı,

⁶⁴ <http://www.volokh.com/files/Oct6filing.pdf>, (E.T.22.11.2014); http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/files/motion_for_acquittal.pdf, (E.T.22.11.2014)

⁶⁵ Başta insan hakları olmak üzere ifade hürriyeti ve özel hayatın gizliliğini desteklemek üzere kurulan, 13000 den fazla aktif üyesi olan, Dünyanın en zengin içerikli dijital insan haklarıyla ilgili bilgi kaynağına sahip bir sivil toplum örgütüdür. (<https://www.eff.org/about>, (E.T.22.11.2014))

2. Kanundaki yetki aşımı ile erişimin; sisteme izinle giren birisinin sistemdeki bilgileri elde etmesi ya da değiştirmesi şeklinde anlaşılması gerektiği, zaten sisteme kendi rızasıyla giren ve şirket tarafından erişim izni verilen kişinin kendisi tarafından girdiği verileri değiştirme hakkının bulunduğu,
3. Sosyal ağlarda kullanıcıların ücretsiz bir şekilde hesap oluşturmada serbest oldukları, herhangi bir güvenlik araştırmasına ihtiyaç olmadan kullanıcı adı ve şifresi alabildikleri, zanlının da bu işlemleri yaptığı, bilgisayar kullanma konusunda ayrıca özel bir yetenek ve kabiliyetinin olmadığı, herhangi bir güvenlik ihlali yapmadığı, sitede kullandığı beyanların nefret söylemi niteliği taşımadığı müddetçe eylemlerinden dolayı cezalandırılmayacağı,
4. Zanlının kullanıcı sözleşmesini ihlal etmesi durumunun cezai bir sorumluluğa tabi tutulmasının, federal ceza yasalarının tehlikeli bir şekilde genişleterek yorumlanması anlamına geleceği, bu durumda da ABD'deki milyonlarca internet kullanıcısının cezalandırılması anlamına geleceği, (örneğin; www.match.com Sitesine sözleşmesine göre sadece bekâr olan ya da eşlerinden boşanmış olan kişilerin sisteme üye olabilecekleri şarta bağlanmış olup, bu şartlara uymadan üyelik sözleşmesi yapanların da Kanun'un bu maddesine göre cezalandırılması gerektiği),
5. Zanlının cezalandırılması, ABD Anayasa'sının Birinci Düzenlemesinde teminat altına alınan "bireylerin online ortamda anonim bir şekilde konuşma" hakkını ihlal edeceği, serbest ifade özgürlüğünün interneti de kapsadığı,
6. İnterneti kullanan kişilerin çoğunun internet reklamlarına maruz kalmamak ve bilgilerini reklam şirketleri ile paylaşılmamak için müstear isim kullanmayı tercih ettikleri,
7. İnternet kullanıcıları etnik kökenlerinden, renklerinden, cinsiyetlerinden, dahil oldukları sınıfın karakteristik özelliklerden dolayı her hangi bir ayrımcılığa tabi tutulmadan internet forumlarında ya da değişik platformlarda zaman zaman provokatif dahi olsa görüşlerini özgür bir şekilde, herhangi bir saldırıya maruz kalmadan, paylaşmak isteyebilecekleri, bu durumda da anonim kalmayı tercih ettikleri,

8. İnternet ortamındaki sosyal ağ üyeliklerinin birçoğunda sözleşmelerin kullanıcılar tarafından okunmadığı, aynı zamanda anlaşılmasının da çok güç olduğu ve bu sözleşmelerin çok sık bir şekilde firmalar tarafından değiştirildiği, mağdurun ölümünün korkunç bir trajedi olmasına rağmen BDKKY'nin genişletilerek yorumlanmasının tehlikeli sonuçlar doğuracağı, milyonlarca internet kullanıcısının benzeri ithamlarla yargılanması gerektiği,

ifade edilerek mahkemeden iddianameyi reddetmesi talep edilmiştir.⁶⁶ Bu katılma dilekçesi 14 ayrı hukuk fakültesine mensup hukuk profesörü tarafından imzalanarak mahkemeye ibraz edilmiştir.

6. Amerika Birleşik Devletlerindeki Yasal Düzenlemeler

ABD Ulusal Suç Önleme Konseyi'nin 824 öğrenci üzerinde yaptığı ve Ağustos 2014 de yayınlanmış olduğu bir ankete göre; son bir yılda gençlerin %43'ü siber zorbalığa maruz kalmış, sadece sekizde birisi bu durumu ihbar etmiştir. Ankete katılanların %87'si teknoloji kullanma konusunda ailelerinin kendilerine koymuş oldukları bir kural olmadığını beyan etmiş, %30'u ise kendilerine karşı siber zorbalıkta bulunanlardan öç almak istediklerini belirtmişlerdir.⁶⁷ ABD'de 50 eyaletin olması, her bir eyaletin de ayrı ayrı yasal düzenlemeleri bulunmasından dolayı burada özellikle federal yasalardan bahsedilmiştir.

a. Federal Yasalardaki Düzenlemeler

i. Çocukların İnternette Korunması Yasası (Children's Internet Protection Act)

2000 yılında yasalanan Çocukların İnternette Korunması Yasası ile hükümet; okullarda ve kütüphanelerde kullanılan internet erişim hizmetlerinde, çocukların, müstehcen görüntüler, çocuk pornografisi ve zararlı içeriklere erişmelerinin filtrelenmesi ile kontrol edilmesini

⁶⁶ Jennifer Stisa Granick, Marcia Hofmann, "Brief Of Amici Curiae Electronic Frontier Foundation, Association Of Criminal Defense Lawyers Of New Jersey, Et Al. in Support Of Defendants' Motion To Dismiss The Indictment", https://www.eff.org/files/filenode/us_v_lowson/lowsonamicusbrieffinal.pdf, (E.T.22.11.2014);

⁶⁷ "Stop Cyberbullying Before It Starts: Cyberbullying, Research Report", <http://www.ncpc.org/resources/files/pdf/bullying/cyberbullying.pdf>, (E.T.17.11.2014)

ve çocukların internetin zararlı içeriklerinden korunmasını hedeflemiştir. Yine bu düzenlemede okullara, güvenli internet kullanımı konusunda sertifika almak suretiyle gerekli altyapılarını hazırlama, küçüklere uygun materyallere erişmelerini sağlama, küçüklerin e-posta ve sohbet odalarını kullanmaları ya da diğer forumlara erişimleri sırasında güvenli altyapının hazırlanması görevi verildiği, ayrıca küçüklerin ya da erişkinlerin İnternet erişimlerine ait trafik bilgilerinin tutulması zorunluluğunu getirdiği görülmektedir.⁶⁸

ii. Çocukların Online Mahremiyetlerinin Korunması Yasası (Children's Online Privacy Protection Act of 1998)

Çocukların Online Mahremiyetlerinin Korunması Yasası 1998 yılında çıkartılmış olup, bu yasa ile; çocukların internet erişiminde bilgilerinin toplanması ile ilgili bir kısım kurallar getirilmiş, federal ticari kuruluşlara da bir kısım zorunlu tedbirler almaları için mükellefiyetler yüklenmiştir. Sadece ihtiyaç olan nitelikteki bilgilerin toplanmasına müsaade edileceği, toplanan bilgilerin amaca uygun olarak kullanılması, bu bilgilerin dağıtılmasının önlenmesi gibi hususlarda çocukların şahsi bilgilerinin yayımlanmasını ve yayılmasını önleyecek tedbirler almayı gerektiren hususları içeren bir yasadır.⁶⁹

iii. Kadına Yönelik Şiddet Yasası (Violence Against Women Act)

1994 yılında aile içi cinsel şiddetten korunmak amacıyla hazırlanan yasa; yetişkinleri, gençleri toplumsal sorumluluk kapsamında aile içi şiddetin önlenmesiyle birlikte, cinsel birliktelik amacıyla geliştirilen arkadaşlık içerisindeki şiddetin de önlenmesi, evlilik birliği içerisinde nefret söylemlerinin önlenmesi, cinsel şiddetin önlenmesi amacıyla eğitimler de verilerek toplumun desteklenmesine yönelik olarak çıkartılmıştır. Bu yasadaki belirtilen sorunların çözümü için kongrenin de desteklediği birçok program düzenlenmiş, bu amaçla da Adalet Ba-

⁶⁸ <http://www.fcc.gov/guides/childrens-internet-protection-act>, (E.T.22.11.2014); "Study of Technology Protection Measures in Section 1703", <http://www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/cipareport08142003.pdf>, (E.T.22.11.2014)

⁶⁹ "Children's Online Privacy Protection Act", <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/supmanual/cch/coppa.pdf>, (E.T.28.11.2014); "Revised Children's Online Privacy Protection Rule Goes Into Effect Today", <http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/07/revised-childrens-online-privacy-protection-rule-goes-effect>, (E.T.22.11.2014)

kanlığı kapsamında Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi (Office on Violence Against Women) ofisi kurulmuştur.⁷⁰

Kadına Yönelik Şiddet Yasası, aile içi şiddetin, aile dışı şiddetin, cinsel saldırıların, gizlice takiplerin önlenmesi için yapılan en etkili yasal düzenlemedir. Seneto 2013 yılında bu yasaı revize etmiştir. Yine bu yasa kapsamında; toplumun şiddetten korunması, şiddete uğrayanlara maddi destek sağlanması, şiddete uğrayan özürülere destek sağlanması, şiddete uğrayanlara hukuki yardım yapılması, şiddete uğrayan kadınlarla ilgili araştırmalar yapılması, şiddete uğrayanların barınma ihtiyaçlarının giderilmesi gibi projeler yürütüldüğü gibi, şiddete uğrayan erkekler ve gençlerin korunmasıyla ilgili de bir kısım projeler yürütülmüştür.⁷¹

iv. Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanımı Yasası (Computer Fraud & Abuse Act)

İzinsiz veya yetkisiz erişimle bilgisayar ya da bilgisayar sistemlerine girme, bu sistemlerden veri alma veya verileri değiştirme ve bu sistemlerin kötüye kullanma eylemleri düzenlenmiştir.⁷² Ana başlıkları ise; bilgisayar sistemlerine izinsiz/yetkisiz erişim, bilgisayar sistemlerine karşı dolandırıcılık, korunan bilgisayar sistemlerine zarar verme, kasıtlı bir şekilde internet şifrelerinin takibi, bilgisayar sistemlerine zarar verileceğine dair tehdit ve benzerleridir. Bilgisayar sistemleri, siber taciz ve siber takip ve benzeri konularla ilgili diğer yasal düzenlemeler ise; 18 U.S.C. 2425, 18 U.S.C. 875(c), 47 U.S.C. 223 ve 18 U.S.C. 2261A isimli yasalarda düzenlenmiştir.⁷³

⁷⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Office_on_Violence_Against_Women, (E.T.03/01.2015)

⁷¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Violence_Against_Women_Act, (E.T.22.11.2014); "The Violence Against Women Act", http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/vawa_factsheet.pdf, <https://www.federalregister.gov/articles/2014/10/20/2014-24284/violence-against-women-act>, (E.T.22.11.2014)

⁷² https://www.wiredsafety.org/toolkitmedia/files/file/Articles/Cyberbullying-Harassment-Stalking_State_Legislation.pdf, (E.T.03/01.2015); Gregory C Cook, Will Hill Tankersley, "A Practitioner's Guide To The Computer Fraud And Abuse Act: Finally, A Cause Of Action For Anything Wrong" (Over \$5000)", http://www.balch.com/files/Publication/01d78bb1-08f4-4a25-8cf5-c5200c4834a7/Presentation/PublicationAttachment/981f7964-3af6-434a-ba24-050ba913390a/A_Practitioner's_Guide-GCOOKWHT.pdf, (E.T.22.12.2014)

⁷³ Gregory C Cook, Will Hill Tankersley

b. ABD Eyalet Yasalarındaki Düzenlemeler

Müstakil bir suç olarak siber zorbalık eylemini tanımlayan eyalet yasası hemen hemen yok denecek kadar azdır. ABD'deki 50 eyaletten 49'unda klasik zorbalıkla ilgili yasal düzenleme mevcut iken bu eyaletlerin sadece 20'sinde siber zorbalığı da kapsayan düzenleme mevcuttur. Yine bu eyaletlerden 48'inde elektronik tacizi yasaklayan düzenleme mevcuttur. 49 eyalette ise zorbalık ve siber zorbalık konusunda özel okulları ve devlet okullarının bu eylemleri önleyici politikalar geliştirmesi gerektiği yasalarla düzenlenmiştir. 13 eyalette ise üniversite kampüslerinde de zorbalık ve siber zorbalık konusunda politikaların geliştirilmesi ve uygulanması yükümlülüğü getirilmiştir.⁷⁴

2011 yılı Haziran ayında Arkansas Eyaletinde 214 sayılı,⁷⁵ 2011 yılı Temmuz ayında Connecticut Eyaletinde (An Act Concerning the Strengthening of School Bullying Laws),⁷⁶ 2012 yılı Mayıs ayında Florida Eyaletinde,⁷⁷ 2012 yılında Georgia Eyaletinde (The End to Cyberbullying Act),⁷⁸ 2011 yılı Haziran ayında Hawaii Eyaletinde,⁷⁹ 2013 yılı Haziran ayında Kansas Eyaletinde,⁸⁰ 2012 yılı Ocak ayında Kentucky Eyaletinde,⁸¹ siber zorbalığı da kapsayan yasal düzenlemeler yapılmıştır. Siber zorbalık eylemiyle mücadele için yasa çalışması yapan diğer eyaletler ise; Maine (An Act to Prohibit Cyberbullying),⁸² Massachusetts (An Act Relative to Bullying in Schools),⁸³ Michigan (Matt's Safe School Law),⁸⁴ Minnesota (Safe and Supportive Minnesota Schools Act), Missouri,⁸⁵ New Hampshire (Pupil Safety and Violence

⁷⁴ "State Cyberbullying Laws A Brief Review of State Cyberbullying Laws and Policies", http://www.cyberbullying.us/Bullying_and_Cyberbullying_Laws.pdf, (E.T.17.11.2014)

⁷⁵ <http://www.arkleg.state.ar.us/assembly/2011/2011R/Acts/Act905.pdf>, (E.T.17.11.2014)

⁷⁶ <http://www.cga.ct.gov/2011/TOB/S/2011SB-01138-R00-SB.htm>, (E.T.17.11.2014)

⁷⁷ <http://www.myfloridahouse.gov/Sections/Documents/loaddoc.aspx?>, (E.T.17.11.2014)

⁷⁸ <http://www.legis.ga.gov/Legislation/20112012.110632.pdf>, (E.T.17.11.2014)

⁷⁹ http://www.capitol.hawaii.gov/session2011/Bills/HB688_.HTM, (E.T.17.11.2014)

⁸⁰ <http://www.kslegislature.org/bills/2008/2758.pdf>, (E.T.17.11.2014)

⁸¹ <http://www.lrc.ky.gov/record.11rs/hb370.htm>, (E.T.17.11.2014)

⁸² http://www.mainelegislature.org/legis/bills/bills_124th/billpdfs/SP035501.pdf, (E.T.17.11.2014)

⁸³ <http://www.malegislature.gov/Laws/SessionLaws/Acts/2010/Chapter92>, (E.T.17.11.2014)

⁸⁴ Act 451, <http://legislature.mi.gov/doc.aspx?mcl-380-1310b>, (E.T.17.11.2014)

⁸⁵ <http://www.moga.mo.gov/statutes/C100-199/1600000775.HTM>,

Prevention Act.),⁸⁶ New York (Dignity for All Students Act),⁸⁷ North Carolina (Senate Bill 707), Oregon (Senate Bill 1555)⁸⁸ Washington (RCS 28A.300.285)⁸⁹ ve Wisconsin (Senate Bill 154)⁹⁰ eyaletleridir.

Eyaletlerin genelinde “siber zorbalık” eylemi klasik zorbalık fiillerini düzenleyen yasalara dahil edilerek hukuka aykırı bir eylem olarak düzenlenmişken Maine (An Act to Prohibit Cyberbullying) ve Georgia (The End to Cyberbullying Act) eyaletlerinde doğrudan siber zorlamayı önlemeyle ilgili yasal düzenlemeler yapılmıştır.⁹¹

Bu yasal düzenlemeler içerisinde; internet, interaktif ve dijital teknolojiler, cep telefonları ya da diğer mobil cihazlar siber zorbalıkta kullanılan araçlar olarak kabul edilmiştir. Okul içi ve okul dışında siber zorbalıktan çocuklar ve gençlerin korunması ile ilgili tedbirlerin alınması gerektiği, açık saçık konuşmaların, grafiklerin, yazılı, sesli, resimli görüntülü verilerin haberleşme sırasında siber zorbalık aracı olarak kullanılabilceği varsayılmıştır. Siber zorbalığa maruz kalanların 18 yaş altı kişiler olabileceği, siber zorbalığı yapanlara, para cezası, hapis cezası ya da ikisinin birden uygulanabileceği belirtilmiştir. Siber zorbalığın önlenmesi için; çocuklar, gençler, idareciler ve okul yöneticileri ile okullardaki gönüllülerin; toplum temsilcileri, emniyet birimlerinin mücadelesi için ortak politikalar geliştirmeleri gerektiği, okullarda, eğitim programlarıyla, davranış kurallarıyla şiddetin önlenmesi için çalışmalar yapılmasının ihtiyaç olduğu hususları düzenlenmiştir.

Bu yasal düzenlemeler incelendiğinde bir kısım hususların özellikle ön plana çıkartıldığı ve yasal olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bir kısım eyaletlerde ve bölge okullarında internete erişim ve telefonla konuşma konusunda politikalar belirlenmek suretiyle bazı internet sitelerine erişim okul bilgisayarlarında bloklanmıştır. Zorbalıkların önlenmesi için bir kısım politikaların üretilmesi okul ile aile, emniyet güçleri, öğrenciler, teknoloji ve eğlence endüstrisi arasında

(E.T.17.11.2014)

⁸⁶ <http://www.gencourt.state.nh.us/>, (E.T.17.11.2014)

⁸⁷ <http://open.nysenate.gov/legislation/bill/S7740-> (E.T.17.11.2014)2011

⁸⁸ <https://docs.google.com/viewer?url=http://www.leg.state.or.us.12reg/me-aspdf/sb1500.dir/sb1555.en.pdf>, (E.T.17.11.2014)

⁸⁹ <http://apps.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=28A.300.285>, (E.T.17.11.2014)

⁹⁰ <https://docs.legis.wisconsin.gov/2009/related/acts/309>, (E.T.17.11.2014)

⁹¹ Dena T Sacco, Katharine Silbaugh, Felipe Corredor, June Casey, Davis Doherty, “An Overview of State Anti-Bullying Legislation and Other Related Laws February 23, 2012”, http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/State_Anti_bullying_Legislation_Overview_0.pdf, (E.T.22.11.2014)

işbirliği yapılarak çocuklar için güvenli alanların oluşturulması, siber zorbalık konusunda eğitimciler ve yöneticilerin eğitilmesi, gençlerle konuşulması, bilgisayar teknolojisi bölümleriyle işbirliği yapılması, yapılacak bu çalışmalarda araştırmacıların da teşvikiyle çözüm önerilerinde bulunulması, sorunların çözümü için daima ilgili kurumlarla koordinasyon kurularak çözüm üretilmesi hedeflenmiştir.⁹²

ABD Eyaletlerinde Siber Zorbalık ve irtibatlı konulardaki yasal düzenlemelerin kısa özeti¹⁹³

	Klasik Zorbalık Suçu	Siber Zorbalık Suçu	Elektronik Taciz Suçu	Ceza Yaptırımı	Okul Yaptırımı	Zorunlu Okul Politikası
Alabama	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Hayır	Evet
Alaska	Evet	Hayır	Hayır	Evet	Evet	Evet
Arizona	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
Arkansas	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet
California	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet	Evet
Colorado	Evet ³	Hayır	Evet	Önerildi	Evet	Evet
Connecticut	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet	Evet
Delaware	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet	Evet
Florida	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet	Evet
Georgia	Evet	Önerildi	Evet	Hayır	Evet	Evet
Hawaii	Evet	Evet	Evet	Önerildi	Evet	Evet
Idaho	Evet	Hayır	Evet	Evet	Evet	Evet
Illinois	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
YES	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
YES	Evet	Hayır	Evet	Evet	Evet	Evet
Kansas	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet	Evet
Kentucky	Evet	Önerildi	Evet	Evet	Evet	Evet
Louisiana	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet

⁹² Marci Feldman Hertz, David Ferdon, "Corinne, Electronic Media and Youth Violence: A CDC Issue Brief for Educators and Caregivers", <http://www.cdc.gov/violenceprevention/pdf/EA-brief-a.pdf>, (E.T.17.11.2014); John Palfrey, "Enhancing Child Safety And Online Technologies:Final Report Of The Internet Safety Technical Task Force To The Multi-State Working Group On Social Networking Of State Attorneys General Of The United States", http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/ISTTF_Final_Report.pdf, (E.T.20.11.2014)

⁹³ "State Cyberbullying Laws A Brief Review of State Cyberbullying Laws and Policies", http://www.cyberbullying.us/Bullying_and_Cyberbullying_Laws.pdf, (E.T.17.11.2014)

	Klasik Zorbalık Suçu	Siber Zorbalık Suçu	Elektronik Taciz Suçu	Ceza Yaptırımı	Okul Yaptırımı	Zorunlu Okul Politikası
Maine	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet	Evet
Maryland	Evet	Hayır	Evet	Önerildi	Evet	Evet
Massachusetts	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet	Evet
Michigan	Evet	Hayır	Evet	Önerildi	Hayır	Evet
Minnesota	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet	Evet
Mississippi	Evet	Hayır	Evet	Evet	Evet	Evet
Missouri	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet
Montana	Hayır	Hayır	Hayır	Evet	Hayır	Hayır
Nebraska	Evet	Önerildi	Evet	Hayır	Evet	Evet
Nevada	Evet	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet
New Hampshire	Evet	Evet	Evet	Hayır	Hayır	Evet
New Jersey	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
New Mexico	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
New York	Evet	Evet	Evet	Önerildi	Evet	Evet
North Carolina	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet
North Dakota	Evet	Hayır	Evet	Evet	Evet	Evet
Ohio	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
Oklahoma	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
Oregon	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet	Evet
Pennsylvania	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
Rhode Island	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Hayır	Evet
South Carolina	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
South Dakota	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
Tennessee	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet
Texas	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
Utah	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet	Evet
Vermont	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
Virginia	Evet	Evet	Evet	Hayır	Evet	Evet
Washington	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet	Evet
West Virginia	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
Wisconsin	Evet	Hayır	Hayır	Evet	Evet	Evet
Wyoming	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet
Eyalet Toplamı	49	20	48	14	44	49
Federal Durum	Hayır	Önerildi-2009	Önerildi	Önerildi	Hayır	Hayır
Washington DC	Evet	Hayır	Evet	Hayır	Evet	Evet

Not: 2014 yılı Eylül ayı verileridir.

ABD'deki federal ve eyalet yasaları incelendiğinde; hukuka aykırı eylemlerin cezai müeyyideleri ile birlikte bu eylemlerin oluşmasını engelleyici tekbirlerin de aynı yasal çerçeve içerisinde düzenlendiği, yasal düzenleme öncesinde toplumda büyük bir tepki oluşturan olayların yaşandığı, yaşanan bu olay sonrası sunulan, tepki yasası tekliflerinin⁹⁴ Federal ya da eyalet düzeyinde kabul edildiği, bir kısmının ise kabul edilmediği, yapılan yasal düzenlemelerde başta Adalet, Eğitim Bakanlığı olmak üzere ilgili ticari kuruluşlar, emniyet birimleri, istatistik kurumları, akademik çevreler ve sivil toplum örgütlerinin de çözüm ortağı olarak olaylara dahil edildiği görülmektedir.

Yapılan yasal çalışmalarda temel haklara titizlikle riayet edildiği, meydana gelen olumsuz olaylar kamuoyunda çokca tartışılrsa da özellikle ifade özgürlüğü konusunda taviz verilmediği, mağdurların fiziksel ve psikolojik tedavilerinin de hesaba katılarak gerekli tedbirlerin alındığı, meydana gelen olumsuz olayların etkilerini ortadan kaldırmak için sivil inisiyatiflerin harekete geçirilmesi suretiyle kendiliğinden psikolojik destek, sağlık yardımı, hukuksal destek ve danışmanlık hizmeti gibi birçok hizmetin verilmeye başlandığı gözlemlenmiştir.

ABD toplumunda işlenen suçlara karşı farkındalığın artırılması amacıyla başta internet siteleri,⁹⁵ bloglar⁹⁶ ya da görsel medya üzerinden gerekli çalışmaların başlatıldığı, siber zorbalık eylemi Amerikan gündeminde yoğun bir şekilde tartışılmasına rağmen halen federal düzeyde yasal bir çalışma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Suçlarla mücadele için başta Ulusal Eğitim İstatistikleri Merkezi, Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Eğitim Bakanlığı ve Adalet Bakanlığının Adli İstatistik Birimleri ve sivil toplum örgütleri birlikte hareket edilerek istatistiki ve araştırma raporlar hazırlanıp⁹⁷ analizlerin yapıldığı tespit edilmiştir.

Aynı zamanda bu raporlarda öğrenciler, öğretmenler, okul yöneticileri ile yapılan anketler de değerlendirilmiştir. Bu raporlarda mağdurlar; öğretmen yaralanmaları, zorlama ve siber zorbalık, okul

⁹⁴ Tyler Clementi Higher Education Anti-Harassment Act, Megan Maier Act, Florida Jeffrey Johnson Act, Massa Phoebe Prince Act örnek yasa teklifleri olup The Amanda Todd Legacy ise Kanada'da tepki yasası olarak sunulmuştur.

⁹⁵ Örnek: <http://www.helpguide.org/articles/abuse/cyberbullying.htm>, (E.T.22.11.2014)

⁹⁶ Örnek: <http://nobullying.com/>

⁹⁷ <http://cyberbullying.us/>, (E.T.03/01.2015)

şartları, okuldaki yaralama eylemleri, kullanılan silahlar, alkol ve uyuşturucu kullanımı ve benzeri hususlardaki verileri içermektedir. Hazırlanan raporlar, politikacılara eğitimcilere, okullardaki şiddetin önlenmesi konusunda çalışan ilgili kamu kurumlarına bilgi sunmakta ve yayınlanarak kamuoyu ile paylaşılmaktadır.⁹⁸

ABD’de siber zorbalık eylemi yasal düzenlemelerde daha çok bir kabahat türü olarak tarif edilmiş olup, bu suçu işleyenler çocuk dahi olsa yaptırımların uygulanacağı kabul edilmiştir. Başkasının şifresinin ele geçirilmesi, kimliğinin çalınması gibi daha nitelikli durumlarda, eyalet ve federal yasalar kapsamında daha ciddi suçlar oluşabilmektedir. “Sexting” ve “forwarding” zaman zaman çocuk pornografisi kapsamında cezalandırabilmektedir. Şayet olayın içerisine yetişkinler girerek siber zorbalık; siber taciz ve siber takibe dönüşürse bu durum ciddi suçları oluşturabilmektedir.⁹⁹

Ortaya çıkan suç olgularına karşı da ABD toplumunda yüksek duyarlılık olduğundan suçlarla mücadele ve yasal alt yapı çalışmaları çok daha hızlı bir şekilde ilerleyebilmektedir. Buna rağmen federal düzeyde siber zorbalık için henüz tasarı aşamasından öteye geçen bir yasa çalışması yapılamamış, fakat yapılan çalışmalarda da, sorunlarla mücadelede olayların bütün boyutları ile çözümünü hedeflemiş, hatta sorun meydana gelmeden çözüm önerilerinin geliştirilip uygulanması hedeflenmiştir.

7. Kanada’daki Yasal Düzenlemeler

Kanada’da siber zorbalıkla ilgili yapılan özel bir düzenleme Manitoba Eyaleti Meclisince 10 Temmuz 2013 Tarihinde görüşülerek kabul edilen 214 sayılı Siber Zorbalığı Önleme Yasası (The Cyberbullying Prevention Act)’dır. Yasa’nın 28. maddesinde siber zorbalık suçunu detaylı bir şekilde tanımlanmıştır. Siber zorbalık suçlarında mağdur, sanık ya da tanık 18 yaşından küçük olduğunda bu kişilere ait bilgiler yargılama sırasında kamuoyuca paylaşılmayacaktır. Bu eylemleri

⁹⁸ Thomas D Snyder, Rachel E Morgan, Amy Rathbun, Jana Kemp, Simone Robers, “Indicators of School Crime and Safety”, <http://nces.ed.gov/programs/crimeindicators/>, (E.T.17.11.2014)

⁹⁹ “Dealing with Cyberbullying”, <http://www.helpguide.org/articles/abuse/cyberbullying.htm>, (E.T.22.11.2014)

işleyenler hakkında mahkemenin uygulayabileceği yaptırımlar ise 20. maddede düzenlenmiştir.¹⁰⁰ Yapılan bu yasal düzenlemeyle, siber zorlamaya maruz kalan kişinin haklarının korunması ve zorbanın cezalandırılması hedeflendiği gibi aynı zamanda siber zorbalık şeklinde bir haksız eylem tanımlanmış olup, bu eyleme maruz kalan kişilerin tazminat hukuku açısından haklarını takip edebileceği hususuna da açıklık getirilmiştir.

Diğer bir yasal düzenleme ise Quebec Eyaleti'ndeki 56 sayılı Yasa ile yapılan düzenlemedir. Bu yasa ile; özel ve kamuya ait bütün eğitim kurumlarının zorbalık ve şiddeti önlemeye yönelik tedbirler almayı, bu tedbirlerin uygulanmasında okul yöneticilerinin de aktif bir şekilde süreçleri takip etmesini, meydana gelen olayları raporlamaları, hazırlanan raporları ilgili birimlere sunmayı gerektiren yasal düzenlemeler içermektedir. Kanun'un 22. Bölümü, 9. maddesinde; zorlamanın tanımı yapılmış olup, bu tanım içerisinde sosyal medya ve siber zorbalığı da dahil edildiği özellikle belirtilmiştir.¹⁰¹

8. İngiltere'deki Yasal Düzenlemeler

İngiltere'de siber zorbalık suçunun tanımıyla ilgili herhangi bir yasal düzenleme olmamakla birlikte siber taciz ve siber zorbalığa maruz kalanların haklarını arayabilecekleri genel tanımların yapıldığı bir kısım yasalar mevcuttur. Bu yasalar ise; 1997 tarihli Tacizden Korunma Yasası (Protection from Harassment Act 1997), 1994 tarihli Ceza Adaleti ve Kamu Düzeni Yasası (Criminal Justice and Public Order Act 1994), 1998 tarihli Kötü Amaçlı İletişim Yasası (Malicious Communications Act 1988), 2003 tarihli Haberleşme Yasası (Communications Act 2003) ve 2013 tarihli İftira Yasası (Defamation Act 2013)'dir.¹⁰²

¹⁰⁰ "The Cyberbullying Prevention Act", <http://web2.gov.mb.ca/bills/40-2/b214e.php>, (E.T.27.11.2014); "The Legislative Assembly of Manitoba", <http://web2.gov.mb.ca/bills/40-2/b214e.php>, (E.T.21.11.2014)

¹⁰¹ Madam Line Beauchamp, "An Act to pPrevent and Deal with Bullying and Violence in Schools", <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2012C19A.PDF>, (E.T.01.01.2015)

¹⁰² "Cyberbullying & The Law", <http://www.cybersmile.org/advice-help/category/cyberbullying-and-the-law>, (E.T.22.12.2014); "CyberBullying and the Law in The United Kingdom", <http://nobullying.com/cyberbullying-law/>, (E.T.22.12.2014)

9. Avrupa Birliği'ndeki Yasal Düzenlemeler

Henüz Avrupa Birliği kapsamında siber zorbalığı doğrudan düzenleyen bir yasal düzenleme mevcut olmayıp Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi (95/46/EC) kapsamında veri toplayan sosyal medya şirketleri, bu verileri paylaşmadan önce ilgilinin rızasına başvurmak zorundadır. Siber zorbalığa yakın düzenlemeler ise; taciz, takipçilik, iftira ve şiddet konularında Avrupa Birliği'ne üye ülkeler kapsamında genel hatlarıyla düzenlenmiştir.¹⁰³ Çocukların ve gençlerin daha güvenli bir şekilde internet erişimlerinin sağlanabilmesi için Avrupa Birliği Çocuklar İçin İnternete Daha İyi Erişime Hazırlama Koalisyonu (Ceo-Coalition to Make Better in Internet for Kids) kapsamında 35 bilişim firmasıyla sözleşme imzalamıştır. Bu firmalar; Apple, BSKyB, BT, Dailymotion, Deutsche Telekom, Facebook, France Telecom - Orange, Google, Hyves, KPN, Liberty Global, LG Electronics, Mediaset, Microsoft, Netlog, Nintendo, Nokia, Opera Software, Research In Motion, RTL Group, Samsung, Skyrock, Stardoll, Sulake, Telefonica, TeliaSonera, Telecom Italia, Telenor Group, Tuenti, Vivendi and Vodafone'dır.¹⁰⁴ Sözkonusu firmalar ayrıca beyanatlarını Avrupa Birliği kapsamında yürütülen dijital ajanda 2020 sayfasında yayınlamışlardır.¹⁰⁵

10. Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler

Siber zorbalık eylemiyle ilgili ülkemizdeki yasal düzenlemeleri incelerken, ülkemizin taraf olduğu sözleşmeler ve iç mevzuatımızdaki siber zorbalık konusundaki doğrudan ve dolaylı düzenlemeler, çocukların ve gençlerin korunmasıyla ilgili mevzuat, eğitim kurumlarında çocukların ve gençlerin siber zorbalık ve benzeri eylemlere karşı korunmasını düzenleyen temel hususlar ile birlikte siber zorbalık kapsamında en çok tartışma konusu yapılan ifade hürriyeti ve internete erişim hakkının engellenmesi konularıyla sınırlı tutulması faydalı olacaktır. Bu sebeple incelemenin kapsamı dar tutulmuştur.

¹⁰³ "Cyberbullying: an Overview", <http://deletecyberbullying.files.wordpress.com/2013/10/euconference-cyberbullying-28-may-madrid-background-paper-coface.pdf>, (E.T.22.11.2014); "Cyberbullying & The Law", <http://www.cybersmile.org/advice-help/category/cyberbullying-and-the-law>, (E.T.01.12.2014)

¹⁰⁴ "Ceo-Coalition to Make Better in Internet for Kids", <http://ec.europa.eu/digital-agenda/self-regulation-better-internet-kids>, (E.T.01.12.2014)

¹⁰⁵ <https://ec.europa.eu/digital-agenda/node/61973>, (E.T.03/01.2015)

a. Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Sözleşmeler

i. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde her ne kadar çocukların ve gençlerin zorbalığın herhangi bir türüne karşı¹⁰⁶ korunmasıyla ilgili bir düzenleme öngörülmemiştir. Siber zorbalık eyleminin önlenmesi konusunda alınacak tedbirlerin önünde engel olarak sayılan ifade özgürlüğü ile ilgili düzenleme mevcuttur. Beyanname'nin 19. maddesine göre; herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar. İfade hürriyetinin istisnalarından ayrıca bahsedilmemiştir. Çocuklarla ilgili düzenleme sadece 26/2. de; "çocukların özel bakım ve yardım görme hakları olduğu, evlilik içinde doğan çocukların aynı sosyal güvenceden yararlanacağı", 26. madde de ise; "çocuklara verilecek eğitimin türünü seçme hakkı'nın öncelikli olarak anne ve babaya ait olduğu" şeklinde düzenlenmiştir.

ii. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) de doğrudan siber zorbalık eylemiyle irtibatlı bir düzenleme olmasa da; özel hayat ve aile hayatına saygı (madde 8), din, vicdan ve düşünce özgürlüğü (madde 9) ve ifade özgürlüğü (madde 10) gibi hususlar siber zorbalık eylemleriyle birlikte ihlal edilebilecek haklar arasındadır. AİHS'ne üye ülkelerin uyumluluğunu denetleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özellikle ifade hürriyetinin kullanılması konusunda çok titiz olmasına rağmen kişisel verilerin korunması, özel ve aile hayatına saygı konusunda, ABD'den farklı olarak, dengeli bir yaklaşım sergilemektedir. Ayrıca Avrupa Adalet Divanı, arama motoru Google Şirketi aleyhine açılan davada unutulma hakkıyla ilgili almış olduğu kararlar, gelişen teknolojiler karşısında, kişisel verilerin korunması konusunda daha hassas davrandığını ortaya koymuştur.¹⁰⁷ İfade hürriyetine verilen

¹⁰⁶ Beyannamenin kabul edildiği tarih itibarıyla siber zorbalık eylemleri tanınmadığından, haliyle bu konuda bir düzenleme yapılması mümkün olmamıştır.

¹⁰⁷ "Right to be forgotten: have you ever wanted something deleted from the web?", <http://www.theguardian.com/technology/2014/may/13/right-to-be-forgotten-have-you-ever-wanted-something-deleted-from-the-web-google>, (E.T.30.11.2014); <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=go>

önem açısından Avrupa Birliği'yle ABD arasında bir kısım yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. ABD'deki ifade hürriyetine tanınan aşırı üstünlük siber zorbalık eylemlerinin işlenmesi için daha rahat bir zemin hazırlamaktadır.

iii. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

Ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 2. maddesinde; taraf devletlerin çocuğun yasal koruyucusu yanında, çocuğun esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstleneceği ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alacağı, ihtiyaç olması durumunda uluslararası işbirliğinin de devreye sokulması, 16. maddesinde; çocuğun onur ve itibarına haksız olarak saldırılamayacağı, bu tür müdahale ve saldırıların yasa tarafından korunması, 17/1/a da; sözleşmeye üye devletlerin, kitle iletişim araçlarını çocuk bakımından toplumsal ve kültürel yararı olan ve 29. maddenin ruhuna uygun bilgi ve belgeyi yaymak için teşvik etmesi, 17/1/e., 13. ve 18. maddelerinde yer alan kurallar gözönünde tutularak çocuğun esenliğine zarar verebilecek bilgi ve belgelere karşı korunması için uygun yönlendirici ilkeler geliştirilmesini teşvik edeceğine dair hususları düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin 28. maddesine göre taraf devletler; okul disiplininin, çocuğun insan olarak taşıdığı saygınlıkla bağdaşır biçimde ve bu Sözleşme'ye uygun olarak yürütülmesinin sağlanması amacıyla gerekli olan tüm önlemleri alması gerektiği hususunu düzenlenmiştir.

Siber zorbalık konusunda alınması gereken tedbirlere yönelik en önemli düzenleme ise; taraf Devletlerin, çocuğa, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi vermesi, özellikle; çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanması; çocukların, fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurulularak sömürülmesi; çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesi hususlarını önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ve çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemlerin alınmasını gerektiren 34. maddesidir.

Bu Sözleşme kapsamındaki yukarda sayılan hususları siber zorbalığın mağduru açısından yapılan düzenlemeler şeklinde değerlendirmek mümkün iken sözleşmenin 37. maddesindeki düzenlemeyi ise siber zorbalık eyleminin faili açısından değerlendirmek de mümkündür. Bu düzenlemeye göre; hiçbir çocuk, işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tâbi tutulmayacaktır. On sekiz yaşından küçük olanlara, işledikleri suçlar nedeniyle idam cezası verilemeyeceği gibi salıverilme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası da verilemeyecektir.

iv. Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi

Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi 10 Kasım 2010 tarihinde Strasbourg'da Türkiye tarafından da imzalanmış, 22 Mayıs 2014 tarihinde TBMM'nce kabul edilen sözleşme kısa süre sonra yürürlüğe girecektir.

ABD'de siber zorbalığın tanımı ve unsurları sayılırken belirtilen hususlardan bir çoğu Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nde ülkelerin maddi ceza hukuklarında suç olarak kabul etmeleri gereken konular olarak sayılmıştır. Bu konular; yasadışı erişim (2. madde), yasadışı araya grime (3. madde), verilere müdahale (4. madde), sisteme müdahale (5. madde), cihazların kötüye kullanımı (6. madde), bilgisayarlarla bağlantılı sahtecilik (7. madde), bilgisayarla bağlantılı dolandırıcılık (8. madde), çocuk pornografisi ile bağlantılı suçlar (9. madde) ve telif hakkı ve bununla bağlantılı hakların ihlaline ilişkin suçlar (10. madde) olarak sayılmıştır. Burada sayılan suçlar incelendiğinde bu eylemlerin; bilgisayar verilerinin ve sistemlerinin gizliliğine, bütünlüğüne ve erişilebilirliğine yönelik suçlar, bilgisayarlarla bağlantılı suçlar ve içerikle bağlantılı suçlar ana başlığı ile sınıflandırmak mümkündür.

Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nde sayılan hususların hemen hemen tamamı Türk Ceza Kanunu'nda ayrı ayrı suç olarak düzenlenmiştir. Siber zorbalık eylemi ise daha çok bilişim vasıta kılınarak işlenen; cinsel dokunulmazlığa, kişi hürriyetine, şerefe karşı ve özel hayata ve hayatın gizli alanlarına karşı suçlar ile irtibatlıdır. Bu hususlarda ise Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi, sözleşmeye taraf ülkelere herhangi bir yükümlülük getirmemiştir.

b. İç Hukuktaki Düzenlemeler

i. 1982 Anayasası

Anayasa'nın 20. maddesi gereğince; herkesin özel hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip oldukları, kişilerin özel hayatlarının gizliliğine dokunulamacağı Anayasal bir teminat olarak sayılmıştır. Herkes kendileri ile ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip oldukları gibi, kişilerin kendisiyle ilgili kişisel verileri hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Yetişkinlere nazaran gençler ve çocuklar daha da savunmasız olduğundan özel hayatlarının korunması ve gerekli tedbirlerin alınması daha fazla önem kazanmaktadır.

Anayasa'nın 22. maddesine göre; herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esas olup, 26. maddesine göre de; herkes, düşünce ve kanaatlerini; söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak yada vermek serbestliğini de kapsar. Haberleşme hürriyetinin istisnası ise; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olması durumlarıdır.

Anayasa'nın 41. Maddesinde; Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle annenin ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alması konusunda kurumsal yapılanmayı kurması gerektiği, çocukların her türlü istismara ve şiddete karşı koruyucu tedbirleri de alacağı hususu "ailenin korunması ve çocuk hakları" ana başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasa'nın 58. maddesinde ise devletin; gençlerin, suçluluk, kumar ve benzeri her türlü kötü alışkanlıklardan korunması için gerekli her türlü tedbiri alması gerektiği hususunu düzenlemiştir.

ii. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

2007 yılında İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hak-

kinda Kanun çıkartılarak; internetin regülasyonu, internet ortamında işlenen suçlarla mücadele, internet ortamındaki hak ihlallerinin önlenmesi ve benzeri konular ilk defa detaylı bir şekilde kanunla düzenlenmiştir.

Kanun'un 5. maddesine göre; yer sağlayıcı,¹⁰⁸ yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerik hakkında bu Kanun'un 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür. Ayrıca sağladığı hizmetlere ilişkin trafik verilerinin belli bir süre tutmak, doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlüdür.

Kanun'un 6. maddesine göre ise erişim sağlayıcı; herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten bu kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde erişimi engellemekle yükümlüdür. Kanun'un 8. maddesinde; internet ortamında yapılan herhangi bir yayın içeriği çocukların cinsel istismarına yönelik, müstehcenlik ya da kişileri intihara yönlendirme amacıyla yapılan bir yayın olduğuna dair yeterli şüphe var ise içerik veya yer sağlayıcının yurt dışında olması durumunda (8. maddenin birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak) erişimin engellenmesi kararını res'en Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından verilebilecektir.

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğinin iddia edilmesi durumunda ise Kanun'un 9. maddesine göre; haklarının ihlal edildiğini iddia edenler içerik sağlayıcısına, buna ulaşamazlar ise yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi¹⁰⁹ ile içeriğin yayından çıkartılmasını isteyebilecekleri gibi doğrudan Sulh Ceza Hakimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de talep edebileceklerdir.

İnternet ortamında yapılan yayının içeriği nedeniyle özel hayatların gizliliğinin ihlal edildiğini iddia edenler Kanun'un 9/A. maddesi

¹⁰⁸ Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler yer sağlayıcılardır.

¹⁰⁹ Uyarı yöntemi; internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemini ifade eder.

gereğince; doğrudan TİB'e başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini talep edebileceklerdir.

iii. Türk Ceza Kanunu

Siber zorbalığın tanımından anlaşılacağı üzere bu eylem birçok suçla irtibatlı olabilmektedir. İrtibatlı olduğu suçları doğrudan bilişim suçları ve bilişimin vasıta kılınması ile işlenen suçlar şeklinde iki ayrı kategoriye ayırmak mümkündür. Doğrudan bilişim suçları konusunda Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nde belirtilen hususların hemen hemen tamamı ile ilgili Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme yapılmıştır. Bilişimin vasıta kılınmasıyla işlenen suçların siber zorbalıkla irtibatı konusunda ise, henüz ülkemizde uygulama olmadığından ve Yüksek Mahkeme kararları da ortaya çıkmadığından, net bir ifadenin ortaya konması çokta kolay olmayacaktır.

ABD'de meydana gelen vakıalarla birlikte değerlendirildiğinde aşağıda sayılan suçların siber zorbalık eylemiyle irtibatlarının olması kuvvetle muhtemeldir.

Siber zorbalık eyleminin işleme metodu ve meydana gelen sonuçlarına göre Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen birçok suçun siber zorbalık eylemi ile irtibatınının olabileceği söylenebilir. Bunların başında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar gelmektedir. Cinsel istismar ve cinsel taciz suçları, Bilişim teknolojileri kullanılarak işlendiğinde siber zorbalık eylemiyle doğrudan irtibatlı olacaktır. Yine bilişim vasıta kılınarak hürriyete karşı işlenen suçlardan; tehdit, şantaj, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçları işlenebilecektir.¹¹⁰ Şerefe karşı suçlar kapsamında ise bilişim vasıta kılınarak hakaret suçu işlenebilecektir. Belki de siber zorbalığın en fazla etkin olacağı alanlardan bir tanesi de özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlarda kendisini gösterecektir. Özellikle bilişim vasıta kılınarak haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi, kayda alınması, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, verilerin hukuka aykırı olarak başkalarına verilmesi ve ele geçirilmesi suçları işlenebilecektir.

¹¹⁰ Lyrisa Lidsky, Andrea Pinzon Garcia, "How Not to Criminalize Cyberbullying", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2097684, (E.T.30.11.2014)

iv. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun

Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'daki düzenleme, her ne kadar doğrudan siber zorbalık suçuyla ilgili olmasa da siber zorbalığın dolaylı olarak da önlenmesi konusunda yapılacak yayınları düzenlemektedir. Kanun'unun 33. maddesine göre; Radyo Televizyon Üst Kurulu, yükümlülüklerini yerine getirmeyen radyo ve televizyonlara ilk aşamada gerekli uyarıları yapacak, ihlallerin devam etmesi durumunda ise daha sonra da yayın durdurma cezası verecektir. Yayını durdurulan programların yerine ise; çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlakî gelişimi ve benzeri konularında programlar yayınlama yükümlülüğü getirebilmektedir. 3984 sayılı yasadaki düzenlemelere göre; bu durumda dolaylı da olsa gençlerin ve çocukların siber zorbalık eylemlerinden korunmaları için farkındalık oluşmasına katkı sağlayabilecektir.

v. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu

Yasa'nın 1. maddesinde kanunun amacı; "korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usûl ve esasları düzenleme" olarak belirtilmiştir. Yasanın ikinci maddesinde ise; suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri konusunu, 3/a/1. maddesinde; bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu, korunma ihtiyacı olan çocuk kavramı içerisinde tanımlamıştır. Dördüncü maddesindeki düzenlemeyle de çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi için çocuğun, ailesinin, ilgililerin, kamu kurumlarının ve sivil toplum kuruluşlarının işbirliği içinde çalışmaları gerektiği hususuna değinilmiştir.

5395 sayılı Yasa'nın amaç, kapsam ve temel ilkelerinde her ne kadar çocukların korunması esenliklerinin sağlanması, güvence altına alınmaları ve istismarlarının önlenmesi konularından bahsedilmişse de çocukların siber zorbalık karşısında korunmalarına yönelik alınması gereken herhangi bir tedbirden bahsedilmemiştir. Çocuk Koruma Kanunu bu yönü itibariyle yetersizdir.

vi. Türk Silahlı Kuvvetleri Ortaöğretim Okulları Yönetmeliği

2008 tarihli Türk Silahlı Kuvvetleri Ortaöğretim Okulları Yönetmeliği'nin 24/A. maddesinde 06.11/2014 tarihinde yapılan bir değişiklikle; öğrencilerin cinsel sömürü, pornografi, teşhir, istismar, taciz ve her türlü olumsuz davranışlardan korunması, diğer öğrenciler tarafından fiziksel ve ruhsal yönden zarar görmemeleri için dedikoduya, zorbalığa, tehdide, sataşmaya ve onur kırıcı her türlü lakap takılmasına karşı korunması, konularında veli veya aileyle, gerekli görüldüğünde diğer ilgili kurum ve kuruluşlarla da işbirliği yapılarak gerekli tedbirlerin okul komutanlığınca alınacağı hususu düzenlenmiştir.

İncelenen yasal düzenlemelerde Millî Eğitim Bakanlığı temel yasalarında yapılması gereken düzenlemeden daha detaylı bir düzenleme Türk Silahlı Kuvvetleri Ortaöğretim Okulları Yönetmeliği ile yapılarak, günümüz şartlarında da uyumlu olduğu anlaşılmaktadır.

vii. Millî Eğitim Bakanlığı Mesleki Eğitim Merkezleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği

Yönetmeliğin 6/1/c. ve ç. maddesindeki düzenlemeye göre; yönetici ve öğretmenler tarafından; öğrenci/kursiyerlerin pornografi, teşhir, cinsel sömürü, istismar, taciz ve her türlü olumsuz davranışlardan korunması, öğrenci/kursiyerlerin, diğer öğrenci/kursiyerlerce fiziksel ve ruhsal yönden zarar görmemeleri için dedikoduya, zorbalığa, tehdide, sataşmaya ve onur kırıcı her türlü lakap takılmasına karşı korunması konularında veli, aile veya usta öğretmenlerle de iş birliği yapılarak gerekli tedbirler alınması hususunda düzenlemeler yapılmıştır. Yönetmeliğin 27/1/ç. ve d. maddesindeki düzenlemeye göre ise yukarıda sayılan hususlarda tedbir alma görevi "merkez ödül ve disiplin kurulu"na verilmiştir.

viii. Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği

Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği ile yönetici ve öğretmenlere, öğrencilerin korunması konusunda bir kısım görevler verildiği gibi, zorbalık yapanların da disiplin kurullarınca kınama cezasına çarptırılacaklarına dair düzenlemeler getirmektedir.

Yönetmeliğin 158/1/c. ve ç. maddesindeki düzenlemeye göre; öğrencilerin pornografi, teşhir, cinsel sömürü, istismar, taciz ve her türlü olumsuz davranışlardan korunması, öğrencilerin, diğer öğrenciler tarafından fiziksel ve ruhsal yönden zarar görmemeleri için dedikoduya, zorbalığa, tehdide, sataşmaya ve onur kırıcı her türlü lakap takılmasına karşı korunması konularında veli veya aileyle diğer ilgili kurum ve kuruluşlarla da işbirliği yapılarak gerekli tedbirler alınması konusunda yönetici ve öğretmenlere görevler verilmiştir. Yönetmeliğin 164/4/i. maddesindeki düzenlemeye göre ise; kişi veya kişilere her ne sebeple olursa olsun eziyet etmek; işkence yapmak veya yaptırmak, cinsel istismar ve bu konuda kanunların suç saydığı fiilleri işleme eylemleri kınama cezasını gerektiren bir davranış olarak düzenlenmiştir.

Buradaki daha çok fiziksel zorbalık dikkate alınarak düzenleme yapıldığından olumsuz eylemler karşısında okul yönetiminden gerekli kurul kararlarını alarak, olumsuz öğrenci davranışlarının fiil ve suça dönüşmesini engellemek, eğitim ortamlarının güvenliğini sağlamak ve öğrencileri her türlü olumsuz ve zararlı davranışlardan korumak amacıyla okul, pansiyon ve eklentileri, sıra, masa, dolap ve gerekli görülen diğer yerler aranır, tedbir amaçlı bu arama ve inceleme işleri öğrencinin kişilik ve onurunu rencide etmeden okul öğrenci ödül ve disiplin kurulu üyeleriyle görevlendirilen öğretmenlerce yapılabileceği hususu düzenlenmiştir. Maalesef bu yönetmelikte siber zorbalık konusunda henüz bir güncelleme yapılmamıştır.

11. Çözüm Önerileri

Yüz yüze ve yakın arkadaşlık, toplum içindeki suç oranını azalttığı gibi kişiler arasında güvenin artmasına, diğer kişilerden korkunun azalmasına da desteklemekte, toplum daha az akıl hastalığına ve depresyona maruz kalmaktadır.¹¹¹ Siber çağda ise bu ilişkiler zayıfladığından suç oranlarında artma meydana geldiği gibi, insanlar arasında güven bunalımı yaşanmakta, kişiler daha fazla psikolojik hastalıklara maruz kalmaktadırlar. Gelişen bu durumlara göre de toplum huzurunun devamı için yeni düzenlemelere ve çözümlere ihtiyaç bulunmaktadır. Hukuk ve etik konusundaki gelişmeler ise her zaman teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmaktadır¹¹².

¹¹¹ Keith N Hampton, "New Communication Technologies and the Nature of Community", *Family Therapy Magazine*, Alexandria 2013, V.12, N.2, p.10

¹¹² Alli Spotts, De Lazzer, "Faceblur – Facebook, Therapists, and Our Boundaries", *Family Therapy Magazine*, Alexandria 2013, Vol.12, No.2, p.24

Başta devlet hizmetleri olmak üzere toplumsal ve bireysel ihtiyaçların büyük bir kısmı internet teknolojileri kullanılarak yapılmak zorunda olduğundan bütün vatandaşların geniş bant internet erişimlerinin sağlanması, devletlerin yerine getirmesi gereken yükümlülükleri arasındadır. Bu yükümlülük, tam anlamıyla yerine getirildiğinde ülkemizde yaşayan insanların tamamı internete erişim sağlamış ve yüzde yüz oranında sayısal okuryazarlık sağlanmış olacaklardır. Bu durum da siber zorbalığa maruz kalma riskini daha da artıracaktır. Siber zorbalıkla mücadele olayın sadece cezai anlamda soruşturulması ve kovuşturmasıyla değil¹¹³, toplumun bütün kademelerince; ekonomik, sosyal, psikolojik, eğitim ve hukuki boyutuyla ele alınmasına ve çözümün bütün paydaşların katılımıyla birlikte üretilmesine ihtiyaç vardır.

Neticesi sebebiyle ağır sonuçlar doğuran siber zorbalık eylemlerinde öncelikli olarak bu eylemlerin meydana gelmesini önleyici tedbirlerin alınması¹¹⁴, daha sonra ise diğer hukuki süreçlerin takibi daha efektif bir sorun çözme yaklaşımı olacaktır. Bu sebeple çözüm önerilerinde olayın sadece hukuki boyutu değil olay meydana gelmeden önce alınması gereken önleyici tedbirlerle birlikte değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Çözüm önerileri aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

a. Çocuklar ve Gençler İçin Güvenli Eğitim Ortamlarının Oluşturulması

Siber zorbalıkla mücadelede ilk başta yapılması gereken eylem, siber zorbalığın meydana gelmesini sağlayan etmenlerin/faktörlerin ortadan kaldırılmasıdır.¹¹⁵ Bu husustaki en önemli çalışma, çocukların günün büyük bir kısmını geçirdikleri, okul ortamlarında yapılmalıdır. Bu konuda başta Milli Eğitim Bakanlığı olmak üzere, Adalet Bakanlığı, emniyet birimleri, sivil toplum örgütleri ve teknoloji firmaları ile işbirliği yapılarak öncelikli olarak güvenli internet erişimi sağlanmalı, okullarda öğretmen ve idarecilerin gerektiğinde inisiyatif alarak siber zorbalıkla mücadelede aktif rol alabilecekleri şekilde mevzuat değişiklikleri yapılmalıdır.

¹¹³ "Dealing with Cyberbullying", <http://www.helpguide.org/articles/abuse/cyberbullying.htm>, (E.T.22.11.2014)

¹¹⁴ "Cyber Safety for Kids, 20 Most Useful Recommendations", <http://nobullying.com/cyber-safety-for-kids-20-most-useful-recommendations/>, (E.T.22.12.2014)

¹¹⁵ Michael Medaris, Cathy Girouard, "Protecting Children in Cyberspace: The ICAC Task Force Program, Juvenile Justice Bulletin", <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojdp/191213.pdf>, (E.T.05/01.2015)

ABD’de yönetiminin; kadınların, çocukların ve gençlerin zorbalığın her türüne, cinsel istismara, tacize ve benzeri şekildeki suçlarla öncelikle suçun işlenmesini engelleme, suç işlendikten sonra yargılama faaliyetleri, mağdurun ve failin¹¹⁶ tedavisinin yapılması ve tekrar sosyal hayata kazandırılmaları gibi olayın bütün boyutlarını ele alan bir yaklaşım sergileyerek yasal düzenleme yaptıkları görülmektedir.¹¹⁷ Ülkemizde de benzeri bir yaklaşım sergilenerek geleceğin teminatı olan çocuklar ve gençlerin sağlıklı bir şekilde yetiştirilebilmeleri için güvenli okul ortamlarının oluşturulması adına çok kapsayıcı bir mevzuata ihtiyaç vardır.

Milli Eğitim Bakanlığı Meslek Eğitim Merkezleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği’nin 6. maddesinde; çocukların fiziksel ve ruhsal yönden zarar görmemeleri için; dedikoduya, zorbalığa, tehdide, sataşmaya ve onur kırıcı her türlü lakap takılmasına karşı korunması konularında aile veya usta öğretmenlerle de iş birliği yapılarak tedbirler alınabileceği yasada düzenlenmiştir. Ülkemizde bu yasal düzenlemenin sağlıklı bir şekilde uygulanabilirliği tartışmalıdır. Maalesef okul ve aileler arasında gerekli işbirliği tesis edilememiştir. Bu düzenleme sadece mesleki eğitim merkezleriyle sınırlı kalmaksızın diğer okulların tamamında, hatta yasal düzenleme uyumlaştırılarak üniversitelerde, dershanelerde, çıraklık eğitim ve halk eğitim merkezleri gibi diğer eğitim kurumlarını da kapsayacak şekilde genişletilmelidir. Anayasa ve Çocuk Hakları Sözleşmesi, ülkemizin de taraf olduğu, devlete bu konularda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirmektedir.

i. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nda Uyumlaştırma Yapılması

5395 sayılı Yasa’nın amaç, kapsam ve temel ilkelerinde her ne kadar çocukların korunması esenliklerinin sağlanması, güvence altına

¹¹⁶ Siber zorbalık suçlarında tedaviye ihtiyacı olan sadece mağdur değil, aynı zamanda saldırıyı gerçekleştiren kişilerin de psikolojik tedavi altına alınma ihtiyaçları vardır. (Walton, Alice G., “Internet Addiction: The New Mental Health Disorder?”, <http://www.forbes.com/sites/alicegwalton/2012/10/02/the-new-mental-health-disorder-internet-addiction/>, (E.T.17/05.2014))

¹¹⁷ “Violence against women act, Education Act and the Act respecting Private education”, <http://www.mels.gouv.qc.ca/en/current-initiatives/bullying-and-violence-in-the-schools/bill-56/>, (E.T.01.07.2014)

alınmaları ve istismarlarının önlenmesi konularından bahsedilmişse de çocukların siber zorbalık karşısında korunmalarına yönelik alınması gereken herhangi bir tedbirden bahsedilmemiş olup, Kanun bu yönüyle yetersizdir. Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'nın 41 ve 58. maddeleri gereğince devletin siber zorbalıktan gençleri ve çocukları koruma mükellefiyeti bulunmakta olup 5395 sayılı Yasa'da acilen uyumlaştırma yapılmalıdır.

ii. Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması

Yönetmeliğin 158/1/c. ve ç. maddesinde güncelleme yapılmak suretiyle özellikle siber zorbalık, siber takip ve siber taciz eylemleri, mücadele edilecek eylemler arasında sayılmalı, çıkan sorunlar hakkında özellikle okul yönetimleri ve öğretmenlere sorumluluklar yüklenmeli, öğrenci veli veya aileyle diğer ilgili kurum ve kuruluşlarla da işbirliği yapılarak gerekli tedbirlerin alınması sağlanmalıdır.

b. Çocuklar ve Gençlerin Sorun Çözme Kapasitelerinin Artırılması

Çocuklar ve gençler maruz kaldıkları siber zorbalığa karşı her zaman mantıklı çözüm bulamadıkları gibi makul sonuçlara da ulaşamayabilirler. Siber zorbalığa maruz kalanlara bu mağduriyetler karşısında kendilerinin herhangi bir suç ve kusurlarının bulunmadığı, kendilerinin utanacak bir davranış sergilemedikleri, siber zorbalıların hedeflerine ulaşmasını engellenmesi gerektiği anlatılmalıdır. Gelen rahatsız edici içeriklere de dokunmayıp¹¹⁸ sadece rapor etmeleri önerilmelidir.

Aynı zamanda çocuklar ve gençlerin siber zorbalıkla mücadele için bir kısım tedbirler almaları gerektiği, bu tedbirlerin başında ihtiyaç olmadığı müddetce anonim kalma ile¹¹⁹ kişisel verilerin muhafazası, şifre ve e-postaların paylaşılmaması, kullanılan mevcut şifrelerin

¹¹⁸ İleride takibi yapılacak olan suçla ilgili delil toplama ve delil bütünlüğünü bozma adına bu husus çok önemlidir.

¹¹⁹ Ted Claypoole, Theresa Payton, "Turning Off Lights: Choosing To Be Invisible Online, Are You Naked Online? Protecting Your Internet Identity", Rowman&Littlefield, Lanham 2012, p. 193

usûlüne uygun bir şekilde değiştirilmesi,¹²⁰ siber zorbalık eylemiyle karşılaştığında haberleşmenin kesilmesi, delil niteliğinde olan verilerin bloklanması, eylem konusunda ilgililerle paylaşma yapılması¹²¹ konularında yeterli farkındalık oluşturulmalıdır. Siber zorbalığa maruz kalanlara, hayatın her alanında zorluklarla mücadelenin esas olduğu, stresle mücadelenin de buna dahil olduğu, elektronik ortamdan uzaklaşarak hoşlandığı diğer faaliyet alanlarında daha çok vakit geçirmelerinin faydalı olacağı¹²² hususları öğretilmeli ve bu konularda destek verilmelidir.

Günümüz dünyasının gençleri, günlerinin büyük bir dilimini dijital dünyada harcadıklarından bu platformlarda karşılaştıkları sorunlar konusunda bir kısım sebeplerden dolayı ailelerini haberdar etmediklerinden kendi başlarına sorun çözebilme yetenekleri, siber zorbalık saldırısı öncesinde takviye edilmeli ve güçlendirilmelidir.

c. Siber Zorbalık İhbar ve Şikâyet Hatlarının Kurulması ve Aktif Kullanımının Teşvik Edilmesi

Siber zorbalık eylemleriyle mücadele için herkesin basit ve kolay bir şekilde erişebilecekleri telefon ve internet ihbar hatlarının kurulması, bu hatlara ücretsiz erişimlerin sağlanması¹²³ için alternatif alt yapılar hazırlanmalıdır. Emniyet teşkilatı,¹²⁴ Milli Eğitim Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı'nın sayfalarında bu hatların linkleri bulunmalıdır.¹²⁵ Her ne kadar mevcut durumda TİB'in (<https://www.ihbarweb.org.tr/ohg/index.php>) web sayfasında özel hayatın gizliliğini ihlal sebebiyle (5651 sayılı Yasa'nın 9/A maddesi gereğince) kişilerin bireysel başvuru yapabileceği bir ihbar hattı mevcut ise de burada verilen hizmet sadece özel hayatın gizliliğini ihlalle sınırlı olup, ayrıca TİB'in web sayfasında kullanıcıların kolay erişimine elverişli bir yapıda da değildir.

¹²⁰ "Cyberstalking, Prepared by the Canadian Resource Centre for Victims of Crime", www.crcvc.ca/docs/cyberstalking.pdf, (E.T.22.11.2014)

¹²¹ www.stopcyberbullying.com, (E.T.03/01.2015)

¹²² "Dealing with Cyberbullying", <http://www.helpguide.org/articles/abuse/cyberbullying.htm>, (E.T.22.11.2014)

¹²³ Benzer nitelikte ihbar hatları Kanada ve ABD'de bulunmaktadır.

¹²⁴ Emniyet birimlerinde (<http://www.egm.gov.tr/Sayfalar/Ihbar.aspx>, (E.T.03/01.2015)) ismiyle ihbar hattı bulunmasına rağmen siber zorbalık için ayrı bir yapılanma henüz mevcut değildir.

¹²⁵ Hatta internet sitelerine zararlı içeriklerin ihbar edilebilmesi için basit ve kolay ulaşılabilir linklerin konması zorunluluğu dahi getirilebilir.

Özellikle son dönemlerde internetin regülasyonunu yapmakla görevli olan TİB'in, siyasi saiklerin çok fazla tesiri altında olduğundan, gençler ve çocukların siber zorbalıkla mücadeleleri konusunda ciddi manada destek verdiği, planlama yaparak politikalar geliştirdiği söylenemez.

d. Online Siber Zorbalık Danışmanlık Hizmetlerinin Verilmesi

Siber zorbalık eylemine maruz kalan mağdurların büyük bir kısmı kendi tedbirsiz ve dikkatsizlikleri sebebiyle mağdur pozisyonuna düştüklerinden,¹²⁶ ailelerinden çekindiklerinden ya da arkadaş grubundan dışlanmamak için genellikle mağduriyetlerini paylaşmama eğilimindedirler. Siber zorbalığa maruz kalan çocukların ve gençlerin durumlarını herhangi bir kurum ya da kişi ile paylaşmaksızın online bilgi edinebilecekleri,¹²⁷ hukuki anlamda destek alabilecekleri, yardım dokümanlarının, eğitici videoların bulunduğu web sayfalarının¹²⁸ hazırlanması, hazırlanan bu web sayfalarının özel ve devlet okullarının tamamında duyurulması, bu konuda okullardaki rehber öğretmenlere detaylı eğitimler verilmesi, mevcut durumda uygulanan FATİH Projesi kapsamında da eğitim programına dahil edilerek Yeni Medya Eğitimi¹²⁹ kapsamında gerekli farkındalığın oluşturulmasına ihtiyaç vardır.

e. Suçla Mücadelede ve Delil Toplamada İşbirliği ve Delillerin Değerlendirilmesi

Siber zorbalık, tekrarlanan ve çocuklar/gençler arasında meydana gelen bir eylem türü olduğundan olayın başlangıcından sonuna kadar

¹²⁶ ABD'de yapılan büyük bir anket çalışması verilerine göre; elektronik ortamda arkadaşlık kuran gençlerin dörtte biri irtibata geçtikleri karşı cins tarafından suistimal edilmekte ya da tacize uğramaktadırlar. (Janine Zweig, Meredith Dank, "Teen Dating Abuse and Harassment in the Digital World Implications for Prevention and Intervention", <http://www.urban.org/UploadedPDF/412750-teen-dating-abuse.pdf>, (E.T.17.11.2014))

¹²⁷ ABD siber zorbalığa maruz kalanlarda farkındalık oluşturmak için birçok faydalı bilgiyi içeren site vasıtasıyla hizmet vermektedir. (<http://www.stopbullying.gov/cyberbullying/>, (E.T.22.12.2014))

¹²⁸ ABD'de bu konuda hizmet veren devlete ve sivil toplum örgütlerine ait birçok web sitesi kurulmuştur.

¹²⁹ Sosyal medyayı de kapsayan yeni medya eğitimi, okullarda müfredat programlarına dahil edilerek sosyal medya kullanımının devlet politikası olarak fırsata dönüştürülmesi hedeflenmelidir.

takibi¹³⁰, delillerin zamanında toplanması olayın neticelendirilmesi açısından önemlidir. Türkiye'nin de taraf olduğu Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nde yer alan işbirliği müessesesi hayata geçirilmeli, 7/24 online delil toplanması ile ilgili sözleşmedeki düzenleme iç hukumuza uyumlaştırılarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesi revize edilmelidir. Delil toplanması aşamasında mutlaka özel hayatın gizliliğine de riayet edilerek savcılık birimleri, emniyet birimleri, internet erişim sağlayıcıları ve teknoloji firmaları ile birlikte sözleşme kapsamında görevlendirilen, sözleşmeye taraf ülkelerin emniyet birimleriyle ortak hareket edilerek deliller kaybolmadan toplanmalıdır.

Ayrıca burada ifade edilmesi gereken hususlardan birisi de siber zorbalık, siber taciz ve siber takipçilik gibi dijital ortamda işlenen birçok suçla ilgili delil, sadece dijital deliller ve mağdurun beyanından ibaret olacaktır. Yargılama mekanizmaları çoğu zaman başkaca bir delile ulaşamayacaktır. Usul yasalarının dijital delillerin yalnız başına hükme esas olmayacağı şeklinde yorumlanması¹³¹ yukarıda sayılan eylemlerle mücadeleyi oldukça zorlaştıracaktır. Dijital delillerin dışında delil elde etmenin mümkün olmadığı durumlarda usulüne uygun olarak toplanmış olan dijital deliller, aksi ispat edilinceye kadar, hükme esas alınabilecek hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir.

f. Unutulma Hakkı'nın Evrenselleştirilmesi

Dijital ortamdaki özel hayatın gizliliğine karşı yapılan saldırılar, internetin doğası gereği, kişilerin şahsiyeti, onurları, kariyerleri ve ticari itibarında gerçek hayattaki saldırılardan daha fazla yıkıcı etkiye sahip olduğu gibi daha uzun süreli de dijital hafızada kalıcı olabilmektedir. Günümüzde son zamanlarda gelişen haklardan birisi de unutulma hakkıdır. Henüz unutulma hakkı uluslararası sözleşmelerde bir hak olarak tanımlanmamış olup sadece Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın arama motoru olan Google Şirketi hakkında vermiş olduğu bir karar neticesi Avrupa Birliği ülkelerine üye vatandaşların kullandığı bir hak olarak kendini göstermektedir.

¹³⁰ Marieke Lewis, Patrick Miller, Alice R. Buchalter, "Internet Crimes Against Children: An Annotated Bibliography of Major Studies", <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228813.pdf>, (E.T.17/05.2014)

¹³¹ Son zamanlarda bu şekilde bir kanaat gelişmiştir.

Artık günümüz dünyasında ifade hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, eğitim hakkı gibi unutulma hakkı da evrensel bir hak olarak tanınmalıdır. Bu konuda Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve benzeri çok uluslu kuruluşlar kapsamında yapılacak bir çalışmayla Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi olan Uluslararası Sözleşmeler revize edilmeli, iç mevzuat bu duruma göre uyumlaştırılmalıdır.

g. Suçları Araştırma Merkezlerinin Kurulması

Dijital dünyadaki hızlı gelişime en çabuk ayak uyduranlar suçlulardır. Siber zorbalıkla mücadele için suçla mücadele edecek birimler suçlulardan daha fazla çalışmak zorundadırlar. Bu sebeple devamlı surette elektronik ortamdaki suç işleme metotları analiz edilmeli,¹³² suç istatistikleri çıkartılmalı, suçları önlemek için akademik araştırmalar yapılmalıdır. Yargılama faaliyetlerin tamamının elektronik ortamda yürütüldüğü Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) kapsamında tutulan verilerin analiziyle günümüzde daha hızlı sonuçlar üretilebilecektir.

h. İnternetin Regülasyonu ve Sosyal Medya Şirketlerine Sorumluluk Yüklenmesi

İnternetin anavatanı olan ABD, başta IP dağıtım işlemleri olmak üzere Dünya üzerinde meydana gelen bütün teknolojik gelişmelerin daima öncüsü konumunda olmuştur. Bu durumun tekel olması, diğer ülkelerin, çoğunlukla kayıtsız şartsız bir şekilde ABD politikalarına uymak zorunda kalmasını netice vermektedir. Birleşmiş Milletler Örgütü kapsamında bu konu ekonomik ve sosyal boyutuyla ele alınarak bir kısım çalışmalar yapılmalıdır. Öncelikle internetin regülasyonu dünyadaki bütün ülkelerin karar alma mekanizmalarında rol oynadıkları bir kurul tarafından verilmelidir.

Sosyal medya şirketlerinden birçoğu, ABD patentli olduğundan ABD'de ifade özgürlüğü ABD Anayasası Birinci Ek Düzenleme içerisinde yer alıp diğer haklarla çatıştığında, kıta Avrupası'ndan farklı

¹³² ABD'de Siber Zorbalık Araştırma Merkezi, Kanada'da ise Suçları Araştırma Merkezleri kurulmuştur. ("Cyberbullying Research Center", <http://cyberbullying.us/>, (E.T.22.12.2014)); ("Canadian Resource Centre for Victims of Crime", <http://crcvc.ca>, (E.T.22.12.2014))

olarak, daimi surette ifade özgürlüğüne ağırlık verilmektedir. Sosyal medya üzerinde işlenen suçlarla ilgili işbirliği ve delil paylaşımında ABD, Anayasa'sındaki ifade hürriyetinin özgül ağırlığından dolayı işbirliğine yanaşmamaktadır. Bu konuda ticari firmalar işbirliğine zorlanmalıdır.¹³³ Sanal zorbalık gibi birçok suçun işlenmesine uygun zemin hazırlayan ticari firmalar daha çok sosyal sorumluluk almaya davet edilmelidir.

i. Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nde Revizyon Yapılması

Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nin ilk olarak imzaya açıldığı 2001 tarihinde, günümüzdeki kadar sosyal medya ve bilişim teknolojilerinin haberleşmede kullanımı yaygın olmadığından, siber zorbalığın bir suç türü olarak kabulüne ihtiyaç duyulmamıştır. Özellikle teknolojinin yoğun olarak kullanıldığı ülkelerde siber zorbalık sonrası yaşanan intihar vakaları, siber zorbalığın da bir suç olarak, zamanla evrensel bir sözleşme olma yolunda mesafe kateden, Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'ne dahil edilmesini zorunlu kılmaktadır. Sözleşme'nin kapsamı bu şekilde genişletildiğinde siber zorbalık eylemleriyle ilgili suçla mücadelede, uluslararası işbirliği ve delil toplama hususları da kolaylaşacağı gibi suçla uluslararası mücadele imkanı sağlanmış olacaktır.

j. Türk Ceza Kanunu'nda Yapılması Gereken Düzenlemeler

Dijital ortamın bir çok suçun işlenmesine de zemin hazırlamasıyla kanunlarda bir kısım yasal boşluklar meydana gelmektedir. Teknolojinin hızla gelişmesi Türk Ceza Kanunu'nda da bir kısım tanımların ve yeni düzenlemelerin yapılmasını gerektirmektedir. Bu hususlardan bir tanesi de elektronik ortamda aleniyetin ne şekilde oluşacağı konusudur.¹³⁴ Kanunda aleniyet kavramının tanım yapılmak suretiyle özel-

¹³³ Shari Kessel Schneider, Erin Smith, "Social Media and Cyberbullying, Implementation of School-Based Prevention Efforts and Implications for Social Media Approaches", http://hhd.org/sites/hhd.org/files/Social_Media_and_Cyberbullying_FinalReport-EDC_0.pdf, (E.T.03/01.2015)

¹³⁴ Aleniyetin anlamı olayın herkesin duyabileceği, görebileceği yerde veya basın yayın araçları vasıtasıyla yapılmasıdır. Ayrıca aleniyetin, suçun unsuru mu yoksa objektif cezalandırılma şartı mı olduğu hususu da önemlidir. (Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2010, s.330) Günümüzde kullanılan haberleşme vasıtalarından olan whatsapp, Viber, Tango gibi

likle elektronik ortamda aleniyeti konusu açıklığa kavuşturulmalıdır. Çünkü bir çok suçun oluşmasında kanun koyucu aleniyetin gerçekleşmesini aramıştır.

Diğer bir husus ise Türk Ceza Kanunu'ndaki basın ve yayın yoluyla yayımlama kapsamına dahil edilen elektronik kitle iletişim araçları içerisinde sosyal medya hesapları ve forum sitelerinde yapılan yorumların kabul edilip edilemeyeceği hususudur. Kişilerin sosyal medya hesaplarındaki gizlilik ayarlarına göre forumların açık forum ya da kapalı forum olmaları bu durumu daha da karmaşık hale getirmektedir. Bazı zamanlarda sosyal medya kullanıcılarının hesapları sadece takipçilerine açık olsa da takipçi sayıları, bazı gazetelerin tirajlarından daha fazla olabilmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç (madde 23/1) tarif edilirken "bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir." şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Siber zorbalık eylemlerinde yüzyüzelik ilkesi de mevcut olmadığından kişinin kasten ya da taksirle hareket edip etmediğinin tespiti çok daha zor bir durumdur. Siber zorbalığın doğrudan ya da dolaylı olarak irtibatlı olan bir kısım suçlarda ağır neticeler meydana gelebilmektedir. Yukarıki örneklerden de anlaşılacağı üzere siber zorbalık eylemleri neticesi mağdurların intihar etme oranları normal zorbalık eylemine göre çok daha yüksektir. Çünkü mağdurlar üzerinde çok daha fazla yıkıcı tesirler meydana getirebilmektedir. Bu durum da siber zorbalıkla irtibatlı suçlarda olası kast durumu tartışılmalıdır.

Siber zorbalık eylemi bilişim suçu, bilişimin vasıta kılınması ile işlenen suç türlerinden herhangi birisine girmiyorsa en kötü ihtimalle Türk Ceza Kanunu'un 123. maddesinde düzenlemesi bulunan, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma eylemi kapsamında değerlendirilmelidir. Bu suçun oluşabilmesi için failin eyleminin hukuka aykırı bir davranış olması ve mağdurun şikâyeti yeterlidir. Ayrıca kasten hareket etme aranmamalıdır.

sesli, görüntülü ya da anlık mesajlaşma imkânı veren sistemlerde kapalı devre sistemlerde olsa bazen grup üzerinden yapılan haberleşmelerde yüzlerce, hatta binlerce kişi haberleşmenin içeriğine vakıf olmaktadır. Bu durumlarda aleniyetin ne şekilde oluştuğu sosyal medya açısından ya da akıllı telefonlarla haberleşme açısından bir kısım sorunların habercisidir.

Siber zorbalığı Türk Ceza Kanunu'ndaki diğer bilişim suçlarından ayıran özelliklerin başında siber zorbalığı oluşturan eylemin tekrarlanan eylem olması çocuklara, gençlere karşı işlenmesidir. Türk Ceza Kanunu'nda siber zorbalığı ayrı bir suç olarak tanımlamak meydana gelen neticenin çeşitliliğinden dolayı çokta mümkün gözükmemektedir. Bu hususların bir kısmı yasa değişiklikleri ile çözümlenebilecek bir kısmının da yüksek mahkeme içtihatları ile çözümlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Sonuç

İnternet ve sosyal medya canlı aynı zamanda sanal bir organizma olup, insanlığın yaşamış olduğu hayatı, özellikle de dijital yerlilerin, sosyal faaliyetlerini, ürettiklerini ve yayınladıklarını bir ayna gibi devamlı surette kamuoyuna yansıtan bir mekanizmadır. Bunlar doğası gereği, düzenlenmesi ve denetlenmesi çokta mümkün olmayan demokratik, aynı zamanda anarşik bir yapısı olan platformlardır. Bu platformlardaki hızlı değişime uygun yasa yapma çabaları ise insanlığa faydadan çok zarar getirecek gibi gözükmektedir. Bu sebeple bu alanların yasal düzenlemelerle kontrolü yerine daha çok eğitime ve bilinçli toplum yetiştirmeye ihtiyaç vardır. Buna rağmen hukuk alanındaki çalışmalar tedrici bir şekilde devam ettirilmeli, diğer taraftan da toplum düzeninin önemli kontrol mekanizmalarından birisi olan etik kurallar hayata geçirilmeli, yeni medya okuryazalığına gereken önemin verilmelidir. Kısa vadede de bu durum siber ortamda meydana çıkacak olumsuzluklarla mücadele açısından daha efektif sonuçlar doğuracaktır.

Siber zorbalık olaylarının sosyal sorumluluk boyutu da hesaba katılarak daha çok olaylar meydana gelmeden eğitim planları yapılmalı, toplumsal farkındalık oluşturulmalı, sosyal medya kullanıcılarına etik sorumluluk yüklenmeli, bireysellikten çok toplum menfaatinin düşünülmesi nesiller yetiştirme hedeflenmelidir. Genç nesiller yaşayan bir organizma olan internet teknolojilerinden istifade ederken teknolojiye hükmeden konumunu muhafaza etmeli, teknolojinin esiri olmamalıdır.

Siber dünya zamanla insanlığın yaşamında daha fazla yer işgal etmekte olup bu dünyada meydana gelen sorunlarla mücadele ancak evrensel boyutta yapılacak bir işbirliği ile mümkün olacaktır.

Kaynakça

- "Act 451", <http://legislature.mi.gov/doc.aspx?mcl-380-1310b>, (E.T.17.11.2014)
- "Be the Chang ...Stop Bullying&Cyberbullying", <http://www.meganmeierfoundation.org/laws.html>, (E.T.22.12.2014)
- Balo Yusuf Solmaz., "Amerika Birleşik Devletleri'nde Mahkeme Teşkilatı", AÜHFĐ, Ankara 2012, C. 61, S.3
- Beauchamp Madam Line, "An Act to pPrevent and Deal with Bullying and Violence in Schools", <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2012C19A.PDF>, (E.T.01.01.2015)
- Beran Tanya, Li Qing, "The Relationship between Cyberbullying and School Bullying", *Journal of Student, Wellbeing* 2007, Vol. 1(2)
- Bolaç Ümmü Meliha, Güler Gülsem, Kartal Özlem, "Siber Zorbalık", http://internet-zorbalig.blogspot.com.tr/2012_03_01_archive.html, (E.T.22.11.2014)
- Broderick Ryan, "9 Teenage Suicides In The Last Year Were Linked To Cyberbullying On Social Network Ask.fm", <http://www.buzzfeed.com/ryanhatesth-is/a-ninth-teenager-since-last-september-has-committed-suicide#.opYPz5M72>, (E.T.28.12.2014)
- Cartalucci Tony, "Facebook: Colonialism 2.0. Managing Public Perception. The Pinnacle of Social Engineering", <http://www.globalresearch.ca/facebook-colonialism-2-0/5421420>, (E.T.01.01.2015)
- Claypoole Ted, Payton Theresa, "Turning Off Lights:Choosing To Be İnvisible Online, Are You Naked Online? Protecting Your Internet Identity", Rowman&Littlefield, Lanham 2012
- Collier Anne, "Youth Safety on a Living Internet:Report of the Online Safety and Technology Working Group", http://www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/ostwg_final_report_070610.pdf, (E.T.17.11.2014)
- Cook Gregory C. Tankersley Will Hill, "A Practitioner's Guide To The Computer Fraud And Abuse Act:Finally, A Cause Of Action For Anything Wrong" (Over \$5000)", http://www.balch.com/files/Publication/01d78bb1-08f4-4a25-8cf5-c5200c4834a7/Presentation/PublicationAttachment/981f7964-3af6-434a-ba24-050ba913390a/A_Practitioner's_Guide-GCOOKWHT.pdf, (E.T.22.12.2014)
- "Canadian Resource Centre for Victims of Crime", <http://crcvc.ca>, (E.T.22.12.2014)
- "Ceo-Coalition to Make Better in Internet for Kids", <http://ec.europa.eu/digital-agenda/self-regulation-better-internet-kids>, (E.T.01.12.2014)
- "Children's Online Privacy Protection Act", <http://www.federalreserve.gov/board-docs/supmanual/cch/coppa.pdf>, (E.T.28.11.2014)
- "Cyber Safety for Kids, 20 Most Useful Recommendations", <http://nobullying.com/cyber-safety-for-kids-20-most-useful-recommendations/>, (E.T.22.12.2014)
- "Cyberbullying & The Law", <http://www.cybersmile.org/advice-help/category/cyberbullying-and-the-law>, (E.T.22.12.2014)
- "Cyberbullying A Report On Bullying in a Digital Age, September 2011", http://www.nysenate.gov/files/pdfs/final%20cyberbullying_report_september_2011_0.pdf, (E.T.17.11.2014)

- "CyberBullying and the Law in The United Kingdom", <http://nobullying.com/cyberbullying-law/>, (E.T.22.12.2014)
- "Cyberbullying Research Center", <http://cyberbullying.us/>, (E.T.22.12.2014)
- "Cyberbullying: an Overview", <http://deletcyberbullying.files.wordpress.com/2013/10/euconference-cyberbullying-28-may-madrid-background-paper-coface.pdf>, (E.T.22.11.2014)
- "Cyberbullying Overview; The Legislative Assembly of Manitoba", <http://web2.gov.mb.ca/bills/40-2/b214e.php>, (E.T.29.11.2014)
- "Cyberstalking, Prepared by the Canadian Resource Centre for Victims of Crime", www.crcvc.ca/docs/cyberstalking.pdf, (E.T.22.11.2014)
- "Dealing with Cyberbullying", <http://www.helpguide.org/articles/abuse/cyberbullying.htm>, (E.T.22.11.2014)
- Dee Juliet, *Cyberharassment and Cyberbullying There Ought To Be a Law Regulating Social Media Legal And Ethical Considerations*, Peter Lang Publishing, New York 2013, Vol.2
- "Discover Internet Abuse Laws", <http://prodsee.wordpress.com/2014/09/25/discover-internet-abuse-laws/>, (E.T.19.11.2014)
- Donegan Richard, "Bullying and Cyberbullying: History, Statistics, Law, Prevention and Analysis", *The Elon Journal of Undergraduate Research in Communications*, Elon 2012, Vol. 3, No. 1
- Dooley Julian J, Pyzalski Jacek, Cross Donna, "Cyberbullying Versus Face-to-Face Bullying A Theoretical and Conceptual Review", http://icbtt.arizona.edu/sites/default/files/cross_set_al_cyber_vs_face-to-face.pdf, (E.T.01.07.2014)
- Gallagher Sean, "What the Celebrity Photo Hack Can Teach Us About Cloud Security", <http://www.wired.co.uk/news/archive/2014-09/02/j-law-cloud-security>, (E.T.27.11.2014)
- Granick Jennifer Stisa, Hofmann Marcia, "Brief Of Amici Curiae Electronic Frontier Foundation, Association Of Criminal Defense Lawyers Of New Jersey, Et Al. in Support Of Defendants' Motion To Dismiss The Indictment", https://www.eff.org/files/filenode/us_v_lowson/lowsonamicusbrieffinal.pdf, (E.T.22.11.2014)
- Greyes Natch, "A New Proposal for the Department of Justice's Interpretation of the Computer Fraud & Abuse Act", *Virginia Journal Of Law & Technology*, Virginia 2013, Vol. 17, No:04
- Grossman Andrew M, "The MySpace Suicide: A Case Study in Overcriminalization", <http://www.heritage.org/research/reports/2008/09/the-myspace-suicide-a-case-study-in-overcriminalization>, (E.T.17.12.2014)
- Hampton Keith N, "New Communication Technologies and the Nature of Community", *Family Therapy Magazine*, Alexandria 2013, V.12, N.2
- Hartzog Woodrow, "Privacy And Terms of Use, Social Media and the Law", Routledge, First Edit, New York 2013
- Hertz Marci Feldman, David Ferdon, "Corinne, Electronic Media and Youth Violence: A CDC Issue Brief for Educators and Caregivers", <http://www.cdc.gov/violenceprevention/pdf/EA-brief-a.pdf>, (E.T.17.11.2014)
- Hinduja Sameer, Patchin Justin W, "Cyberbullying Glossary Brief Overview of Common Terms", http://cyberbullying.us/cyberbullying_glossary.pdf, (E.T.17.11.2014)
- <http://amandatoddllegacy.org/>, (E.T.03.01.2015)

- <http://apps.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=28A.300.285>, (E.T.17.11.2014)
- <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=google&docid=152065&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=49287#ctx1>, (E.T.30.11.2014)
- http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/State_Anti_bullying_Legislation_Overview_0.pdf, (E.T.22.11.2014)
- <http://cyberbullying.us/>, (E.T.03.01.2015)
- <http://dictionary.reference.com/browse/cyberbullying>, (E.T.22.11.2014)
- http://en.wikipedia.org/wiki/Amicus_curiae, (E.T.22.11.2014)
- http://en.wikipedia.org/wiki/Office_on_Violence_Against_Women, (E.T.03.01.2015)
- http://en.wikipedia.org/wiki/Violence_Against_Women_Act, (E.T.22.11.2014)
- <http://lawblog.usfca.edu/lawreview/wp-content/uploads/2014/09/Cyberbullying-and-Californias-Response.pdf>, (E.T.22.12.2014)
- <http://nobullying.com/>, (E.T.17.11.2014)
- <http://nobullying.com/jessica-logan/>, (E.T.22.12.2014)
- <http://nobullying.com/solutions-for-cyber-bullying/>, (E.T.01.07.2014)
- <http://online.wsj.com/public/resources/documents/delegatinggov.pdf>, (E.T.22.12.2014)
- <http://open.nysenate.gov/legislation/bill/S7740->, (E.T.17.11.2014)
- <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:H.R.1966>, (E.T.27.12.2014)
- <http://www.arkleg.state.ar.us/assembly/2011/2011R/Acts/Act905.pdf>, (E.T.17.11.2014)
- http://www.capitol.hawaii.gov/session2011/Bills/HB688_HTM, (E.T.17.11.2014)
- <http://www.cga.ct.gov/2011/TOB/S/2011SB-01138-R00-SB.htm>, (E.T.17.11.2014)
- <http://www.egm.gov.tr/Sayfalar/Ihbar.aspx>, (E.T.03.01.2015)
- <http://www.fcc.gov/guides/childrens-internet-protection-act>, (E.T.22.11.2014)
- <http://www.gencourt.state.nh.us/>, (E.T.17.11.2014)
- <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-113hr482ih/pdf/BILLS-113hr482ih.pdf>, (E.T.27.11.2014)
- <http://www.helpguide.org/articles/abuse/cyberbullying.htm>, (E.T.22.11.2014)
- <http://www.kslegislature.org/bills/2008/2758.pdf>, (E.T.17.11.2014)
- <http://www.leg.state.vt.us/docs/legdoc.cfm?URL=/docs/2004/acts/ACT117.HTM>, (E.T.22.11.2014)
- <http://www.legis.ga.gov/Legislation/20112012.110632.pdf>, (E.T.17.11.2014)
- <http://www.lrc.ky.gov/record.11rs/hb370.htm>, (E.T.17.11.2014)
- http://www.mainelegislature.org/legis/bills/bills_124th/billpdfs/SP035501.pdf, (E.T.17.11.2014)
- <http://www.malegislature.gov/Laws/SessionLaws/Acts/2010/Chapter92>, (E.T.17.11.2014)
- <http://www.merriam-webster.com/dictionary/cyberbullying>, (E.T.22.11.2014)
- <http://www.moga.mo.gov/statutes/C100-199/1600000775.HTM>, (E.T.17.11.2014)
- <http://www.myfloridahouse.gov/Sections/Documents/loaddoc.aspx?>, (E.T.17.11.2014)

- http://www.oyez.org/cases/2010-2019/2014/2014_13_983, (E.T.31.12.2014)
- <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/elonis-v-united-states/>, (E.T.31.12.2014)
- <http://www.stopbullying.gov/cyberbullying/>, (E.T.22.12.2014)
- <http://www.usa.gov/Agencies/Federal/Judicial.shtml>, (E.T.03.01.2015)
- <http://www.uscourts.gov/FederalCourts.aspx>, (E.T.03.01.2015)
- <http://www.volokh.com/files/Oct6filing.pdf>, (E.T.22.11.2014)
- http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/files/motion_for_acquittal.pdf, (E.T.22.11.2014)
- <https://docs.google.com/viewer?url=http://www.leg.state.or.us.12reg/measpdf/sb1500.dir/sb1555.en.pdf>, (E.T.17.11.2014)
- <https://docs.legis.wisconsin.gov/2009/related/acts/309>, (E.T.17.11.2014)
- <https://ec.europa.eu/digital-agenda/node/61973>, (E.T.03.01.2015)
- <https://www.eff.org/about>, (E.T.22.11.2014)
- https://www.wiredsafety.org/toolkitmedia/files/file/Articles/Cyberbullying-Harassment-Stalking_State_Legislation.pdf, (E.T.03/01.2015)
- Jeong Sarah, "The Supreme Court is About to Tackle Online Threats for The First Time, A Case About Violent Facebook Posts Could Change How Internet Speech is Prosecuted", <http://www.theverge.com/2014.11/26/7292755/supreme-court-tackle-online-threats-elonis>, (E.T.27.11.2014)
- Johnson Nicholas R, "I Agree To Criminal Liability: Lori Drew'S Prosecution Under §1030(A)(2)(C) Of The Computer Fraud And Abuse Act, And Why Every Internet User Should Care", *Journal Of Law, Technology & Policy*, Pennsylvania 2013, Vol. 2009, No.2
- Lewis Marieke, Miller Patrick, R. Buchalter Alice, "Internet Crimes Against Children: An Annotated Bibliography of Major Studies", <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228813.pdf>, (E.T.17/05.2014)
- Lidsky Lyrissa, Garcia Andrea Pinzon, "How Not to Criminalize Cyberbullying", http://www.meganmeierfoundation.org/cmss_files/attachmentlibrary/Cyberbullying-Laws.pdf, (27.12.2014)
- Lidsky Lyrissa, Garcia Andrea Pinzon, "How Not to Criminalize Cyberbullying", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2097684, (E.T.30.11.2014)
- "Megan's Story", <http://www.meganmeierfoundation.org/megans-story.html>, (E.T.22.12.2014)
- M. Zweig Janine, Dank Meredith, "Teen Dating Abuse and Harassment in the Digital World Implications for Prevention and Intervention", <http://www.urban.org/UploadedPDF/412750-teen-dating-abuse.pdf>, (E.T.17.11.2014)
- M. Zweig Janine, Dank Meredith, Lachman Pamela, Yahner Jennifer, "Technology, Teen Dating Violence and Abuse, and Bullying", <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/243296.pdf>, (E.T.22.11.2014)
- Mahidi Mourad, "The Young and The Rightless ? The Protection of Youth Rights in Europe", http://www.youthforum.org/assets/2013.11/The-Young-and-the-rightless_The-Protection-of-Youth-Rights-in_Europe_THESIS-PDF.pdf, (22.11.2014)
- Medaris Michael, Girouard Cathy, "Protecting Children in Cyberspace: The ICAC Task Force Program, Juvenile Justice Bulletin", <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojdp/191213.pdf>, (E.T.05/01.2015)

- Murray Ryan Patrick, "Myspace-ing is Not a Crime: Why Breaching Terms of Service Agreements Should Not Implicate the Computer Fraud and Abuse Act", <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1555&context=elr>, (E.T.22.12.2014)
- "MySpace.com Terms of Use Agreement", <https://web.archive.org/web/20061117093857/http://www1.myspace.com/index.cfm?fuseaction=misc.terms> June 15, 2006, (E.T.28.11.2014); <http://www.dmlp.org/threats/united-states-v-drew>, (E.T.22.11.2014)
- Nebil Fusun S, "Siber Zorbalığın Önlenmesinde, Ebeveynler ve Okullara Kadar 3. Şahıslara da Görev Düşüyor-2", <http://www.turk.internet.com/portal/yaziyaz.php?yaziid=35510>, (E.T.17.11.2014)
- Nebil Fusun S, "Siber Zorbalık Doğrudan ya da Dolaylı Gerçekleşebiliyor - 1", <http://www.turk-internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=35509>, (E.T.22.11.2014)
- Padilla Richard, "Chaos Computer Club Demonstrates How to Reproduce Fingerprints Using Public Photos", <http://www.macrumors.com/2014.12/29/cc-reproduce-fingerprints-public-photos/>, (30.12.2014)
- Palfrey John, "Enhancing Child Safety And Online Technologies:Final Report Of The Internet Safety Technical Task Force To The Multi-State Working Group On Social Networking Of State Attorneys General Of The United States", http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/ISTTF_Final_Report.pdf, (22.11.2014)
- "Revised Children's Online Privacy Protection Rule Goes Into Effect Today", <http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/07/revised-childrens-online-privacy-protection-rule-goes-effect>, (E.T.22.11.2014)
- "Right to be forgotten: have you ever wanted something deleted from the web?", <http://www.theguardian.com/technology/2014/may/13/right-to-be-forgotten-have-you-ever-wanted-something-deleted-from-the-web-google>, (E.T.30.11.2014)
- Sacco Dena T, Silbaugh Katharine, Corredor Felipe, Casey June, Doherty Davis, "An Overview of State Anti-Bullying Legislation and Other Related Laws
- Schneider Shari Kessel, Smith Erin, (E.T.22.11.2014)
- Sekander Yousaf, "Perception Engineering with Social Media", <http://www.rocketmill.co.uk/the-use-of-social-media-for-perception-management>, (E.T.01/01.2015)
- "Six Unforgettable CyberBullying Cases", <http://nobullying.com/six-unforgettable-cyber-bullying-cases/>, (E.T.17/05.2014)
- Snyder Thomas D, Morgan, Rachel E., Rathbun, Amy., Kemp, Jana., Robers, Simone., "Indicators of School Crime and Safety", <http://nces.ed.gov/pubs2014/2014042.pdf>, (E.T.17.11.2014)
- "Social Media and Cyberbullying, Implementation of School-Based Prevention Efforts and Implications for Social Media Approaches", http://hhd.org/sites/hhd.org/files/Social_Media_and_Cyberbullying_FinalReport-EDC_0.pdf, (E.T.03.01.2015)
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2010
- Spinello Richard A, Anonymous Speech, Cyberethics Morality and Law in Cyberspace, Jones&Barlett, Fourt Edition, Burlington 2011
- Spotts Alli, Lazzar De, "Faceblur—Facebook, Therapists, and Our Boundaries", *Family Therapy Magazine*, Alexandria 2013, Vol.12, No.2

- "State Cyberbullying Laws A Brief Review of State Cyberbullying Laws and Policies", http://www.cyberbullying.us/Bullying_and_Cyberbullying_Laws.pdf, (E.T.17.11.2014)
- "Stop Cyberbullying Before It Starts: Cyberbullying, Research Report", <http://www.ncpc.org/resources/files/pdf/bullying/cyberbullying.pdf>, (E.T.17.11.2014)
- "Study of Technology Protection Measures in Section 1703", <http://www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/cipareport08142003.pdf>, (E.T.22.11.2014)
- "The Cyberbullying Prevention Act", <http://web2.gov.mb.ca/bills/40-2/b214e.php>, (E.T.27.11.2014)
- "The Cyberbullying Prevention Act", <http://web2.gov.mb.ca/bills/40-2/b214e.php>, (E.T.27.11.2014); "The Legislative Assembly of Manitoba", <http://web2.gov.mb.ca/bills/40-2/b214e.php>, (E.T.21.11.2014)
- "The Megan Meier Story", <http://nobullying.com/the-megan-meier-story/>, (E.T.05.12.2014)
- "The Violence Against Women Act", http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/vawa_factsheet.pdf, <https://www.federalregister.gov/articles/2014/10/20/2014-24284/violence-against-women-act>, (E.T.22.11.2014)
- "U.S. Legal System", <http://iipdigital.usembassy.gov/media/pdf/books/legalotln.pdf>, (E.T.01.12.2014)
- "Violence against women act, Education Act and the Act respecting Private education", <http://www.mels.gouv.qc.ca/en/current-initiatives/bullying-and-violence-in-the-schools/bill-56/>, (E.T.01.07.2014)
- Walton Alice G, "Internet Addiction: The New Mental Health Disorder?", <http://www.forbes.com/sites/alicegwalton/2012/10/02/the-new-mental-health-disorder-internet-addiction/>, (E.T.17/05.2014)
- Wegman Atticus N, "Cyberbullying and California's Response",
- Word Stephen J.A, Social Media Ethics, Social Media Communication (Concepts, Practices, Data, Law And Ethics), Routledge, First Edition, New York 2015
- www.stopcyberbullying.com, (E.T.03/01.2015)
- "Zorbalık Nedir?", www.kocschool.k12.tr/...and.../Zorbalık_ve_Şiddeti_Önleme.sflb.ashx, (E.T.22.12.2014)
- Zweig Janine, Dank Meredith, "Teen Dating Abuse and Harassment in the Digital World Implications for Prevention and Intervention", <http://www.urban.org/UploadedPDF/412750-teen-dating-abuse.pdf>, (E.T.17.11.2014)

CEZA MUHAKEMESİNDE DELİL KAVRAMI VE KOVUŞTURMA SÜRECİNDE HÂKİMLERİN DELİL ALGISI

THE CONCEPT OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE
AND EVIDENCE PERCEPTION
IN THE PROSECUTION PROCESS OF THE JUDGES

Ferhat KARABULUT*
Ersin KARAPAZARLIOĞLU**
Hamza TOSUN**

Özet: Ceza Muhakemesinde bir suçun gerçekten var olup olmadığını ortaya çıkararak tüm unsurları ile bütünleştirmek için delil, önemli bir kavramdır. Bu kavramın, hâkimlerin delilleri değerlendirme ve karar verme işlemlerine olan etkisini, süreci inceleyerek ortaya koymak amacıyla yapılan bu çalışmada toplam 20 hâkimle mülakat tekniği ile görüşme gerçekleştirilmiştir. Ankara'da görev yapan hâkimlerin beşi Sulh Ceza Mahkemesi,¹ beşi Asliye Ceza Mahkemesi, altısı Ağır Ceza Mahkemesi, ikisi Çocuk Mahkemesi, biri Trafik Mahkemesi, biri de İnfaz hâkiminden oluşmuştur.

Mülakatta sorular iki ana gruba ayrılmıştır; iddianamenin kabulü evresi ve yargılama evresi olmak üzere, birinci bölümde; soruşturma evresinde hazırlanan iddianameler ve delil toplanması; iddianamenin incelenmesi için yasa tarafından verilen azami 15 günlük süre; soruşturma evresinde elde edilen delillerin hukuka uygunluğu soruları sorulmuş, ikinci evrede ise; delil serbestisi ilkesi; delillerin sınıflandırılması; sanık ile delil arasındaki ilişkinin kurulması; yargılama evresinde delillerin değerlendirilmesi için adli bilimler

* İçişleri Bakanlığı KİHBİ Dairesi Başkanlığı

** Yrd. Doç. Dr., Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi

1 Sulh Ceza Mahkemeleri 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı kanun ile kaldırılmış, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da yapılan değişikliklerle "sulh ceza hâkimliği" kurulmuştur. Çalışma yapıldığı dönemde kurulu bulunan Sulh Ceza Mahkemesi hâkimleri ile yapıldığından bugünkü anlamda sulh ceza hâkimleri ile mülakat yapılmamıştır. Kaldırılan Sulh Ceza Mahkemesi hâkimlerinin, yeni teşkil edilen ve soruşturma evresinde görev alan sulh ceza hâkimlerinin görevlerini kısmen yapmaları nedeniyle bu durumun bir eksiklik oluşturmayacağı değerlendirilmektedir.

ile teknolojik imkânlardan yararlanma; delillerin muhafazası, takip ve temin edilmesi; bilirkişi seçimi; 18 yaş ve altındaki suçta sürüklenen çocuklar, mağdur ve tanıkların dinlenmesi; yargılama süreleri; ceza yargılamasında yüzyüzelik ilkesi; savunmanın delil bulup kullanması ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi soruları sorulmuştur.

Gruplandırılan sorulara verilen cevaplar ışığında, mahkemeye sunulan dava dosyasının yeterli dilele sahip olması gerektiği, savcılık ve mahkemelerin uzmanlaşması gerektiği, ekspertiz ve bilirkişi raporu veren kişi ve kurumların teknik ve bilimsel kapasitelerinin artırılması gerektiği, yargılama süreci içerisindeki sürelerin yeterli olduğu ve soruşturma ve kovuşturma evrelerinin birbirini tamamlayan unsurlar olduğu vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi, Delil, Soruşturma, Yargılama, Suç

Abstract: Evidence is an important concept/term in the criminal procedure to incorporate all elements in a case to reveal whether there is a crime. In this study, twenty judges have been interviewed in order to understand the impact of this concept on judges' evidence assessments and their decisions-making processes. Judges participated to the study were working in various courts in Ankara such as Criminal Peace Court (five judges), Criminal Court (five judges), Severe Criminal Court (six judges), Juvenile Court (two judges), Traffic Court (one judge) and one execution judge.

The interview questions are divided into two main groups: the acceptance stage of indictment and the trial stage. In the first part, judges were asked questions about the evidence collection and indictments prepared at the investigation stage; maximum of 15-day period given by the law for examining the indictment; relevance of evidence obtained at the investigation stage. In the second part, the questions were about principle of circumstantial evidence; classifying evidence; establishing relationship between accused and evidence; benefitting from forensic science and technological opportunities to evaluate evidence at trial stage; obtaining, tracking and protecting of evidence; selecting experts; hearing juveniles, victims and witnesses who were 18 years old and under; judicial process; face-to-face principle in criminal trial; finding and using evidence by defense and the benefit of the doubt principle.

In the light of the responses, this study has emphasized that the court case file should be presented with sufficient evidence, that prosecution and the courts should specialize in their fields, that the technical and scientific capacities of people and institutions which give expertise and expert reports have to be increased, that the length of time within the trial process is sufficient, and that investigation and prosecution stages complement one another.

Keywords: Criminal Procedure Evidence, Investigation, Judgment, Offence

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku, hukuk sistemimizde suç olarak tanımlanmış ve karşılığında da bir cezanın belirlendiği fiillerin işlenmesi durumunda, soruşturmanın ve yargılamanın nasıl gerçekleştirileceğini düzenleyen hukuk dalıdır. Ceza muhakemesinde amaç; meydana gelen somut olayla ilgili maddî gerçeğe ulaşmak ve hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde olayın delillerle ispat edilmesini sağlamaktır.² Kovuşturma evresinde delil, meydana gelen somut olayın ispatlanması ve hâkimin kanaati için gerekli olan ispat vasıtasıdır.

Ceza muhakemesinde, meydana gelen bir olayla ilgili yapılan inceleme ve sonucunda yapılan muhakemede en önemli amaç, fiilin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre suç olup olmadığının tespiti ile kim veya kimler tarafından gerçekleştirildiğinin ispatını sağlayacak delillere ulaşmak ve bu deliller ışığında karara ulaşmaktır. Bu nedenle suç olarak tanımlanan fiille ilgili olarak elde edilen delillerin de itiraz mahal vermeyecek şekilde bir takım özelliklerinin de olması bir gerekliliktir.

Bu çerçevede, makalede öncelikle ceza muhakemesi ele alınacak daha sonra da ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesi ve delil kavramı ile muhakeme evresinde hâkimlerin iddianamenin kabulü ile karar evresine kadar geçen süreçte delil kavramına yaklaşımları ve delil elde ederken yaşadıkları sıkıntılar ele alınacaktır. Son olarak ceza muhakemesinin daha etkin gerçekleştirilebilmesi için çeşitli önerilerde bulunulacaktır.

1. CEZA MUHAKEMESİ

Hukuk, kişilerle kişiler veya kişilerle toplumsal kurumlar arasındaki ilişkileri düzenleyen ve yaptırım içeren kuralların ne olduğunun ve ne olması gerektiğini, olan ve olması gereken hukuk kurallarının niteliği, iktisadi, felsefi ve sosyolojik temellerini inceleyen bilim dalıdır.³ Başka bir ifadeyle, toplum halinde yaşayan insanların barış içeri-

² Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer/Yüksel Erol Güngör, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Yayın Matbaası, Ankara, 2008, ss.1,

³ Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku Genişletilmiş 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.71

sinde yaşamalarını sağlayan hukuki normların bilimidir.⁴ Bu çerçevede hukuk, insanların canına, malına, namusuna, şerefine ve hürriyetine karşı yapılacak tecavüzleri men ederek bu kıymetleri teminat altına almaya çalışır. Bireyin fütursuzca sergilediği ihtirasını ve iradesini frenleyerek, medeni bir düzen meydana getirir. Bu hukukî düzen devleti de bağlayacağından keyfî ve müstebit (zorba) bir iktidarın müdahalesinden korunmuş olarak makul ve mesut bir yaşama imkânı elde edilir.⁵

Ceza Muhakemesi Hukuku, Muhakeme Hukukunun bir dalıdır. Muhakeme Hukuku muhakemeyi düzenleyen hukukî normların bütünüdür.⁶ Muhakeme ise taraflar arasındaki hukuki bir antlaşmazlığı çözmeye yönelik olarak ihtilafın özünü, ana problemi ortaya net ve doğru bir şekilde koyarak, uygulanacak objektif hukuk kurallarını tespit etmek suretiyle, somut olaydaki unsurların hukuk normlarına uyup uymadığının saptanması faaliyetidir.⁷

Ceza Muhakemesi Hukuku'nun bir hukuk dalı olarak kabul edilişi oldukça yenidir. Zira önceleri sadece ceza muhakemesinde uygulanacak kuralları ve formaliteleri, başka bir ifadeyle, usulü gösteren kanunun şerh ve izahı şeklinde öğretilmesi nedeniyle "Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye" veya "Ceza Muhakemeleri Usulü" olarak adlandırılmıştır. Ceza Muhakemesi sahasında normların ve kurumların ahenkli bir şekilde bir sisteme bağlanması cihetine, Suç Hukuku demegi tercih ettiğimiz dar manadaki Ceza Hukukunda olduğu nispette gidilmemiş, kanunların aynı derecede çıkarılmamış olmasına rağmen, Ceza Muhakemeleri Usulü'nde de bir hukuklaşma olmuştur. Zira "Usul" den "Hukuk" a geçiş bilim tarihinde de pek eski değildir. Ceza Muhakemesi Hukuku tabiri ilk defa Almanya'da 1879 tarihinde kullanılmıştır.⁸

Türk Ceza Hukukunun tarihi gelişimine bakıldığında ise genel olarak İslamiyet öncesi, İslamiyet sonrası, Tanzimat sonrası ve Cumhuriyet Dönemi olarak dört ana başlık altında tasnif edildiğini görü-

⁴ Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 7. Bası, Kazancı Matbaası, İstanbul, 1981, ss. 3

⁵ Sabri Şakir Ansay, Hukuk Bilimine Başlangıç (Yedinci Baskı), Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s.1, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/diger-eserler/sabrisakir-ansay-hukuk-bilimine-baslangic/> (09.04.2014)

⁶ Nurullah Kunter, a.g.e.,s.5

⁷ Vahit Bıçak, a.g.e.,s.70

⁸ Nurullah Kunter, a.g.e.,s.4

rüz.⁹¹⁰ Ceza Muhakemesi alanında ilk kanun 1879 tarihinde yürürlüğe giren “ Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu” dur.¹¹ Cumhuriyet döneminde ise 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nu 04.04.1929 tarihinde kabul edilmiş ve 20.08.1929 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹²¹³ Son olarak 04.12.2004 tarihinde kabul edilip 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu sair zamanlarda yapılan değişikliklerle birlikte halen uygulanmaktadır.

2. CEZA MUHAKEMESİNDE DELİL SERBESTİSİ VE DELİL KAVRAMI

2.1. Delil Serbestisi ve Hukuka Uygunluk

Cumhuriyet savcısına veya kolluğa intikal eden bir olayda, Cumhuriyet savcısı tarafından öncelikle olayın konusunun suç teşkil edip etmediğine karar verilebilmesi için, araştırmalar neticesinde elde edilen delillerle eylemin suç oluşturduğuna dair kanaat edinilmesi gerekmektedir (CMK m.170/2). Suçun varlığına dair kanaat edilmesi durumunda iddianame hazırlanarak mahkemeye sunulmakta ve mahkemece iddianamenin kabulü halinde kovuşturma evresine geçilmektedir.

Ancak yargılamanın gerçekleşmesi için öncelikle ceza kanunlarımızda suç olarak tanımlanan bir eylemin gerçekleşmesi ve ceza adalet sisteminin bu eylemden haberdar olması gerekmektedir. Doğal olarak yargılama somut olay gerçekleştikten sonra yapıldığından, ceza muhakemesinde, meydana gelen olayın soruşturma ve kovuşturma evresinde elde edilen deliller vasıtasıyla tekrar canlandırılarak hâkimin karar vermesi sağlanmaya çalışılmaktadır.¹⁴ Bireyler işleyeceği suçun delillerini mahkemenin kullanması için hazırlamadığı gibi aksine mevcut delilleri yok etmeye çalışacaklarından, ceza muhakemesinde delillerin sınırlandırılması, meydana gelen somut olayın ispatını zora

⁹ Vahit Bıçak, a.g.e.,ss.80-87

¹⁰ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, ss. 86-98

¹¹ Nurullah Kunter, a.g.e.,s.8

¹² Nurullah Kunter, a.g.e.,s.8

¹³ Vahit Bıçak, a.g.e.,ss.83

¹⁴ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (10. Bası) İstanbul, 2013 ss.204

sokacak ve adaletin tecelli etmesine mani olarak sistemi işlemez hale getirecektir. Bu sebeple, ceza muhakemesinde meydana gelen olayın her türlü delil ile ispat edilebilmesine olanak tanınması zorunluluktur. Olay geçmişte meydana geldiğinden ispata yarayan delillerin kullanılmasında sınırlamayı ortadan kaldırmak ve adaletin yerine getirilmesini kolaylaştırmak maksadıyla, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun da hâkimin takdir yetkisini düzenleyen 217/2'nci maddesi "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*" şeklinde düzenlenmiştir.¹⁵ Aynı hususta Toroslu ve Feyzioğlu ise ceza muhakemesi sırasında ispat edilecek olayın muhakemeden önce gerçekleşmiş olması, olayların ortaya çıkış zamanı ve şartlarının önceden bilinmemesi gibi nedenlerle ceza muhakemesinde "delil serbestisi" ilkesinin benimsendiğini belirtmektedir.¹⁶ Delil serbestisi ilkesine göre "(1) her şey kanıt olabilir, (2) ilgililer kanıt ileri sürebilir, (3) yargıç kendiliğinden kanıt araştırabilir, (4) kanıt ileri sürmede zaman sınırlaması yoktur, (5) ispat külfeti sanığa yüklenemez, (6) kanıt belirlemede yargıcı bağlayan üstün kanıt yoktur".¹⁷ Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak amaçlandığından, meydana gelen somut olayın ispatına yarayan her türlü vasıta delil olabilir ve hâkim bu vasıtalarından hangisini kabul edeceği hususunda takdir yetkisine sahiptir.

Yargıtay 11.Ceza Dairesi 05.02.2013 gün ve Esas No:2012/11-1086, Karar No: 2013/40 sayılı kararında Turhal Sulh Ceza Mahkemesinin "Bedelsiz Senedi Kullanma" olayı ile ilgili delil serbestisi ilkesinden hareketle "... Ceza muhakemesinde delil serbestîsi bulunmakta olup, hukuka uygun olmak kaydıyla her türlü delil hangi aşamada sunulmuş olursa olsun değerlendirilebilir... Turhal Sulh Ceza Mahkemesinin 20.09.2011 gün ve 342-634 sayılı direnme hükmünün bozulması" yönünde karar vermiştir.¹⁸ Yargıtay 4.Ceza Dairesi 30.11.2011 gün ve Esas No: 2011/2606 Karar No: 2011/22901 sayılı kararında

"...şüphelinin müşteki tarafından ibraz edilen mesaj kayıtlarını kabul etmemesi, mesaj kayıtlarının bu kapsamda usulüne uygun delil

¹⁵ Nur Centel/Hamide Zafer, a.g.e.,201

¹⁶ Nevzat Toroslu/ Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (11. Bası) Ankara, 2013, s.173

¹⁷ İsmail Ercan, Ceza Muhakemesi Hukuku (6. Bası), İstanbul, 2013, ss.117

¹⁸ Y.11.CD 05.02.2013 2012/11-1086 E., 2013/40 K., <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (17.11.2014)

ve yazılı delil başlangıcı sayılamayacak olması ve müşteki tarafından yazılı bir belge ibraz edilememesi gerekçeleriyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de... mevcut delillerin kamu davası açılmasını gerektirir nitelikte bulunduğu ve bu delillerin mahkemesince değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”

denilerek soruşturma ve kovuşturma evresinde maddi gerçeğe ulaşmak için ispat vasıtası olabilecek tüm delillerin dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁹

Ceza Muhakemesinde delil serbestisi ilkesi suç nedeniyle bozulmuş dengenin yeniden tesis edilmesi için gerekli bir koşuldur. Ancak hukuk sistemimiz delil serbestisi ilkesini benimsemiş olmakla beraber, ceza adalet sisteminin her evresinde elde edilen delillerin hukuka uygunluğunu da denetlemektedir. İlk denetim haber alınan fiilin suç olarak tanımlanıp tanımlanmadığının kontrolüdür. İkinci olarak olay suç teşkil ediyorsa, mahkemeye sunulmak üzere hazırlanan iddianamede somut olayın ispatına yarayacak her türlü delilin toplanması ve bu delillerin hukuka uygunluğunun kontrolüdür. Bu evrede elde edilen delillerden, suçun oluşmadığına dair kanaat edinilmesi durumunda Cumhuriyet savcısı tarafından takipsizlik kararı verilerek dava açılmayacaktır. İddianamenin mahkeme tarafından kabulü evresinde üçüncü bir kontrol, davayı kabul edecek hâkim tarafından yapılmakta ve iddianamede sunulan delillerin hem elde edilişleri bakımından hem de somut olayın ispatı için hâkim üzerinde yeterli kanaat oluşturup oluşturmadığının kontrolüdür ki, bu evrede yetersiz görülen iddianamenin iadesi söz konusu olacaktır. Yargılama evresinde, iddia makamının sunduğu, hâkim tarafından elde edilen ve savunma makamı tarafından ileri sürülen deliller ile yargılama gerçekleştirilmekte ve her evrede hukukun suç saydığı eylem, deliller vasıtasıyla ispat edilmeye çalışılmaktadır. Bir diğer mekanizma ise temyiz evresidir. Bu evrede soruşturma ve kovuşturma sırasında elde edilen deliller ve buna dayanılarak verilen hükmün denetlenmesi yapılmaktadır. Nitekim Yargıtay 1.Ceza Dairesi 04.03.2013 gün ve Esas No:2008/10538, Karar No: 2013/1636 sayılı kararı,

¹⁹ Y.4.CD 30.11.2011 2011/2606 E., 2011/22901 K., <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (17.06.2015)

*"isimleri bulunan doktorlar ...tanık olarak beyanları alındıktan sonra, mağdur ...'deki yaralanmanın ateşli silah ile oluşup oluşmadığının kuşku-ya yer vermeyecek şekilde saptanması amacıyla dosyanın tüm tedavi evrakı ve raporlar ile birlikte Adli Tıp Kurumuna gönderilerek Adli Tıp Genel Kurulu'ndan rapor alınması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, dosya içerisinde bulunan geçici ve kesin raporlarla çelişen ve yetersiz gerekçe içeren Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu raporuna dayanılarak eksik soruşturma sonucu ... CMUK.nun 321. maddesi uyarınca tebliğnamedeki düşünce gibi BOZULMASINA."*²⁰

soruşturmanın eksiksiz olması gerekliliğine örnek teşkil ederken, Yargıtay 6.Ceza Dairesi 14.05.2014 gün ve Esas No:2014/6680, Karar No: 2014/9892 sayılı kararında ise,

*"yağma suçundan şüpheli ... hakkında ... emniyette ve Cumhuriyet Başsavcılığında alınan ifadelerinde psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmadığı, ifadelerin görüntü ve ses içeriklerinin kaydedilmediği, suça konu 3 Türk lirası paranın sanık hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması bakımından iade edilip edilmediğinin araştırılmadığından bahisle iddianamenin iadesine karar verilmiş ise de, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesinde, iddianamede bulunması gereken hususların neler olacağına gösterildiği, aynı Kanun'un 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, 5271 sayılı Kanun'un 170/2. maddesinde yer alan "Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler." hükmü uyarınca Cumhuriyet savcısının dava açmasının zorunlu olduğu ve suçun hukuki nitelendirilmesinin de Cumhuriyet savcısına ait olduğu, bu durumda mahkemece, iddianamede gösterilen olaylarla ilgili olarak ibraz edilen deliller ve yargılama sırasında ibraz edilebilecek deliller birlikte değerlendirilerek yargılama sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceği... CMK'nın 309/4-a maddesi gereğince BOZULMASINA, müteakip işlemlerin anılan mahkeme tarafından yerine getirilmesine,"*²¹

yönelik kararı ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde uyulma-

²⁰ Y.1.CD. 04.03.2013, 2008/10538 E., 2013/1636 K., İçtihat Metni <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (26.06.2015)

²¹ Y.6. CD. 14.05.2014, 2014/6680 E., 2014/9892 K., İçtihat Metni <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (26.06.2015)

sı gereken kurallara ve yukarıda anlatılan denetim mekanizmalarına örnek teşkil etmektedir.

Hem Anayasa'nın 38/6'ncı maddesi "*Kanuna aykırı elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" hem de 12.1.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMUK 189/2 maddesi "*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*", yine CMK m.206/2 maddesi "*a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse, b) Delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa c) İstem, sadece davayı uzatmak amacıyla yapılmışsa*" reddolunacağını belirterek hukuksuz delillerle hüküm verilmesinin önünü kapatmaya çalışmıştır. Ayrıca dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da hukuka aykırı elde edilen delil vasıtasıyla elde edilen bulgular da hukuka aykırı olacağından değerlendirmeye alınmayacak olmasıdır.²²

2.2. Delil

Ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma evresinin en önemli faaliyeti, meydana gelen olayla ilgili delillerin elde edilmesidir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde "*İnsanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz, emare*" olarak tanımlanan delil kavramı,²³ Centel ve Zafer'e göre ise "*ceza uyumsuzluğunun konusu olan olayı temsil eden olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araç*"tır.²⁴ Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelikte ise delil "*Meydana gelen bir suçun aydınlatılması ve suç sanıklarının tespitine yarayan her türlü ispat vasıtası*" olarak tanımlanmıştır.²⁵

Şenocak ise delili "*anlaşmazlık konusu olan bir fiilin, hukukî bir olayın veya hareketin, suç olup olmadığı konusunda hâkimin bir kanaate varmasını sağlayan ve usul hukukunun kullanılmasına izin verdiği her türlü ispat vası-*

²² Uzunkaya Esra, "Yargı Kararları Işığında Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi ve Değeri", İnsanihukuk.com (2013), <http://www.insanihukuk.com> (15.04.2013)

²³ Tdk.gov.tr,(2013), <http://www.tdk.gov.tr> (18.11.2013)

²⁴ Nur Centel/Hamide Zafer, a.g.e.,201

²⁵ icisleri.gov.tr, Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik, http://www.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/ [www.icisleri/mevzuat/mevzuat_strateji_.pdf](http://www.icisleri.gov.tr/mevzuat/mevzuat_strateji_.pdf),İçişleri Bakanlığı'nın 17/02/1983 (24.03.2014)

tası” olarak tanımlamıştır.²⁶ Görüleceği üzere delil kavramı kaynaklarda farklı farklı tanımlanmaktadır. Polisin Adli **Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelikte** yapılan tanımlamanın bu çalışmada listelenmiş olan diğer tanımlara göre daha kapsayıcı olduğu değerlendirilmektedir.

Meydana gelen olayın soruşturma ve kovuşturma evresinin sağlıklı olması, olayla ilgili elde edilen delillerin maddî gerçeği ispat gücü ile doğru orantılıdır. Soruşturma evresinin en önemli faaliyeti, olayla ilgili toplanan delillerin araştırılıp ortaya çıkarılması ve elde edilen bu delillerin muhafazasıdır.²⁷ Kural olarak deliller soruşturma evresinde araştırılır ve kovuşturma evresinde değerlendirilir.^{28,29}

2.2.1.Delil Özellikleri

Ceza Muhakemesinde, ispat vasıtası olan delillerin bazı özelliklerinin olması diğer bir ifadeyle meydana gelen somut olayın bir parçası olması ve olayı yansıtmaması gerekmektedir.³⁰ Delillerde bu özelliklerin bulunmaması durumunda, delil olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi, elde edilmiş mevzuata uygun hareket edilmediği takdirde de delil yasakları devreye girmektedir. Deliller, ceza uyumsuzluğunu oluşturan olayın bir parçasını ispat edebilecek nitelikte ve elde edilebilir olmalıdır. CMK m.217/1 de belirtildiği gibi ulaşılamayacak ve dolayısıyla mahkemeye sunulamayacak durumda olmamalı, mahkemede tartışılabilir olmalıdır. Deliller hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmalıdır. Zira CMK m.217/2 kişiye yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebileceğini belirterek, bunun aksi durumda olanların hâkimin vicdani kanaatine ve hükme esas olamayacağını esasa bağlamıştır. Sağlam ve güvenilir olmalı, sonradan uydurulmuş veya tahrif edilmiş olmamalıdır. Müş-

²⁶ Şenocak, Cengiz, Maddi Suç Delilleri ve Ateşli Silahlar 3. Baskı, Ankara, 1997, s.27.

²⁷ Nur Centel/Hamide Zafer, a.g.e.,201

²⁸ Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku 1. Bası, Hakan Karakehya (Ed) T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2931, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1887 (ISBN 978-975-06-1594-8), Eskişehir, 2013, s. 63, Anadolu.edu.tr (2013), <http://www.eogrenme.anadolu.edu.tr> (19.11.2013)

²⁹ Nur Centel/Hamide Zafer, a.g.e.,201

³⁰ Nur Centel/Hamide Zafer, a.g.e.,204

tereklik sağlanarak tarafların kişisel bilgisi kapsamında çıkarılmalı, yani tarafların delilden haberleri olmalı ve duruşma esnasında tartışmaya açılabilenlidir. Başka bir ifadeyle yargılama evresinde taraflar bir diğerinin ileri sürdüğü delilleri tartışabilenlidir. Ayrıca, delil olabilecek nesnelere herkes tarafından kabul edilebilecek, akılcı ve bilim tarafından kabul edilebilir olmalıdır.³¹³²³³³⁴

Delillerin hukuka uygun elde edilmesi kuralı gereğince, yukarıda sayılan özelliklere ilâve olarak, meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme başlığı altında düzenlenen, CMK m.46 avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları hariç sır niteliğinde bilgilere sahip olan diğer meslek gruplarının bilgileri, ancak ilgilinin rızasının varlığı halinde delil olarak kullanılabilir. Aksi takdirde bu şahısların tanıklıktan çekinebileceklerini belirtmektedir. Ayrıca CMK m. 210/2 *“Tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz”* ibaresiyle daha önce tanıklıktan çekinme hakkı olanların kendi rızasıyla vermiş oldukları beyanlarının, ilgilinin yargılanmasının herhangi bir evresinde çekinmek istemesi durumunda, daha önceki ifadesine ilişkin tutanakların delil olarak kullanılmayacağını hükme bağlamıştır. CMK m.148/3’de ise, yasak usullerle elde edilen ifadelerin, rıza ile verilmiş olsa dahi, delil olarak değerlendirilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Sonradan verilen rızanın da geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan, yukarıda belirtildiği gibi CMK m.217/2 gereği ister soruşturma, isterse kovuşturma evresinde olsun toplanan deliller hukuka uygun elde edilmelidir.

Günümüz demokratik ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de ceza adaletinin temel ilkelerden birisi Anayasa’nın 38/4’üncü maddesinde yer alan *“suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz”* ilkesidir. Başka bir ifadeyle, Anayasa’da yer alan bu genel hükümden, Ceza Muhakemesi açısından anlaşılması gereken şey, yargılama sona erene ve kesin hüküm verilene kadar herkes masum-

³¹ Nur Centel/Hamide Zafer, a.g.e.,202-203

³² Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, a.g.e., s.174-176

³³ Pervin Aksoy İpekçioğlu, *“Göz Altında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri”*, *AÜHF Dergisi*, Ankara, 2008,Cilt 57, Sayı 3, s.51-82 (15.04.2014)

³⁴ Süha Tanrıver, İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukuk Devleti AİHS’de Adil Yargılanma Hakkı, Savunma Dokunulmazlığı ve Türkiye, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara, 2012, C. 1, s. 72,

dur. Suçsuzluk karinesi ilkesi gereği, bireyin suçlu kabul edilmesi ve hakkında yaptırımların uygulanabilmesi için, akla ve mantığa uygun gerçeklere dayanarak, var olan tüm şüphelerin bertaraf edilip kesin hükümle mahkûm olması gerekir.³⁵ Maddi gerçeğe ulaşılarak kesin hüküm verilmesi ceza muhakemesinin ana hedefidir. Maddi gerçeğe ulaşılmaması hususunda Yargıtay kararları

“...Ceza Yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılmaması, Ceza Yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez...” demektedir.³⁶

Bu sebeple, iddia edilen suçun ispatı için vasıta olan deliller ceza muhakemesinin en önemli kavramları olarak karşımıza çıkar.³⁷ Bunun yanında ceza yargılamasında ispat yükü de iddiacıya aittir.³⁸ Bu bağlamda; ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma evresinde suçsuzluk karinesinin uygulanarak adil bir yargılama gerçekleştirilebilmesi için somut olayla ilgili elde edilen delillerin yukarıda saydığımız özelliklerinin olması gerekmektedir.

2.2.2. Delil Türleri

Ceza Muhakemesinde yargılama yapılabilmesi için ortada hukukun suç olarak tanımladığı bir eylemin meydana gelmesi gerekmektedir. Ceza adalet sisteminin aktörleri, meydana gelen bir olayı; ihbar, şikâyet, kolluğun veya Cumhuriyet Savcısının re’sen tespiti veya suç duyurusu gibi yöntemlerle öğrenmektedir. Mahkemenin somut olaya

³⁵ Metin Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, *AÜHF Dergisi*, Ankara, 1999, C.48, S 1-4, s.135-163, <http://www.auhf.anakara.edu.tr> (21.11.2013)

³⁶ YCK, 15.04.1993, 1993/6-79 E., 1993/108K., *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Ekim 1993, Cilt:19, Sayı:10, s.1565

³⁷ Olgun Değirmenci, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.111

³⁸ İlhan Üzülmüş, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, *TBB Dergisi*, Ankara, 2005, Sayı 58, Yıl 2005, s.41-72

ilişkin karar verebilmesi için olayın nasıl gerçekleştiğini bilmesi yani mahkeme önünde, soruşturma ve kovuşturma evresinde elde edilen deliller vasıtasıyla canlandırılması gerekmektedir.

Deliller hukuk literatüründe kendi aralarında kategorilere ayrılmaktadır. Çeşitli sınıflandırmalar olmakla birlikte, mahkemenin hükümle çözmesi gereken asıl olayı ispatlayan delillere doğrudan doğruya deliler, hakkında karar verilmesi gereken esas olaya bağlı olan yan olayları açıklayan deliler ise dolaylı veya belirti deliller olarak adlandırılır. Bunun yanında kaynağı kişi olan (*tanık, sanık ve bilirkişi*) ve kaynağı nesne (*belge ve belirti*) olan deliller olarak sınıflandırmak mümkündür.³⁹ İspat gücü bakımından deliler, doğrudan doğruya delil ve tamamlayıcıya ihtiyaç duyan ve duymayan delil olarak, elde edildiği kaynağa göre ise beyan delilleri, belge delilleri, nesne delilleri, iz delilleri ve vücut parçaları olarak tasniflenmektedir.⁴⁰ Başka bir ifadeyle beyan, belge-vesika ve belirti delilleri olarak sınıflandırılmaktadır.⁴¹⁴²⁴³⁴⁴

Meydana gelen somut olayla ilişkili olarak yapılan tanık, mağdur, müşteki ve şüphelilerin yetkili makamlar karşısında ve usulüne uygun olarak yaptığı açıklamalar beyan delilini oluşturur. Olayla ilişkisi olan bireylerin yapmış olduğu açıklamaların beyan delili olarak kabul edilebilmesi için kovuşturma evresinde mahkeme önünde yapılması veya soruşturma evresindeki açıklamaların mahkeme önünde tekrarlanmaları gerekir.⁴⁵⁴⁶⁴⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.02.2012 tarih ve 2011/1-692 Esas 2012/ 60 sayılı "... kolluk görevlilerince alınan... tarihli ifadesinde, ... anlatımın diğer bölümleri ile benzer mahkeme huzurundaki

³⁹ Nur Centel/Hamide Zafer, a.g.e.,204

⁴⁰ Vahit Bıçak, a.g.e.,430-436

⁴¹ Yasin Ataç/Ekrem Muş/Eyüp Aydoğdu/Ersin Karapazarlıoğlu, "Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Öğrencilerinin Delil Algısı" *Polis Bilimleri Dergisi*, Ankara, 2013, 15(3)

⁴² Gül Fatih, Ninhidrinin Sciff Bazı Oluşturma Özelliğinden Faydalanarak Parmak İzi Tayininde Kullanılması, Selçuk Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2014, ss. 4 <http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1029/357059.pdf?sequence=1> (22.06.2015)

⁴³ Ersan Şen, "Ceza Yargılama Süreci", *TBB Dergisi*, Ankara, 2011 (97), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-97-1113>, (15.04.2014)

⁴⁴ Nurullah Kunter, a.g.e., s.493

⁴⁵ Nur Centel/Hamide Zafer, a.g.e.,205

⁴⁶ Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, a.g.e., s.178-198

⁴⁷ Yasin Ataç/Ekrem Muş/Eyüp Aydoğdu/Ersin Karapazarlıoğlu, a.g.e.

beyanında ise...şeklinde beyanda bulunmuştur.” kararında da görüldüğü üzere mahkemede yapılan açıklamalar ile usulüne uygun ve yetkili makamlarca alınan beyanlarında delil niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.⁴⁸

Somut olay anında, olayın bire bir, belirli şekillerle bir nesne üzerine aktarılması halinde ise belge delilinden söz edilir.⁴⁹ Başka bir ifadeyle delil, olayı temsil eden, olay hakkında bilgi veren ve insan yapısı olan bir ispat vasıtasıdır.⁵⁰ Belge delillerinin neler olduğu konusunda literatürde bir birlik olmamakla birlikte, somut olayı birebir aktaran yazılı nitelikte, ses ve görüntü ile şekil tespit eden belgeler olmak üzere olmak üzere üçe ayırmak mümkündür.⁵²⁵³⁵⁴⁵⁵⁵⁶ 6100 sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu madde 199’a göre ise belgeler “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları” olarak tanımlanmıştır.

Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 06.10.2011 tarih ve Esas No:2011/4970 Karar No: 2012/ 55530 sayılı kararında

“...Emniyet Müdürlüğü’nün ... kapalı ve mühürlü zarf içerisinde sanıkların kullandığı telefonlara ilişkin olarak mahkemece verilen iletişim tespit kararlarına dayanılarak düzenlenen iletişim tespit tutanakları ve buna ilişkin CD’lerin gönderildiğinin belirtildiği, iddianamede ve Cumhuriyet savcısının mütalaasında ise adli emanetin ... sırasında kayıtlı iletişim tespit çözüm tutanağı ve CD’lerin dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesinin talep olunduğu, ancak dosyada ... sayılı emanet makbuzu, iletişim tespit çözüm tutanağı ve CD’lerin bulunmadığı, tespiti yapılan görüşmelerin çözümlerinin ardı ardına sıralanarak düzenlendiği ... sayfadan ibaret bir tutanak bulunduğu görüldüğünden;

⁴⁸ YCK, 28.02.2012 ,:2011/1-692 E., 2012/60 K., Yargıtay Kararlar Dergisi, Aralık 2012,Cilt:38, Sayı:12, s. 2455-2472

⁴⁹ Nur Centel/Hamide Zafer, a.g.e., s.249

⁵⁰ Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, a.g.e., s.198

⁵¹ İsmail Ercan, a.g.e., s.127

⁵² Yasin Ata /Ekrem Muş/Eyüp Aydoğdu/Ersin Karapazarlıoğlu, a.g.e.

⁵³ Nur Centel/Hamide Zafer, a.g.e.,249

⁵⁴ Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, a.g.e., s.199

⁵⁵ İsmail Ercan, a.g.e., s.127-128

⁵⁶ Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer/Yüksel Erol Güngör, a.g.e., s.417-420

a) ...iletişim tespit çözüm tutanağı ve CD'ler ile çözüm tutanaklarının denetime imkân verecek şekilde dosyaya konulması,

b) ... çözümünün yetkili bilirkişiler tarafından yapılıp yapılmadığı, yapıldı ise buna ilişkin bilirkişi yemin tutanaklarını temin edilip iletişim çözüm tutanakları sanıklara okunarak diyecekleri sorulduktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanıkların hukuki durumları ayrı ayrı tartışılıp saptanması gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması

... hükmün CMUK'nun 321. Maddesi gereğince bozulmasına..."⁵⁷

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 22.04.2014 tarih ve Esas No:2013/15622 Karar No: 2014/8191 sayılı kararında.

...sanığa tutanakta yazılı eşyaların ne olduğu açıklanmadan savunma hakkının kısıtlanması... arama kararının denetime olanak verecek şekilde dosyaya getirilmeden eksik araştırma ile karar verilmesi,... hükmün 5320 sayılı yasanın 8/1. maddesi uyarınca yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK. nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA..."⁵⁸

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 13.02.2014 tarih ve Esas No:2013/6794, Karar No: 2014/2239 sayılı kararında.

... sanıkların olaydaki fonksiyonlarına göre hukuki durumlarının tartışılması gerektiğinin gözetilmeden eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm verilmesi,... hükmün 5320 sayılı Yasanın 8/1.maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 321.maddesi uyarınca BOZULMASINA,⁵⁹

yönelik olarak verilen kararlarda görüleceği üzere, delillerin hükmü verecek mahkeme huzurunda ortaya konulması, tartışılması ve irdelenmesi ve bir bütün halinde tüm delillerle birlikte değerlendirilerek hükme varılması adil yargılama ilkesinin temel gerekçelerindedir.⁶⁰

Belirti delili, bir olaydan geriye kalan ve somut olayı temsil edebilmesi içinde diğer delillerle desteklenmesi gereken tabii (doğal) ve

⁵⁷ Y.10. CD., 28.02.2012 2011/4970 E., 2012/55530 K., Yargıtay Kararlar Dergisi, Aralık 2012, Cilt:38, Sayı:12, s. 2517-2518

⁵⁸ Y.7. CD., 22.04.2014., 2013/15622 E., 2014/8191 K., <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (24.06.2015)

⁵⁹ Y.7.CD., 13.02.2014, 2013/6794 E., 2013/2239 K., <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (26.06.2015)

⁶⁰ Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer/Yüksel Erol Güngör, a.g.e., s.421

sunı (yapay) izlerdir.⁶¹⁶²⁶³ Diğer bir ifadeyle keşif faaliyetine konu olan olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserlerdir.⁶⁴ Belirtiler, ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma makamlarınca incelenebilecek ve maddi gerçeğin araştırılması ve ispatlanmasında yararlanılabilecek vasıtalar olmasından dolayı maddi deliller olarak da adlandırılmaktadır.⁶⁵ Bu kapsamda, somut olayla ilgili maddi delillerin neler olabileceği konusunda bir sınırlama olmamakla birlikte biyolojik, kimyasal, fiziksel ve iz delilleri olarak veya nesne, iz, vücut parçaları, koku, hayvansal ve bitkisel delil olarak sınıflandırılabilir.⁶⁶⁶⁷

Günümüzde bilgisayar, telefon, konum belirleme sistemleri, frekans tanıma sistemleri, kameralar, her türlü elektronik cihazlar, ağ sistemleri gibi elektronik cihaz ve sistemlerin insan yaşamına getirdiği kolaylıklar, bilişim sistemlerinin toplum hayatında daha fazla yer edinmesine ve olay yerinin fiziksel ortamdan sıyrılıp sanal alana doğru kaymasına, dolayısıyla da elektronik delil kavramın doğmasına neden olmuştur.⁶⁸⁶⁹ Elektronik ortamda yaratılan, değiştirilen, iletilen ya da saklanan verilerin, kayıtların ve belgelerin iddia edilen bir vakıanın ispatı için kullanılması veya kullanılmak istenmesi durumunda, elektronik delil söz konusu olmaktadır.⁷⁰ Bu çerçevede elektronik delil *“Herhangi cihaz, bilgisayar ya da bilgisayar sistemi ile oluşturulan, işlenen depolanan ya da iletilen ya da iletişim sistemi ile aktarılan, hüküm süreci ile ilgili olan verilerden (dijital formattaki veriden ya da analog cihaz çıktılarında) oluşur.”* şeklinde tanımlanmaktadır.⁷¹ Burada şu hususu belirtmekte yarar vardır. Elektronik cihazlar; analog cihazlar ve sayısal cihazlar

⁶¹ Nur Centel/Hamide Zafer, a.g.e.,252

⁶² Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, a.g.e., s.199

⁶³ Nurullah Kunter, a.g.e., s.492

⁶⁴ İsmail Ercan, a.g.e., s.128

⁶⁵ Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer/Yüksel Erol Güngör, a.g.e., s.468

⁶⁶ Yasin Ataç/Ekrem Muş/Eyüp Aydoğdu/Ersin Karapazarlıoğlu, a.g.e.

⁶⁷ Vahit Bıçak, a.g.e., s.463-485

⁶⁸ Olgun Değirmenci, a.g.e., s.123-125

⁶⁹ Gürkan Özocak, “Ceza Muhakemesinde Elektronik Delillerin Tespiti ve Toplanması”, Tekin Memiş, Ahmet Koltuksuz, Mine Akkan (Eds), 2. Uluslar arası Bilişim Kurultayı Bildiriler Kitabı İzmir, 2011, ss. 110- 125http://2011.ubhk.org.tr/Upload_Files/FckFiles/file/bildiriler_kitabi.pdf (01.06.2015)

⁷⁰ Mustafa Göksu, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s.37, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/26465/tez.pdf, (15.05.2015)

⁷¹ Olgun Değirmenci, a.g.e., s.126

olmak üzere ikiye ayrılmakta ve elektronik cihazlarda tutulan veya oluşturulan deliller elektronik delil olarak, sayısal cihazlarda tutulan veya oluşturulanlar sayısal deliller olarak isimlendirilmektedir⁷²

Delil türlerinin genel olarak beyan, belge ve belirti delilleri olarak sınıflandırıldığından bahsetmiştik. Elektronik ve sayısal deliller ise buldukları ortama, elde edilmiş şekillerine ve meydana gelen somut olayı ispat güçlerine göre değişim gösterebilmektedirler. Bu sebeple elektronik ve sayısal delilleri bazen belge, bazen de belirti delili olarak kabul edebiliriz. Bu deliller diğer delillere oranla dışarıdan müdahaleye açık olmaları nedeniyle, elektronik ve sayısal delillerin delil olarak kabul edilmeden önce sarıhlığı dikkatli bir biçimde araştırılmalı ve diğer delillerle desteklenmelidir.⁷³ Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.06.2008 tarihli 2007/6429 E., 2008/8326 K. İçtihat Metninde özetle;

“ ... banka nezdinde açılmış olan hesapta bulunan paranın davacının bilgisi ve izni dışında internet yolu ile yapılan işlemler sonucu... havale işleminin gişe işlemi olarak değil, internet ortamı üzerinden elektronik işlem olarak gerçekleştirildiği sabittir...

... taraf, havale işlemi için kullanılan kişisel bilgilerinin 3. kişiler tarafından bankanın güvenliksiz internet sisteminden öğrenilmiş veya bankanın ilgili personelinin 3. kişilere haber sızdırılmasından kaynaklanmış olabileceğini, davalı bankanın 3. kişilere karşı kendisini uyarmadığını, destek vermediğini, bilgilendirmediğini, ...

...davacının kullandığı ve özenle saklaması gereken sisteme giriş bilgilerinin hangi yoldan elde edilmiş bulunduğu hususları açıklığa kavuşturulduktan sonra tarafların sorumluluğunun sağlıklı bir şekilde tayin ve takdiri mümkün olacağından, öncelikle internet, bilgisayar, internet üzerinden yapılan işlemler ve güvenlik sistemleri, ... uyumsuzluğu aydınlatacak tüm unsurlar değerlendirilmeden, bu bağlamda tarafların hukuki sorumluluğu tayin ve takdir edilmeden eksik incelemeye, yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir. ”⁷⁴

⁷² Olgun Değirmenci, a.g.e., s.127-128

⁷³ Olgun Değirmenci, a.g.e., s.130-135

⁷⁴ Y.11.HD., 23.06.2008, 2007/6429 E., 2008/8326 K <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> (24.06.2015)

Diyerek elektronik ortamda yapılan işlemlerin güvensizliğine dikkat çekmekte ve bu tür delillerin en zayıf noktası olan sarih olup olamadığı ile dışarıdan müdahale yapılıp yapılmadığı, uyumsuzluğu ortaya çıkaracak olan tüm unsurlar ortaya çıkarılmadan ve yetersiz bilirkişi raporu ile karar verilmesine vurgu yapılarak kararın davacı yararına bozulmasına karar vermiştir. Bilirkişi incelemesi ile ilgili Yargıtay 10. Ceza Dairesi 17.12.2008 gün ve 2008/14165 E., 2008/18731 K. "...konusunda uzman bilirkişi raporu alınması gerektiğinin gözetilmemesi" hususu, diğer eksiklikler ile birlikte verilen kararın bozulması için gerekçelerden birisi olmuştur.⁷⁵

2.2.3. Delillerin Faydaları

Yargılama evresinde olayın nasıl gerçekleştiğinin anlaşılıp karar verilmesine yarayacak olan en önemli unsur, olayın ispatını sağlayacak olan delillerdir. Dolayısıyla deliller maddî gerçeğe ulaşılması için, **işlenmiş olan suçun** ispat edilmesini ve yargılamanın doğru, adil ve hızlı gerçekleşmesi ile savcı ve hâkimlerin suç ve suçlular arasındaki ilişkiyi doğru anlayıp karar vermelerine yardımcı olur. Vatandaşın devlete ve adalete olan güvenini arttırır. Suçu aydınlatarak yanlış kişilerin suçlanmasını önleyerek insan hak ve onurunu korur. Suçun işleniş şekli, zamanı, failin davranış tarzı, şüpheli, mağdur ve olay yeri hakkında bilgiler vererek aralarındaki ilişkinin kurulmasını sağlar. Suça karışan kişilerin rolünü belirler ve şahısların itirafta bulunmasına katkı sağlar. İnsan algılarında hata yapabildiğinden beyanları her zaman doğru olmayabilir, deliller bilimsel gerçeklere dayandığından insan hatasını ortadan kaldırmaya yardımcı olur. **işlenmiş olan diğer suçlar arasındaki benzerlikleri ortaya koyarak, faili meçhul kalmış seri işlenen suçların da aydınlatılmasına katkı sağlar. Kolluk birimlerine yönelik olası suç isnatlarını bertaraf eder.**⁷⁶⁷⁷⁷⁸⁷⁹

⁷⁵ Y.10.HD., 17.12.2008, 2008/14165 E.,2008/18731 K., <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (24.06.2015)

⁷⁶ Bülent Bayraktar, "Mahkemelerde Delillerin Önemi, *Sosyal Bilimler Dergisi*, 2011, 25, s.33-43, journals.manas.edu.kg (2013), <http://journals.manas.edu.kg> (21.11.2013)

⁷⁷ Canözgelguvenlik.com, "Olay Yeri Koruma" www.canozgelguvenlik.com.tr/wp-content/.../5.OLAYYERIKORUMA.do..., (23.04.2014)

⁷⁸ guvenlikvekariyer.blogspot.com.tr, "Olay Yeri İnceleme", <http://guvenlikvekariyer.blogspot.com.tr/2011/12/olay-yeri-inceleme.html>, (23.04.2014)

⁷⁹ [kilis.pol.tr](http://www.kilis.pol.tr), "Olay Yeri İnceleme ve Kimlik Tespit Şube Müdürlüğü", <http://www.kilis.pol.tr>

3. YÖNTEM

Çalışmada, sosyal olayları, araştırmaya katılanların yaşadıkları ve buldukları çevre içerisinde inceleyerek anlamaya ve şahısların sahip olduğu deneyim ve tecrübelerden faydalanarak sistematik bir inceleme yapmaya olanak sağlayan nitel araştırma yöntemlerinden yapılandırılmamış ve yarı yapılandırılmış görüşme yöntemi kullanılmıştır. Yapılandırılmamış görüşme, araştırmacının araştırma yapacağı konu hakkında bilgisinin az olduğu durumlarda katılımcıların bilgi, görüş ve düşüncelerine başvurduğu ve görüşülen kişilerin söylediklerine herhangi bir sınırlama getirilmeden, sadece sorulan sorularla yönlendirildiği araştırma yöntemidir. Yarı yapılandırılmış görüşmede ise sorulan sorular açık uçlu ve bir kılavuz takip edilerek görüşmeler icra edilir.⁸⁰

Halen suçla mücadele devletin çeşitli kurumları tarafından yürütülmekte olup, adli teşkilât bunlardan bir tanesidir. Adaletin hızlı, doğru ve etkili olarak yerine getirilebilmesi ve yargılama esnasında suçun aydınlatılabilmesi için delile ihtiyaç duyulmaktadır. Yargılama evresinde en önemli süjelerinden olan mahkemelerde hâkimlerin delil algısı da bu hususta önem arz etmektedir. Bu nedenle, araştırmada hâkimlerin delil algısında ve delil elde etmede yaşadıkları **sıkıntıların neler olduğunun tespit** edilmesi ve çözüm üretilmesine amaçlanmıştır.

Araştırmada öncelikle hâkimlerden pilot bir grup seçilmiş ve kendileri ile yapılandırılmamış mülakat tekniği ile görüşmeler yapılmıştır. Bu görüşmelerde elde edilen bilgilerle yaşanan sorunların ana başlıkları tespit edilerek, sorunların gruplandırılması yapılarak toplam 20 hâkim ile yarı yapılandırılmış mülakat tekniği ile görüşme gerçekleştirilmiştir. Seçilen pilot grupla yapılan çalışma sonucunda elde edilen bulgulardan sorular iki ana gruba ayrılmıştır; iddianamenin kabulü evresi ve yargılama evresi olmak üzere: Birinci bölümde; soruşturma evresinde hazırlanan iddianameler ve delil toplanması; iddianamenin incelenmesi için yasa tarafından verilen 15 günlük süre; soruşturma evresinde elde edilen delillerin hukuka uygunluğu soruları sorulmuş.

kilis.pol.tr/Sayfalar/ birimlerimiz_olayyeri.aspx, (23.04.2014)

⁸⁰ Oğuzhan Ömer Demir, "Nitel Araştırma Yöntemleri", Kaan Böke (Ed), Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri 3. Bası, Alfa Yayınları, Ankara, 2011, ss. 278-306

İkinci evrede ise; delil serbestisi ilkesi; delillerin sınıflandırılması; sanık ile delil arasındaki ilişkinin kurulması; yargılama evresinde delillerin değerlendirilmesi için adli bilimlerle teknolojik imkânlardan yararlanma; delillerin muhafazası, takip ve temin edilmesi; bilirkişi seçimi; 18 yaş ve altındaki suçta sürüklenen çocuklar, mağdur ve tanıkların dinlenmesi; yargılama süreleri; ceza yargılamasında yüzyüzelik ilkesi, savunmanın delil bulup kullanması ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi soruları sorulmuş ve katılımcıların düşünceleri alınmıştır.

Araştırmaya katılan 20 hâkimin 13'ü erkek, 7'si kadındır. Hâkimlerin tamamı birinci sınıf hâkimdir. Görüşülen hâkimlerimizin beşi Sulh Ceza Mahkemesi, beşi Asliye Ceza Mahkemesi, altısı Ağır Ceza Mahkemesi, ikisi Çocuk Mahkemesi, biri Trafik Mahkemesi, biri de İnfaz hâkimidir.

Çalışma için, ulaşılabilirlik bakımından kolay olması nedeniyle Ankara ili seçilmiş olup, sonuçlar Ankara'daki durumu yansıtmaktadır. Ayrıca araştırmada temsil ve genellem kaygısı güdülmemiştir.

4. ARAŞTIRMANIN BULGULARI

4.1. İddianamenin Kabulü Evresi

4.1.1. Soruşturma Evresinde Hazırlanan İddianameler ve Delil Toplanması

Ankara adliyesinde hâkimler ile yapılan görüşmelerde, mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu yürürlükte iken, soruşturma evresinde şüpheliler hakkında lehte ve aleyhte delil toplanması hususuna dikkat edilmediği ve soruşturma dosyalarının eksik hazırlandığı yönünde genel kanaat olarak ortaya çıkmıştır. Ancak yeni 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu ile bu hususun eskiye oranla çok daha iyi duruma geldiği, ancak, 5271 sayılı kanun çıkarılırken soruşturma dosyalarının davayı bir celsede bitirecek şekilde hazırlanması hedeflenmesine rağmen, uygulamanın maalesef istenilen seviyeye gelmediği belirtilmiştir.

Yapılan görüşmelerde, meydana gelen somut olayı ispata yarayacak tüm deliller elde edilerek, şüpheli ile deliller arasında bağ kurulmadan iddianamelerin hazırlandığı, bunun altında ise delil de-

ğerlendirmesinin mahkemeler tarafından yapılması ve bir an önce yargılamanın başlatılması düşüncesinin yattığı belirtilmektedir. Bu düşüncenin oluşmasında da hem Yargıtay hem de müfettişler tarafından savcılarının *kovuşturmaya gerek yoktur* kararlarına yönelik olumsuz eleştirilerinin yattığı söylenmektedir. Aksine olayla ilgili tüm deliller toplandıktan ve şüpheli ile delil arasındaki bağ kurulduktan sonra iddianamenin hazırlanması gerektiği, soruşturmanın ancak bu işlemler yapıldıktan sonra tekemmül edebileceği ve bu durumun iddianamele- rin eksik hazırlanmasına ve gereksiz olarak yargılama evresine geçil- mesine veya uzun yargılamaya sebep olduğu belirtilmektedir. Görü- şülen bir hâkim bu durumu şöyle özetlemiştir:

“ Aslında yeni CMK hazırlanırken niyet, soruşturma aşamasında her türlü delilin ikame edilmesi ve iddianame kabul edildikten sonra hâkimin yeni- den delil toplama ihtiyacı olmayacak şekilde davanın başlaması hedeflenmişti. Ancak, savcılığa yönelik “sen karar verme yargı karar versin” gibi olumsuz eleştiriler, savcılarımızın her olay için iddianame hazırlamasının ve yetersiz delille davaların açılmasının sebeplerinden birisi olmuştur. ”

Bir başka hâkim ise:

“Savcılarımızın iş yoğunluğu nedeniyle CMK 170/2 maddesindeki ye- terli şüphe kavramından hareketle meydana gelen somut olayla ilgili detaylı bir delil araştırması yapmadan iddianame hazırlama temayülleri var. Kolluğun hazırladığı fezleke ile yetiniliyor. Aksine kolluğa ne tür delillerin toplanacağı konusunda talimatları savcılarımızın vermesi gerekir. Kolluk ne getirir ise id- dianame onun üzerine bina ediliyor”.

demektedir. Başka bir hâkim ise, *“Olay, sanık ve deliller arasında bağ- lantı kurulmadan torba iddianameler hazırlanıyor. Bazen dosyalar nüfus kay- dı, sabıka kaydı ve iddianame dışında bir şey olamadan gönderiliyor”* cüm- lesiyle soruşturma dosyalarındaki eksikliklere dikkati çekmektedir. Bu durumun mahkemelerin delil toplama faaliyetiyle uğraşmasına ve yargılamanın da uzamasına neden olduğu belirtilmektedir.

Asıl sorunun delil toplamada değil de delillerin değerlendirilme- sinde olduğu ve etkin soruşturma yapılmamasından kaynaklandığı- nı düşünen hâkimlerimizden birisi bu durumu şöyle özetlemektedir *“Şüphelinin ifadesi alınmadan veya geçici raporla hazırlanan iddia- nameler var. Bunların önüne geçilmeli. Çok istisnai ve zorunlu şart-*

lar oluşmadığı takdirde eksik hazırlanan iddianameler mutlaka iade edilmeli.” diyerek iddianamenin kabulü için belli standartlar olması gerektiği üzerinde durmaktadırlar.

Diğer bir görüş ise başlangıçta soruşturma evresinde delil toplanırken lehte ve aleyhte delil ayırımı yapmanın doğru olmadığını, ilgisi olabilecek her türlü delilin toplanması ve lehte veya aleyhe ayırımının iddianame hazırlanırken yapılması gerektiği, ayrıca soruşturmanın kamu adına yapılması nedeniyle de böyle bir ayırım yapmaya gerek olmadığını yönündedir.

Soruşturma evresinde hazırlanan iddianamelerdeki eksikliklerle ilgili olarak görüşülen hâkimlerimizin çoğunluğunun ortak görüşü iddianamelerin eksik hazırlandığı, lehte delillerin toplanmasında sorunlar olduğu yönündedir. Bu eksikliklerin sebeplerini ise:

Özellikle büyük şehirlerde Cumhuriyet savcılarımızın ve onların yardımcısı pozisyonundaki kolluk birimlerinin üzerindeki iş yükünün fazlalığı,

Savcıların adliyelerdeki idarî faaliyetleri,

Savcılarımızın soruşturma evresinde aleyhte delilleri toplamadaki göstermiş oldukları hassasiyeti, lehte olan delilleri toplarken göstermemeleri,

Savcılarının ve onlara yardımcı olarak çalışan kolluk birimlerinin çalışma alışkanlıkları,

Soruşturmayı yapanın eğitim ve tecrübe eksikliği,

Savcılarımızdaki delil değerlendirilmesinin mahkemelere ait olduğu düşüncesi,

Bir an önce yargılamanın başlatılması düşüncesi,

Meydana gelen somut olayda delil elde konusunda yaşanan sıkıntılar olarak sıralamaktadırlar.

İddianamelerdeki eksikliklerin giderilmesi ile ilgili olarak görüşülen hâkimlerin önerileri şöyledir:

Yasadışı uyuşturucu ticareti, cinayet, mali suçlar, cinsel suçlar, vb. birçok suç için ortak bir prosedür belirlenerek, bu tip olaylarda, Cumhuriyet savcılığının ve kolluğun mutlaka toplaması gereken deliller belirlenmeli ve delil toplanmasında standart geliştirilmelidir,

Özellik arz eden suçlarla mücadelede etkinliği artırmak için uzmanlaşmış savcıların yetiştirilmesi ve bu davalara onların bakmasının soruşturmanın daha sağlıklı olmasına ve nihayetinde de daha etkili yargılama yapılmasına katkı sağlayacaktır,

Ön soruşturma müessesinin hukuk sistemimize dâhil edilmesi ve bu soruşturma neticesinde hâkim tarafından dava açılmasına gerek olmadığı yönünde kanaat olduğu takdirde, iddianamenin reddine karar verilebilmesi için düzenleme yapılması gerekmektedir,

Denetimi adli makamlarda olmak üzere, kolluk birçok araştırma ve delil toplama faaliyetini kendi başına yapabilmeli ve bunun için yetkilendirilmeli, bu sayede de savcılık makamının iş yükü hafifletilmelidir,

Adliyelerdeki idari faaliyetlerin konusunda yetişmiş uzman personele devredilerek savcılar üzerindeki iş yükü hafifletilmelidir.

4.1.2. İddianamenin İncelenmesi İçin Yasa Tarafından Verilen 15 Günlük Süre

İddianamenin incelenmesi için yasa tarafından verilen 15 günlük sürenin normal şartlarda yeterli olduğu, ancak sanık, mağdur, tanık sayısı ile delil sayısının çok fazla olduğu dosyalar için kanun tarafından tanınan sürenin yeterli olmadığı ve bu tür davalar için tanınan sürenin arttırılması gerektiği yönünde genel bir kanaat hâkimdir.

4.1.3. Soruşturma Evresinde Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu

Yapılan görüşmelerde delillerin hukuka uygun olup olmadığı yönündeki denetimin dosya üzerinden yapıldığı, hukuka uygun olarak elde edilmeyen delile rastlanması durumunda gerekli işlemlerin mutlaka yapıldığı ve bur tür delillerin yargılama evresinde kullanılmaması gerektiği yönünde genel bir kanaat olduğu ortaya çıkmıştır. Görüşülen hâkimler yapılan düzenlemelerle son zamanlarda kendilerine gelen dosyalarda bu tür durumlarla pek karşılaşmadıklarını, ayrıca Cumhuriyet savcılıklarında ve kolluk birimlerinde bu hassasiyetin oluştuğunu belirtmişlerdir. Ancak hukuka aykırı delillerin daha ziyade vatandaşlar tarafından elde edilmeye çalışıldığı yönünde ka-

naat belirtmişlerdir. Delillerin hukuka uygun elde edilmediği konusunda diğer bir denetim şeklinin de savunma makamının iddiaları sonucu yapılan incelemeler olduğu beyan edilmiştir.

4.2. Yargılama Evresi

4.2.1. Delil Serbestisi İlkesi

Görüşme yapılan hâkimlerin tamamı ceza davalarında meydana gelen somut olayın ispatına yarayacak her türlü delilin ispat vasıtası olarak kullanılabilceği, zira her dosyanın kendine özgü şartları olduğu ve dava olaydan sonra görülmeye başlandığından hâkimin kanaat edinebilmesi için delillerin hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağı yönünde kanaat beyan ettiği görülmüştür. Yargılamada temel amacın maddî gerçeğe ulaşmak olduğu ifade edilmiştir. Karar anına kadar delil sunulmasının veya araştırılmasının önünde bir engel olmamalıdır. Ancak, bir hâkim *“Hüküm vermeye yeterli delil elde edildiğinde yargılamayı gereksiz yere uzatmamak adına başka delilleri de araştırmaya gerek yoktur”* diyerek suçun elde edilen delillerle sübuta ermesi durumunda, yani hukuki yarar görülmeyen ve davanın sonucuna etki etmeyecek delillerle boğuşup davayı uzatmanın adaleti geciktirmekten başka bir işe yaramayacağını anlatmaya çalıştığı açıktır.

Meydana gelen olayın her türlü delille ispatı konusunda hâkimlerin hem fikir olduğu yukarıda belirtmiştik, ancak konuyla ilgili bir hâkim ise *“Dijital delilin tek başına maddî gerçeğe ulaşmada yeterli görülmemelidir. Mutlaka başka delillerle desteklenmesi gerekli, savunmayı sakatlıyor ve bir yönüyle eksik de bir delil”* diyerek dijital delile olan güvensizliğini beyan etmektedir. Dijital delille ilgili görüşülen hâkimlerin tamamı dijital delillerin güvensiz olması nedeniyle başka deliller ile desteklenmesinin gerekliliği yönünde kanaat beyan etmişlerdir.

4.2.2. Delillerin Sınıflandırılması

Delillerin sınıflandırmaya tabi tutulması ile ilgili görüşülen hâkimlerimiz, halen uygulamada böyle bir sınıflandırma yapılmadığını belirtmektedirler. Hâkimlerin çoğunluğunda delilleri meydana gelen suç ile sanık arasındaki bağlantıyı ispat etme gücüne göre sınıflandırma eğilimi olduğu söylenebilir. Katılımcılara göre güçlü delil, hâkimin olayla ilgili kararını vermesinde etkili olan delildir. Bir hâkim

“Önemli olanın bir delillin neden üstün tutulduğunun *kararda belirtilmesi ve diğerlerine göre neden daha fazla itibar edildiğinin açıklanmasıdır*”. Hâkimlerimizden bazıları ise delilleri sınıflandırmanın bir gereklilik olduğu, özellikle kapsamlı dosyalarda bu tür bir sınıflandırma yapmanın hâkimlerin işini kolaylaştıracağını ve bu işlemin de soruşturma evresinde yapılması gerektiğini belirtmişlerdir. Bir kısım hâkim delillerin sınıflandırılmasına gerek olmadığı ve delillerde önemli olanın hâkimin takdirini etkilemesi olduğu yönünde görüş bildirmişlerdir.

4.2.3. Sanık İle Delil Arasındaki İlişkinin Kurulması

Görüşülen hâkimlerimiz delil ile sanık arasındaki bağlantı kurulmasının yargılamanın en zor süreci olduğu ve bu evrenin savcılar ile hâkimlerin dosya üzerinde ayrıntılı olarak çalışmasını gerektiren bir husus olduğunu belirtmişlerdir. Zira sıradan gibi görünen şeylerin davanın sonucunu değiştirebileceğini ve hiçbir şeyin atlanmaması gerektiğini belirtmektedirler. Şayet delille sanık arasındaki ilişki kurulamıyor ise hükme gidilemeyeceğini de belirtmişlerdir. Bir hâkim *“Tamamen emek ve zaman harcamakla alakalı bir durum. Kanunla değil özveri ile halledilebilecek bir husus.”*sözü, delille sanık arasındaki ilişkinin kurulmasında hâkimlerimizin ne kadar hassas olduğunu göstermektedir. Başka bir hâkimin

“Delilden sanığa gidilebilmesi için elde edilen verilerin kesin olması şarttır. Aksi takdirde hâkimlerimizin belirttiği gibi karara gidilemez. Ancak delil toplamada yaşanan zorluklar ve özellikle birbiri arasında bağlantısı olan olaylar ile suç işlemeyi yaşam tarzı haline getirmiş kişilerin yakalanmasında ve adaletin yerine getirilmesinde kolaylık sağlamak amacıyla başka ülkelerde örnekleri görüldüğü gibi veri bankaları kurulabilir demektir.

Aynı konuda bir diğer hâkim ise *“DNA bankası kurulmalı artık bu bir gereklilik. Parmak izi, DNA, vb. kişinin kimliğini tespiti yarayan veriler mutlaka toplanmalı ve bunlar arşivlenmeli”* önerisini getirmektedir. Görüşülen hâkimlerin genel kanaati soruşturma evresinde delilden şüpheliye gidilebilmesi için olay yerinden elde edilenlerin, karşılaştırmasının yapılabilceği bir veri tabanı olması gerektiği ve bu hususun da kişilerin boş yere yargılanmasının önüne geçebilecek ve de adaletin yerine gelmesini hızlandıracak bir imkân olarak da değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.

4.2.4. Yargılama Evresinde Delillerin Değerlendirilmesi İçin Adli Bilimler İle Teknolojik İmkânlardan Yararlanma

Somut olayda elde edilen delil ile sanık arasında ilişkinin doğru tespit edilebilmesi ve doğru değerlendirilmesi maksatlarıyla, görüşme yapılan hâkimlerin tamamı tarafından, adli bilimlerden ve teknolojik imkânlardan mutlaka yararlanıldığı müşahede edilmiştir. Bu tür olanaklardan yararlanılmasının mağdur, şüpheli veya sanık için faydaları olduğu gibi yargılama için de kolaylık ve güvenilirlik sağladığı iddia edilenin delille desteklenmesini sağlaması bakımından son derece de önemli olduğu görüşü hâkimdir. Ancak, katılımcılar özellikle adli tıp kurumundaki uzman personel yetersizliği ve kurumun iş yükünün mevcut personelle karşılanmasındaki yaşanan zorluklar nedeniyle adli tıp raporlarındaki gecikmelerden şikâyetçi olmuşlardır. Bu gecikmenin de yargılamanın uzamasına neden olduğu görüşü hâkimdir. Kolluk birimlerine bağlı kriminal dairelerde ise bu tür sıkıntıların pek yaşanmadığı belirtilmiştir. Bunun yanında halen sahip olduğumuz teknolojik imkânların neler olduğu ve bu alandaki gelişmeler hakkında hâkim ve savcılarımıza yönelik bilgilendirme seminerleri ile broşürlerin hazırlanmasının faydalı olacağı yönünde de görüş beyan etmişlerdir.

4.2.5. Delillerin Muhafazası, Takip Ve Temin Edilmesi

Delillerin muhafazasında personel yetersizliği ve yer konusunda bir takım sıkıntılar yaşanmakla birlikte, asıl sorunun delillerin temin ve takip edilmesinde yaşandığı, soruşturma evresinde elde edilemeyen delillerin kovuşturma evresinde elde edilmesinin pek mümkün olmadığı yönünde genel bir kanaat ortaya çıkmıştır. Özellikle bürokratik engeller sebebiyle, şahısların dinlenmek için mahkemeye getirilmesinde sorunlar yaşandığı, aradan geçen zamanın uzun olmasının kişilerin bildiklerini unutmalarına sebep olduğu belirtilmektedir. Ele geçirilen suç delillerinin vakit geçirilmeksizin incelemeye alınması gerektiği konusunda bir hâkim *“Bu tür malzemelerin teknik incelemesi vakit geçirilmeksizin yapılmalı, inceleme tamamlandıktan sonra emanete alınması gerekmektedir. Aksi takdirde emanette iken yaşanan arızalar nedeniyle işlenemez suç meydana gelmektedir”* sözü ile delilin özelliğini kaybettikten sonra bir anlam teşkil etmediğini ifade etmesi bakımından önemlidir. Dile getirilen bir diğer husus da adli emanete alınan araçlar konusunda yaşanan sıkıntılardır. Bu araçların sahibine çıkardığı maddi kül-

fet nedeniyle uygulamada yediemine teslim edilerek sorun aşılımaya çalışılmaktadır. Ancak bu hususta düzenleyici bir çalışmaya ihtiyaç duyulduğu yapılan görüşmelerden ortaya çıkan bir sonuçtur.

4.2.6. Bilirkişi Seçimi

Bilirkişi seçimi adalet komisyonunca her yıl belirlenen liste üzerinden uzmanlık alanına göre yapılmakta ve uzmanlık alanı ile ilgili yetersizlik var ise gerekçesi belirtilmek koşulu ile liste dışından bilirkişi seçimi yapılabilmektedir. Büyük şehirlerde bilirkişi temin edilmesinde sorun yaşanmazken, küçük şehirlerde uzman yetersizliği nedeniyle bilirkişi tayininde zorluklar yaşandığı, bu nedenle de büyük şehirlerdeki uzmanlardan yararlanılmaya çalışıldığı, bu durumunda yargılamanın uzamasına sebep olduğu tespit edilmiştir.

Bilirkişi raporları ile ilgili olarak yaşanan en büyük sorunun ise hukuki bilgi eksikliği sebebiyle hâkimin istediği ile raporun alakasız olması ve yeniden raporlaştırma süreci yaşandığı, dolayısıyla davanın gereksiz yere uzadığı, bu nedenle de hâkimler tarafından bilirkişilerin istenilen bilgi konusunda yönlendirilmesi gerektiği, hâkimlerimizin güvenilir, rüştünü ispatlamış ve dürüstlüğüne inandıkları kişileri bilirkişi olarak atadıkları genel kanaat olarak ortaya çıkmıştır. Bir hâkim *"Bilirkişilerin uzmanlığının yeteri kadar denetlenebildiği bir durumda değiliz. Bilirkişilerin meslek odaları tarafından eğitilmesi ve yeterlilik testlerine tabi tutulmaları gerekir. Zira işinde ehil olmayanların vermiş olduğu raporlar, hâkimlerin yanılmasına ve yanlış kararlar vermesine sebep olabilir ve adalete olan güveni sarsacak bir durum ortaya çıkabilir"* sözleri dikkat çekicidir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre bilirkişi raporlarının bağımsız kişi ve kurumlarca hazırlanması gerektiği, bu durumun resmî kurumlara bağlı kişilerin tarafsızlıklarına gölge düşürdüğünü ve kişilerin tarafsız olduğunu ispatlamak gerektiği, bu algıyı yıkmak adına bağımsız rapor verebilecek kuruluşların teşkil edilmesinde fayda olduğu belirtilmiştir.

4.2.7. 18 Yaş ve Altındaki Suça Sürüklenen Çocuklar, Mağdur Ve Tanıkların Dinlenmesi

Suçta sürüklenen çocuklar, mağdur ve tanıkların dinlenmesi ile ilgili hâkimlerimiz genel olarak şunları söylemektedirler. Suça sürüklenen çocuğun dinlenmesi işlemi zorunlu ve avukatının huzurunda

yapılmaktadır. Psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı gibi uzmanların olması gerekmektedir. Mağdur ve tanıkların dinlenmesi için uygun ortam hazırlanmalı ve öyle dinlenmelidir. Mağdurun duruşma esnasında olumsuz etkilenmesi söz konusu ise dinlenmemesi gerekmektedir. Özellikle cinsel suçlara maruz kalmış çocuklarda bu durum daha da önemlidir. Mağdurun tekrar tekrar dinlenmesi onda onarılamaz yaralara neden olabilmektedir. Bir diğer husus da defalarca alınan sağlık raporlarının mağdur üzerinde yaratmış olduğu olumsuz durumdur. Mağdurların Çocuk İzleme Merkezi (ÇİM) lerinde dinlenmesi daha uygundur. Mağdur önce psikolojik olarak rahatlatılmalıdır. Bazen olumsuz durumlarda şahsın ilk ifadesi ile yetinmek gerekebilir. Bu nedenle ÇİM'ler daha da yaygınlaştırılmalı ve bu tür işlemler onun aracılığı ile yapılmalıdır. Mağdurlar küçük yaşta olmaları sebebiyle etki altında kalabiliyorlar. Bu nedenle olayın vahameti hakkında yeteri kadar bilgi aktarılmalı ve bu kişiler ondan sonra dinlenmelidir. Ayrıca etki altında kalabilecekleri durumlardan da tecrit edilmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde çok yanlış ifade verebilmektedirler. Bir hâkim " şüpheli görülen durumlarda olay biraz soğutulmalı ve ondan sonra ifade alınmalıdır" diyerek meselenin hassasiyetini dile getirmektedir.

4.2.8. Yargılama Süreleri

Görüşülen hâkimlerimizin tamamında gelişen ortak kanaat yargılama sürelerinin uzun olduğu yönündedir. Sürenin uzun olması ile ilgili olarak belirlenen sebepler ise;

Özellikle büyük şehirlerdeki iş yükü fazlalığı,

Etkin soruşturma yapılmaması ve delillerin eksik toplanması nedeniyle mahkemelerin delil toplamak için zaman harcaması,

Soruşturmayı yapan savcılık makamı ile yargılamayı yapan hâkimin tecrübesizliği,

Adliyelerde iş gücü yetersizliği,

Sanığın bulunamaması,

Özellikle personel yetersizliği ve iş yükü nedeniyle Adli Tıp Kurumu'ndan raporların geç gelmesi,

Yargı teşkilâtına bağlı bir adlî kolluğun olmaması,

Parmak izi dışında DNA gibi kişinin kimliğini tespitte yarayan veri tabanlarının bulunmaması nedeniyle özellikle savcı yardımcısı olarak görev yapan kolluğun delile ulaşmak için çok zaman harcaması ve bunun da soruşturma dosyasına yansması,

Bürokratik engeller olarak sıralanmıştır.

Bu sürelerin kısaltılması için yapılması gerekenler ise,

Yargı teşkilâtına doğrudan bağlı bir adlî kolluğun oluşturulması,

Savcı ve hâkimlerimizin göreve başlamadan önce bir süreliğine savcı ve hâkim yardımcısı olarak görevlendirilmesi ve bu sürede tecrübe kazandırılması,

Adliyelerde görev yapan personel sayısının ve bu personelin eğitiminin artırılması için tedbir alınması,

Adlî Tıp Kurumu'ndaki uzman personel sayısının artırılması,

Özellikle soruşturma evresinde kolluğun delilden sanığa ulaşmasında harcadığı zamanı kısaltması, bu sayede de delil toplamada etkinliğin artırılması amacıyla, DNA bankası gibi kişinin kimliğini tespitte yarayan veri tabanının oluşturulması önerilmektedir.

4.2.9. Ceza Yargılamasında Yüzyüzelik İlkesi

Görüşülen hâkimlerin tamamı yüzyüzelik ilkesinin adil yargılanma hakkının bir gereği olduğuna inanmaktadırlar. Hâkimlerimiz yargılama esnasında kişinin karşılarında olmasının kanaat edinmede sağladığı avantajdan yararlanmak için öncelikle sorgulayacakları kişileri mahkemede dinlemek istemektedirler. Duruşma esnasında mahkemeler gözlem yaparak almış oldukları notları, karar evresine gelindiğinde kullandıklarını beyan etmektedirler. Görüşülen hâkimlerimizin çoğunluğunda şahsın mahkemeye getirilmesinde sıkıntı yaşanacak ise SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) sistemi aracılığı ile dinlenmesi konusunda genel bir kanaat oluşmuştur. Ancak SEGBİS sisteminin mahkemede sorgulamanın yerini tutamayacağını belirtmekle beraber, ille de şahsı karşımda göreceğim diye ısrar etmenin de gereksiz olduğunu ve bu sistemin vatandaş açısından kolaylık getirdiğini beyan etmişlerdir.

Görüşülen hâkimlerimizden küçük bir kısım ise SEGBİS sisteminin sorgulanan kişinin tavırlarının gözlemlenmesinde etkili olmadığından taraftar olamadıklarını ve bunun yerine ifadeyi alacak olanın yine bir hâkim olması nedeniyle talimatlı ifadenin daha faydalı olduğu kanaatinde olduklarını beyan etmişlerdir. Bu hususta bir hâkim

“Yüzyüzelik vazgeçilmez ilke. Şahıslar mutlaka mahkemede ve tarafların huzurunda çapraz sorguya çekilmeli. Bir diğer imkânda SEGBİS sitemidir ve zorunluluk hallerinde kullanılmalıdır. Bu sistemin yüzyüzelik ilkesine aykırı olduğunu düşünüyorum. Çünkü şahsın doğru söyleyip söyleyemediğini buradan anlayamıyorum. Bu nedenle de talimatlı ifadeyi tercih ediyorum. Zira orada da ifadeyi alan bir hâkim”

diyerek ceza yargılamasında hâkimler maddî delillerde olduğu gibi, sanık, tanık ve diğer kişileri de vasıtasız olarak doğrudan görmeli, duymalı ve bizzat incelemeli, vicdani kanaatini oluşturmalı ve karara öyle varmalıdır düşüncesini savunmaktadırlar.

4.2.10. Savunmanın Delil Bulup Kullanması

Savunmanın delil bulup mahkemeye sunmasının vazgeçilemez bir hak olduğu, bunun karar verilene kadar yapılabileceği konusunda görüşülen tüm hâkimlerimiz hemfikirdir. Bunun aksinin olması kişinin savunma hakkının elinden alınmasıdır ki bu durum bir insan hakları ihlalidir. Bir hâkim “savunma makamı bazen zaman kazanmak, bazen de olumlu bir hava yakalayarak savunduğu şahsın lehine bir karar çıkarabilir miyim ümidiyle yargılamanın neticesini etkilemeyecek, içi boş deliller ileri sürebiliyor veya taktik uyguluyor” bu durumla karşılaşıldığında ileri sürülen delilleri yargılamanın neticesini etkilemeyecek ise kabul etmeme yönünde kanaat olduğu görülmüştür. Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus da savunmanın hakkının zedelenmemesi adına avukatların delil toplaması ile ilgili önlerindeki bürokratik engellerin kaldırılması için yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğudur. Mevcut Avukatlık Kanunu’nda bu husus düzenlenmesine rağmen yetersiz kaldığı ve soruşturmanın selametini tehlikeye atmayacak şekilde yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu belirtilmiştir.

4.2.11. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Görüşülen hâkimlerimizin tamamında yargılama evresinde şüpheden sanık yararlanır ilkesini bertaraf edecek ve şüpheyi ortadan kaldıracak şekilde mahkûmiyet için yeterli, kesin, inandırıcı, her türlü şüpheden uzak delil elde edilmesi ve hâkimin de bu şartlar oluştuğunda karar vermesi gerektiği yönünde ortak bir kanaat oluştuğu görülmüştür. Bu konuda bir hâkim “suçu ispat etmek devletin görevidir, sayet bunu yapamıyorsanız şüpheden sanık yararlanır ilkesini kesinlikle devreye sokmak zorundasınız” diyerek hüküm vermek için sanık hakkında hiçbir şüphenin kalmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu ilke ile ilgili bir başka hâkim ise “vebal altına girmek lazım” diyerek hâkimin mahkûmiyet yönünde hüküm vermesi için yeterli delile ulaşamadığında veya kararın kesin ve yeterli kanıtlara dayandırılmadığı durumlarda bu ilkeden taviz verilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Halen uygulamada kişinin suçu işlemediği anlaşıldığında veya mahkûmiyete yeterli, inandırıcı, kesin delil elde edilemediğinde beraat kararları uygulanmaktadır

5. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ceza muhakemesinin doğası gereği yargılama somut olaydan sonra gerçekleşeceğinden, yargılamayı gerçekleştirecek hâkimin önünde olay yeniden canlandırılmalı ve onun bir kanaate ulaşarak hüküm vermesi sağlanmalıdır. Bunun gerçekleşmesi için de soruşturma evresinde meydana gelen olayın ispatına yönelik deliller araştırılmalı, şüpheli ile deliller arasında bağlantı kurulmalı ve ceza kanunlarımıza göre suçun oluştuğuna kanaat getirilmesi durumunda iddianame hazırlanmalıdır. Diğer bir ifadeyle etkin soruşturma yapılar hazırlanacak iddianameler sayesinde de mahkemenin somut gerçeğe ulaşması kolaylaşacak ve yargılama da hızlı gerçekleştirilebilecektir.

Meydana gelen her olay birbirinden farklı olsa da, suç türlerinin kendi içerisinde ortak özellikler taşıdığı bilinmektedir. Bu benzerlikler nedeniyle de suçları aydınlatmak için toplanacak delil türlerinde de ortak özellikler olması kaçınılmaz olacaktır. Bu çerçevede; yasadışı uyuşturucu ticareti, cinayet, malî suçlar, kaçakçılık, cinsel suçlar, vb. birçok suç için ortak bir prosedür belirlenerek bu tip olaylarda, kolluğun ve Cumhuriyet savcılığının mutlaka elde etmesi gereken deliller

için el kitabı benzeri yayınlar geliştirilebilir. Bu sayede de deliller standart olarak toplanabilir. Ayrıca kolluk ve savcılığın ortak eğitimleri ile bu durum pekiştirilebilir. Suç tipleri ve bu suçların ispatı için gerekli olan delillerin neler olduğu belirlenmeli ve suçluların geliştirdikleri yeni tekniklere göre de bu prosedürler sürekli olarak güncellenmelidir. Örneğin; üzerinde bir miktar paketlenmiş uyuşturucu madde ile yakalanmış bir şüpheli olduğunu varsayalım. Bu şahıstan alınacak kan örneği analizinin sonucu, yargılamayı yapacak olan hâkimin şahsın kullanıcı mı yoksa satıcı mı olduğuna karar vermesini kolaylaştıracaktır. Bu yapılamadığı takdirde ve şahıs kullanıcı ise kan analizinden bu durum ortaya çıkarılmadığından yargılama evresinde sanık aleyhine olumsuz sonuçlar doğurabilecek ve bu durumda da kişinin adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Yapılması gereken bir diğer husus da özellik arz eden suçlarla mücadele için hem savcılığın hem de kolluğun uzmanlaşmasıdır. Hâlihazırda kolluk birimlerimiz bunu bir nebze gerçekleştirmiş olsa da henüz yeterli seviyede değildir. Bu tür uzmanlaşma, yapılacak olan soruşturmaların daha profesyonel olmasını sağlayacak ve sonucunda da hızlı ve adil bir yargılama gerçekleştirilmesine katkı sağlayacaktır.

Soruşturmaların daha sağlıklı olmasını sağlamak için Savcılık makamının iş yükünün azaltılması bir zorunluluktur. Bu maksatla, savcılar adliyelerdeki idarî faaliyetlerden arındırılmalı ve bu tür faaliyetler konusunda yetişmiş uzman personele devredilmelidir.

Denetimi adli makamlarda olmak üzere, kolluğun birçok araştırma ve delil toplama faaliyetini kendi başına yapabilmesi için düzenleme yapılmalıdır.

Bireyin lekelenmeme hakkını korumak amacıyla, ön soruşturma müessesinin hukuk sistemimize dâhil edilerek bu soruşturma neticesinde hâkim tarafından dava açılmasına gerek olmadığı yönünde kanaat oluşması durumunda iddianamenin reddine karar verilebilmesi için düzenleme yapılmalıdır.

Savcılık makamı tarafından hazırlanan iddianamelere belirli standartlar getirilerek, yetersiz iddianamelerin mahkemelere gönderilmesi engellenmeli, bu sayede de mahkemelerin iddianamelerde ki eksikleri tamamlamak için uğraşmasının önüne geçilmelidir.

İddianamelerin kabulü için yasa tarafından belirlenmiş olan 15 günlük süre genel olarak yeterlidir. Ancak kapsamlı dosyalarda bu süre yeterli gelmemektedir. Örneğin şüpheli sayısı 20 ve daha fazla olan davalar için bu sürenin arttırılması değerlendirilmelidir.

Ceza Muhakemesinde dava olaydan sonra gerçekleştirildiğinden meydana gelen olayın ispatı için kullanılacak delillerin önünde bir sınırlama olması kabul edilecek bir durum değildir. Bu sebeple maddî gerçeğe ulaşmak için her türlü delil kullanılabilir. Ancak suçun ispatı ve mahkûmiyet için yeterli, kesin, inandırıcı, her türlü şüpheden uzak delil elde edildiğinde hâkim kararını vermeli ve davayı gereksiz yere uzatmamalıdır. Burada şunu da söylemek gerekir, hâkimlerimiz kararlarını, elde edilebilen ve kendilerine sunulan delillere göre verecektir. Bu nedenle özellikle soruşturma evresinde olayın ispatına yönelik ne kadar delil toplanır ise karar vermek de o oranda kolay ve isabetli olacaktır.

Dijital verilerin kolay oluşturulabilmesi, değiştirilebilmesi veya dışarıdan müdahaleye açık olması gibi sebeplerle bu tür delillere karşı olumsuz bir algı oluştuğu gözlemlenmiştir. Bu sebeple de dijital verilerin delil olarak kabul edilmeden önce mutlaka başka deliller ile desteklenmesi gerekmektedir.

Ceza yargılamasında delilden sanığa gidilebilmesi için elde edilen verilerin kesin olması şarttır. Aksi takdirde hâkimlerimizin belirttiği gibi karara gidilmesi mümkün değildir. Delilden sanığa gidilmesini sağlamak amacıyla kişileri birbirinden ayırt edici özelliği olan ve soruşturma yapan birimlerin kolay ulaşabileceği DNA vb. veri tabanlarının oluşturulması faydalı olacaktır. Zira bir olaya müdahale eden kolluk birimlerinin, olay yerinden aldıkları kişiyi tanımaya yarayan izler ile ilgili ne kadar çabuk sonuca ulaşırsa, doğru şüpheliye ulaşma olasılığı o derece artacak ve bu sayede de delil elde etmek için yapılabilecek olumsuz davranışlardan da uzaklaşmış olacaktır. Şüpheliye çabuk ulaşılması, meydana gelen somut olayı ispatlamaya yarayacak delillere ulaşma olasılığını arttıracak ve yargılamanın daha hızlı gerçekleşmesine katkı sağlayacaktır.

Meydana gelen somut olayla ilgili elde edilen delillerin şüpheye yer vermeyecek kesinlikte incelenmesi ve raporlaştırılması, yargılamada hata payını en aza indirecek faktörlerden biridir. Bunun içinde suç

delillerinin araştırılmasında kriminal laboratuvar çalışmaları ve adli bilimlerden yararlanmak bir zorunluluktur. Ancak bu tür incelemelerde kesin ve hızlı sonuç alınması adaletin yerine getirilmesinde ve yargılamanın kısa sürmesinde önemli etkenlerden biridir. Görüşme yapılan hâkimlerimizin tamamı bu tür imkânlardan yararlandıklarını belirtmekle birlikte özellikle Adli Tıp Kurumu'nun üzerindeki iş yükü nedeniyle, talep edilen inceleme raporlarında gecikmeler yaşandığı konusunda rahatsızlıklarını dile getirmişlerdir. Çözüm olarak da bu kurumun mevcut kapasitesinin arttırılması yanında, üniversitelerimizin bu konuya el atması veya bu tür incelemeleri yapacak bağımsız veya özerk yapıya sahip kuruluşların teşkil edilmesi fayda sağlayacaktır. Ayrıca, savcı ve hâkimlerimizin bu tür kurumların ne tür incelemeler yapabildiği konusunda bilgilendirilmesinin faydalı olacağı değerlendirilmiştir.

Soruşturma evresinde elde edilen deliller üzerinde yapılması gereken tüm incelemeler tamamlandıktan sonra iddianame düzenlenmesi uygun olacaktır. Zira bu tür delillerin ele geçirilir geçirilmez incelenmemesi halinde, aradan geçecek zaman içerisinde delil üzerinde meydana gelebilecek tahribatlar suçun ispatına engel olabilecek durumların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Bir diğer husus da incelemenin derhal yapılması durumunda suçun oluşup oluşmadığı yönündeki şüpheyi kuvvetlendirecek ve hazırlanacak olan iddianame daha sağlam temellere oturacaktır. Burada ele alınması gereken bir diğer husus da adli emanete alınan araçların sahibine çıkardığı maddî külfet konusudur. Uygulamada araç sahiplerini bu maddî külfetten kurtarmak için yediemin olarak şahsın avukatına teslim edilmesi bir yöntem olarak kullanılmaktadır. Ancak yapılan görüşmelerde bu konuda bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu tespit edilmiştir. Bu konunun başka bir çalışma ile ele alınmasının daha uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Delil incelemesi bilirkişiler aracılığı ile de yapılmaktadır. Bilirkişiler her yıl adalet komisyonunun yayımlanmış olduğu liste üzerinden seçimi yapılmaktadır. Bilirkişilerin, en azından kendi alanları ile ilgili yeterli hukuki alt yapıya sahip olmamaları nedeniyle hazırlamış oldukları raporlarda eksiklikler yaşanmakta, bazen de raporun yenilenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu durumda yargılama süresinin uzamasına neden olmaktadır. Bilirkişi olacak kişilere kendi alanları

ille ilgili hukuki alt yapı oluşturulması maksadıyla eğitim verilebilir. Ayrıca bilirkişi olmak isteyenlerin uzmanlıklarında yeterli olup olmadıkları konusunda teste tabi tutulması ve yeterli olmayanların bilirkişi olarak seçilmemesi uygun olacaktır.

Suçta sürüklenen çocuklar, mağdur ve tanıkların dinlenmesi ile ilgili yasal mevzuatın yeterli olduğu görülmüş olup bu konuda hâkimlerimizin de hassas oldukları müşahede edilmiştir. Ancak bilirkişilerde olduğu gibi mahkemelere yardımcı olması maksadıyla atanan psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı vb. kişilerin yapacakları iş ve işlemlerde hata yapmamaları maksadıyla belli bir hukuki eğitimden geçirilmesinin faydalı olacaktır.

Yargılama süreleri ile ilgili olarak yukarıda bahsettiğimiz hususlara ilave olarak, aranan şahısların mahkemeye getirilip dinlenmesinde sorunlar yaşanması nedeniyle, bu şahısların kolluk tarafından çabuk bulunabilmesi için ilave tedbirler alınması gerekmektedir. Bir diğer konuda mahkemelerin kurum ve kuruluşlardan bilgi talepleri olduğunda bürokratik engellere takıldıkları tespit edilmiş olup, mahkemelerin taleplerinin derhal yerine getirilmesi ve engellerin ortadan kaldırılması için gerekli tedbirler alınmalı, taleplerin yerine getirilmesi durumunda hukuki yaptırımlar derhal uygulanmalıdır.

Ceza yargılamasında hâkimler maddî delillerde olduğu gibi, sanık, tanık ve diğer kişileri de vasıtasız olarak doğrudan dinlemek istemektedirler. Ancak bu mümkün olmadığında SEGBİS aracılığı veya talimatlı olarak kişilerin sorgusu yapılmaktadır. SEGBİS'in tüm yargı merkezlerine yaygınlaştırılması ve hızının artırılması gerekmektedir.

Savunmanın mahkemeye delil sunmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak savunma makamlarının delil elde etme çalışmaları esnasında bürokratik engellere takılmamaları için yeni bir düzenleme yapılmalıdır.

Mahkûmiyet için yeterli, kesin, inandırıcı, her türlü şüpheden uzak delil elde edilemediği takdirde, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin tavizsiz bir şekilde uygulandığı görülmüştür. Zira maddî gerçeğe ulaşmadan adalete de ulaşmak mümkün değildir. Yargılama sonucunda verilen beraat kararı her ne kadar yargılanan şahıs için bir adalet sağlamış olarak görülse de, kişinin gereksiz yere yargılanması

da onun lekelenmeme hakkının ihlalidir. Bunun önüne geçilmesi ve beraat oranlarının gelişmiş dünya ülkeleri seviyesine çekilebilmesi için soruşturma evresinde yargılama için gerekli olan tüm delillerin toplanması, değerlendirilmesi ve hazırlanan iddianamelerin bunun üzerine bina edilmesi gerekmektedir. Soruşturma evresinde suçun işlendiğine dair yeterli delile ulaşamadığı takdirde yargılamanın hiç yapılmaması daha uygundur. Zira tekemmül etmiş bir soruşturma dosyasının hızlı ve adil bir yargılama için gereklilik olduğu gözden uzak tutulmaması gereken bir gerçekliktir.

Meseleye bütüncül bakacak olursak, sorunun birbirini etkileyen bir sistem sorunu olduğunu görmemek mümkün değildir. Zira olay meydana geldiğinde ilk müdahaleyi yapan kolluktan başlamak üzere, olayın çözülmesi ve adaletin yerine getirilmesi için görev alacak tüm kurum ve kuruluşlar bir uyum içerisinde çalışması gerektiği, gözden kaçırılmaması gereken bir husustur. Sistemi bir bütün olarak ele almalı ve bir basamağı iyileştirirken, diğerini de ihmal etmemek gerektiği dikkatlerden kaçmamalıdır.

Araştırmanın bulguları Ankara ili için geçerli olup, elde edilen bulguların desteklenmesi veya reddedilmesi için diğer illerde daha geniş katılımı tekrar edilmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

6. TEŞEKKÜR

Öncelikle, yoğun iş temposu altında olmalarına rağmen bizimle bu çalışmaya katılıp bizlere ışık tuttıkları için, tüm hâkimlerimize katkılarından ötürü müteşekkirimiz. Zira görüşülen hâkimlerimizin baktıkları dosya sayılarını öğrenince nasıl büyük bir fedakârlıkla çalıştıklarına tanık olduk. Hâkimlerimiz ile birlikte çalışan tüm savcılarımızın ve adliye teşkilâtındaki diğer tüm görevlilerin yoğunluğunu anlamış olduk. Hepsine fedakârca çalışmalarından dolayı teşekkür ederiz.

Kaynakça

- Aksoy İpekçioğlu Pervin, "Göz Altında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri", *AÜHF Dergisi*, Ankara, 2008, Cilt 57, Sayı 3, s.51-82 (15.04.2014)
- Ansay Sabri Şakir, *Hukuk Bilimine Başlangıç* (Yedinci Baskı), Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s.1, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/diger-eserler/sabri-sakir-ansay-hukuk-bilimine-baslangic/> (09.04.2014)

- Ataç Yasin/Muş Ekrem/Aydoğdu Eyüp/Karapazarlıoğlu Ersin, "Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Öğrencilerinin Delil Algısı" *Polis Bilimleri Dergisi*, Ankara, 2013, 15(3)
- Bayraktar Bülent, "Mahkemelerde Delillerin Önemi", *Sosyal Bilimler Dergisi*, 2011, 25, s.33-43, journals.manas.edu.kg (2013), <http://journals.manas.edu.kg> (21.11.2013)
- Bıçak Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku Genişletilmiş 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, ss. 70- 87, 430-436, 463-485
- Canözeltgüvenlik.com, "Olay Yeri Koruma" www.canozeltgüvenlik.com.tr/wp-content/.../5.OLAYYERIKORUMA.do..., (23.04.2014)
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku (10. Bası) İstanbul, 2013 ss.201-223, 249- 252
- Ercan İsmail, Ceza Muhakemesi Hukuku (6. Bası), İstanbul, 2013, ss.117-144
- Değirmenci Olgun, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.111-135
- Demir Oğuzhan Ömer, "Nitel Araştırma Yöntemleri", Kaan Böke (Ed), Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri 3. Bası, Alfa Yayınları, Ankara, 2011, ss. 278-306
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, ss. 86-98
- FeYZioğlu Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHF Dergisi*, Ankara, 1999, C.48, S 1-4, s.135-163, www.auhf.ankara.edu.tr (2013) [http:// www.auhf.ankara.edu.tr](http://www.auhf.ankara.edu.tr) (21.11.2013)
- Göksu Mustafa, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s.37, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/26465/tez.pdf, (15.05.2015)
- guvenlikvekariyer.blogspot.com.tr, "Olay Yeri İnceleme", <http://guvenlikvekariyer.blogspot.com.tr/2011/12/olay-yeri-inceleme.html>, (23.04.2014)
- Gül Fatih, Ninhidrinin Sciff Bazı Oluşturma Özelliğinden Faydalanarak Parmak İzi Tayininde Kullanılması, Selçuk Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2014, ss. 4 <http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1029/357059.pdf?sequence=1> (22.06.2015)
- icisleri.gov.tr, Polis Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik, http://www.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/www.icisleri/mevzuat/mevzuat_strateji_.pdf, İçişleri Bakanlığının 17/02/1983 (24.03.2014)
- kilis.pol.tr, Olay Yeri İnceleme Ve Kimlik Tespit Şube Müdürlüğü, http://www.kilis.pol.tr/Sayfalar/birimlerimiz_olayyeri.aspx, (23.04.2014)
- Kunter Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 7. Bası, Kazancı Matbaası, İstanbul, 1981, ss. 3-8, 492-493
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer/Yüksel Erol Güngör, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Yayın Matbaası, Ankara, 2008 ss.1, 417- 421, 463-468
- Şen Ersan, "Ceza Yargılama Süreci", *TBB Dergisi*, Ankara, 2011 (97), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-97-1113>, (15.04.2014)
- Şenocak, Cengiz, Maddi Suç Delilleri ve Ateşli Silahlar 3. Baskı, Ankara, 1997, s.27.
- Özocak Gürkan, "Ceza Muhakemesinde Elektronik Delillerin Tespiti ve Toplanması"

- şı”, Tekin Memiş, Ahmet Koltuksuz, Mine Akkan (Eds), 2. Uluslar arası Bilişim Kurultayı Bildiriler Kitabı İzmir, 2011, ss. 110- 125 http://2011.ubhk.org.tr/Upload_Files/FckFiles/file/bildiriler_kitabi.pdf (01.06.2015)
- Tanrıver Süha, “İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukuk Devleti AİHS’de Adil Yargılanma Hakkı, Savunma Dokunulmazlığı ve Türkiye”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara, 2012, C. 1, s. 72,
- Tdk.gov.tr,(2013), <http://www.tdk.gov.tr> (18.11.2013)
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku (11. Bası) Ankara, 2013, ss.172-199
- Uzunkaya Esra, “Yargı Kararları Işığında Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi ve Değeri”, İnsanihukuk.com (2013), [http:// www. İnsanihukuk.com](http://www.İnsanihukuk.com) (15.04.2013)
- YCK, 28.02.2012 .;2011/1-692 E., 2012/60 K., *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Aralık 2012,Cilt:38, Sayı:12, s. 2455-2472
- Y.11.CD 05.02.2013 2012/11-1086 E., 2013/40 K., [https://emsal.yargitay.gov.tr/ VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAra Servlet](https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet), (17.11.2014)
- Y.4.CD 30.11.2011 2011/2606 E., 2011/22901 K., [https://emsal.yargitay.gov.tr/ VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet](https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet), (17.06.2015)
- Y.11.HD., 23.06.2008, 2007/6429 E., 2008/8326 K <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> (24.06.2015)
- Y.11.HD., 23.06.2008, 2007/6429 E., 2008/8326 K <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> (24.06.2015)
- Y.7. CD., 22.04.2014., 2013/15622 E., 2014/8191 K., [https://emsal.yargitay.gov.tr/ VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet](https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet), (24.06.2015)
- Y.7.CD., 13.02.2014, 2013/6794 E., 2013/2239 K., [https://emsal.yargitay.gov.tr/ VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAra Servlet](https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet), (26.06.2015)
- Y.1.CD. 04.03.2013, 2008/10538 E., 2013/1636 K., [https://emsal.yargitay.gov.tr/ VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet](https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet), (26.06.2015)
- Y.6. CD. 14.05.2014, 2014/6680 E., 2014/9892 K., [https://emsal.yargitay.gov.tr/Veri BankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet](https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet), (26.06.2015)
- Y.10.HD., 17.12.2008, 2008/14165 E.,2008/18731 K., [https://emsal.yargitay. gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet](https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet), (24.06.2015)
- Y.10. CD., 28.02.2012 2011/4970 E.,, 2012/55530 K., *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Aralık 2012, Cilt:38, Sayı:12, s. 2517-2518
- Üzülmez İlhan, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, *TBB Dergisi*, Ankara, 2005, Sayı 58, Yıl 2005, s.41-72
- YCK, 15.04.1993, 1993/6-79 E., 1993/108K., *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Ekim 1993, Cilt:19, Sayı:10, s.1565
- Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku 1. Bası, Hakan Karakehya (Ed) T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2931, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1887 (ISBN 978-975-06-1594-8), Eskişehir, 2013, s. 63, [Anadolu.edu.tr](http://www.eogrenme.anadolu.edu.tr) (2013), <http://www.eogrenme.anadolu.edu.tr> (19.11.2013)

EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

PROTECTION OF MARRIAGE UNION

Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ*

Özet: Evlilik birliği, ulusal ve uluslararası alanda korunmakta olup; bu koruma evlilik devam ederken söz konusu olabileceği gibi, evlilik sona erdikten sonra da gündeme gelebilir.

Evlilik birliği içerisinde, birlikten doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen eşin varlığı halinde; bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla, diğer eş, hakimden, duruma müdahale etmesini talep edebilecektir. Bu müdahale, maddi yararlara yönelik bir müdahale de olabilir. Burada, evlilik devam etmekte olup; sadece yükümlülük ihlali söz konusudur. Eşin, evliliği sona erdirmeye gibi bir amacı ve isteği yoktur.

Bunun dışında; evlilik sona erse bile, mağduriyet yaşayabilecek eşin korunması gerekliliği kabul edilmiştir. Bu amaçla, Türk Medeni Kanunu'nda, evliliğin sona ermesine rağmen, eşi ve çocukları koruyan düzenlemeler mevcuttur.

Anahtar kelimeler: Evlilik, Müdahale, Yükümlülük, Koruma, Sınırlama.

Abstract: Marriage union is protected in the national and international level; such protection may be provided during the marriage; but also when the marriage ends.

In the marriage union, if there is a spouse who does not fulfill the commitments required by the marriage itself, other spouse can ask the judge to intervene that situation to urge the default spouse to fulfill the commitments. That intervention can also be in corporal meaning. Here, marriage is still going on; but there is violation of obligations. In this case, the spouse does not have an aim to give an end to the marriage.

Furthermore, even if the marriage ends, the spouse who may have an unjust treatment, must be protected. That is why, the Turkish Civil Code has some regulations, which protects the spouse and the children, even if the marriage ends.

Keywords: Marriage, Intervention, Obligation, Protection, Delimitation.

* Yrd. Doç. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

I. Kavram

Evlilik birliği, resmi nikâh ile başlayıp, ölüm veya yargı kararıyla evliliğin sona erdiği tarihe kadar geçen dönemi kapsayan, eşler ve varsa çocuklardan oluşan bir birlikteliği ifade eder. Ölüm, evliliği kendiliğinden sona erdirir. Bunun dışında evliliğin sona erdirilmesi, ancak yargı kararıyla mümkündür. Yargı kararı ile evliliğin sona erdirilmesi, gaiplik nedeniyle evliliğin feshi (TMK.md.131), evliliğin butlanı (TMK.md.145 vd.) veya boşanma sebepleri (TMK.md.161 vd.) ile mümkün olabilir.

Aile, Türk toplumunun temeli olduğuna göre toplumun temeli, ailenin sağlıklı olmasına bağlıdır. Ailenin sağlıklı olması ise korunması ile mümkündür. Bu koruma sadece iç hukuk kuralları ile sağlanamaz. Ailenin evrensel anlamda korunması gerekir. Gittikçe küçülen dünyamızda toplumların ve bireylerin yakın ilişkiler içine girmesi, farklı uyruktaki kişilerin evlilikleri sonucu oluşan ailelerin uluslararası alanda da korunmasını gerektirmektedir. Bunun yanında, ailenin korunması, yakın ilişki içinde olan ülkelerin bir iç sorunu olmaktan çıkmış olup, evrensel birer insan hakkı sorunu haline gelmiştir. Böylece, ailenin korunması uluslararası hukuk alanına taşınmıştır.

Bu kısa açıklamamızla, ailenin etkin bir şekilde korunmasının sadece ulusal düzeydeki düzenlemelerle mümkün olmadığını ifade etmekteyiz.

Evlilik birliğinin korunması yanında, bu birlik sona ermesine rağmen, eşlerin korunmasını gerektiren durumlarla da karşılaşılacaktır. Evlilik, ölüm veya yargı kararıyla sona erdiğinde eşlerin özellikle bu birliğin devam ettiği dönem içinde edindikleri aile konutu ve konut eşyasında, malik olmayan eşin korunması büyük bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Yeni TMK'muz bu nedenle "aile konutu ve konut eşyası" ile ilgili önemli düzenlemeler getirmiştir. Bu gibi hallerde, evlilik birliğinin değil, eşlerin korunması söz konusu olmaktadır. TMK. md. 240, 254, 279 ve 652 hükümleri bu amaca hizmet etmektedirler. Buna karşılık yine aile konutu ile ilgili olmasına rağmen TMK. md.194'deki koruma, evlilik birliği devam ederken getirilmiş bir koruma olduğundan, evlilik birliğinin korunmasıyla ilgilidir.

II. Uluslararası Hukuk Alanında Korunma

Ailenin ve özellikle zayıf durumda olan kadın ile çocuğun korunması amacıyla, uluslararası alanda Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmeler mevcuttur.

Bu sözleşmelerin başında "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" (CEDAV) gelmekte olup bu sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1979'da kabul edilmiş; Türkiye bu sözleşmeye 1985 yılında dahil olmuştur.

Sözleşme; Birleşmiş Milletler Yasası, İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve İnsan Hakları Sözleşmesi göz önünde tutulmak suretiyle, kadınların da erkekler ile eşit hak ve yetkilere sahip onlarla eşit bireyler olduğunu, ailede, ekonomi, siyaset ve çalışma gibi alanlarda kadınlara karşı ayrımcılık yapılamayacağını öngörmektedir.¹

Bu sözleşmenin 1. maddesinde :

"İşbu Sözleşme'ye göre Kadınlara karşı ayırım deyimi kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelecektir."

Bu hükümlerle söz konusu sözleşmenin amacı ortaya konulmuş, kadınların toplumsal her alanda erkeklerle eşit bireyler olarak kabul edilmesi, kendilerine insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınması, kullanılması ve yararlanılmasının sağlanması, bunlara ilişkin engellerin ortadan kaldırılması ile her türlü cinsiyet ayrımcılığına son verilmesi öngörülmüştür.

Evlilik birliğinin, yani ailenin korunması amacıyla kadınlar lehine olan bu sözleşme dışında, çocukların korunması ile ilgili olarak da Birleşmiş Milletler tarafından 20.11.1989'da "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi" kabul edilmiştir. Sözleşmeye taraf olan ülkeler, çocuklara karşı her türlü kötü muamele yapılmasının, çocukların er-

¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 262 vd.

ken yaşta evlendirilmeleri ve ağır işlerde çalıştırılmalarının önlenmesi, eğitim ve sağlıklarına özen gösterilmesi gibi konularda gerekli önlemleri almayı taahhüt etmişler, iç hukuklarında buna aykırı düzenlemeleri kaldırmayı kabul etmişlerdir. Türkiye, bu sözleşmeyi 09.12.1994 tarihinde kabul etmiş olup, sözleşme 27.01.1995 tarihli 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu sözleşme dışında, bir de Avrupa Konseyi’nin No. R(98) 1 sayılı Ailede Arabuluculuğa ilişkin Tavsiye Kararı vardır ki bu karar aile arabuluculuğunun gelişmesi veya oluşturulmasını teşvik etmek amacıyla düzenlenmiş olup ailevi uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözüm kurallarını içermektedir.²

III. Ulusal Hukuk Alanında Korunma

A) Anayasa’da Ailenin Korunması

Anayasamızın 41. maddesi ailenin korunması, eşlerin eşitliği, ailenin ve çocukların korunması ile ilgili önemli temel hükümler getirmiştir. Bu hükümlere göre:

“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”

Anayasa bu hükümleriyle aileye ne kadar büyük önem verdiğini ortaya koymuştur.

Anayasa’nın 10. maddesi “Kanun önünde eşitlik” ile ilgili temel bir düzenleme getirmiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre :

² Murat Samat, “Evlilik Birliğinin Korunması”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s.12.

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

Bu hükümde açıkça “cinsiyet” farkı yaratılması, yani kadın erkek arasında cinsiyet yönünden eşitsizliğe neden olunması yasaklanmıştır.

Bu hüküm varken, yasa koyucu Anayasamızın yukarıda sözünü ettiğimiz 41. maddesinin 1. fıkrasında değişiklik yapmıştır. Bu maddenin 1. fıkrasında, sadece “Aile, Türk toplumunun temelidir” hükmü varken, 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile buna “ve eşler arasında eşitliğe dayanır.” cümlesi eklenmiştir. Böylece Anayasa’nın 10. maddesindeki “cinsiyet” yani kadın ve erkek açısından herkesin eşit olduğu hükmü, eşler arasında eşitliğin sağlanması için yeterli görülmemiştir.

Bu iki hüküm dışında bir başka gelişme daha yaşanmıştır. Anayasamızın “kanun önünde eşitlik” ilkesine ilişkin maddesine 07.05.2004 tarihinde 5170 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile kadın ve erkeklerin eşitliğine ilişkin II. fıkra hükmü eklenmiştir. Bu II. fıkra hükmüne göre:

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

Bu yeni II. fıkra hükmüyle Anayasamız, “kadın ve erkeklere” özgü eşitlik ilkesini özel olarak vurgulamış bulunmaktadır.

Böylece bu düzenlemeler ve değişikliklerle Anayasamızın 10. maddesi genel olarak “kanun önünde” eşitliği ve bu eşitliğin evli olsun ya da olmasın kadınlarla erkekler arasında eşitlik olduğunu hükme bağlamış iken 41. madde ise eşler arasındaki eşitliği hükme bağlamış bulunmaktadır.

B) Özel Yasalarla Ailenin Korunması

1) Özel Yasa İhtiyacı

Evlilik birliğinin ve özellikle kadının daha etkin bir şekilde korunması ihtiyacının ortaya çıkması, bu alanda özel yasaların çıkartılmasını zorunlu kılmıştır. Türk Medeni Kanunumuz, ailenin korunması konusunda genel düzenlemeler getirmiştir. Bu yasa, aile içi şiddet ve bunun önlenmesine ilişkin özel hükümler içermemektedir. Kadına

karşı şiddetin giderek artması, bunun kitle iletişim araçlarıyla kamuoyunun gözleri önüne getirilmesi, toplumda bu tür eylemlere karşı tepkilere ve kadınların özel yasalarla bu tür eylemlere karşı etkin bir şekilde korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

Bu anlamda olmak üzere, 14.01.1998 tarihinde 4320 sayılı "Ailenin Korunmasına Dair Kanun" yürürlüğe konulmuştur. Bu kanun ile düzenlenen tedbirler, 1. maddede düzenlendiği üzere, Medeni Kanun ile öngörülen tedbirlerden ayrı olarak veya onların yanı sıra alınmak üzere kaleme alınmış bulunmaktadır. Yani bu kanun Medeni Kanun'un ailenin korunmasını amaçlayan 161-163.madde hükümlerini yürürlükten kaldırmayı veya bunları sınırlandırmayı veya bunları somut olarak örneklendirmeyi değil, özel bir düzenleme ile alınabilecek bazı tedbirlerle bu konuda etkin bir rol almayı amaçlamıştır.³ Zaman içerisinde ortaya çıkan ihtiyaçlar karşısında eksikliklerin giderilmesi amacıyla, bu yasanın yerine 08.03.2012 tarihli 6284 sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun" 20.03.2012 tarihli 28239 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu yasanın uygulanmasına ilişkin olarak da 18.01.2013 tarihinde "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği" yürürlüğe konulmuştur .⁴

2) Koruyucu Özel Hükümler

Bu yasa, özellikle aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla etkili hükümler getirmiş, bu alanda bazı tedbirlerin alınmasında "mülki idare amirlerine" yetki tanımış (md.3), hakim tarafından ise daha etkili bazı önleyici tedbirlerin karar altına alınmasını öngörmüştür. Bu anlamda olmak üzere, bu yasanın 5. maddesi şiddete maruz kalan tehdit, aşağılama veya küçük düşürmeye ilişkin söz ve davranışlara son verilmesi, şiddet uygulayanın müşterek konuttan veya bulunduğu yerden uzaklaştırılması, müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi, bu kişilerin korunan kişilerin buldukları mekanlara (okula, konuta, işyerine) yaklaşmaması, korunan kişinin şahsına ve eşyalarına zarar

³ Kudret Güven, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukuki Tedbirler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Ankara 1999, s.19

⁴ 18 Ocak 2013 tarihli 28532 sayılı Resmi Gazete

vermemesi, şiddet uygulayanların silahlarını kolluk güçlerine teslim etmesi, korunması gereken kişiye mahkemece tayin edilmiş bir nafaka henüz mevcut değilse, tedbir nafakasına karar verilmesi gibi koruyucu önlemlere yer verilmiştir.

Yasa bu tedbirlerin ilk defasında en çok altı ay için verilebileceğini, ancak tehlikenin devam etmesi halinde bu tedbirlerin değiştirilmesi veya aynen devam etmesine de karar verilebileceğini kabul etmiştir (md.8/II). Keza yasada verilen bu tedbir kararlarının uygulanmasının hâkim kararı ile “teknik araç ve yöntemlerin” de kullanılarak uygulanması öngörülmüştür (md.12).

Tedbir kararının verilmesinde yetki kuralına yer verilmemiş olup 8. maddenin 1. bendinde “en çabuk ve kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, mülki amirden ya da kolluk biriminden” tedbir talep edilebileceği hükmüne yer verilmiştir.

6284 sayılı Yasa’da öngörülen tedbir kararlarını verme görevi, aile mahkemelerine aittir. Ancak aile mahkemelerinin vermiş olduğu tedbir kararlarının uygulanması, kolluk kuvvetlerine bırakılmıştır. Bu nedenle aile mahkemeleri tedbir kararlarını Cumhuriyet savcılığında bu işlerle görevli Cumhuriyet Savcısı kanalıyla kolluk kuvvetleri yerine getirmektedirler.

Yasada tedbir kararlarına aykırı davrananlar hakkında cezai yaptırımlara da ayrıca yer verilmiştir (md.13).

C) Türk Medeni Kanunu ile Koruma

1) Genel Olarak

TMK.’muz evlilik birliğinin korunması konusunda önce genel bir hükme yer vermiş, bunu takiben de eşlerin birlikte ya da ayrı yaşamalarına bağlı olarak korunmalarını hükme bağlamıştır.

TMK. md.195 hükmüne göre:

“Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.

Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.”

Madde, evlilik birliğinin korunması konusunda genel bir düzenleme getirmiştir.⁵ Bu husus maddenin “Genel Olarak” şeklindeki kenar başlığından da anlaşılmaktadır. Bunu takip eden maddeler ise ailenin korunması ile ilgili özel düzenlemelerdir.

Maddeye göre eşlerin yükümlülüklerini yerine getirmemesi, önemli konularda uyuşmazlığa düşmeleri halinde eşlerin birlikte ya da ayrı ayrı mahkemeye başvurmaları mümkün olacaktır. Eşlerin “yükümlülüklerini yerine getirmemeleri” kavramına TMK. md.185-194’te yer alan yükümlülükler girer. Bu anlamda olmak üzere, eşlerin birliğin mutluluğunu sağlama, çocukların bakımına, eğitime ve gözetimine özen göstermeme, birlikte yaşamaktan kaçınma, sadakat ve yardım yükümlülüğüne aykırı davranma (TMK. md.185), oturacakları konutu seçme, birliği birlikte yönetme, birliğin giderlerine katılma (TMK. md.186), kadının kocasının soyadını taşımaktan kaçınması (TMK. md.187), birliği temsil görevinden kaçınması ya da engellenmesi (TMK. md.188 vd) hallerinde 195. maddenin uygulanması gündeme gelebilecektir. Bu anlamda olmak üzere, bir eşin diğeriyle ve çocuklarıyla ilgisizliği, sağlık, eğitim sorunlarına duyarsızlığı, ayrı yaşamaya başlaması, ortak konuta gelmemesi veya düzensiz gelmesi, ortak konutu seçmeye yanaşmaması, harcamalara katılmaması gibi hallerde, bu maddede öngörülen önlemlerin alınması talep edilebilir. Her yükümlülük ihlali değil, ancak koruma önlemi alınmasını gerektiren ciddi ihlaller buraya girebilir.⁶ Eşler arasındaki düşünce farklılıkları eşlerin eşitliği ilkelerine uygun olarak çözüme kavuşturulmalıdır.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkimin müdahalesi, talep koşuluna bağlanmıştır. Maddede açık bir biçimde “eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler” hükmüne yer verilmiştir. Bunun sonucu olarak evlilik birliğinin korunması hâkimin kendiliğinden görevi gereği (von Amtes wegen) ya da üçüncü kişilerin ihbarı

⁵ Bilge Öztan, Aile Hukuku, B.5, Ankara 2004, s. 216.

⁶ Heinrich Honsell- Nedim Peter Vogt- Thomas Geiser, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht- Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3.Auflage, Basel, Genf, München 2006, Art.172, Nr.5

üzerine harekete geçmesi söz konusu olmayacaktır⁷. Hâkimin müdahalede bulunması eşlerden birinin ayrı ayrı veya birlikte başvuruda bulunması koşuluna bağlanmıştır.

Eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi; ortak konuta gelmemesi, aile halinde yaşamayı ret etmesi, gelişigüzel zamanlarda ortak konuta gelmesi, eşyle ve çocuklarıyla, özellikle bunların sağlığı ve çocukların eğitimleriyle ilgilenmemesi, bakım yükümlülüğünü yerine getirmemesi gibi haller olabilir.

Eşlerin evlilik birliğine ilişkin önemli konuda uyuşmazlığa düşmeleri; ortak konutun seçimi, çocukların nasıl, nerede ve nasıl eğitim almaları gerektiği, eşlerin meslek seçimi ve yürütmesi, konutun değiştirilmesi, yeni yerleşim ya da oturma yeri edinilmesi gibi konuları kapsayabilir. Bu durumda eşler ayrı ayrı ya da birlikte hâkimin müdahalesini talep edebilirler. Hâkim bu durumda eşlere yükümlülüklerinin ne olduğunu hatırlatabilir, belli konularda uyarılarda bulunur⁸ ve eşleri uzlaştırmaya çalışır⁹. TMK.md.195 f. II bu önlemler dışında hakime eşlerin rızası koşuluna bağlı olarak uzman kişilerin yardımından yararlanmaya karar verebileceğini de hükme bağlamıştır

Maddenin II. fıkrası, evlilik birliğinin korunmasının talep edildiği hallerde, hâkimin ne gibi önlemler alacağını hükme bağlamaktadır. Buna göre hakim, eşleri uyarma, bir konuda uyuşmazlık varsa onları uzlaştırma ve eşlerin birlikte rızası ile uzman bir kişiden destek alma gibi kararlar alabilecektir. Eşler sadece uyarma veya uzlaştırma talep etmişlerse hâkim, diğer koruma önlemlerine karar veremeyecektir.¹⁰ Eşler için uyarma ve uzlaştırma önlemlerinin alınması eşlerin rızası koşuluna bağlanmadığı halde, uzman kişilerden yardım istenmesi eşlerin rızası koşuluna bağlanmıştır. Yardımına başvurulacak uzman kişi doktor, psikolog, sosyal hizmet uzmanı, uyuşturucu alanında uzman veya eğitmen olabilir.¹¹

⁷ Honsell-Vogt-Geiser, Art. 172, Nr.4; Ömer Uğur Gençcan, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama-Son İctihatlar, 2. Cilt, Ankara 2015, s. 1155.

⁸ Yargıtay 2 HD. 01.12.2003, 15232/16106, Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s. 1149.

⁹ Yargıtay 2 HD 10.07.2013, E.2013/13421,K.2013/19657; Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s.1149.

¹⁰ Honsell-Vogt-Geiser, Art.172 , Nr.4.

¹¹ Honsell-Vogt-Geiser, Art. 172, Nr.10-11.

Maddenin III. fıkrası uyarınca bu genel önlemler dışında, eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen diğer önlemler de alınabilecektir. Ancak maddenin II. fıkrası dışında kalan önlemlere karar verilmesi, eşin talep etmesi koşuluna bağlanmıştır. Buraya kuşkusuz bu maddeyi takip eden 196-199'da öngörülmüş olan özel önlemler girebilir. Bir eşin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin yaptırımını, diğerinin boşanma davası açma hakkına sahip olmasını ifade etmez.

Evlilik birliği devam ederken de yasada öngörülen önlemlerin alınması talep edilebilir. Bu nitelikteki özel önlem, TMK. md.196'da hükme bağlanmıştır. Bunun dışında, hâkimin sözü edilen III. fıkra gereğince TMK. md.169'da öngörülmüş olan özel önlemleri de alması mümkündür.

Maddenin IV. fıkrası, hâkime gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri de alma yetkisini vermiştir. Kanunda öngörülen önlemler, bunu takip eden maddelerde yer alan önlemler olabileceği gibi diğer önlemler de olabilir.

Bu açıklamalarımıza göre, TMK. md.195 hükmü, evlilik birliğinin korunmasında eşler arasında boşanma veya ayrılık davası açılması koşulunu aramamıştır. Eşler arasında boşanma veya ayrılık davası açılmışsa alınabilecek koruma önlemleri, TMK. md.169'da hükme bağlanmıştır. Buna göre; TMK. md.195, kenar başlığından da anlaşıldığı üzere, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin genel düzenleme getirmiştir. TMK. md.195'i takip eden TMK. md.196 ve 197'de ise yine boşanma veya ayrılık davası açılması koşuluna yer vermeden birliğin korunmasında iki ihtimali göz önünde tutarak, bu ihtimallere göre özel koruma önlemlerine yer verilmiştir. Bunlar eşlerin birlikte yaşamaya devam etmesi ya da eşlerin ayrı yaşamaya başlamış olmasıdır.¹²

2) Eşler Birlikte Yaşarken Evlilik Birliğinin Korunması

TMK. md.196 hükmüne göre:

“Eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı belirler.

¹² Kılıçoğlu, Aile, s. 265.

Eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması, katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınır.

Bu katkılar, geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebilir.”

Maddenin kenar başlığından da anlaşılacağı üzere, buradaki koruma önlemi “eşlerin birlikte yaşamaları” halinde gündeme gelecektir. Bunun sonucu olarak, eşler birlikte yaşamaya son vermişlerse, bu madde değil, bir sonraki 197. madde ve boşanma ile ilgili olarak da md.169 hükümleri uygulama bulacaktır.

Burada, eşlerin birlikte yaşarken ailenin geçimine katkı yükümlülüğünü ihlal etmesinden kaynaklanan bir önlem söz konusudur. Bir başka ifadeyle burada eşlerin birlikte yaşarken evlilik birliğinin gerektirdiği parasal yükümlülük (Geldleistungspflicht) konusunda eşler arasında ortaya çıkan anlaşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak ailenin korunması söz konusudur.¹³ Bir eşin evin geçimi için gerekli giderlere katılmaması halinde başvuru üzerine mahkemenin “ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı” belirlemesi kabul edilmiştir. Burada, eşler ailenin geçimine katkıları konusunda uyuşmazlığa düşmektedirler. Bu uyuşmazlık üzerine hâkime başvurulmaktadır. Hakim belirleyeceği parasal katkı, nafaka olup bu nafakanın türü ise bakım nafakasıdır.

Ailenin geçimine katkı, kural olarak para ile olacaktır. Bu nedenle, maddenin I. fıkrası katkı konusunda önceliği parasal katkıya vermiştir.

Maddenin II. fıkrası, parasal katkının belirlenmesinde göz önünde tutulması gereken önemli ölçüler getirmiştir. Buna göre, ailenin geçimine katkı para dışında katkıları da kapsar. Bu nedenle maddede bu katkının belirlenmesinde emeğini ortaya koyan eşin bu emeğinin de göz önünde tutulması kabul edilmiştir. Buna göre, “Eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması, katkı miktarının belirlenmesinde dikkate” alınacaktır.

Yasa, bu düzenlemesi ile katkıyı ikiye ayırmıştır. Bunlar “parasal katkı” ve “emek ile katkı” şeklindedir. Bu düzenleme, özellikle kadınların aileye harcadığı emeklerinin değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Emek ile katkı genellikle geliri ve parası olmayan eş için söz konusu

¹³ Honsell-Vogt-Geiser, Art. 173, Nr.1.

olur. Ancak bu zorunlu değildir. Geliri ve parası olduğu halde, ailenin geçimine emeğini katan eşin bu katkısı da, diğerinin parasal katkısı yanında değerlendirilecektir.

Bilindiği üzere, eski Medeni Kanunumuzun 152. maddesinde evi geçindirme yükümlülüğü kocaya ait idi. Yeni 4721 sayılı TMK.'muz kadın erkek eşitliği, yani eşlerin eşitliği temeline oturduğundan, bu hükmü yürürlükten kaldırmıştır. Yeni 186. maddenin II. fıkrasına göre "Eşler, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar." Evlilik birliğinin giderlerine, eşlerin güçleri oranında katılmaları, hem eşitlik ilkesine, hem de evlilik birliğinin hayat ortaklığı oluşturmaya uygun bir yaklaşımdır. Eşlerin, evlilik birliğinin giderlerine eşit ölçüde katılması, evlilik birliğinin mantığına aykırı olabilirdi. Bu nedenle, eşlerin, evlilik birliğinin giderlerine eşit değil; güçleri oranında katılmaları gerekliliği düzenlenmiştir.¹⁴

TMK. md.196 f. II hükmü, sözünü ettiğimiz 186. maddenin II. fıkrasını tamamlamakta ve her iki maddede de, birliğin giderleri konusunda eşlerin sadece parasal yani maddi katkıda bulunmaları değil, bunların birliğe harcadıkları emeğin de hesaba katılması kabul edilmiştir.

Bunun sonucu olarak, bir eş diğerine karşı nafaka davası açtığında, davalı eşin eve harcadığı emek nazara alınacaktır.¹⁵ Örneğin; koca evi geçindirmediği için dava edildiğinde, kadının da gelir sahibi olduğunu iddia edebilir. Bu durumda kadın eve ve çocuklara baktığını ileri sürerek, eve katkısının emek olduğunu, bu nedenle parasal katkı yükümlülüğünün davalı kocaya ait olduğunu savunabilecektir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, TMK. md.196 "ailenin geçimi için parasal katkıyı" eşlerin birlikte yaşaması koşuluna bağlamıştır. Bunun sonucu olarak, bu madde gereğince, parasal katkı talebi ancak eşlerin birlikte yaşaması halinde mümkündür.¹⁶ Birlikte yaşamaya ara veril-

¹⁴ Serhan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Mart 2004, s.54

¹⁵ Yargıtay 2 HD.13.07.2010,19174/14156 Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s.1156

¹⁶ Mustafa Dural- Tufan Öğüz- Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. (Aile Hukuku), Bası 10, Şubat 2015 sh. 178.; Yargıtay 2 HDH. 06.06.2005,E.2005/6059 ,K.2005/8690 (Davalı alkol almakta, birlik görevlerini yerine getirmemektedir. Davacının talep ettiği tedbir nafakası açıklattırılıp uygun nafakaya karar verilmiştir); 2 HD. 17.09.2009, E.2009/10019,K.2009/14058 (Eşler birlikte yaşarken de

mesi halinde, parasal katkı bir sonraki 197. madde hükmüne dayana-
caktır.

TMK. md.196'nın son fıkrası, önemli bir ekonomik gerçeğin ürünü-
dür. Ailenin geçimine katkı talep eden eş, genellikle ekonomik açıdan
güçsüz olan eştir. Bu konumdaki bir eşin açtığı nafaka davası, yargı-
lama sistemimizdeki sorunlar nedeniyle çoğu kez çok uzun sürmekte,
bir dava bitmeden, hükmedilen nafakanın enflasyon nedeniyle ihti-
yaçları karşılayamayacak düzeye düşmesi nedeniyle bir sonraki dava
açılmak zorunda kalınmakta idi. Bu ise zaten paraya muhtaç, yoksul
ve gelir sahibi olmayan eşin davalar nedeniyle masraf ve zaman kay-
bına yol açmakta, mağduriyetine sebep olmakta idi.

Yasanın bu düzenlemesi ile nafaka alacaklısının talebi üzerine,
müteakip dönemler için davaların açılması yerine, kararda müteakip
yıllardaki nafaka miktarının artışının da hükme bağlanması kabul
edilmiştir. Bunun sonucu olarak, hâkim nafakaya geçmiş bir ve gele-
cek yıllar için hükmedecektir. Gelecek yıllar için hükmedilecek nafa-
ka, nafaka miktarına değil, gelecek yıllarda nafaka miktarının artırım
(zam) oranına ilişkin olacaktır.

3) Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Evlilik Birliğinin Korunması

TMK. md.197, bir önceki maddeden farklı olarak, evlilik birliğinin
korunmasını, eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri hali için düzen-
lemiştir.

Bu maddeye göre:

“Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği
veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşa-
ma hakkına sahiptir.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa
hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı para-
sal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin malları-
nın yönetimine ilişkin önlemleri alır.

ailenin geçimi için birinin yapacağı katkının belirlenmesini isteyebilirler).

Eşlerden biri, haklı bir sebep olmaksızın diğerinin birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hâle gelmesi üzerine de yukarıdaki istemlerde bulunabilir.

Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır".¹⁷

Bu madde hükmünü, TMK. md.169 hükmü ile karıştırmamak gerekir.

TMK. md.169 hükmü, aşağıda ele alacağımız gibi, boşanma veya ayrılık davası açılması halinde ailenin korunmasına ilişkin önlemleri hükme bağlamış bulunmaktadır. TMK. md.197 ise 169'dan farklı olarak koruma önlemlerinin alınmasında boşanma veya ayrılık davasının açılması koşuluna yer vermemiştir. Ortada bir boşanma veya ayrılık davası olmadığı halde, eşlerin kişiliği, ekonomik güvenliği, ailenin huzuru tehlikeye düştüğünde, ortada bir dava olmadan eşlerin ayrı yaşamaya başlamaları nedeniyle ailenin korunması, TMK. md.197 hükmüne dayanacaktır.

a) Maddenin 1. fıkrası, bir boşanma veya ayrılık davası olmadığı halde, eşlerin ayrı yaşama hakkını düzenlemektedir. Bu hükme göre; eşlerden biri, ortak yaşam sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece, ayrı yaşama hakkına sahiptir.

Madde, bu düzenlemeyle eşlerin, mahkemece verilmiş bir ayrı-

¹⁷ Bu madde İMK.nda farklı düzenlenmiştir. İMK.173 (TMK.md.196) 2.Birlikte yaşarken a."Parasal yükümlülük"; 174 b."Temsil Yetkisinin Alınması" (TMK.nda böyle bir düzenleme yoktur); 175 3.Ortak Yaşama Son Verilmesi a.Sebepler (TMK. md.197 f.I) ;176 b.Ayrı yaşamının düzenlenmesi (TMK.md.197 f.II,III,IV) şeklindedir. Buna göre bizim TMK.md.197 hükmü İMK.nda 175. Maddede ortak yaşama son verilmesinin sebepleri; İMK.md.176'da ise ortak yaşama son verilmesi halinde eşlerin ayrı yaşamalarının düzenlenmesi kenar başlığı altında hükme bağlanmıştır. İMK.md.176'da eşlerin ayrı yaşamalarının düzenlenmesi ile ilgili olarak 1. fıkrasında eşlerden birinin talebi üzerine 1. bentte bir eşin diğerine ödeyeceği nafakayı; 2. bendinde aile konutu ve konut eşyasının kullanılmasını; 3. bendinde ise koşullar gerektirdiğinde mal ayrılığına geçiş kararı verilmesini öngörmüştür. Maddenin 2. fıkrasında bir eşin birlikte yaşamının özellikle diğerinin sebepsiz yere ret etmesi nedeniyle imkânsız olduğu durumlarda böyle bir talepte bulunabileceği hükme bağlanmıştır. Maddenin 3. fıkrasında ise eşlerin ergin olmayan çocuklarının mevcudiyeti halinde, mahkemenin çocuklarla ilişkilerin sonuçlarına ilişkin hükümlere göre zorunlu önlemleri alması gerektiği düzenlenmiştir.

lık kararı olmaksızın kendiliğinden ayrı yaşama hakkını düzenlemektedir. Ayrı yaşama hakkı üç halde öngörülmüştür.

Bunlardan birincisi “eşin ortak yaşam sebebiyle kişiliği” nin tehlikeye düşmesidir. Burada sözü edilen “kişilik” ten maksat, eşin kişilik hakkıdır. Bir başka ifadeyle eşin TMK.md.24-25 (İMK.28) anlamında kişilik hakkını oluşturan kişisel değerler buraya girer.¹⁸ Buna göre ortak yaşam nedeniyle eşin vücut bütünlüğü, sağlığı, şeref ve haysiyeti, özel yaşamı, özgürlükleri gibi değerleri tehlikeye düştüğü takdirde, ayrı yaşama hakkı söz konusu olacaktır. Bu anlamda olmak üzere kocanın kadını dövmesi,¹⁹ kocanın bir başka kadınla yaşaması,²⁰ bir eşin diğerine hakaret etmesi²¹ bunlara örnek gösterilebilir.

Ayrı yaşama hakkının tanındığı ikinci hal, “eşin ekonomik güvenliğinin tehlikeye düşmesi”dir. Bu anlamda olmak üzere, eşin malvarlığına zarar verilmesi veya zarar tehlikesinin söz konusu olması, malvarlıklarını değerlendirmesinin önlenmesi gibi haller, ayrı yaşama hakkına yol açar.

Ayrı yaşama hakkının tanındığı üçüncü hal ise, “ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi”dir. Bu anlamda olmak üzere, birlikte yaşarken eşin ve varsa çocukların huzurunu, mutluluğunu, ruh sağlığını, manevi değerlerini tehlikeye düşürecek olayların cereyanı, ayrı yaşama hakkına yol açar. Özellikle çocukların anne ve babaları ile birlikte yaşamaları çocukların huzur ve geleceklerini olumsuz etkilemekte ise bu hükmün uygulanması gündeme gelecektir.²²

b) Maddenin II ve III. fıkraları, birlikte yaşamaya ara verilmesi, yani ayrı yaşama hakkının söz konusu olduğu hallerde, bunun haklı veya haklı olmayan sebebe dayanması bakımından bir ayırım yapmış; fakat bu ayırımın sonuçları bakımından bir ayrıma yer vermemiştir.

¹⁸ Honsell-Vogt-Geiser, Art.175. Nr.5

¹⁹ Yargıtay 2 HD. 14.11.2006, 8430/15591 Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, sh. 1160; Yargıtay 2.HD. 15.05.2013,E.2013/1159,K.2013/13867; Yargıtay 3 HD. 27.05.2014 E.2014/1018,K.2014/8302; Ali İhsan Özüğür, Gerekeçli Açıklamalı İçtihatlı Nafaka Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 80-82.

²⁰ Yargıtay 2.HD. 09.06.2008,9876/8236 Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s.1160 ;Yargıtay 3.HD. 12.01.2015, E.2014/13471,K. 2015/283 Özüğür, s.66-67.; Yargıtay 3 HD.25.02.2014, E.2013/18323, K.2014/2819; Özüğür, s. 89-90.

²¹ Yargıtay 3. HD. 20.06.2013,E. 2013/8579,K.2013/10707 Özüğür, s. 125-126.

²² Honsell-Vogt-Geiser, Art. 175, Nr.7

Ayrı yaşama hakkı haklı sebebe dayandığında, maddenin II. fıkrası eşlerden birinin istemi üzerine, birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve konut eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin hakimın gerekli önlemleri almasını öngörmektedir. Eşlerden birinin ayrı yaşama hakkının haklı sebebe dayandığı hallerde evlilik birliğinin korunmasında önemli sorunlar maddede hükme bağlanmıştır. Bu sorunlar bir eşin diğerine yapacağı parasal katkı, konut ve konut eşyasından kimin yararlanacağı, eşlerin mallarının yönetimi ve TMK.md.197 f.IV de eşlerin ergin olmayan müşterek çocuklarıyla ilişkilerine ilişkin olacaktır. Ayrı yaşama hakkının doğduğu hallerde en başta gündeme gelecek olan husus bu dört sorunun çözümüdür.

Maddede sözü edilen parasal katkı ayrı diğerine yapacağı parasal katkı yani nafaka istemidir. Kimin diğerine parasal katkıda bulunacağı yani nafaka ödeyeceği, ayrı yaşama hakkına sahip olan veya olmayan eş açısından bir düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Bazen ayrı yaşama hakkına sahip olan eş de diğerine nafaka ödemek zorunda kalabilir. Haklı sebeple ortak konutu terk eden eş bu madde gereğince mahkemeden kendisine nafaka ödenmesini talep edebilir²³

Maddenin III. fıkrası ise bir eşin haklı sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hale gelmesi halinde II. fıkradaki önlemlerin alınmasını düzenlemektedir. Burada bir eşin haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşama yükümlülüğünü yerine getirmemesi söz konusudur. Bu durumda bu yükümlülüğü yerine getirmeyen eş aleyhine de terk edilen eşin maddenin II. fıkrasındaki koruma önlemlerini talep edebileceği kabul edilmiştir. O halde birlikte yaşama yükümlülüğünü yerine getirmeyen eş değil, bu yükümlülüğü yerine getiren ve getirmeye hazır olan yani terk edilen eş söz konusu koruma önlemlerini talep edebilecektir. Birlikte yaşama yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınan yani haklı sebep olmaksızın ortak konutu terk eden eş, haksız olduğundan, nafaka talebinde yani terk edilen eş tarafından parasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi isteminde bulunamaz.²⁴

²³ Yargıtay 2.HD 15.02.2002, 1305/2020; Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s. 1148; Yargıtay 3 HD. 22.06.2004, 6986/6951; Yargıtay 2. HD.22.11.2005, 13308-16082; Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s.1163

²⁴ Yargıtay 3. HD. 20.11.2014, E.2014/9337,K. 2014/15385; Özügür, s. 70-71.

Maddenin IV. fıkrası, ister haklı ister haksız sebebe dayansın, ergin olmayan çocuklarla ilgili olarak alınacak önlemleri hükme bağlamıştır. Buna göre, hâkim bu gibi hallerde ergin olmayan çocuklar varsa, bunlar hakkında ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkilere ilişkin hükümlere göre, gereken önlemleri alacaktır. Bu önlemleri öngören hükümler arasında boşanma veya ayrılık halinde çocuklarla ilgili verilecek kararlara ilişkin TMK. md.182 hükmü ve velayetin eşlerden hangisine verileceğine ilişkin TMK.md.336/II hükmü yer alır. Buna göre, eşler birlikte yaşamaya ara verdiklerinde hakim TMK. md.336/II gereğince çocuğun velayetinin ana veya babadan hangisine verileceği, velayet kendisine verilmeyen tarafın çocuk için ödeyeceği iştirak nafakası ve çocuklarla kişisel ilişkileri karara bağlayacaktır.²⁵

4) Boşanma veya Ayrılık Davası Açıldığı Hallerde Ailenin Korunması

TMK.muz “Birliğin Korunması” kenar başlığı altında, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, 195. maddesinde bu konuda genel bir hüküm, 196. maddesinde eşlerin birlikte yaşantısının devam ettiği durumlarda özel hüküm, 197. maddesinde eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri halinde özel hüküm getirmiştir.

Bu hükümlerde, eşler arasında boşanma veya ayrılık davasının açılması aşamasında evlilik birliğinin korunmasına yer verilmemiştir. Bu koruma boşanma ile ilgili hükümler arasında 169. maddede “Geçici önlemler” kenar başlığı altında yer almıştır.

TMK. md.169 hükmü de, evlilik birliğinin korunmasıyla ilgilidir. Burada 196-197. maddelerden farklı olarak, evlilik birliği devam ederken değil, eşlerden birinin boşanma veya ayrılık davası açarak evlilik birliğine son vermek istemesi halinde, yargılama süresince evlilik birliğinin korunması söz konusudur. Öte yandan TMK. md.169 ile 195-198’de düzenlenmiş olan ailenin korunmasına ilişkin hükümler arasındaki diğer önemli bir fark da, maddelerde öngörülen önlemlerin talep üzerine mi, yoksa re’sen mi karara bağlanacağı konusudur.

²⁵ Kılıçoğlu, Aile, s. 267.; Yargıtay 2.HD. 10.06.2010,7099/11554 Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s.1165.; Yargıtay 2 HD. 18.02.2014, E.2013/16822, K. 2014/162; Yargıtay 3 HD. 20.03.2014,E.2013/19768,K. 2014/4372; Özüğür, s. 84-85; Yargıtay 3 HD. 13.01.2014, E.2013/15651,K.2014/124; Özüğür, s.103-104.

TMK. md.169'deki geçici önlemler talep koşuluna bağlanmamıştır. Maddede hakimin bu önlemleri "re'sen alacağı" hükme bağlanmış iken TMK.md.195-198'de önlemler eşlerin talep etmesi koşuluna bağlanmıştır.

Bir boşanma veya ayrılık davası açıldığında, eşlerin ve çocukların barınmasına ilişkin olarak, ailenin korunması daha büyük önem taşımaktadır. Zira boşanma veya ayrılık davası ile birlikte, eşler yersiz bir husumet içine girmekte, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeme konusunda duygusal davranışlar sergileyebilmektedir. Boşanma veya ayrılık davası nedeniyle evlilik birliğine son verilip verilmeyeceği belli değildir. Bu belirsizlik döneminde TMK. md.169, hakime geçici önlemler alması yetkisi vermiştir. Buna göre "Birliğin korunması" başlığı altında yer alan TMK. md.195-201 hükümleri kalıcı koruma hükümlerini oluşturduğu halde, 169. maddede öngörülen koruma hükümleri, kenar başlıktan da anlaşıldığı üzere "geçici önlemler", yani boşanma veya ayrılık davası bitinceye kadar alınan koruma önlemleridir. Nitekim maddede de, bu nedenle "davanın devamı süresince gerekli olan önlemler"den söz edilmiştir.

TMK. md.169 hükmü, ailenin dava süresince korunması konusunda alınacak önlemleri sınırlandırmamıştır. Zira maddede "özellikle" sözcüğü kullanılmak suretiyle, bunların örnek niteliğinde olduğu vurgulanmak istenmiştir.

Maddede örnek niteliğinde sayılan alınması gereken önlemler "eşlerin barınması, geçimi, mallarının yönetimi ve çocukların bakım ve korunması" şeklinde ifade edilmiştir.

a) Eşlerin barınması konut ihtiyacını ifade eder. Buraya eşlerden hangisinin ve varsa çocukların nerede barınacağına ilişkin önlem söz konusudur. Barınma, eşlerin yaşantılarında en önemli ihtiyaçların başında gelir. Buna göre, bir boşanma veya ayrılık davası açıldığında mahkeme, talep olmasa bile re'sen önce ortak konutta hangi eşin oturacağına karar verecektir. Konutta oturmasına karar verilen eş çocukların velayeti de önlem olarak verilecek olursa, çocuklar da bu konutta barınacaktır.

Ailenin korunmasına ilişkin özel bir kanun olan 6284 sayılı

Kanun'un 5. maddesinin b bendinde, ortak konutun eşlerden birine özgülenmesine ilişkin hüküm vardır. Bu maddeye göre, hâkim tedbir niteliğinde olmak üzere, "Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi"ne karar verebilecektir. Ancak, bu madde, aile içi şiddetin söz konusu hallerde uygulama bulacaktır. Halbuki TMK. md.169 hükmü, aile içi şiddet koşuluna bağlı tutulmamıştır. Öte yandan 6284 Sayılı Yasa'nın bu hükmünün uygulanabilmesi için, eşler arasında bir boşanma veya ayrılık davasının açılmış olması koşuluna yer verilmemiştir. Halbuki TMK. md.169 hükmü, eşler arasında boşanma veya ayrılık davasının açılmış olduğu hallerde uygulama bulabilir.

b) Eşlerin geçimine ilişkin önlem, nafakayı ifade eder. Burada söz konusu olan nafaka, tedbir nafakasıdır. Boşanma veya ayrılık davası kesinleşinceye kadar uygulanır.

c) Eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlem, eşlerin müşterek mülkiyetinde olan malların söz konusu olduğu hallerde, bunun kim tarafından yönetileceğini ifade eder. Yönetimin eşlerden birine verilmesinin mümkün olmadığı hallerde, bir yönetim kayyımı (TMK. md.460) atanabilecektir.

Madde dikkatle incelendiğinde görüleceği üzere, "eşlerin mallarının yönetimine" ilişkin önlemden söz edildiği görülecektir. Buna göre, burada eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi ya da yasal mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesi gibi bir karar verilmeyecektir. Bunlar, mal rejimine ilişkin hükümlere tabidir (TMK. md.206; 218 vd.).

d) Çocukların bakım ve korunması önlemi, tedbir niteliğinde olmak üzere, velayetin kime verileceğini ifade eder. Hâkim, çocukların yararlarını ön planda tutarak, velayeti eşlerden birine verir. Diğer eşin talebi olursa, onun çocuklarla kişisel ilişkisi de bir önlem olarak düzenlenir.

İşte bunu düşünen yasa koyucu, boşanma veya ayrılık davası açıldığında TMK. md.169'da ailenin korunmasına ilişkin hükümlere yer vermiştir. Bu koruma önlemleri, eşlerin ve çocukların geçinmesi, barınması, velayetin hangi eşe ait olacağı, eşlerin mal rejimlerine ilişkin olacaktır.

5) Borçlulara Ait Önlemler

TMK. md.198 hükmüne göre:

“Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hakim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir.”

Madde, evlilik birliğinin korunması amacıyla, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü ile ilgili olarak bir koruma getirmiştir. Buna göre, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin borçlusu olan üçüncü kişiye, bu borcu diğer eşe ödemesi emredilecektir.²⁶

Örneğin; A isimli kocanın kirada olan dairesinde kiracı B, aylık 1.000 TL kira ödemektedir. A, eşi E ve çocuklarına bakım yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, E bu maddeye dayanarak hâkimden, “B’nin kira bedellerinin tamamen veya kısmen kendisine ödenmesine karar verilmesini” isteyebilir. A’nın tek gelir kaynağı bu kira ise bu durumda hâkim, bunun bir kısmının E’ye ödenmesine karar verecektir.²⁷

Yargıtay kararlarında davalı eşin nafaka borcunu karşılayacak malvarlığının bulunması halinde, TMK. md.198’de yer alan evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemin alınmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir.²⁸

TMK. md.198 hükmü, alacağın mahkeme kararıyla bir başkasına devrini öngörmüştür. Alacağın devrini düzenleyen TBK 185. maddesi “Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse...” ifadesi ile, alacağın mahkeme kararıyla da devredilebileceğini düzenlemiş olup, TMK. md.198 alacağın mahkeme kararıyla devrinin bir örneğidir.²⁹

²⁶ Öztan, s. 224.

²⁷ Kılıçoğlu, Aile, s.268.

²⁸ Yargıtay 3 HD.18.10.2007, 2007/14193 E., 2007/14996 K. (Yayımlanmamıştır)

²⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.18, Ankara 2014, s. 797; Dural- Ögüz-Gümüş’e göre, “borçluya verilen talimat ne alacak ne alacak hakkının yargısal temlik ne de bir yenileme anlamına gelir. Sadece var olan alacak üzerinde alacaklının tasarruf yetkisi ortadan kalkar.” (s. 274)

6) Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması (Mahkeme Kararıyla Diğer Eşin Rızasına Bağlanan Hukuksal İşlemlerde) (TMK. md.199; İMK. md.178)

TMK. md.199 hükmüne göre:

“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.

Hâkim, bu durumda gerekli önlemleri alır.

Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re’sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.”

a) Eşlerin Hukuksal İşlem Özgürlüğünün Yargı Kararıyla Sınırlandırılması

TMK. md.199, eski Türk Kanun-u Medenisî’nde olmayan yeni bir düzenleme getirmiştir.

Yeni TMK.’muz kadın erkek eşitliği ilkesinin bir sonucu olarak, eşlerin hukuksal işlemleriyle ilgili olarak 193. maddesinde temel bir kural koymuştur.

Madde *“Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir.”* hükmünü getirmiştir.

Madde incelendiğinde, bu konuda getirdiği kuralın mutlak bir kural olmadığı görülmektedir. Zira madde *“kanunda aksine hüküm bulunmadıkça”* istisnasına yer vermiştir. Eşler birbirleriyle ve üçüncü kişilerle, kural olarak, diğer eşin veya başka bir kimsenin onayına gerek kalmaksızın her türlü hukuki işlemi yapabilirler. Bu kuralın tek istisnası *“kanunda aksine hüküm bulunması”* halidir.³⁰ Buna göre, kanunla eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünü sınırlandırılmış olması mümkündür.

TMK. md.199, kanunla eşlerin hukuksal işlem özgürlüğüne getiril-

³⁰ Alparslan Akartep, *“Evlilik Birliğinde Eşlerden Birisinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”*, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, s.169.

miş bir istisnadır. Ancak bu madde, özgürlüğün kısıtlanmasını yargı kararına bırakmıştır.

Bu hüküm dışında, kanunla eşlerin hukuksal işlem özgürlüğüne getirilmiş olan sınırlamalar mevcuttur.

Bu açıklamalarımızdan hareketle, eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünü iki grupta toplamamız mümkündür.

Bunlardan birinci kanundan doğan sınırlamalar; ikincisi ise yargı kararından doğan sınırlamalardır.

Birinci gruba giren sınırlamaları, çalışmamızın en sonunda, aşağı-da inceleyeceğiz.

Burada önce “Birliğin Korunması” başlığı altında düzenlenmiş olan açıklamalarımız kapsamında yer alan TMK. md.199 hükmünü ele alacağız.

b) Hükümün Amacı : Yargı Kararıyla Tasarruf Yetkisinin Diğer Eşin Rızasına Bağlanması

Aile yaşamında eşlerin malvarlıkları üzerinde gelişigüzel tasarruflar, ailenin ekonomik geleceğini etkileyecektir. Bu durum, eşlerin ve varsa çocukların barınma, geçinme, eğitim, sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını olumsuz yönde etkileyecek davranışlara karşı önlem alınmasını gerektirir. TMK. md.199 hükmü bu amaçla getirilmiştir.

Öte yandan, eşlerin malvarlıkları üzerinde gelişigüzel tasarrufları bazen diğerine ve çocuklara karşı olan evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerden kaçınma amacına yönelik olabilir. Bu durum, diğer eş ve çocuklar için çok daha büyük önem taşımaktadır. Zira bu tür tasarruflara karşı çıkılmaz ve hukuken korunmaları sağlanmazsa, tasarrufta bulunan eşten mali yükümlülüğünü yerine getirmesini istemek mümkün olmayacaktır.

İşte bu nedenlerle TMK. md.199 hükmü, “ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin” güvencesini teşkil etmektedir. Malik olan bir eş, malvarlıklarını “ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokacak şekilde ya da diğer eşe veya çocuklara karşı mali yükümlülüğünü ye-

rine getirmemek için" tasarruflarda bulunursa, başvuru üzerine onun tasarruf yetkisi, diğer eşin rızasına bağlanabilecektir. Örneğin; malvarlıklarını gelişigüzel şekilde elden çıkaran ya da boşanmayı planladığı için diğer eşe karşı nafaka, tazminat, mal rejimlerinden doğan borçlardan kurtulmak isteyen eşin bunlar üzerindeki tasarruf yetkisi, diğer eşin rızasına bağlanabilir.³¹

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, TMK. md.193'da getirilen temel hüküm karşısında, evlenme kuralı olarak eşlerin hukuksal işlemler yapabilme özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurmaz. Ancak, ister karı ister koca için yasa ailenin huzuru ve mutluluğu için bu özgürlüğe sınırlandırmalar getirmiştir. Bir başka ifadeyle, eşlerin bazı koşullar altında hukuksal işlem ehliyeti sınırlandırılmıştır. Yalnız bu sınırlandırma eşlerden birisi için değil, her ikisi için öngörülmüştür. Buna ilişkin hükümlerin hiçbiri "karı veya koca" ifadelerini kullanmamış, tam aksine eşitliğe sadık kalarak "eş veya eşlerden biri" ifadelerine yer vermiştir.

TMK. md.199 (İMK. md.178) hükmü de, eşlerin hukuksal işlem özgürlük ve ehliyeti ile ilgili genel kuralı koyan 193. maddedeki "Kanunda aksinin" öngörüldüğü hallerden bir başkasını oluşturmaktadır.

Maddenin birinci fıkrası, hükmün konuluş amacını açıklamaktadır. Buna göre, eşlerden birinin tasarruf işleminin diğer eşin rızasına bağlanmasının amacı "ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi"nin sağlanmasıdır.

Ailenin ekonomik varlığı, eşlerden birinin hesapsız harcamaları, gelişigüzel tasarrufları nedeniyle tehlikeye girebilir. Mal ve gelirlerini yersiz yatırım araçlarına özgüleyen, kazanç elde edilmesi mümkün olmayan yatırımlara girişen bir eşin tutum ve davranışı aileyi gelecekte yok ve yoksul hale getirebilir. Mülkiyet ve hak sahibi olan eşin, bu tür yersiz girişimleri diğer eşin ve çocukların ekonomik ve mali geleceğini tehlikeye atabilir. Yasa, ailenin ekonomik geleceğini güvenceye almak ve kurtarmak amacıyla hak sahibi olan eşin tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin diğer eşin rızasına bağlanabilmesine olanak tanımıştır.³²

³¹ Kılıçoğlu, Aile, s. 269.

³² Öztan, s. 226.

Maddenin konuluş amaçlarından ikincisini “evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi” oluşturmaktadır.

Bir eş, evlilik birliğinden doğan bir mali yükümlülüğünü ihlâl etmek amacıyla gelişigüzel tasarruflarda, harcamalarda, devir ve temliklerde bulunabilir. Bu tasarrufların önüne geçilmediği takdirde, onun yükümlülüğünü yerine getirmesi olanaksız ya da güç hale gelebilir. Eşine ya da çocuklarına karşı nafaka yükümlülüğünden, eşine karşı tazminat yükümlülüğünden, katılma rejiminde, eşine karşı katılma alacağından doğan borcundan kurtulmak amacıyla hak sahibi olan eş mal ve haklarını hesapsız bir şekilde elden çıkarmaya, muvazaalı işlemler yapmaya başlayabilir. TMK. md. 199, bunların önlenmesi amacıyla bu tür tasarrufların geçerliliklerini diğer eşin rızasına bağlayabilme olanağını getirmiştir. Bu hüküm, eşlerin nafaka ve tazminat yükümlülükleri ile özellikle katılma rejiminde, hak sahibi eşin katılma alacağını güvence altına alabilme açısından oldukça önem taşımaktadır. Katılma rejiminde borçlu eşin karşılıksız temlikler ve muvazaalı devirlerle mallarını elden çıkarmasına karşı 229. maddede, yürürlükten kalkan TKM. md.507'ye paralel bir hüküm getirilmiştir. Ancak, bu hüküm elden çıkartılan mal ve hakların değerlerinin tasfiye sırasında hesaba katılabilmesine olanak tanımaktadır. TMK. md.199 ise, malların elden çıkartılması sonucu, tasfiyede hak sahibi olan eşin borçlu eş aleyhine takip yaparak hakkını tahsil edememesinin güvencesini oluşturmaktadır.

TMK.md.199 hükmü eşlerin evlilik birliği devam ederken gerek kişisel gerekse edinilmiş malları üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri kuralının (TMK.md.223) yani eşlerin tasarruf özgürlüğünün bir istisnasıdır. Bu istisnanın uygulanabilmesi için ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinin gerekmesi şarttır. Eşin aileyi ekonomik çöktüye sokacak davranışlarının ispat edilememesi halinde bu maddeye dayanan koruma talebinin reddi gerekir.³³

c) Hükümün Uygulama Alanı

TMK md. 199, evliliğin genel hükümleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle, eşler arasındaki mal rejiminin türüyle ilgili bir ayırım yap-

³³ Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s.1175.

mamıştır. Bu düzenleme, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun uygulanabilen hükümler içermektedir. Bunun sonucu olarak, TMK. md.199 hükmü, eşler arasında ister yasal ister seçimlik rejimler olsun, uygulanabilecektir. Zira bu madde evlilik birliğinin korunmasıyla ilgili olup, eşler arasında mal rejimi ne olursa olsun evlilik birliğinin korunması gündeme gelecektir.

Türk Kanun-u Medenisi'nin 137. maddesinde (İMK. md.145) boşanma veya ayrılık davası açıldığında, yargıca, dava süresince gerekli tüm tedbirleri alma olanağı verilmişti. Ancak TMK md. 199 boşanma veya ayrılık davası koşulunu öngörmediği gibi, genel bir geçici tedbir hükmü olmayıp, eşin tasarruf yetkisini sınırlandırmaya özgü, özel bir hüküm niteliğindedir. Bunun dışında, bu madde ile eşin tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlanmasında bir boşanma davası açılmış olma koşuluna da yer verilmemiştir.

Burada, eski 169. maddeden tamamen farklı bir düzenlemenin bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Eski 169. madde, eşlerin bazı hukuksal işlemlerinin geçerliliğini sulh hukuk hâkiminin iznine tabi tutmuş idi. Yeni 199. madde ise, eşin tasarruf işlemlerinin geçerliliğini hâkimin iznine tabi tutmamakta, bunun geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamaktadır. Bu düzenleme ile yasa koyucu, ailenin ekonomik geleceğinde eşlerin birlikte karar vermeleri gerektiğini ve söz sahibi olduklarını kabul etmiş; ailenin ekonomik geleceğinin tehlikeye gireceği hallerde, eşlerin bu tür tasarruflara birlikte karar verebilmeleri olanağını getirmiştir. Hâkimin diğer eşin rızasına bağlı tuttuğu işleme rıza gösterip göstermeme konusunda en iyi kararın, eşlerin birlikte düşünüp tartışarak verebilecekleri öngörülmüştür.

TMK. md.199 hükmü, evlilik birliğinin korunmasıyla ilgili genel bir hüküm niteliğindedir. Yasada eşlerin ekonomik geleceği ve mali yükümlülükleriyle ilgili özel hükmün bulunduğu hallerde 199. madde hükmüne gerek kalmayacaktır. Örneğin; aile konutuyla ilgili olarak 194. maddede özel bir hüküm getirilmiştir. Bu hükme göre, eşler, aile konutuyla ilgili devir ve hakla sınırlandırma işlemlerini diğerinin rızası olmaksızın yapamaz. Bu hüküm eşler için yeterli bir güvence sağladığından, 199. maddeye dayanılarak, aile konutuyla ilgili işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı tutulması yönünde mahkemenin bir karar vermesi talep edilemeyecektir. Aynı şekilde, katılma rejiminde eşlerin

paylı mülkiyet konusu malda payları üzerindeki tasarruf işlemleri diğerinin rızası olmadan geçerli sayılmamıştır. (TMK. md. 223/f.II) Bu özel hüküm varken, katılma rejiminde eşlerin, TMK. md. 199 hükmüne başvurarak, paylı mülkiyet konusu malda, eşlerin payları üzerindeki tasarruf işlemlerinin diğerinin rızasına bağlanmasını talep etmeleri mümkün değildir. Ancak, TMK. md. 223/f.II’de paylı mülkiyette bir eşin payını bir başkasına devretmesi diğerinin rızasına bağlı tutulduğu halde, bunun güvencesi olmak üzere, bu hususun tapu kütüğüne şerh edilmesine yönelik bir hüküm getirilmemiştir. Bu nedenle, TMK. md. 223/f.II’nin uygulanmasının gündeme geldiği hallerde, TMK. md.199 f.II ve III hükümleri, sadece hâkimin bu konuda önlemler alması açısından gündeme gelebilir.

TMK. md.199 hükmü, gerek eşlerin birlikte yaşantısının devam ettiği süre içinde, gerekse eşlerin ayrı yaşadıkları dönemde uygulanabilen bir hükümdür. Bunun dışında, bu madde ile getirilen tedbir hükümleri, özellikle ayrılık ve boşanma davalarında uygulanabilirler.³⁴

Burada son olarak TMK.md.199 da öngörülmüş olan koruma önleminin hangi malvarlıklarını kapsadığı konusuna da değinmeliyiz.

Bu koruma kapsamında davalı eşin hangi malvarlıklarında tasarruf işlemleri diğer eşin rızasına tabi olacaktır? Acaba diğer eşin rızası davalı eşin tüm malvarlığına mı yoksa belirli malvarlığına mı ilişkin tasarrufları kapsamaktadır.

TMK.md.199 "...hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir" demektedir. Madde bu hükmüyle koruma önleminin yani tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlanmasını "hakimin belirleyeceği malvarlığı" ile sınırlı tutmuştur. Bunun sonucu olarak mahkeme, davalının tüm malvarlığına ilişkin böyle bir önleme karar veremeyecektir. Nitekim Yargıtay 2.HD. de maddeyi bu şekilde yorumlamakta ve bu maddeye dayanan önlemin "hakimin belirleyeceği belirli malvarlığı değerleriyle sınırlı olacağını" kabul etmektedir.³⁵

³⁴ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 7 (Kılıçoğlu, Aile, s. 272’den naklen)
³⁵ Yargıtay 2 HD. 27.04.2005, E. 5719,K.6864 (Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu s. 1797’den naklen); 2 HD. 14.11.2005, E.2005/13075, K.2005/10733; 2. HD. 04.07.2006, E.2006/1999, K.2006/10733; 2 HD. 30.05.2005, E.2005/5879, K.2005/8355 (Türk Hukuk Sitesi’nden alıntı- TMK.md.199).

d) Malvarlığında Tasarruf Yetkisinin Diğer Eşin Rızasına Bağlanması Koşulları

aa) Malvarlığı Bulunması

TMK. md.199, malvarlıkları üzerinde tasarrufta bulunabilme özgürlüğüne getirilen bir sınırlandırmayı hükme bağlamaktadır. Maddede “malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflar” ifadesi bunu ortaya koymaktadır.

Malvarlığı değeri, mal veya hakkı ifade eder. Bu anlamda olmak üzere, bir eşin taşınır ya da taşınmaz varlıkları kadar, başkalarından olan alacak hakkı da buraya girer. Örneğin; A, Ü isimli kişiden 100 TL alacaktır. Bu alacağını Y isimli bir kişiye temlik etmesi, malvarlığı üzerinde bir tasarruf işlemidir. (TBK. md.183) Diğer koşullar mevcut ise, bu tasarruf işleminin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlanabilir.

TMK. md.199 kapsamında tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlı tutulmasına karar verilecek olan malvarlığı değerleri, her türlü malvarlığı değeri olabilir. Bunlar; ev eşyası, otomobil, banka hesabı³⁶, aile konutu dışındaki taşınmazlar, hisse senetleri, yatırım fonları, ziyaret, üçüncü kişilerdeki alacaklar vs. olabilir.

bb) Eşin Tasarruflarda Bulunma Tehlikesinin Bulunması

Maddede bu koşuldan söz edilmemesine rağmen, amacından bunu çıkarmak mümkündür.

Malvarlığına sahip olan eş tasarrufta bulunmuşsa, bu madde uygulanamaz. Zira, TMK. md. 199, tasarruf tehlikesine karşı güvence oluşturmaktadır. Buna göre; mal veya hak sahibi olan eş, bunu diğer eşin rızasına bağlı tutan bir yargı kararı mevcut değilken, bunlar üzerinde, genel bir hüküm olan TMK md.193 ile katılma rejiminde TMK. md. 223 f.I gereğince, dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Yapılmış olan tasarruf işlemleri, TMK. md.199 hükmünden etkilenmez. Ancak yapılmış olan tasarruf işlemi, muvazaanın koşullarını içermekte ise muvazaaya ilişkin içtihatlar ve TBK. md. 18 hükmünden hareketle ya da koşulları mevcut ise İİK. md.277 vd. hükümlerine göre iptal edilebilir. Bunlar dışında yapılan tasarruf bağış ise ve TMK. md.229 b.1 gere-

³⁶ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 9 (Kılıçoğlu, Aile, s.273'ten naklen)

ğince, diğer eşin edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacağını kaçırma kastına dayalı ise TMK. md.229 b.2 hükmü gereğince iptal değil, bu tasarrufların mal rejiminin tasfiyesinde yapılmamış gibi hesaba katılarak diğer eşe katılma alacağı verilmesi sonucunu doğurur.

O halde, TMK. md.199 tasarruf tehlikesine karşı uygulanabilen bir hüküm olup, tasarruf yapılmış ise, yukarıdaki hukuksal çözümler düşünülebilir. Örneğin; boşanma sebeplerinden birine dayanarak boşanmayı planlayan bir eş, tek tek üzerindeki taşınmazları, motorlu araçları, hisse senetlerini elden çıkarmış ya da kalanlarını çıkarma hazırlığına girişmiştir. Elden çıkartılanlar için TMK. md.199 hükmü uygulanamaz. Buna karşılık elden çıkarmayı planladığı diğer malvarlıkları için, TMK. md.199 hükmü uygulanabilecektir.

cc) Ailenin Ekonomik Varlığının veya Eşin Mali Yükümlülüğünün Yerine Getirmesinin Tehlikede Olması

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, TMK. md.199 hükmü, ailenin korunmasını amaçlayan hükümlerden birisidir. Burada, ailenin ekonomik ve mali geleceğinin ve eşlerin diğerinden olan mali haklarının korunması söz konusudur.

Ortada hiçbir sebep, tehlike ve ekonomik gelecek endişesi yok iken, bu madde hükmünün uygulanması mümkün değildir. Bu hüküm, maddede öngörülen iki halden birinin varlığı halinde uygulanabilir. Burada tekrar ifade etmek gerekir ki, tüm mal rejimlerinde asıl olan eşlerden her birinin malvarlıkları üzerinde tasarruf, idare ve yönetim yetkisine sahip olmasıdır. Nitekim, bu nedenle edinilmiş mallara katılma rejimiyle ilgili TMK. md.223 "Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir." düzenlemesi mevcuttur.

Bunun sonucu olarak, TMK. md.199 hükmü, ortada malvarlığı üzerinde hak sahibi olan eşin, diğerinin ve çocuklarının ekonomik geleceklerini tehlikeye sokan bir eylem ve davranışı yok iken uygulanacak olursa, TMK. md.223 hükmü ihlal edilmiş olacaktır. TMK. md.199, eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünün kanunda öngörülen istisnalarından birisidir. Unutmamak gerekir ki "istisnalar gelişigüzel uygulanırsa kural haline, kural ise istisna haline gelecektir."

Bu açıklamalarımız karşısında, mahkemeden “mal veya hak sahibi eşin tasarruf özgürlüğünü” sınırlandırıp, bu işlemlerin kendisinin rızasının alınması koşuluna bağlanmasını isteyen eş, bunun koşullarını, yani mal veya hak sahibi eşin ailenin ekonomik varlığını veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmeme tehlikesini kanıtlamalıdır. Ancak, başvuruda bulunan eşten yakın ve ciddi bir tehlikeyi kanıtlaması beklenmemelidir. Bu konuda inandırıcı kanıtların getirilmesi yeterli sayılmalıdır.³⁷ Eşler arasında güven unsurunun zedelendiği hallerde, malvarlığı değerlerinde tasarruf işlemleri, genellikle gizlice yapılır. Bu durumda, başvuruda bulunan eş, güven unsurunun zedelendiğini, diğer eşin kendisinden gizlice ve habersizce işlemler yapmaya başladığını kanıtlaması ile yetinilebilir. Hak sahibi eşin bir malını diğerinden alması; gazetelere satış ilanı vermesi; alacaklıya bir malvarlığını borcun teminatı olarak vermeyi teklif etmesi; bir üçüncü kişiye işyerini ucuz satmayı teklif etmesi; yurtdışına kaçma hazırlıklarında bulunması gibi hallerde, böyle bir tehlikenin varlığı söz konusu olabilir.

Ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokan olaylar, aynı zamanda eşin mali yükümlülüğünü yerine getirmesini de tehlikeye sokar. Bu nedenle, ailenin ekonomik varlığının tehlikeye sokulduğunun kanıtlandığı haller, aynı zamanda eşin mali yükümlülüğünü yerine getirmesi tehlikesini de içerir. Ancak, ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokmayan bir olayın eşin mali yükümlülüğünü yerine getirmesini tehlikeye sokması olanaklıdır. Bir eşin diğerine karşı mali yükümlülüğünü yerine getirmesini tehlikeye sokan tasarrufları, evlilik birliğinin devamı süresince mevcut mali yükümlülüklerle ilgili olabileceği gibi, evlilik birliğinin sona ermesi halinde mal rejimleri nedeniyle doğacak mali yükümlülükleriyle de ilgili olabilir. Bu durum, özellikle edinilmiş mallara katılma rejiminde önem taşır. Diğer eşin katılma alacağını ihlâl etmek üzere, gelişigüzel tasarruflarda bulunan eşin tasarruf yetkisi, bu nedenle, diğer eşin rızasına bağlanabilir.

e) Rızanın Alınmasının Güvencesi (TMK. md.199 f.II-III)

Tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin yargılama uzun sürebilir. Bu arada mal veya hak sahibi olan eş, tasarruflarda bulunarak

³⁷ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 11 (Kılıçoğlu, Aile, s.273'ten naklen).

bu hükmün konuluş amacını ortadan kaldırabilir. TMK. md.199 f.II ve III hükmüyle, yargıca gerekli önlemleri alma yetkisi verilmiştir.³⁸ Burada, HMK. md. 389 vd. hükümlerinde yer alan ihtiyati tedbirin özel bir uygulaması söz konusudur. Buna göre, tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin talebin mahkemeye intikal etmesi üzerine, mahkeme, davacının talebi yönünde ikinci ve üçüncü fıkradaki önlemlere (tedbirlere) karar verebilecektir.

aa) Gerekli Önlemlerin Alınması

TMK. md.199 f.II hükmü "*Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır.*" ifadesiyle, yargıca tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak her türlü önlemi alabilme olanağını getirmiştir. Bu önlemler, üçüncü kişilerin hak sahibi eşe ödemedede bulunmasına yasak getirilmesi; eşin borç altına girmesinin yasaklanması³⁹, üçüncü kişilerin mal veya hak sahibi olan eşle hukuksal işlem yapmasının diğer eşin rızası ile geçerli olacağına bildirilmesi, banka, trafik gibi kayıtlara bu kaydın konulması gibi önlemler olabilir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikle, bir eşin üçüncü kişiye kefil olması diğerinin rızasına bağlandığından (İBK. md.494), bizim TMK. md.199'un kaynağı olan İMK. md.178 gereğince, hâkimin eşin üçüncü kişilerin borcu için kefil olmasını yasaklamasına gereksinim yoktur. Bizde böyle bir değişiklik yapılmadığından, TMK. md.199 hükmü uygulama bulabilecek ve bir eşin üçüncü kişilerin borçları için kefil olması, hakim tarafından, diğer eşin rızasına bağlı tutulabilecektir.

bb) Tapu Kütüğüne Şerh Verilmesi

Eşin rızasına bağlı tutulan hukuksal işlem, bir taşınmazla ilgili olabilir. TMK. md.199 f.III, bu durumda taşınmazın tapu kütüğüne şerh verilmesi önlemini getirmiştir. Bu hükme göre; "*Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırca, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir*". O halde, bu fıkra hükmü, sadece taşınmazlarla ilgili hukuksal işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı tutulmasıyla ilgilidir. Taşınmaz dışındaki hukuksal işlemler için yasa koyucu bir önceki fıkrada "gerekli önlemleri alır" ifadesiyle yargıca

³⁸ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 5. (Kılıçoğlu, Aile, s.274'ten naklen)

³⁹ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 6. (Kılıçoğlu, Aile, s.274'ten naklen)

çok genel bir yetki tanıdığı halde, hukuksal işlemin konusu taşınmaz olduğunda, üçüncü fıkrada özel bir önlem getirmiştir.

f) Hüküm ve Sonuçları

Tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlanmasının koşulları mevcut ise, mahkeme bu rıza koşulunun hangi malvarlığı değerleriyle ilgili olduğunu kararında belirtecektir. Yasa, mahkemenin “belirleyeceği malvarlığı değerleriyle” sınırlı olarak karar verebilmesine olanak tanımıştır. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında, TMK. md.199 hükmüne dayanan tedbir kararlarının ve bu kararlar yönünde malik olan eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının “hakimin belirleyeceği belirli malvarlığı değerleriyle” sınırlı olduğunu kabul etmektedir.⁴⁰

TMK. md.199 f.I hükmü, mahkeme kararıyla diğer eşin rızasına bağlanan hukuksal işlemlerde aranan rıza için, TMK. md.194 f.I’den farklı olarak “açık” olma koşuluna yer vermemiştir. TMK. md.194 diğer eşin rızasının “açık” olması koşulunu aradığı halde, md. 199 f.I hükmü bu koşula yer vermemek suretiyle, diğer eşin vereceği rızanın açık veya örtülü olabilmesine olanak tanımıştır.⁴¹

Mahkemenin kararı, eşin malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunamayacağına değil, bu konudaki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olarak yapılabileceğine ilişkin olacaktır. Örneğin; A’nın X bankasındaki hesabıyla ilgili yapacağı işlemlerin yasaklanmasına değil, bu işlemlerin ancak diğer eşin rızasıyla mümkün olacağına karar verilebilecektir.

Tasarruf yetkisine getirilen sınırlandırmanın süresiyle ilgili olarak, yasada bir hüküm mevcut değildir. Ancak, yasada böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen, hükmün konuluş amacından hareketle sınırlandırmanın belirli süreyle sınırlı olması gerektiği savunulmaktadır.⁴² Bu madde, bir tedbir hükmünün amacını aşacak biçimde anlaşılmalı ve uygulanmamalıdır. Bunun sonucu olarak, tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin kararın, hangi malvarlığı değerleriyle

⁴⁰ Yargıtay 2 HD. 27.04.2005,E. 5719, K. 6864 (Ömer Uğur Gençcan, 4721 sayılı Medeni Kanunu Bilimsel Açıklama İçtihat İlgili Mevzuat, Ankara 2007, s.1797.)

⁴¹ Hasenböhler, Erste Lieferung, Art. 168, Nr. 10. (Kılıçoğlu, Aile, s.275’ten naklen)

⁴² Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 8. (Kılıçoğlu, Aile, s.276’dan naklen)

ve hangi süreye ilişkin olduğu belirtilmelidir. Öte yandan, bu madde eşler arasındaki her aile uyumsuzluğunda değil, ancak bir eşin malvarlıksal yararlarının ağır ve ciddi biçimde tehdit altında bulunduğu halde uygulanabilen bir maddedir.

Mahkemece diğer eşin rızasına bağlı tutulan işlemlerde, bu rızanın verilme şekli konusunda yasada bir şekil öngörülmemiştir. Kanunlarda eşin rızası için şekil şartı öngörülmemiş olmakla birlikte; TBK'nun 348. maddesi ışığında, eşin rızasının da yazılı olarak verilmesi gerektiği düşünülebilir.⁴³ Bunun dışında; ancak, üçüncü kişiler tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlı tutulduğundan haberdar olmuşlarsa, ispat açısından bu rızanın yazılı olarak verilmesini talep edebilirler.⁴⁴ Tapuda yapılacak tasarruf işlemlerinde, tapu memuru bu rızayı yazılı olarak almak zorundadır.

Mahkeme kararıyla bir eşin hukuksal işleminin diğerinin rızasına bağlı tutulması, eşin hukuksal işlem ehliyetine getirilmiş olan bir sınırlandırma değildir. Bu kararla eşin hukuksal ehliyeti sınırlandırılmış olmaz; sadece, karara konu olan işlemin yapılabilmesi diğerinin rızası koşuluna bağlanmış olur.

Mahkeme kararıyla, diğer eşin rızasına bağlanan hukuksal işlem, bu rıza alınmadan yapılmış ise geçersizdir. Ancak, yapılmış böyle bir işleme sonradan rıza vermek mümkündür. Ancak, hukuksal güvenlik nedenleriyle sonradan verilecek rıza için aranan süre, uzun değil, kısa olmalıdır. Rızaya muhtaç eşin yaptığı hukuksal işlemin diğer tarafı, ona bir süre tanıyarak, eşinin rızasını temin etmesini talep edebilir.

Bir hukuksal işlemin diğer eşin rızasına bağlandığından haberdar olmayan üçüncü kişiler, iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanmaya devam ederler. Bu anlamda olmak üzere, tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin tapuda tedbir niteliğinde olmak üzere ya da esas kararlar birlikte gerekli şerh işlemi yapılmamış ya da mahkeme tarafından TMK. md.199 f.II'deki gerekli diğer önlemler alınmamış ya da üçüncü kişi bu önlemlerden iyiniyetle haberdar olmamışsa, işlemi yapan üçüncü kişi korunacak, yapılan hukuksal işlem geçerli olacaktır. Burada önemli olan, kendisiyle işlem yapılan üçüncü kişinin

⁴³ Emel Badur, Eşin Rızası, *TBB Dergisi*, Kasım 2013, s. 274.

⁴⁴ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 17. (Kılıçoğlu, Aile, s.276'dan naklen)

iyi niyetli olup olmamasıdır. Yoksa işlemi yapan rızaya muhtaç eşin iyiniyetli olup olmaması önem taşımaz.⁴⁵

Rızasına başvurulmuş eş, haklı bir neden olmaksızın bu rızayı vermediği takdirde, aile konutunda rızaya ilişkin 194. maddenin ikinci fıkrasında (İMK md.169 f.II) olduğu gibi, yargıca başvurmak olanaklıdır. Mahkeme, bu rızanın verilmemesinin haklı bir nedeni olmadığına karar verirse, hak sahibi eşe bu işlemi yapma yetkisi verebilecek, tapuda yapılması gereken bir işlem söz konusu olduğunda, tapuya verilen şerh varsa tapu idaresine de gereken yazı yazılabilecektir.

Maddenin üçüncü fıkrası, taşınmazlarla ilgili olarak özel bir önlem (tedbir) hükmü getirmiştir. Buna göre, hak sahibi olan eşin taşınmaz üzerinde tasarruflarda bulunma yetkisi, diğer eşin rızasına bağlandığında, bu husus tapu kütüğüne şerh ettirilebilecektir. Burada, TMK. md.1009 hükmünde yer alan “kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların şerhi” söz konusudur. Maddenin üçüncü fıkrasında getirilen hüküm, sadece taşınmazlarla ilgilidir. Davacı eş, davalının yapacağı işlemlerin kendi rızasına bağlı tutulmasını bir taşınmazla ilgili olarak talep etmişse, bu hüküm gereğince mahkeme taşınmazın tapu kaydında tasarruf yetkisini sınırlandıran bir şerh verebilecektir. Şerh, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin, diğer eşin rızasını almadan o taşınmaz üzerinde üçüncü kişilerle geçerli bir tasarruf işlemi yapmasına engel olma amacını gütmektedir.⁴⁶ Ancak, maddede taşınmazın tapu kütüğüne bu şerhin verilmesi “tasarruf yetkisini kaldırma” yönünde karar verilmesi koşuluna bağlanmıştır. O halde, maddenin üçüncü fıkrası bir tedbir hükmü değildir. Davanın açılması üzerine taşınmazın tapu kaydına bir tedbir konulacaksa, bu konuda HMK. md.389 vd.’daki genel tedbir hükümleri uygulanabileceği gibi, boşanma veya ayrılık davasının söz konusu olduğu hallerde TMK. md.169’daki özel tedbir hükümleri de uygulanabilir. Taşınmaz, eşlerin paylı mülkiyetinde ise, katılma rejiminde mahkemenin böyle bir tedbire ya da TMK md.199 f.III hükmü gereğince tapu kaydına şerh verilmesine karar vermesi gerekmez. Zira, eşlerin paylı mülkiyetindeki taşınmazda bir eşin diğerinin rızası olmadan payı üzerinde tasarrufta bulunması, zaten TMK. md.223 f.II gereğince geçersiz olacaktır. Ancak eşler arasında katılma

⁴⁵ Hasenböhler, Erste Lieferung, Art. 168, Nr. 9. (Kılıçoğlu, Aile, s.277’den naklen)

⁴⁶ Akartepe, s.181

rejiminin değil, seçimlik rejimin bulunduğu, ya da katılma rejiminin bulunmasına rağmen, eşlerin TMK. md.223 f.II'deki hükmün aksine anlaşma yapmış buldukları hallerde, TMK. md.199 f.III hükmü uygulama bulabilecektir.

Taşınmazla ilgili tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlanmasına ilişkin şerh, sadece hak sahibi eşin rızasına bağlı hukuksal işlemler için uygulama bulabilecektir. Buna göre, böyle bir şerhe rağmen, taşınmaz üzerinde kanundan doğan bir rehin hakkının tesis edilmesi mümkündür. Aynı şekilde, böyle bir karar, aynı taşınmazın cebri artırma ile satışına da engel teşkil etmez.⁴⁷

TMK. md.199 f.III hükmü, tapu kaydına tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin şerh verilmesini talep koşuluna bağlamamış; bunun hakim tarafından "re'sen" yapılacağını öngörmüştür. Mahkemece bu konuda tapuya şerhin verilmesi için yazı yazılması gerekir. Ancak, İsviçre'de Aile Koruma Kurumları'nın (*eheschutzrichterliche Instanz*), gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bunu tapu idarelerine çağdaş iletişim araçlarıyla da (telefon, telefaks gibi) bildirebileceği kabul edilmektedir.⁴⁸

Tasarruf yetkisinin malvarlığı değerlerinin tamamı ya da büyük bir kısmı için sınırlandırıldığı hallerde, diğer eşin haklı bir sebep göstermeden gereken rızayı vermemesi gündeme gelebilir. Bu durumda tasarrufta bulunmak isteyen hak sahibi olan eşin, bu rızanın haklı bir sebep gösterilmeden reddedilmesi halinde ne yapacağı konusunda, TMK. md.194 f.II'den farklı olarak, TMK. md.199'da bir hüküm yer almamıştır. Ancak yasada bu konuda bir hükmün bulunmamasına rağmen, aynen TMK. md.194 f.II'de olduğu gibi, haklı sebep olmadan rıza vermeyen eşin bu tutumuna karşı hak sahibi olan eşin yargıcın müdahalesini isteme hakkı kabul edilmelidir.

7) Durumun Değişmesi

TMK. md.200 "Durumun değişmesi" kenar başlığında şu hükmü getirmiştir:

"Koşullar değiştiğinde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır".

⁴⁷ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 35. (Kılıçoğlu, Aile, s.278'den naklen)

⁴⁸ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 28 (Kılıçoğlu, Aile, s.278'den naklen).

Madde, “Birliğin Korunması” kenar başlığı altında yer alan 195-199. maddelerine dayanan koruma kararlarıyla ilgili düzenlemeler arasında yer almaktadır. Ancak bu hükmün diğer kanunlara dayalı olarak alınan önlemler için de uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁴⁹

Ailenin korunması amacıyla alınan koruma kararlarına ilişkin koşulların sonradan değişmesi mümkündür. Amaç, aileyi korumak olduğuna göre, bu koşulların değişmesi halinde alınan kararların da değiştirilmesi gerekecektir. Koruma kararlarının alınmasını gerektiren koşulların değişmesine rağmen, bu önlemlerin devam etmesi aileyi korumaz; tam aksine aileye zarar verir. Bu nedenle koşulların değişmesi halinde, bunların da ailenin korunması amacıyla değiştirilmesi gerekir.

TMK. md.195-199’daki önlemler, TMK. md.169’dakilerden farklı olarak, eşler arasında evlilik birliği devam ederken alınan önlemlerdir. Eşler arasında evlilik birliği devam etmektedir. Bu birlik devam ettiğine göre, alınan önlemler bunu gerektiren sebeplerin değişmesi halinde değiştirilebilir veya kaldırılabilir. TMK. md.200 hükmünün konuluş amacı budur.

Maddede alınan koruma kararlarının alınan önlemlerin kendiliğinden kalkmasına yer verilmemiştir. Koşullar değiştiği takdirde, önlemlerin değiştirilmesine veya kaldırılmasına hâkim karar verecektir.

Maddede koşulların değişmesi halinde ortaya çıkan yeni değişikliklere göre, hakim önlemleri değiştirilmesine ya da tamamen kaldırılmasına karar vermesi öngörülmüştür. Bu anlamda olmak üzere, çocuklarla ana ve baba arasındaki kişisel ilişkiler anlamında velayet hakkı kendisine verilen eşten alınıp diğer eşe verilebileceği gibi, ailenin geçimi amacıyla eş ya da çocuklar lehine hükmedilen nafaka miktarı ya da çocuklarla görüşme gün ve saatleri, konuttan ve ev eşyasından yararlanacak olan tarafı değiştirebilir.⁵⁰

8) Yetki

“Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir.

⁴⁹ Öztan, s. 229.

⁵⁰ Kılıçoğlu, Aile, s.279.

Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir.

Önlemlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması konusunda yetkili mahkeme, önlem kararını veren mahkemedir. Ancak, her iki eşin de yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesidir”.

Koruma önlemlerini almaya yetkili mahkeme konusunda her iki eşin de yerleşim yeri esası kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak, talepte bulunacak olan eş, kendi yerleşim yerinde ya da diğer eşin yerleşim yerindeki mahkemeye başvurabilir.

Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem talep etmişse, yetkili mahkeme ilk istemde bulunan eşin yerleşim yeri mahkemesidir.

Alınan önlemlerde değişiklik yapma yetkisi, önlem kararını veren mahkemeye aittir. Ancak bu arada, yani koruma kararının alınmasından sonra, her iki eşin yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesi olarak öngörülmüştür.

Görevli mahkeme ise, Aile Mahkemelerinin Kurulmasına İlişkin 4787 sayılı Kanun gereğince Aile Mahkemeleri'dir.⁵¹

9) Ailenin Eşlerin Hukuksal İşlemlerine Karşı Korunması

a) Eşlerin Hukuksal İşlem Özgürlüğü

Eski Türk Kanun-u Medenisi eşlerin hukuksal işlemlerde bulunabilme özgürlüğünü kısıtlayan bazı düzenlemeler içermekteydi. Bu anlamda olmak üzere, eski 159. maddede kadının bir meslek veya sanatla uğraşması kocasının iznine tabi idi. Bu hüküm, 2.7.1992 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından çalışma özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunup iptal edilmişti.

⁵¹ Kılıçoğlu, Aile, s.280.

Bunun dışında eski 169. Maddenin II fıkrasında :

“Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar,sulh hakimî tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz.

Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir.” hükmü mevcut idi.

Bu ve benzeri bazı hükümler nedeniyle, eski MK.’muz döneminde ehliyet grupları içinde “evli kadının” sınırlı ehliyetliler grubuna girdiği kabul edilmekteydi.

Yeni TMK.’muz, eski MK.’muzun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle, haklı mantığı bulunan bu hükümlerin dönemini doldurduğunu kabul etmiş ve bu tür eşitliği zedeleyeci hükümlere yer vermemiştir.

Bu anlamda olmak üzere, TMK. md.193;

“Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işleme yapabilirler” temel kuralını getirmiştir.

Ancak maddede “Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça” kaydına yer verilmiştir.

Buna göre, kanunlarda eşlerin birbirleri ile veya üçüncü kişilerle hukuksal işlem yapabilme özgürlüğüne istisna getirilmiş olabilir. Yalnız, bu hüküm “karı veya koca” için kanunlarda aksine bir hüküm olabileceğinden değil, “eşler” için böyle bir hüküm olabileceğinden söz ettiğinden, burada eşlerin hukuksal işlem eşitliğini zedeleyen bir düzenleme söz konusu değildir.

Eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünü teyit eden hükümlerden bir başkası, mal rejimlerinde eşlerin malvarlıklarını yönetme, tasarruf ve yararlanma hakkına sahip olmasına ilişkin kurallardır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde bu husus, TMK. md.223 f.İ’de; mal ayrılığında TMK. md.242; paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde TMK. md.244’de açıkça hükme bağlanmıştır.

b) Eşlerin Hukuksal İşlem Özgürlüğünün İstisnaları

Bu istisnaları iki grupta toplamak mümkündür. Bunlar kanundan ve yargı kararından doğan istisnalar olarak adlandırılabilir.

Eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünün yargı kararından doğan sınırlamasını, yukarıda TMK. md.199 hükmünü ele alarak incelemiş bulunuyoruz.

Burada şimdi, eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünün kanundan doğan sınırlamalarını ele alacağız.

Birinci istisna aile konutuyla ilgili TMK. md.194 hükmü ile getirilmiştir.

Bilindiği üzere, yeni TMK.'muzun ailenin korunması konusunda aile konutu ve konut eşyası kavramını getirmiş, bunlar için etkili korumu hükümlerine yer vermiştir. İsviçre yasa koyucusu, uzun yılların deneyimi sonucu İMK.'nun 1912 yılında yürürlüğe girmesinden 1998 yılına kadarki uygulamada, eşlerin aile yaşantısında aile konutu ve konut eşyasının önemli varlıklar olduğunun ortaya çıktığını, özellikle aile yaşantısının krize girdiği, boşanma veya ayrılık hallerinde barınma ihtiyacının ön plana çıktığını görmüştür. Bunun sonucu olarak, bu varlıklarla ilgili olarak etkili hükümler getirmiştir.

Türk Yasa koyucusu da, aynı düşüncelerle yeni 4721 sayılı TMK.'muzda aynı hükümleri aynen İsviçre'den çeviri yoluyla alarak yürürlüğe koymuştur.

Aile konutu ve konut eşyası ile ilgili korumayı iki grupta toplamak mümkündür.

Birinci gruba, aile konutu ve konut eşyasının maliki olmayan eşe yasal alım hakkı girmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejimiyle ilgili olarak TMK. md.240; paylaşmalı mal ayrılığı ile ilgili olarak TMK. md.254 ve mal ortaklığı rejimiyle ilgili olarak TMK. md.279 hükümleri yanında, eşler arasında mal rejimi ne olursa olsun, ölüm halinde sağ kalan eşe yasal alım hakkı tanıyan TMK. md.652 hükümleri buraya girer. Burada hukuksal işlem özgürlüğünün kısıtlanması değil, mülkiyet hakkına yasadan kaynaklanan alım hakkı tanımak suretiyle mülkiyet

hakkının kısıtlanması söz konusudur.⁵² Bu hükümleri evlilik birliğini koruyan hükümler olarak değil, tam aksine eşlerin korunması olarak değerlendirmek gerekir. Zira, TMK. md.240, 279 ve 652 hükümlerinin uygulandığı hallerde evlilik birliği ölüm, TMK. md.254'ün uygulandığı hallerde evlilik birliği ölüm veya boşanma ile son bulmuştur. Artık evlilik birliği ve bunun korunması söz konusu olmadığından, burada eşlerin korunması söz konusudur.

İkinci gruba ise aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini fesih ve tasarruf yetkisinin sınırlanması girer.

Burada bu ikinci gruba giren hukuksal işlem, TMK. md.194'te yer almaktadır. Bu madde, eşler arasında evlilik birliği devam ederken uygulandığından, burada yukarıdaki diğer maddelerden farklı olarak evlilik birliğinin korunması amaçlanmıştır. Evlilik boşanma veya benzeri bir sebeple son bulmuşsa aile konutu ile ilgili TMK.md.194 hükmünün uygulanması artık söz konusu olamaz.⁵³

TMK. md.194, aile konutu ile ilgili olarak malik eşin sözleşme ve tasarruf yetkilerini sınırlandırmaktadır. Bu hükme göre; aile konutu kiralık ise, kiracı olan eş, kiracı olmayan eşin açık rızası olmaksızın kira sözleşmesini feshetme yetkisine sahip olamayacaktır. Burada, kiracı eşin kira sözleşmesini sonlandırma özgürlüğü kısıtlanmıştır. Bu hükümle uyumlu olarak, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni TBK. md.349'da benzer hüküm, konut kiralari için tekrar edilmiştir. Keza, aile konutu eşlerden birinin mülkiyetinde ise, bu eş diğerinin açık rızası olmaksızın konut üzerinde tasarruf işlemlerini yapamayacaktır. Burada malik olan eşin konutu, aile konutu ise, tasarruf işlemlere yapabilme özgürlüğü sınırlandırılmıştır.⁵⁴

İkinci istisna; edinilmiş mallara katılma rejiminde diğer eşin katılma alacağına ilişkin korumaya ilişkindir.

TMK. md.229 b.1 hükmüne göre, edinilmiş mallara katılma rejiminde bir eşin diğerinin rızasını almadan mal rejiminin sona erme-

⁵² Ahmet M. Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler, Ankara 2002, s.5.

⁵³ Yargıtay 2. HD. 13.01.2010 , E.2009-/19922, K.2010/387 - YKD C.36, S. 4, Nisan 2010, s. 602.

⁵⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.80.

sinden önceki bir yıl içinde olağan hediyeler dışında yaptığı bağışlar ile, aynı maddenin b.2 hükmüne göre malik olan eşin malvarlıklarını diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı tasarruflara rağmen, bunlar mal rejiminin tasfiyesinde hesaba katılacaktır. Bu hükümle, malik olan eşin yaptığı bağış veya kötünietli temlikleri geçersiz sayılmamakta, fakat diğerinin rızasını almadığı için bu tasarruflar nedeniyle tasfiyede eşine katılma alacağı ödemek zorunda bırakılmaktadır.

Bu hüküm, edinilmiş mallara katılma rejiminde bağış konusu malvarlığının malik olmayan eşin bundaki katılma alacağını korumaktadır. Bu koruma, dolayısıyla, aileyi koruyan bir hüküm niteliğindedir. Yasa edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan eşin katılma alacağının boşa çıkartılmasına ilişkin, bağış ya da kötünietli temliklere karşı koruma getirmiştir.

Üçüncü istisnayı eşlerin paylı mülkiyet konusu bir mala sahip olduklarında, bir paydaşın payı üzerinde diğerinin rızası olmadan tasarrufta bulunamaması oluşturmaktadır.

TMK. md.223 f.II gereğince; edinilmiş mallara katılma rejiminde eşler paylı mülkiyet sahibi oldukları bir malda diğerinin rızası olmadan tasarrufta bulunamaz.⁵⁵ Madde bu hükmüyle, eşlerin mutlu ve ömür boyu sürecek bir gelecek düşüncesiyle, paylı mülkiyet konusu bir mal edindiklerinde, bir paydaşın payını bir üçüncü kişiye devir etmek suretiyle hiç beklenmedik yabancı bir kişinin paydaş olmasını önlemek istemiştir. Bu hükümle getirilen düzenleme ile rıza alınmadan yapılan tasarruf geçersiz sayılmaktadır. Buna göre, burada paylı mülkiyet konusu malda paydaş olan eşin tasarruf yetkisi sınırlandırılmıştır.

Dördüncü istisna, kefaletin diğer eşin rızasına bağlı olmasıyla ilgilidir.

TBK'nda kanundan doğan hukuksal işlem özgürlüğünün bir istisnası olarak 584. maddesi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir eşin üçüncü kişinin borcu nedeniyle alacaklı ile akdettiği kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, diğer eşin rızasını alması gerekecektir.

⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz.: Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, Eşlerin Paylı Mülkiyetleri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.114, Ankara 2014.

Bilindiği üzere kefalet sözleşmesi, bir teminat sözleşmesidir. Kefil, başkasına borçlu olan üçüncü kişinin bu borcunun ödenmemesi riskini üstlenmekte ve alacaklıya güvence vermektedir. Borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, kefil borcu ifa ile yükümlü olabilmektedir. Bu durum, ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokabilir. İşte bu nedenle, yasa koyucu TBK. md.584 hükmü ile İsviçre’de olduğu gibi, bir eşin kefaletinin diğerinin açık rızasına bağlamıştır.

Kaynakça

- Akartepe Alparşlan, “Evlilik Birliğinde Eşlerden Birisinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009
- Akipek Jale- Akıntürk Turgut- Karaman- Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci cilt. 10. Bası, İstanbul 2013.
- Akıntürk Turgut -Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 2. Cilt, Yenilenmiş 16.Bası, Ankara 2014.
- Ayan Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Ankara 2004.
- Badur Emel, Eşin Rızası, *TBB Dergisi*, S.109, Kasım 2013.
- Dural Mustafa - Öz Turgut, Türk Özel Hukuku, C. IV, B. 2, İstanbul 2003.
- Dural Mustafa- Ögüz Tufan- Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C. (Aile Hukuku), Bası 10, Şubat 2015.
- Hasenböhler Franz, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II, 1 c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Dritte Lieferung, Art.169-180, Zürich 1997 [Kısaltılmış: Dritte Lieferung].
- Hasenböhler Franz, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II, 1 c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Erste Lieferung, Art.159, 163-168, Dritte völlig neu bearbeitete Auflage vom lic iur Verena Braem, Dr Franz Hasenböhler, Zürich 1993, [Kısaltılmış: Erster Lieferung].
- Honsell Heinrich- Vogt Nedim Peter- Geiser Thomas, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3.Auflage, Basel-Genf-München 2006.
- Gençcan Ömer Uğur, Mal Rejimleri, Ankara 2010.
- Gençcan Ömer Uğur, Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat-Nafaka, Ankara 2000.
- Gençcan Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar, 2. Cilt, Ankara 2015
- Güven Kudret, “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Getirdiği Hukuki Tedbirler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Ankara 1999.

- Kılıçoğlu Ahmet M., Medeni Kanunumuzun Aile Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 2014
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Bası , Ankara 2014.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002.
- Kılıçoğlu Yılmaz Kumru, Eşlerin Paylı Mülkiyeti, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s.114, Eylül Ekim 2014.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.
- Özuğur Ali İhsan, Gerekçeli Açıklamalı İçtihatlı, Nafaka Hukuku, 6. Bası Ankara 2015.
- Samat Murat, "Evlilik Birliğinin Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

MÜLKİYET HAKKINA DAYALI TEHLİKENİN ÖNLENMESİ SORUMLULUĞUNDA DAVA YOLU

THE SHORT CAUSE IN THE LIABILITY OF PREVENTION OF RISK BASIS OF THE PROPERTY RIGHT

Cüneyt UYSAL*

Özet: Zarar tehlikesinin adaletsizlik ortaya çıkarılmadan önlenmesi işlevini yerine getirmesi nedeniyle bir zararın tazmin edilmesine göre tehlikenin önlenmesinin, adalete hizmet etmekte hukukun düzeltici kurumlarına nazaran daha etkili olduğu değerlendirilmektedir. Zarar ortaya çıkmadan zarara neden olan faktörlerin ortadan kaldırılması, dava yolu ile elde edilebilecek tazminat hakkına göre zarar görecelere daha etkili bir hukuki koruma sağlamaktadır. Zararın ortaya çıkmasından sonra zarar görenin tüm zararları giderilmez. Bu nedenle zarar ortaya çıkmadan zarar tehlikesinin önlenmesi, daha adil sonuçlar ortaya çıkaracaktır.

Zarar tehlikesinin önlenmesinin, sadece taşınmaz, bina ve yapı eseri malikinin hukuki sorumluluğu ile sınırlanmasının, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçları tam olarak karşılamadığı anlaşılmaktadır. Tehlikeli bir faaliyet yürüten tüm işletmelere yönelik olarak işletme tehlikesini artıran faktörlere ilişkin olarak genel bir zararın önlenmesi yolunun düzenlenmesine ihtiyaç olmaktadır.

Zarar tehlikesi ile karşılaşmanın ihkak-ı hak kapsamında malikin mülkiyet hakkını ihlal ederek resen alacağı tedbirler yeni uyuşmazlıklar ortaya çıkarabileceğinden idari yoldan tehlikenin önlenmesine ilişkin bir yöntemin yasal düzenleme konusu yapılması önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tehlikenin Önlenmesi Sorumluluğu, Mülkiyet Hakkı, Dava yolu

Abstract: The prevention of risk is regarded as a more efficient legal protection with regard to compensation for damage to serve the purpose of justice compared to other compensative legal remedies. The reason for this is that it fulfils the function of prevention of risks by the time injustice is not taken place. To remove infictive factors before risks had occurred enables sufferer to obtain more efficient legal protection than right to compensation, because sufferer's all consequential damages cannot to be recovered after risks occur. So, the prevention of risk, before risks had occurred, renders more just results.

* Sungurlu Adliyesi Hâkimi, cnytysl@gmail.com

It is concluded that the prevention of risk is limited to real property, construction, building owners' legal liability that does not satisfy the emerging needs in practical terms. Therefore, general prevention remedies is needed regarding business jeopardy for all risky ventures..

It is suggested that a kind of short cause should prevent any kind of risen risk within the scope of self protection with transgressing right of ownership on his own motion without resorting any judicial procedure.

Keywords: The Liability Of Prevention Of Risk, The Property Right, The Short Cause

GİRİŞ

Tehlikenin önlenmesi sorumluluğu, özü itibariyle haksızlık oluşturmaya elverişli olayları kapsar. Zarar tehlikesi, tazminat sorumluluğuna yol açan tüm hallerde söz konusu olabilmektedir. Tehlikenin önlenmesi sorumluluğu kavramı çalışmamızda bina ve taşınmaz malikinin hukuki sorumluluğu kapsamında incelenmiştir. Zarar tehlikesinin bir haksızlık veya adaletsizlik ortaya çıkmadan önlenmesi işlevini yerine getirmesi nedeniyle, bir zararın tazmin edilmesine göre tehlikenin önlenmesinin, adalete hizmet etmekte hukukun düzeltici kurumlarına nazaran daha etkili olduğu değerlendirilmektedir. Zarar henüz ortaya çıkmadan zarara neden olan faktörlerin ortadan kaldırılması, dava yolu ile elde edilebilecek tazminat hakkına göre zarar görecelere daha etkili bir hukuki koruma sağlamaktadır.¹ Zira adli yargılama sürecinin geç işlemesi kadar, sorumluluk hukukunda ifade edilen zarar görenin kural olarak bu zarara katlanması gerektiği konusundaki ilke² (Casum sentit dominus) nedeniyle zarar görenin

¹ Hayriye Şen Doğramacı, "Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğünün Sorumluluk Hukukundaki Yeri ve Önemi", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Hukuk Özel Sayısı, Eskişehir 2013, s. 56 "Tehlikeyi önleme yükümlülüğü, teknolojik ve bilimsel hayattaki gelişmelerle uyumlu bir sorumluluk düzeni sağlanmasında sözleşme dışı sorumluluk hukuku alanına dâhil edilen temel ilkelere dindir. Tehlikeyi önleme yükümlülüğü, sorumluluk hukuku alanında çok yönlü görevler yerine getirir. Bir yandan söz konusu ilkeye dayanılarak sorumluluk hukukunun sözleşme dışı sorumluluk-sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin yarattığı nispi adaletsizliğin giderilmesi konusunda ara bir çözüm bulunmuş olacağı gibi diğer taraftan kusur ilkesi, unsurlarının geniş yorumlanmasıyla günümüz koşullarına uygun bir yapıya kavuşturulacaktır."

² Fikret Eren, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Beta yayınları no:361, Sevinç

her zaman tüm zararları giderilmez. Üstelik maddi zarar oluşturan bir olayın aynı zamanda manevi bir zarar oluşturması nedeniyle zarar görenin gerçekte tüm zararları kapatılmaz. Örneğin zarar görenin dava yolu ile zararının giderilmesi için kaybettiği zaman, zarar görenin davasını düşünmesi nedeniyle yaşadığı endişe gibi manevi zararlar hiçbir şekilde giderilemez. Bu nedenle zarar henüz ortaya çıkmadan, bu zararı oluşturan tehlikenin ortadan kaldırılması uygulamanın aksine somut olay adaletini yerine getirmede daha başarılı bir işleve sahip olmaktadır. Zarar tehlikesini önleme sorumluluğu, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda düzenleniş şekli itibariyle bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğuyla bağlantılı olarak düzenlenmesi nedeniyle diğer kusursuz sorumluluk hallerinde maddenin uygulanmasında tereddüt oluşturabilecektir.³

I- KANUNİ DAYANAK

İnceleme konusu yapılan zarar tehlikesinin önlenmesi ile ilgili eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'(BK) nun tedbirler başlıklı 59. maddesi şöyledir:

“Bir binadan yahut diğer bir şahsın imal ettiği şeylerden dolayı zuhura gelecek bir zarara maruz olan kimsenin, tehlikeyi bertaraf etmek için, lazım gelen tedbirlere tevessül etmesini malikten talep etmeye hakkı vardır.

Şahısların ve malların vikayesine dair olan zabıta nizamları baki-
dir”.

Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'(TBK) nun tedbirler başlığı yerine geçen zarar tehlikesinin önlenmesi başlıklı 70. maddesi şöyledir:

“Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.

Matbaası, İstanbul 1998, s. 457 “Herkes hukukça korunan varlıklarında, özellikle mal ve şahıs varlığında meydana gelen zarara, ilke olarak, bizzat katlanmak zorundadır.”

³ Eren, a.g.e., s. 487“Ceza hukukunun aksine sorumluluk hukukunda salt tehlike, sorumluluk doğurmaz.”

Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır.”

Yine, konunun açıklığa kavuşması bakımından 08.12.2001 tarihinde yayınlanan ve tamamı 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’(TMK) nun 730. maddesine de değinmek gerekmektedir:

“Bir taşınmaz malikinın mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski haline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir.

Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir”.

Bu üç hüküm beraberce nazara alındığında; kamu hukukuna ilişkin düzenlemeler varsa zarar tehlikesinin önlenmesine ilişkin TBK’nun 70. maddesi uygulanmaz.⁴ Örneğin Çevre Kanunu’nun 13. maddesi ile bina ve yapı kapsamındaki işletmelerin tehlikeli atıklarının toplatılması ve imhası ile ilgili özel düzenleme, kamu hukukuna ilişkin hususlar arasındadır.

Eldeki çalışmada yukarıdaki maddeler karşılaştırmalı olarak incelenecek ve hükmün günlük hayattaki uygulanma değeri üzerinde durulacaktır.

Tehlike altında bulunan kişiye, malike karşı doğrudan bir talep hakkı tanınarak, onun zor duruma düşmesi önlenmek istenmiştir. Borçlar kanunundaki düzenlemenin mülkiyet hakkıyla kayıtlı olması nedeniyle daha geniş bir düzenleme alanına sahip olduğu vurgulanmaktadır.

Bina ya da yapı eseri malikinın hukuki sorumluluğu sebep sorumluluğu olup kusura dayanmadığından zarar tehlikesinin önlenmesi talebi içinde malikin kusuru aranmaz.

Zarar tehlikesinin önlenmesi, bina ve yapıların tehlikelerine maruz kalabilecekleri tehlikelere yönelik bir talep hakkı olarak karşımıza çıkar.

⁴ M. Ahmet Kılıçoğlu, “Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)”, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 253”Zarar tehlikesinin giderilmesine ilişkin kuralların başında özellikle imar kanunu ve imar hukuku ile ilgili yönetmelikler yer alır.”

Zarar tehlikesine maruz kalabilecek kişiler yönünden bir sınırlama getirilmemiştir.

II - ÇEŞİTLİ YÖNLERİ

A-Sorumluluğunun şartları

Zarar tehlikesinin önlenmesinden söz edilebilmesinin koşulları TBK'nun 69. maddesinde düzenlenen bina ve yapı eseri malikinin hukuki sorumluluğuyla paralellik göstermektedir.

Buna göre; öncelikle bir taşınmaz, bina veya yapı eseri bulunmalıdır.

Taşınmaz 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 704. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre taşınmaz; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerden oluşabilir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesi ile bina ve yapı kavramları tanımlanmıştır.

Bina: kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır.

Yapı ise: karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.

Bina ve yapı kavramlarında ortak olan özellik insan eliyle yapılmış olmalarıdır. Doğal yollarla oluşan ağaçlar, mağaralar, tepeler yapı veya bina kavramı içerisinde yer almaz.

Bina ve yapıdan söz edilebilmesi için bina ve yapının inşaatının belirli ölçüde tamamlanması gereklidir. Henüz inşa halinde olan bir bina veya yapının tanımlarında belirtilen işlevlerini yerine getirmesi mümkün olmadığından TBK'nun 70. maddesindeki sorumluluğun oluşması olanaklı olmadığına dair görüşler⁵ olsa da biz bu görüşe ka-

⁵ M. Kemal Oğuzman -M. Turgut Öz, "Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)", Altıncı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 616

ılmamaktayız. Zira önemli olan yapının tehlike arz edebilecek düzeyde tamamlanmasıdır.

İnşaat tamamlanmadan önce bina veya yapı değil, bina veya yapı inşaatı söz konusudur.⁶

İnşaat halinde olan binanın malikinin TBK 70 kapsamı dışında yer alması ülkemizde bina inşaatlarına ilişkin iş güvenliğine dikkat edilmemesi nedeniyle inşaat faaliyeti nedeniyle meydana gelen olağan tehlikeye karşı TBK 70. maddesinin işletilebilmesi menfaat dengesine daha uygun bir çözüm olacaktır.

Taşınmaz, bina ve yapı eserinin mütemmim cüzleri ile teferruatı niteliğindeki unsurlarından ileri gelen tehlikeler de maddenin kapsamındadır.

Taşınmaz, bina ve yapının gerek kendisinin gerekse mütemmim cüz ya da teferruat niteliğindeki unsurlarının nispeten sabit olması bunların bina ve yapı kavramı içerisinde yer alması için yeterlidir.⁸

Zarar tehlikesi sorumluluğun ikinci koşulu ise taşınmaz, bina veya yapının malikinin bulunması gerekir. Binanın bakımındaki eksiklerle sınırlı olmak üzere oturma ve intifa hakkı sahiplerinin de sorumluluğu yoluna gidilebildiğinden binadaki bakım eksikliğinden kaynaklanan zarar tehlikelerine yönelik olarak intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de malikle birlikte sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

Zarar tehlikesinin önlenmesi bakımından mülkiyetin elbirliği ya da ortak mülkiyet olması veya malikin gerçek ya da tüzel kişi olması sonucu değiştirmemektedir.

⁶ Oğuzman-Öz, a.g.e., s. 616

⁷ Yargıtay 4.H.D.'nin 11.03.2010 Tarih ve 2009/1377 E.-2010/2690 K. sayılı kararı "...Elektrik Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliği'nde, kırsal kesimde bulunan olay yerinde elektrik akımının ahşap direk üzerinden taşınmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamakta ise de, Hukuk Genel Kurulu'nun 12.03.2003 gün ve 2003/4-144 Esas; 2003/161 Karar sayılı kararında '...Yapım bozukluğu, bir inşaatın kötü yapılmasını, imal ve inşaat zamanında uyulması gerekli olan teknik kurallara uyulmamış olmasını ifade eder. Bir yapı eserinin maliki, bunların hiç kimse ve hiçbir şey için tehlike taşımayacak şekilde yapılmasını ve işlenmesini garanti etmekle yükümlüdür. Bu nedenle, bir yapı eserinde herhangi bir yapım bozukluğu olmasa bile, ek güvenlik ve koruma tertibatının bulunmaması, yine de bir yapım eksikliği sayılır.'..."

⁸ Ahmet Çelik, "Bina ve yapı malikinin hukuki sorumluluğu", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Ü.S.B.E. Özel Hukuk A.B.D., Ankara 2006, s.27

Şeklen malik olmak yeterli olup zarar tehlikesi ile karşılaşmanın, ortalama bir araştırma ile malik olduğu anlaşılan kişinin sorumluluğu yoluna gitmesi mümkündür.

Kural olarak zilyetlik, taşınmaz, bina ve yapı eseri malikinin hukuki sorumluluğunun bir unsuru değildir. Yani malik yerine binanın ya da yapının zilyedine TBK'nun 70. maddesi kapsamında talep bulunamaz.⁹ Buna karşın olağan veya olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz edinilmesine ilişkin hükümlere dayanarak taşınmaz üzerinde beklemeye hakkı olan zilyedin zilyetliğine değer verilerek anılan hukuki sorumluluğun zilyete yöneltilebileceği değerlendirilmektedir.

Üçüncü koşul ise zarar tehlikesine,¹⁰ bina ya da yapıdaki yapıım bozukluğu veya bakım eksikliği veya taşınmazın aşkın ve taşkın kullanılması yolu ile mülkiyet hakkının kötüye kullanılması neden olmalıdır.

Zarar tehlikesini önleme sorumluluğunun dördüncü koşulu ise zarar tehlikesine illiyet bağıını kesen bir nedenin yol açmamış olmasıdır. Buna göre illiyet bağıını kesen sebepler zarar görenin ya da 3. kişinin ağır kusuru¹¹ ve mücbir sebeplerdir. İlliyet bağıını kesen nedenler varsa zarar tehlikesine bu nedenler yol açıyorsa, zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğundan söz edilemez.

⁹ Çelik, a.g.e., s.30," Malikin, bina veya yapı eserini doğrudan doğruya zilyetlik kurallarına göre şahsen kullanması gerekmez. Bu sebeple, bir bina veya yapı eseri; intifa, oturma (sükna) hakkı gibi bir sınırlı aynı hak sahibinin ya da kira sözleşmesinde olduğu gibi şahsi hak sahibi kiracının zilyetliği altında olsa bile, BK. m. 58 gereğince bu kişiler değil, yine malik sorumlu olacaktır. Zira bu kişiler doğrudan doğruya zilyet olmalarına rağmen malik sıfatları bulunmamaktadır."

¹⁰ Doğramacı, a.g.m.,s.58,59" Tehlikeyi önleme yükümlülüğü öğretide, izinli bir fiille tehlikeli bir durum yaratan kişinin başkalarının zarar görmemesi için gereken her türlü önlemi alması şeklinde tanımlanmıştır. Sorumluluk hukukunun yazılı olmayan bu ilkesi uyarınca, başkalarına zarar verebilecek bir durum yaratan kimse, durumun gerektirdiği koruma önlemlerini almakla yükümlüdür..."

¹¹ Zeynep Uyar Özbek, "Türk Hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu", Dicle Ü. S.B.E. Hukuk A.B.D. Özel Hukuk bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2009,s. 64. Zarar verenin ek kusuru halinde yazara göre " Kusursuz sorumlu kişi, dikkat ve özen ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde kurtuluş kanıtı getirerek; tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde ise, "zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuruna dayanan" illiyet bağıını kesen sebeplere başvurarak sorumluluktan kurtulamayacak"tır.

B-Özellik arz eden hususlar

Bina ve yapı malikinin sorumluluğu için kurtuluş kanıtı getirilmediğinden zarar tehlikesinin önlenmesi bakımından da bir kurtuluş kanıtı ileri sürülmesi olanaklı değildir.

Bina veya yapı eseri sebebiyle bir zarara uğrama tehlikesi baş göstermişse, o zaman bu tehlike karşısında bulunan herkes malikten tehlikeyi önlemesini isteyebilir. Bu şekilde talepte bulunma hakkı, sadece komşu taşınmazın sahibine değil, her ilgiliye de tanınmıştır. Örneğin, bina veya yapı eserinin yanından tesadüfen geçen bir kişi de zarar tehdidi altında bulunan kavramının kapsamı içinde kabul edilmektedir.

Yapının dış etkilerle arz ettiği her tehlike de söz konusu hükme dayanabilir.¹²

Bir binada oturan kiracı veya intifa hakkı sahibi de isterlerse TBK'nun 70. maddesinde düzenlenen talep hakkından yararlanabilirler.¹³

Zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıya bulunan kişilerin, TBK'nun 70. maddesindeki hukuki korumadan yararlanabilmesi için, tehlike arz eden bir bina veya yapı eserinin bulunması ve belli bir tedbirin alınmasıyla bu tehlikenin önlenebilir olması gerekir. Örneğin, bir çukurun kapatılması,¹⁴ yıkılmaya yüz tutmuş olan bir duvarın tamir edilmesi, taşan su borusunun düzeltilmesi gibi tedbirlerin alınması talep edilebilir.

Bina ve yapı malikinin sorumluluğu, sebep sorumluluğu olduğundan talep hakkının kullanılması için; tehlike ile taşınmaz, yapı veya bina arasında illiyet bağı olması, tehlikenin yapı ya da bina malikinin özen yükümlülüğünün ihlalinin sonucu olması gerekli ve yeterlidir. Kurtuluş kanıtı getirilemeyen bina ya da yapı malikinin tehlike sorumluluğunda özen yükümlülüğünü aramanın pratik bir faydası yoktur. Özen yükümlülüğünün teorik bir faydasından söz edilebilir.

¹² Oğuzman -Öz, a.g.e, s.624

¹³ Çelik, a.g.e., s.93

¹⁴ Yargıtay 4.H.D.'nin 02.11.1987 Tarih 662 E. -6934 K. sayılı kararına göre: "...Açılan kanalın yarattığı tehlikenin giderilmesi için, komşu tarlanın kiracısı tarafından bu kanalın açıldığı tarlanın malikine karşı, BK m.59'a göre dava açılabilir..."

Bina ve yapı malikinin hukuki sorumluluğu olağan sebep sorumluluğu olduğundan kusura ilişkin bir kavram olan ve davalının en küçük bir kusurunun dahi olmamasını ifade eden “her türlü özenin gösterilmesinin” bir kurtuluş kanıtı olmaması nedeniyle bina veya yapıdaki bozukluk ile zarar tehlikesi arasında illiyet bağı bulunması yeterlidir. Kurtuluş kanıtı getirilememesini hakkaniyet sorumluluğuna bağlayan yazarlar ağırlıkta olmakla birlikte objektif özen borcunun bir sonucu olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır.¹⁵ Bina ve yapı malikinin sorumluluğunun tehlike sorumluluğuna yaklaşması nedeniyle bir kurtuluş kanıtı getirilmediği düşünülebilir. Bina ve yapı malikinin sorumluluğu esasında tehlike sorumluluğuna yaklaşan ağırlaştırılmış sebep sorumluluğudur. Zarar tehlikesinin önlenmesi için ayrıca bir yasal düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyularak TBK’nun 70. maddesinin düzenlenmesi bu görüşümüzü desteklemektedir.

Zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunun ön şartı öncelikle tehlikenin giderilmesi için alınabilecek tedbir ya da tedbirler bulunmasıdır. Alınabilecek bir tedbir yoksa zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğundan söz edilemez. Örneğin inşa ettiği bina nedeniyle zemindeki kayma üzerine heyelana yol açan bir taşınmazın sahibinden tonlarca toprak hafriyatı yaparak taşınmazın değerinden dahi fazla olan bir masraf altına girmesi beklenmeyeceğinden bu gibi hukuki imkânsızlık durumlarında alınabilecek bir tedbir yoktur. Zira bu olayda hakkaniyet sorumluluğun, tehlikeye yol açan malvarlığının değeriyle sınırlamayı gerektirmektedir. Heyelana yol açma tehlikesi olan taşınmazın malikinden zarar tehlikesinin giderilmesi talep edilemez. Ancak malikten heyelan tehlikesine ilişkin bir uyarı koyması istenebilir.

Bina ya da yapının imali, işletilmesi veya kullanılmasının doğru dan sonucu olmayan tehlikelere ilişkin zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğu meydana gelmez. Ancak ortak illiyet bağı durumunda zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunun somut olayın koşullarına göre tartışılması gerekmektedir.

¹⁵ <http://hukukiyardim.blogcu.com/bina-ve-insa-eseri-sahibinin-sorumlulugubolum-1/3986939>, E.T:12.06.2013

Bina veya yapıdaki mevcut bozukluk¹⁶ ya da eksiklik ile birlikte malikin kusurlu hareketi sonucu tehlike ortaya çıkarmışsa bu duruma mahsus olarak hakların telahukundan söz edilebileceğinden TBK'nun 70. maddesine dayanılarak talepte bulunulabilir.

C-İlliyet bağı

Zarar tehlikesinin mevcut veya muhtemel olması yeterli olup zarar tehlikesinin yakın olması gerekmez. Doğrudan zarar, dolaylı zarar ayırımına paralel olarak zarar doğurma ihtimali olan olayın uzak sonuçlarına ilişkin sorumluluk doğmadığına dair bir ayırım yapılmamıştır. Gerek yansıma zarar¹⁷ oluşturan tehlikelerde, gerekse zarar tehlikesi doğuran olay ile tehlike arasındaki illiyet bağına eklenen ve tehlikeli sonucu doğuran olaylar bakımından illiyet bağının kesilmesi sonucunu doğurmayan tüm olaylar bakımından illiyet bağının bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Buna göre kanunun koruduğu hukuki değer taşınmaz, bina ve yapıların neden olduğu tehlikelerin giderilmesi olduğuna göre tazminat talebine konu olabilecek bir zarara yol açan her tehlike için TBK'nun 70. maddesine dayanılması mümkündür. Ancak uygun illiyet bağına göre TBK'nun 69. maddesi kapsamında tazminat talebine konu olamayacak bir zarara yol açan bir tehlike için TBK'nun 70. maddesine göre talepte bulunup bulunulamayacağı konusunda açıklık yoktur. Yine de TBK'nun 70. maddesinin amacının zarar tehlikesinin önlenmesi olduğuna göre, uygun illiyet bağı teorisini genişleten hukuka aykırılık bağı teorisine göre¹⁸ sonuca gitmek gerekmektedir. Buna göre; zarar tehlikesinin neden olduğu uzak zararlı sonuçlar bakımından da bir tazminat sorumluluğu gündeme gelmese dahi

¹⁶ Kılıçoğlu, a.g.e., s.250 "Yapım bozukluğu, yetkililerin hukuka aykırı işlem yapmaları ve izin vermelerinden kaynaklanmış olabilir."

¹⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s.211 "Haksız eylem bazı hallerde, bu eylemin yöneldiği kişiler dışında kalanlarında zarara uğramasına yol açabilir."

¹⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 214,215 "yazar hukuka aykırılık bağı teorisi için 3 koşul olduğunu ifade etmiştir. Bunlar: 1- Uygun illiyet bağının tespitinde mantık kuralları sorumluluk doğurmadığı takdirde ahlak değerlerinin zarar verenin sorumlu olmasını gerektirmesi halinde illiyet bağının bulunacağı kabul edilmelidir. 2- Sorumluluğun kaynağı olan hukuk kuralının korumak istediği kişi ya da kişilere yönelik bir zarar varsa şart teorisine göre sonuca gitmek gerekir. Ölenin desteğinden yoksun kalmaya ilişkin zararlar bu kapsamdadır. 3-Korunmak istenen kişiler açık değilse tazminat sorumluluğuna yol açan hukuk kuralının koruduğu hukuki değere yönelik zararlar bakımından illiyet bağının bulunduğunu kabul etmek gerekir."

hakkaniyet gerektiriyorsa zarar tehlikesinin önlenmesi talep edilebilir. Zira zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunun tazminat sorumluluğundan geniş tutulmak suretiyle olası tazminat davalarının önüne geçilmesi kanunun amaçları arasındadır.¹⁹

Ç-Ortak illiyet

Ortak illiyet kavramı doktrinde, tek başına somut olayda meydana gelen türde bir sonucu meydana getiremeyen birden fazla sebebin bir araya gelmesi ile oluşur.²⁰ Birden fazla sorumluluk nedenin bir araya geldiği ortak illiyet türü yalın ortak illiyettir.²¹

Ortak illiyette müteselsil sorumluluk olduğu gibi sebeplerin bir araya gelmiş olması gerekir.

“Ortak illiyetin ve dolayısı ile müteselsil sorumluluğun söz konusu olması için meydana getirilen zararın tek ve aynı zarar olması, bunun failer arasında bölünmesinin mümkün olmaması gerekir. Eğer her sebep, bölünebilen, müstakil bir zarar meydana getirmişse, ortak illiyet ve dolayısı ile müteselsil sorumluluk söz konusu olmaz. Bu takdirde sebeplerden her birinin faili, meydana getirdiği bağımsız zarar için BK. 41’e göre ferdan sorumlu olur.”²²

Bina veya yapıda başlı başına tehlike oluşturmayan bir olgunun araya başka olaylar girmesi ve ya eklenen olaylar nedeniyle tehlikeye yol açması halinde, illiyet bağının araya giren olaylarla kesilmemesi

¹⁹ Doğramacı, a.g.m., s.58 “Sorumluluk hukuku alanında zaman içerisinde meydana gelen değişiklik, yalnızca, sübjektif sorumluluk ilkesinin uygulama alanının, objektif sorumluluk ilkesi lehine daralmasından ibaret değildir. Bunun yanında, sübjektif sorumluluğun kurucu unsurlarının da geniş yorumlanmasıyla zarar veren sorumluluk kapsamı genişletilmiştir. Kusurluluğun saptanmasında objektifleştirilmiş kusur kavramının benimsenmesi, hukuka aykırılık kavramının kapsamının genişletilmesi anlatılanları destekler niteliktedir. Bunun yanında günlük yaşamda ortaya çıkan değişiklikler, sorumluluk hukuku alanında hakkaniyete uygun çözümlere ulaşılabilmesi için yeni ilkelerin kabulünü gerektirmiştir.”

²⁰ Fikret Eren, “Sorumluluk Hukuku Açısından İlliyet Bağı Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:361, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 149 “Hiç biri tek başına yeterli olmayıp, ancak bir araya gelmek suretiyle zararlı sonucu doğuran sebepler topluluğuna, ortak illiyet adı verilir.”

²¹ Eren, a.g.e. (İlliyet), s.150 “Yalın ortak illiyette zararlı sonucu birden çok sebebin meydana getiren sorumlu şahıslar arasında birlikte hareket iradesi yoktur. Hatta bu ihtimalde, sorumlu şahıslar birbirlerinin davranışından bile haberli değildir.”

²² Eren, a.g.e. (İlliyet), s.154

halinde ortak illiyetten²³ söz edilebilir. Ortak illiyet oluşturan halin öngörülmesinin objektif özen yükümlülüğü kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi sonucunda zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Ortak illiyet durumunda taşınmazın aşkın kullanılmasına yahut binadaki bakım eksikliğine ya da imal hatasına eklenen nedene dair çoğu halde zarar tehlikesinin önlenmesine ilişkin hukuki bir düzenleme bulunmaz. Buna göre bina ya da yapıdaki bir unsura illiyet bağı yönünden eklenen diğer unsurdan doğan tehlikeyi önleme yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden, örf adet hukukundan kaynaklanmıyorsa, davalının zarar tehlikesine yol açan illiyet bağına eklenen olayı öngörmesi noktasında özel bir yükümlülüğü yoktur. Yani bu halde illiyet bağına eklenen neden yönünden tehlikenin önlenmesi borcundan söz edilemez. Bu nedenle genel kurala göre sonuca varmak düşünülebilirse de TBK'nun 70. maddesinin zarar gören için daha avantajlı olduğunun anlaşılması halinde zorunlu olarak objektif özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirme yapmak gerekecektir. Ancak bu halde de bina ya da yapıdan kaynaklanmayan bir tehlikenin nasıl olurda objektif özen yükümlülüğü gibi ağır bir sorumluluk ile karşılanmasına hukuki bir açıklama getirmek güçleşmektedir. Zira TBK'nun 60 maddesi hukuki nedenlerin karma uygulanmasına olanak tanımamıştır.

Bina ya da yapıdaki bir unsura illiyet bağı yönünden eklenen diğer unsurdan kaynaklanan tehlikeyi önleme yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden, örf adet hukukundan kaynaklanıyorsa TBK'nun 60. maddesi hükmüne göre kanun aksine hüküm getirmediği zarar gören açısından en iyi giderim imkânı sağlayan hukuk kuralına göre hukuki meselenin çözümlenmesi gerekmektedir.

Daha da somutlaştırmak gerekirse; zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğuna yol açan olaya eklenen olayın 3. kişinin ağır olmayan kusuru gibi bir nedenle tehlikenin artması durumunda olduğu gibi zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğuna yol açan olaya eklenen olayın bina ve yapı malikinin sorumluluğu bahsinde geçen nitelikte bir olay olmaması halinde hukuki meselenin hangi hukuki nedenlere

²³ Eren, a.g.e. (İlliyet), s.154 "Hiçbiri tek başına yeterli olmayıp, ancak bir araya gelmek suretiyle zararlı sonucu doğuran sebepler topluluğuna ortak illiyet adı verilir."

dayanarak çözüme kavuşturulacağı açıklanmalıdır. Olayın meydana getirdiği tehlikenin henüz somutlaşmaması nedeniyle olayların birbirinden ayrılarak her olayın meydana getireceği zarar, somut olarak öngörülemediğinden davacı zarar tehlikesinin önlenmesi konusunda yarışan bir talep hakkına sahip olacaktır.

3. kişinin ağır olmayan kusuru illiyet bağına eklenince, 3. kişiye TBK'nun 113. maddesindeki dava açılabilir midir? Bu halde 3. kişinin sorumluluğunu bina ve yapı malikinin sorumluluğu kapsamında tartışalım. TBK'nun 69. maddesine göre sorumluluk için bina ya da yapının maliki olmak veya tehlikeye yol açan binada intifa hakkı veya oturma hakkı sahibi olmak gerekmektedir.²⁴ Oysa 3. kişi ne maliktir ne de belirtilen aynı haklara sahiptir. Bu nedenle 3. kişinin ağır olmayan kusuru illiyet bağına eklenince TBK'nun 70. maddesi uygulanamaz. Bu halde gerçek kanun boşluğu olduğu, bunun kıyas yoluyla doldurulması olanağı da bulunmadığı belirtilmelidir. 3. kişinin sorumluluğu bu halde haksız fiil sorumluluğudur. Ancak haksız fiillerin oluşturduğu tehlikelere karşı zarar tehlikesinin önlenmesi dava edilemez. Örneğin sürekli eğilen (A) apartmanının yıkılması tehlikesini artıran apartmana komşu malik (S)'nin bahçe sulama fiili bir haksız fiildir. (A) apartmanının eğilerek (B) apartmanı üzerine doğru yıkılacağı anlaşılmaktadır. (B) apartmanın bitişiğinde ise (S)'nin hasmı (H)'nin dükkânı bulunmaktadır. Bahçeyi aşırı sulayarak bu suların komşu apartmanın temelinde giderek daha hızlı yıkılacağını öngören (S), aylarca bahçesini sulayarak (B) apartmanın yanındaki hasmı (H) ye ait dükkânı yıkmak istemektedir. (A) apartmanın maliki (M)'nin aşırı sulama fiilini müdahalenin önlenmesi davası ile, (B) apartmanı maliki (N)'nin ise tehlikenin önlenmesi davası ile önlemesi mümkünken (H)'nin (S)'ye karşı doğrudan TBK'nun 70. maddesine dayanarak dava açması mümkün değildir. (M)'nin (S)'ye müdahalenin önlenmesi davası açması mümkündür. Ancak (H), (M)'yi (S)'ye karşı müdahalenin önlenmesi davası açmaya icbar edemez. Tamda bu noktada gerçek kanun boşluğu olduğu kabul edilmelidir. Bu boşluğun kıyas yoluyla giderilmesi olanağı da yoktur. Zira kıyas, hukuki nedenler arasındaki benzerlik nedeniyle uygulanabilir. Oysa örnek olayda (M)'nin borcu

²⁴ Kılıçoğlu, a.g.e, s. 247 "Bina ve inşaa eseri sahibinin sorumlu tutulabilmesi için kusuru aranmaz"

bir tehlike borcu iken (S)'nin borcu bir haksız fiil borcudur. Haksız fiillerin tehlikelerinin önlenmesine yönelik bir hukuk kuralı, hukukumuzda yoktur. TMK'nun 4. maddesi kapsamında hâkimin hukuk yaratma yetkisi ile meselenin çözülmesi düşünülebilir. TMK 4. Maddesi ile mesele ele alındığında ise; (S)'nin fiilinin dolaylı etkisinin hukuki yarar bağı teorisi kapsamında ele alınarak (H)'nin doğrudan (S)'ye karşı dolaylı olarak taşınmazına müdahalede bulunduğundan bahisle dava açmasına olanak tanımak gerektiğini düşünmekteyim. Ancak bu davada TBK 70. maddesine dayanılmaz. Bu dava TMK'nun 983. maddesine dayanan el atmanın önlenmesi davasıdır. TBK'nun 70. maddesine dayanılarak ancak (M)'ye husumet yöneltilebilir. Kanımca (S)'nin müdahalesini (A) apartmanı üzerinde zilyetlik olarak yorumlayarak (S)' ye karşı TBK 70 kapsamında dava açılması zorlama bir yorum olur. Zira zilyetlik bina malikinin kusursuz sorumluluğunun bir unsuru da değildir. (A) apartmanına şeklen malik olan (M) dir. O halde TBK'nun 70. maddesi kapsamında sorumlu olabilecek yalnızca (M) dir. Zilyetlik kusursuz sorumluluğun bir koşulu olsaydı, (S)'nin (A) apartmanı üzerindeki müdahalesinin zilyetlik olarak yorumlanması halinde ise (S) ye karşı TBK'nun 70. maddesi kapsamında dava açılması imkânı olurdu. (H)'nin (M)'yi (S)'ye karşı TBK'nun 70. maddesi kapsamında bir dava açmaya zorlaması olanağı da bulunmamaktadır. Yine (M), (S)'ye karşı TBK'nun 70 maddesi kapsamında tehlikenin önlenmesi davası açamaz. Zira (S)'nin sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğudur. Ancak (H)'nin (M)'ye karşı TBK'nun 70. Maddesi kapsamında açtığı davayı, (M)'nin (S)'ye ihbar ederek (S)'nin davaya katılması suretiyle dolaylı olarak dava edilmesi imkânı olduğu kanaatini taşımaktayım. (H)'nin (M)'ye karşı açacağı TBK'nun 70. maddesi kapsamındaki davada 3. kişi olan (S)'nin haksız fiili, (H) için binadan kaynaklanan bir tehlike olduğundan (M)'nin (S)'ye yönelik müdahalenin önlenmesi davası açmaması bir tehlike olacağından (H)'nin, (M)'yi (S)'ye karşı dolaylı olarak dava açmaya zorlayabileceği kanaatindeyim.

Zararın giderilmesi bahsinde geçen tartışmalar bakımından ortak illiyet durumunda hukuki nedenlerin yarışmasının uyuşmazlığı gören hâkimce değerlendirilmesinde zorluk yaşanmazken tehlike sorumluluğu bakımından tehlike ile tehlikeyi doğuran olaylar arasındaki illiyet bağının yoğunluğuna göre bir çözüme varmak her zaman

olanaklı da görünmemektedir. Zira zarar²⁵ gerçekleşmeden illiyet bağına ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapmak mümkün olmaz. Tehlikenin somutlaşması öngörülenden farklı düzeylerde olabileceğinden, tehlike sorumluluğuna ilişkin illiyet bağının şart teorisine yaklaştırma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bina veya yapıda ki bakım eksikliği ya da yapım bozukluğunun, eklenen nedene göre tehlikenin artmasına çok az bir katkıda bulunması halinde davalı malikin (TBK'nun 60. maddesi ile 4721 sayılı TMK 2/2. fıkrası kapsamında), davacının TBK'nun 70. maddesinin uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ileri sürmesine olanak tanımak gerektiği düşüncesindeyim. Bu halde eklenen nedenin oluşturduğu tehlikenin giderilmesine yönelik kanundan, sözleşmeden ya da örf adet hukukundan doğan bir borç bulunmazsa 4721 sayılı TMK 4. maddesi kapsamında menfaat dengesi de tehlikenin önlenmesini gerektirmezse(örneğin tehlikeye zarar görenin ağır olmayan kusuru nedeniyle de yol açılması gibi) tehlikenin önlenmesi sorumluluğunun bulunmadığını kabul etmek gerekecektir.

Örneğin, işverenin binada gerekli yalıtımı yapmaması ve işçilere verilen koruyucu giysinin gerekli teknik özelliklere sahip olmaması nedeniyle oluşan virüs bulaşma tehlikesine karşı görülen bir dava açıldığını varsaymaktayız. Biyolojik etkenlere işçilerin maruziyet riskinin önlenmesi hakkındaki yönetmelikte belirtilen ve yönetmeliğin 11, 10/1-b,2 maddelerine uygun olmayan bir bina tasarımına eklenen işverenin durumu ağırlaştırıcı talimatı nedeni ile muhtemel bir tehlikenin ortaya çıkacağı açıktır. Bu tehlikenin önlenmesi için işçinin açacağı davanın işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına dayanarak iş sözleşmesi kapsamındaki yan borçlardan²⁶ koruma yükümlülüğü kapsamında mı yoksa TBK'nun 70. maddesi kapsamında mı değerlendirileceği bir başka deyişle işçinin hangi hukuki nedene dayanarak dava açması gerektiği tartışılmalıdır. Bu olayda işverenin ya da vekilinin verdiği talimat nedeniyle zarar tehlikesi orantısız olarak artıyorsa TBK'nu 60.maddesi gereğince en iyi giderim imkânı sağlayan hukuki nedenin öngörülmesi mümkün olmayabilir. Eğer davacının daha

²⁵ Eren, a.g.e., s. 636 "Maddi veya manevi zarardan sorumluluk, yapı malikinin veya yardımcılarının kusurlu olmasını gerektirmez."

²⁶ Eren, a.g.e., s. 32 "Yan edimler, asli edime oranla tali ve tabi bir nitelik taşıyabilir bile asli edimden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip oldukları için, borçlu yönünden bir yüküm, alacaklı açısından bir hakkı ifade ederler."

kolay veya daha çabuk sonuç almasını sağlayan bir kamu hukuku düzenlemesi varsa sorunun çözümü basitken somut örnekte olduğu gibi özel hukuktan kaynaklanan hukuki nedenlerin yarışması halinde TBK'nu 60. maddesinin nasıl yorumlanacağı tartışmalıdır. Zira verilen somut örnekte işçinin maruz kalacağı tehlike tek ve bölünmez olan davacı işçinin sağlığıdır. İşçinin sağlığının başlı başına binanın mimari tasarımındaki bir hatadan veya işverenin duruma uygun olmayan talimatından kaynaklandığını iddia etme olanağı yoktur. Hukuki nedenler dava nedeni olmadığından davacının lehine olan sonucu sağlayacak bir yöntemin benimsenmesi TBK'nun 60.maddesi kapsamında menfaat dengesine daha uygun düşmektedir. Genel hükümlerden kaynaklanan talep hakkı ile özel hükümlerden kaynaklanan talep haklarının yarışması halinde özel hükmün önceliği ilkesi gereğince, iş güvenliğine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak sözleşmeye dayalı sorumlulukta her ne kadar ispat külfeti ters çevrilmiş olsa da işveren kusursuz olduğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu nedenle özel hükmün öncelikle uygulanması uyuşmazlığın çözümü için yeterli bir ölçüt olmayacaktır. Ancak meydana gelen tehlikenin oluşumunda binadaki bakım eksikliği veya imal hatasına eklenen nedenin katkısının nispeten az olduğunun belirlenmesi halinde doğrudan TBK'nun 70. maddesinin uygulanması gerektiğini düşünüyorum. Örneğin, TBK 70. maddesi haksız fiil sorumluluğuna göre özel bir hüküm olacağından zarar görenin hafif kusurunun illiyet bağına eklenmesi halinde duraksamadan TBK'nun 70. maddesi uygulanabilecektir. Yine binadaki bakım eksikliği ya da imal bozukluğuna yönelik alınabilecek tedbirle tehlikenin önemli ölçüde giderilmesi olanağı varsa artık illiyet bağına bakılmaksızın TBK'nun 70. maddesine dayanılabilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Yukarıdaki örneğe dönersek işveren biyolojik sızıntıyı giderecek özel yalıtımlar yapmadığı gibi işçilere koruyucu giysiler vermemişse, eğer tehlike yalıtım yapılarak önemli ölçüde giderilebiliyorsa artık TBK 70. maddesinin doğrudan uygulanması gerekmektedir.

Buna karşın, yarışan illiyet durumunda sebeplerden her biri zararlı sonucu tek başına meydana getirmeye elverişli olduğundan zarar tehlikesi ile karşılaşan TBK'nun 70. maddesine dayanarak talepte bulunmakta ve dava açmakta yarışan bir talep hakkına sahip olacaktır. Tehlikeye neden olan olaylar, hem bina veya yapıdaki bir eksik-

likten veya ayıptan hem de bir haksız fiilden veya kusursuz bir sorumluluk nedeninden kaynaklanıyorsa zarar tehlikesiyle karşılaşmanın TBK'nun 70. maddesine dayanmasında tereddüt yoktur.

Seçimlik illiyet durumunda ise tehlikenin hangi sorumluluk nedeninden kaynaklandığı açık olarak bilinmemektedir. Ortak illiyette, illiyet bağına katılan nedenlerin tehlikeli sonuca katkısı açık olarak tespit edilemiyorsa seçimlik illiyet durumu vardır.²⁷ Buna göre bina veya yapıdaki bir ayıptan kaynaklanan nedenin tehlikeli sonuca katkısı net olarak tespit edilemiyorsa TBK'nun 70. maddesine dayanılması olanağı yoktur. Zira seçimlik illiyet durumunda sadece haksız fiil sorumluluğu bakımından bir sorumluluk doğacağı kabul edilmiş olup sebep sorumluluğu açısından borç doğmaz.²⁸ Seçimlik illiyet durumunda illiyet bağı tespit edilemediğinden sorumluluğun bir unsuru eksik kalır. Bu nedenle seçimlik illiyet durumunda, haksız fiili sorumluluğu olmayan TBK'nun 70. maddesi kapsamında bir sorumluluk doğmaz.

D-Zarar tehlikesinin önlenmesinin hukuki niteliği

Zarar tehlikesinin beklenmesi yeterli olup bir zarar tehlikesinin ortaya çıkabileceğinin öngörülebildiği tüm durumlarda zarar tehlikesinin önlenmesinin talep edilmesi mümkündür.²⁹ Bina ve yapı malikinin hukuki sorumluluğu, sebep sorumluluğu olup kusura dayalı sorumluluk olmadığından objektif özen yükümlülüğü kapsamında alınabilecek tüm tedbirlerin alınmamasından kaynaklanan belirli bir

²⁷ Eren, a.g.e. (İllyet), s. 161 "Seçimlik illiyette önemli olan husus, zararlı sonucun, söz konusu sebeplerden biri tarafından meydana getirildiğinin kesin olmasına rağmen, bunun hangi sebep olduğunun tespit edilememesi, bilinmemesidir."

²⁸ Eren, a.g.e. (İllyet), s. 163 "Birden çok sebep birlik manzarası arz etmekle birlikte, haksız Fiil teşkil etmiyorsa, meydana gelen zarardan müteselsil sorumluluğun söz konusu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir fikre göre, birlik manzarası gösteren birden çok sebep, haksız fiil teşkil etmemekle birlikte, başkaları için aşırı bir tehlike arz ediyorsa, müteselsil sorumluluk kabul edilmelidir. Başkaları için aşırı tehlike arz eden bir faaliyete katılan kişiler, bunun sonucuna birlikte katlanmalıdırlar. Başkalarının hukuki varlıklarını (menfaatlerini) ihlâl edebilecek bir faaliyete sadece katılmış olmak bile, tazminat isteme hakkını doğurur. Meselâ bir süre avına katılan birden çok şahsın kullandığı silâhtan çıkan bir mermi sonucu, bir şahsın ölmesi halinde failin kim olduğu kesin olarak bilinmiyorsa, ava katılan şahıslar müteselsilen sorumlu olurlar."

²⁹ Eren, a.g.e., s. 644 "Henüz zarar doğmuş olmamakla birlikte, zararın doğma tehlikesiyle karşı karşıya bulunan herkes, malikten tehlikeyi giderecek veya önleyecek güvenlik tedbirlerini almasını talep edebilir."

ağırlıktaki zarar tehlikeleri madde kapsamındadır.³⁰ Tehlikeyi önleme yükümlülüğünün hukuki niteliği, koruma yükümlerinin hukuki niteliğine dair tartışmalarda olduğu gibi mutlak hakların ihlali halinde objektif sorumluluk, nisbi hakların ihlali halinde haksız fiil sorumluluğu kapsamında ele alınmalıdır. Ancak her türlü işletme tehlikesinin³¹ maddeler kapsamında değerlendirilmesi hukuki güven ve istikrarı zedeleyebileceğinden tehlikenin önlenmesi sorumluluğunun doğabilmesi için makul ağırlıkta zarar tehlikesi koşulu aranmalıdır. Bunun yanında her türlü tehlikenin maddeler kapsamında değerlendirilmesi, ekonomik daralmaya yol açabilir.

E-Zarar tehlikesi sorumluluğunu ortadan kaldıran haller

Cüzi ya da külli halefiyet yolları ile zarar tehlikesine maruz kalan ile zarar tehlikesine yol açan sıfatlarının birleşmesi halinde, zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğu ortadan kalkar.

Zarar tehlikesinin belirli ya da belirlenebilir olduğu, zarar görenin belirli ya da belirlenebilir olduğu durumlarda taraflar arasında ismen kararlaştırılan belirli tehlikelere ilişkin olarak TBK 115 maddesi kapsamında sorumsuzluk anlaşması³² yapılması olanaklıdır.

Tehlike borçlusunu olan bina ya da yapı maliki veya intifa veya oturma hakkı sahiplerinin illiyet bağını kesen nedenler nedeniyle veya kusurlu fiilleri sonucu ifanın imkânsız hale gelmesi de borcu ortadan kaldıran haller arasında sayılmalıdır.

³⁰ Doğramacı, a.g.m., s. 59 "Öğretide çoğunluğu oluşturan karşıt görüşe göre ise tehlikeyi önleme yükümlülüğü, başlı başına bir objektif sorumluluğa vücut vermez. Tehlikeyi önleme yükümlülüğü, kusur sorumluluğu içerisinde değerlendirilmelidir."

³¹ Doğramacı, a.g.m., s. 59 Sorumluluğun hukukun yazılı olan ve olmayan kaynaklarından doğduğu anlaşılmaktadır. "Objektif hukuka aykırılığı, salt normun ihlali şeklinde değerlendirenler hukuka aykırılıktan söz edebilmek için yazılı veya yazılı olmayan hukuk kurallarının ihlal edilmiş olmasını yeterli bulurlar (Deschenaux ve Tercier, 1983, s. 40). Bu görüş taraftarlarınca normun bir hakkı veya hukukça korunan bir menfaati himaye etmesi şart değildir. Objektif hukuka aykırılığı oldukça geniş yorumlayan bu görüş tehlikeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranışın da hukuka aykırı olarak değerlendirilmesine imkân verir."

³² Özbek, a.g.t., s. 64 "Munzam kusuru bulunan kusursuz sorumlu kişi, zarar gören kişiye karşı sorumsuzluk anlaşmasına dayanamayacaktır."

Zarar tehlikesi ile karşılaşmanın rızası ise, kamu düzenine aykırı olmayan durumlarda zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunu kaldırmaktadır.

Zarar tehlikesi altında olanın rızası varsa dava hakkından başlangıçta feragat etmesi sonucunu doğuran sözleşmeler yapılması olanaklı iken, bina ya da yapıdan kaynaklanan tehlikenin, temel hakların ihlali niteliğindeki tehlikelere yönelik olması veya sözleşmede her türlü tehlikeden sorumlu olunmayacağına dair kayıtlar kamu düzenine aykırı olacağından hükümsüzdür(TBK 27/1). Örneğin bir kimse asansörde uzun süre kapalı kalması tehlikesine karşı sorumsuzluk sözleşmesi yapamaz, zira böyle bir sözleşme klozu, kişi özgürlüğünü ve kamu düzenini bozar. Yine bir kimse (a) apartmanının bakım eksikliğinden kaynaklanan hiçbir tehlikeden sorumlu olmayacağına dair bir sözleşme yapamaz. Böyle bir sözleşme kamu düzenini bozar. Zarar doğduktan sonra tazminat sorumluluğu gündeme gelecek ancak zarar gören isterse tazminat davası açmayabilecek veya dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilecektir.

F-İfa imkânsızlığı

Zarar tehlikesinin önlenmesi, borçlunun kusuru ile sonradan imkânsız hale gelmişse zarar tehlikesinin somutlaşarak zararın ortaya çıkmasına ilişkin talep hakkından bağımsız olarak tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.³³ Zira bu halde artık olağan sebep sorumluluğundan değil malikin sonraki kusurlu bir fiilinden söz edilebileceğinden haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Kanundan kaynaklan bir borcun kusurlu olarak yerine getirilmemesinin kanunun korumasına hukuki olanak yoktur. Özetle malikin, talep hakkı kullanıldığında tehlikeyi ağırlaştırmama yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir. Örneğin bir apartmanda üst katta ikamet eden malikin su tesisatından sızan suyun alt kattaki dairenin sıvasını kaptırması tehlikesini önleme yükümlülüğünü yerine getirmesi talebi ile karşılaşan borçlunun buna kızarak su tesisatının vanasını iyice açtığını varsayalım. Malikin, tehlikeyi artırması nedeniyle zarar tehlike-

³³ Kılıçoğlu, a.g.e, s. 483 "Sonradan ortaya çıkan imkânsızlıkta borçlu kusurlu ise, borca aykırılık söz konusu olacaktır."

sini giderilmesi için TBK 113 deki dava hakkı kullanılana dek tehlike alacaklının sıvasının kabarması durumunda; zarar verenin, vananın iyice açılmak suretiyle zarar tehlikesine maruz kalanın TBK 113 maddesindeki hakkın kullanılmasını engellenmesi aynı zamanda haksız fiil olduğundan TBK 69. maddesinden bağımsız olarak TBK 70 ve 49 maddeleri kapsamında talep hakkı meydana gelecektir.

Yukarıdaki örnekte olduğu gibi bina veya yapı malikinin zarar tehlikesini artırmama yükümlülüğüne uymaması halinde TBK'nun 113 maddesindeki dava hakkını kullanması fiili olarak imkânsız hale gelme tehlikesi ile karşılaşan zarar tehlikesi altında bulunanın, kendi hakkını korumak amacıyla ihkak-ı hakta bulunması TBK'nun 63/2. fıkrası gereğince mümkündür. Yukarıdaki örneğe dönersek vanayı iyice açan malikin, apartmanın ortak alanında bulunan vanasını, zarar tehlikesi ile karşılaşanın kapatmasında hukuka aykırılık yoktur.

Zarar tehlikesini önleme borcunun kusursuz olarak imkânsız hale gelmesi ise, ancak zarar tehlikesinin ortaya çıkmasından sonraki ve ifadan önceki süreçte illiyet bağıni kesen nedenlerin gerçekleşmesi ile meydana gelmektedir.³⁴

Zarar tehlikesini önleme borcunun ifası kusursuz olarak imkânsız hale gelmesi halinde dahi tehlike borçlusunun zarar tehlikesini artırmama yükümlülüğü devam etmektedir. Bina ve yapı eseri malikinin tehlikenin artırılmasına neden olan davranışları TBK'nun 136/3. fıkrası gereğince tazminat sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Ayrıca talep hakkının kullanılmasından itibaren ifa imkânsızlığı malikin kusuruyla olsun ya da olmasın malikin ifa imkânsızlığı oluşturan halleri zarar tehlikesine maruz kalana gecikmeksizin ihbar etme külfeti bulunmaktadır. Zarar tehlikesi borçlusu ihbar ve zarar tehlikesini artırmama külfetlerini yerine getirmemişse bundan dolayı ayrıca bir zarar meydana gelmiş yahut zarar tehlikesi somutlaşarak artmış ise malikin bu zararlardan sorumlu olması söz konusudur.

G-Zamanaşımı

Kural olarak her alacak zamanaşımına tabi olduğundan TBK'nun 146. maddesi kapsamında 10 yıllık genel zamanaşımı süresi, dava

³⁴ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 630 "Edimin ifasını imkansız hale getiren olaylar değişik olabilir. Bunlar genellikle aynı zamanda mücbir sebep oluşturan olaylardır."

hakkı malike talepte bulunulması koşuluna bağlı olduğundan zarar tehlikesinin önlenmesine ilişkin talep hakkına dair zamanaşımı, talep hakkının kullanıldığı tarihten itibaren işlemeye başlaması, menfaat dengesine uygun düşmektedir. Zira zarar tehlikesi borcunun muaccel olması, tehlike borçlusuna talepte bulunulması ile gerçekleşmekte ve zamanaşımının işlemeye başlaması için gerekli muacceliyet koşulu da bu sayede gerçekleşmektedir. Zarar tehlikesinin; malike talep hakkının kullanılmasından sonra da mevcut olduğu bu nedenle zamanaşımının işlemeyeceği düşünülebilir. Ancak malikin ilanihaye dava tehdidi ile karşılaşmasının kamu düzenini bozucu etkisi karşısında ayrıca malikin hukuki güvenliğini sağlama gayesi ile zarar tehlikesi ile karşılaşmanın, malike tehlikenin önlenmesi için talep hakkını kullandığında zamanaşımı süresinin başladığını kabul etmek gerekmektedir.

III- TALEP VE DAVA YOLU

A-Zarar tehlikesi borçlusundan talepte bulunma ve dava yolu

Zarar tehdidi altında bulunan kişi,³⁵ ilk olarak malike(veya intifa veya oturma hakkı sahibine) bizzat kendisi gerekli tedbirleri alması için başvurur. Malik(aynı hak sahibi), istek üzerine gerekli tedbirleri almazsa, onun aleyhine tehlikenin giderilmesi davası açılabilir.³⁶ Açılan davada, ilgili taşınmaz, bina veya yapı eserinin mutlak, muhak-

³⁵ Yargıtay 4.H.D.'nin 01/06/2010 Tarih ve 2010/3327 E.-2010/6533 K. sayılı kararı "...Dava, baz istasyonunun kaldırılması istemine ilişkindir. Davacı site yönetimi, yöneticisi oldukları binaya yakın yerde bulunan aydınlatma direği üzerinde davalılardan Turkcell İletişim Hizmetleri AŞ tarafından kurulan GSM baz istasyonunun insan sağlığı yönünden tehlike yarattığını, bilimsel verilere uygun olmayan bu istasyonun sökülerek kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkemece istem reddedilmiş; karar, davacı Köşe Apartmanı Yönetimi tarafından temyiz olunmuştur.

Dava, Köşe Apartman Yönetimi adına açılmış; vekâletname de yönetim adına verilmiştir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası uyarınca bu tür davaların bağımsız bölüm sahiplerince (kat maliklerince) açılması gerektiğinden; davacı vekilinin yargılama sırasında, davanın gerçek kişi adına takip edildiği belirtilmesinin bir önemi yoktur. Husumet sorunu, açıkça veya hiç ileri sürülme bile mahkemele-
rin kendiliğinden gözetmesi gereken bir olgudur.

Yerel mahkemece, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'na göre tüzel kişiliği bulunmayan ana yapı yönetiminin bağımsız bölüm sahipleri adına dava açamayacağı gözetilerek, davanın aktif husumet yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerekirken, işin esasının incelenmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir..."

³⁶ Eren, a.g.e., s. 644

kak ve mevcut tehlike arz ettiği, gerekirse bilirkişi raporu ile belirlenmelidir. Alınacak tedbirlerin niteliği davacının talebiyle sınırlı olarak hâkim tarafından belirlenir. Söz konusu tehlikenin alınacak tedbirlerle giderilebilecek nitelikte olması gerekir. Tehlikeyi giderici tedbirlerin alınması talebinde bulunabilmek için malikin kusurlu olması şartı olmadığı gibi, tehlikenin yapım bozukluğu veya bakım eksikliğine bağlı olması da şart değildir.³⁷

B-Tedbirin niteliği

Kural olarak malikin, derhal zarar tehlikesini önleyecek tedbirleri alması gerekir. Zarar tehlikesini önlemek için alınabilecek tek bir tedbir varsa sorun yoktur. Gerek malikten talep edilebilecek gerekse dava konusu yapılabilecek tedbir belirlidir. Ancak TBK'nun 70/1. fıkrası tehlikenin önlenmesi için alınabilecek tedbirlerden söz ettiğinden alınabilecek birden fazla tedbir olması halinde bu tedbirlerden hangisinin nasıl seçileceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Somut tehlike doğuran olayı önlemek için alınabilecek birden fazla tedbir varsa, kural olarak tedbirlerin başlangıçtaki eşitliğinden söz edilebileceğinden zarar tehlikesinin önlenmesi bir seçimlik borç olarak karşımıza çıkar. Somut olaya uygun tedbirlerin doğrudan doğruya hâkim tarafından alınması gerektiği düşünülebilir. Ancak kanunda tedbirlerin alınmasının hak sahiplerinden istenebileceğinin düzenlenmiş olması karşısında malikin gerekli önlemleri almaması koşuluyla hâkimin müdahalesi istenebilir. Bu nedenle, tehlike alacaklısının malikten talepte bulunmadan önce alınacak tedbirin belirlenmesi için tespit davası açmakta hukuki yararı olmayacağından kanunun gerek tehlike borçlusuna gerekse, tehlike borçlusunun seçimlik hakkını hukuka aykırı kullanması koşuluyla tehlike alacaklısına alınabilecek tedbirlerin belirlenmesi noktasında bir seçim hakkı³⁸ verdiği anlaşılmaktadır. Tehlikeyi önlemek için başvurulabilecek birden fazla tedbir varsa 4721 sayılı TMK'nun 2/2.fıkrası uyarınca tehlikeyi en çabuk yolla ve en az masrafla giderecek tedbiri seçmek gerekmektedir. Alınabilecek tedbirleri seçim hakkı, aynı hakka bağlı tasarruf yetkisinin bir sonucu olarak kural olarak

³⁷ Çelik, a.g.e., s. 94

³⁸ Eren, a.g.e., s. 956 "Yetkili kişi, seçim hakkını kullanmakla bu edimlerden biri kesin olarak borcun konusunu oluşturur."

aynı hak sahibindedir. Aynı hak sahibinin(Mülkiyet, intifa, oturma hakları) seçim hakkını³⁹ kullanmaması, seçim hakkını kötüye kullanması veya tehlikenin önlenmesi talebini halin gerektirdiği bir sürede karşılamaması halinde zarar tehlikesi ile karşılaşmanın dava yolu ile seçim hakkını kullanarak masrafı malike ait olmak üzere tedbir alınması konusunda alınan ilam ile tehlikeyi önlemesi gerekmektedir. Malikin tehlikeyi tümüyle ortadan kaldırmayan tedbirleri seçmesi, zarar tehlikesiyle karşılaşmanın dava hakkını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, tehlike borçlusunun, seçmiş olduğu tedbirlerin tehlikeyi geçici olarak ortadan kaldırdığının anlaşılması halinde ortaya çıkan tehlike; halin icabına göre yeni bir tehlike olarak kabul edilemiyorsa dava yoluna başvurulması mümkündür. Bu halde tehlike borçlusundan yeniden talepte bulunulmasına gerek yoktur. Tehlikenin geçici olarak ortadan kaldırılması halinde, ortaya çıkan tehlikenin, yeni bir tehlike kabul edilmesi halinde ise yeniden malikten tehlikenin önlenmesinin talep edilmesi gerekmektedir. Ancak malikten, tedbirler arasında aşırı masraflı olanın talep edilmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olsa da, bu halde tedbirleri seçme yetkisi borçlu malikte olduğundan dava açılması için talep koşulunun yerine getirildiğini kabul etmek gerekecektir. Zira kanundaki düzenleme şekli itibariyle borçludan zarar tehlikesinin önlenmesinin talep edilmesi, ihbar niteliğinde şekli bir külfet olup bu şekli yükümlülüğün içeriğine ilişkin hususlar davanın esasına etkili olmayacaktır. Davacının talep ettiği tedbir, davalı için aşırı masraflı veya davalı için ifası güçse davacının seçim hakkını kullanması, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan bu halde tehlikeyi önleyecek tedbirlere taraflar arasındaki menfaat dengesine göre hâkimce karar verilir.

Malikin zarar tehlikesini önlemek için almış olduğu tedbirler, borcun kötü ifası niteliğinde ise; zarar tehlikesi önlenmediğinden bu durum TBK'nun 113. maddesindeki dava hakkının kullanılmasını engelleyecek ise, zarar tehlikesine maruz kalanın TBK 63/2. fıkrasındaki ihkak-ı⁴⁰ hak yolunu işletmesi mümkündür. Kısaca malikin, TBK'nun 113. maddesi kapsamında açılacak bir davanın kısmen veya tamamen

³⁹ Eren, a.g.e., s. 957 "Seçim hakkı, tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla kullanılan yenilik doğuran bir haktır." "Seçim beyanı geçmişe etkili sonuç doğurur."

⁴⁰ Eren, a.g.e., s. 594 "Kuvvete başvurulmadığı takdirde hakkın dermeyanı kaybolmalı veya önemli ölçüde zorlaşmış bulunmalıdır."

konusuz kalmasına neden olacak davranışları, zarar tümüyle ortaya çıkana kadar ihkak-ı hak ile karşılanabilir. Zarar tümüyle ortaya çıkmışsa ihkak-ı hak yoluna başvurulması olanaklı olmayıp TBK'nun 69. Maddesi kapsamında tazminat davası açılması gerekmektedir. Süregelen zarar, aynı zamanda bir tehlike olduğundan malike karşı hem tazminat davası hem de süregelen zararın önlenmesi için TBK 70 ve 113 maddeleri kapsamında dava açılması olanaklıdır. Örneğin GSM şirketi G'nin, ortalama alan sıcaklık değerlerinin çok üzerinde radyasyon yayan işletmesinin bozuk olan baz istasyonu nedeniyle karaciğer kanseri olan K, hem kanser hastalığına yakalanması nedeniyle TBK'nun 69. maddesine dayanarak tazminat davası hem de G ye karşı süregelen zarar tehlikesinin önlenmesi için TBK 70 ve 113 maddeleri kapsamında baz istasyonunun tamir edilmesi, tehlikenin bu yolla da giderilmesi olanaklı değilse; baz istasyonunun bulunduğu yerden kaldırılmasını talep edebilecektir. Baz istasyonunun bulunduğu yerden kaldırılması G için aşırı masraflı olarsa tehlike baz istasyonunun tamiri ile giderilebiliyorsa hâkim baz istasyonunun tamir edilmesine karar vermekle yetinebilecektir. Davacı sadece baz istasyonunun kaldırılmasını talep etmiş olsa da hâkim talep edilmeyen bir tedbir olan baz istasyonunun tamir edilmesine karar verebilecektir. Dolayısıyla usul hukukundaki taleple bağlılık, somut olguda davacının dürüstlük kuralına uygun talepleriyle sınırlı olarak uygulanabilecektir. Buna karşın örneğin davacı baz istasyonunun aynı bölgede başka bir yere taşınmasını istemiş ve tehlike bu yolla giderilebilecekse baz istasyonunun tümüyle kaldırılması hukuka aykırı olacaktır. Bu olayda baz istasyonunun tümüyle kaldırılması, davalı için çok masraflı olmasa dahi hâkimin taleple bağlı olması kuralına aykırı olacağından (6100 sayılı HMK 26/1) hukuka aykırı olacaktır. TBK 70/1 fıkrası ile TBK'nun 113. ve HMK'nun 26/2 fıkrası kapsamında HMK'nun 26/1. Fıkrasının gerçek bir istisnası olduğuna dair kanunda bir açıklık yoktur. HMK'nun 26/2 fıkrası, 26/1'sinin istisnası olduğuna göre istisnaların dar yorumlanması ilkesi ile TBK'nun 70. maddesi kapsamında HMK 26/2 'nin uygulama alanının davacının olay adaletine uygun olmayan talepleriyle sınırlamak gerekmektedir. TBK 113. maddesinin uygulanması için borçlunun borcunun öncelikle belirlenmesi gereklidir. Seçimlik borçlarda, TBK'nu 87/1. fıkrası ile borçlunun ifa sırasındaki seçim hakkının alınabilecek tedbirlerin belirlenmesinde de geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Malikin tehlikeyi önleme borcunun; birden fazla tedbir bulun-

ması halinde seçimlik borç olduğu, malik olan borçlunun ediminin talep hakkının kullanılması ile ferdileştirilebileceği düşünülmektedir. Bu seçim hakkının tehlike borçlusu tarafından yapılmasıyla edimin belirlenebileceği, seçim hakkı borçlu tarafından yapılarak zarar tehlikesinin önlenmesine ilişkin tedbirin belirlenmesi mümkündür. Ancak edim belirlenebilirse, ifa edilebilir hale geldiği anlaşılmaktadır.⁴¹ Seçim hakkının bulunmadığının savunulması ise yine hâkimi talep sonucu olmayan bir dava ile karşı karşıya bırakacağından hukuka aykırı olacaktır. Zarar tehlikesinin derhal malik tarafından önlenmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından TBK'nun 113/2 fıkrasındaki tazminat hakkının doğabilmesi kural olarak davalı borçlunun dava tarihinden önce ediminin belirli olmasına bağlı olduğundan birden fazla tedbirler arasında edimin belirlenmesinde seçim yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

C-Zarar tehlikesinin önlenmesinde dava hakkının kullanılması

Zarar tehlikesinin önlenmesi amacıyla dava yoluna başvurulması, tehlikenin somutlaşması nedeniyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik dava hakkını ortadan kaldırmaz. Zarar tehlikesine maruz kalanlar, tehlikenin önlenmesi talebine rağmen tehlikenin önlenmemesi durumunda doğrudan TBK'nun 113. maddesine dayanarak masrafı yapı maliki borçluya ait olmak üzere zarar tehlikesinin doğrudan kendileri tarafından giderilmesini dava yoluyla talep etme hakkına da sahip olmaktadırlar. Zarar tehlikesinin önlenmesine ilişkin kısmi ifa ya da kötü ifa durumlarında da zarar tehlikesinin tümüyle ortadan kalkmaması halinde de TBK'nun 113. maddesi kapsamında dava yoluna başvurulması mümkündür.

818 sayılı BK. m. 59/2 ile 6098 sayılı TBK 70/2. fıkra hükmü, zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalan kişilere malikten tehlikenin giderilmesini talep etme hakkının tanınmasının, bu konuyla ilgili kamu hukuku kurallarına ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel oluşturmadığını hükme bağlamıştır. Kamu hukukuna ilişkin düzenlemelerin saklı tutulmasının amacı, kamu hukukuna ilişkin kurallara dayanılmasının daha etkin sonuç alınması halinde bu yolunda açık tutulmasıdır.

⁴¹ Eren, a.g.e., s. 956 "Yetkili kişi, seçim hakkını kullanmakla bu edimlerden biri ke-sin olarak borcun konusunu oluşturur"

Ç-Davalının savunma olanakları

Davalı, mutlak haklara yönelik zarar tehlikesi sorumluluğunu ortadan kaldıran hallere dayanarak davanın reddini talep edebilir.

Davalı, mutlak hakların ihlali tehlikesi karşısında zarar tehlikesinin önlenmesi noktasında her türlü özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini veya yerine getirseydi dahi tehlikenin önlenemeyeceğini, tehlikenin kaçınılamaz olduğunu ispat etmesi halinde dahi tehlikenin önlenmesi sorumluluğundan kurtulamaz.⁴² Ancak illiyet bağı kesen nedenler tehlike sorumluluğunu ortadan kaldırır. Örneğin özel bir hastanenin tıbbi atıklarının bulunduğu depoda öngörülemeyen bir sel neticesinde tıbbi atıkların çevreye yayılması tehlikesinin önlenmesi dava edilemez. Zira sel olması olağandışı bir doğa olayı olduğundan davalının bu olayı öngörmesi beklenmez. Sel olması bina ya da yapının olağan işletilmesinin doğrudan bir sonucu değildir. Sel olması, mücbir sebep kapsamında değerlendirilebileceğinden illiyet bağı kesildiğinden söz edilmesi mümkündür. Zira Tıbbi atıkların kontrolü yönetmeliğinin 34/3. fıkrasıyla sadece tabi afetlere ilişkin acil durumlarda valilik onayı ile atıkların yakılmasına değinilmiş olup davalı tarafından alınabilecek bir tedbir bulunduğundan söz edilemez.

Olağandışı ya da davalının irade serbestisi dışında yer alan mücbir sebepler ile 3. Kişinin ve zarar görenin ağır kusuru, illiyet bağı kesitiğinden zarar tehlikesini önleme sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır. Aynı zamanda bu hallerde özen yükümlülüğünden söz etmekte olanaklı değildir. Sonuç olarak mücbir sebep halinde, zarar tehlikesinin önlenmesi sorumluluğunun iki koşulu olan özen yükümlülüğünün ihlali ve illiyet bağı bulunmaz. Örneğin, 8,9 şiddetindeki bir depremde yıkılması tehlikesi karşısında nükleer santralin yayacağı radyasyon nedeniyle zarar tehlikesinin önlenmesi talep ve dava edilemez. Zira bu şiddetteki bir depreme dayanaklı bina yapılması mevcut teknolojinin imkânları ile olanaklı değildir. Nükleer Güç Santrali Sahalarına İlişkin Yönetmeliğinin 19 ve 20. maddelerinde belirtilen jeolojik etütler yapılmışsa özen yükümlülüğünün ihlalinden söz edilmesi olanağı da bulunmamaktadır. Buna karşın zorunluluk hali, illiyet bağı kesmediğinden tehlikenin önlenmesi sorumluluğunun bulunduğu kabul etmekte zorunluluk vardır.

⁴² Eren, a.g.e., s. 634

Her ne kadar TBK'nun 63. maddesinde zorunluluk hali, fiilin hukuka aykırılığını kaldıran haller arasında sayılmış ise de; bina ya da yapı malikinin sorumluluğu, aynı zamanda bir hakkaniyet sorumluluğu olduğundan zorunluluk halinde hakkaniyet gerektiriyorsa tehlike sorumluluğu doğacaktır.

Zarar tehlikesinin nisbi haklara yönelik olması halinde ise, zarar tehlikesine yol açanın kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmesi halinde sorumlu olmayacağı değerlendirilmektedir. Zarar tehlikesine yol açan, her türlü önlemi alsa dahi zarar tehlikesinin gerçekleşebileceğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu halde ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu bulunduğu kanaatini taşımaktayız.

SONUÇ

Zarar tehlikesinin önlenmesinin, sadece taşınmaz, bina ve yapı eseri malikinin hukuki sorumluluğu ile sınırlanmasının, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçları tam olarak karşılamadığı anlaşılmaktadır.⁴³ Tehlikeli bir faaliyet yürüten tüm işletmelere yönelik olarak işletme tehlikesini artıran faktörlere ilişkin olarak genel bir zararın önlenmesi yolunun düzenlenmesine ihtiyaç olmaktadır.⁴⁴ Ayrıca TBK 113 deki dava hakkının kullanılması yoluyla tehlikenin önlenmesi yöntemi, acil tedbir alınması gerekli durumlarda etkili sonuç alınabilmesi bakımından tereddüt uyandırabilecektir. Zarar tehlikesi ile karşılaşmanın TBK'nun 63/2. Fıkrasındaki ihkak-ı hak kapsamında malikin mülkiyet hakkını ihlal ederek resen alacağı tedbirler yeni uyusmazlıklar ortaya çıkarabileceğinden 3091 sayılı yasada belirtilen yöntemle benzer bir şekilde idari yoldan tehlikenin önlenmesine ilişkin bir yöntemin yasal düzenleme konusu yapılması önerilmektedir.

⁴³ Doğramacı, a.g.m., s. 59 "Bir başkasını zarardan korumak için davranışta bulunma yükümlülüğü getiren genel bir davranış kuralı yoktur."

⁴⁴ Doğramacı, a.g.m., s. 59 "Tehlikeyi önleme konusunda üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmeyen kimsenin davranışının aynı zamanda bir (kusursuz) objektif sorumluluğa yol açtığı kabul ediliyorsa, kişinin sorumlu tutulabilmesi için ayrıca kusur sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesi aranmaz."

Kaynakça

- Çelik Ahmet, "Bina Ve Yapı Malikinin Hukuki Sorumluluğu", Yüksek Lisans Tezi, Gazi Ü.S.B.E. Özel Hukuk A.B.D., Ankara 2006
- Eren Fikret, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Beta yayınları no:361, Sevinç Matbaası, İstanbul 1998
- Eren Fikret, "Sorumluluk Hukuku Açısından İlliyyet Bağı Teorisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no:361, Sevinç Matbaası, Ankara 1975
- Doğramacı Hayriye Şen, "Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğünün Sorumluluk Hukukundaki Yeri Ve Önemi", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Hukuk Özel Sayısı, Eskişehir 2013
- Kılıçoğlu M. Ahmet, "Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)", 6. Bası, Turhan kitabevi, Ankara 2005
- Oğuzman M. Kemal -Öz M. Turgut, "Borçlar Hukuku(Genel Hükümler)", Altıncı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009
- Özbek Zeynep Uyar, "Türk Hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu", Dicle Ü. S.B.E. Hukuk A.B.D. Özel Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2009

İnternet Kaynakları

<http://hukukiyardim.blogcu.com/bina-ve-insa-eseri-sahibinin-sorumlulugubolum-1/3986939>, E.T:12.06.2013

Yargıtay Kararları

Yargıtay 4.HD'nin 02.11.1987 Tarih ve 662 E. -6934K. sayılı kararı

Yargıtay 4.H.D'nin 11.03.2010 Tarih ve 2009/1377E.-2010/2690K. sayılı kararı

Yargıtay 4.H.D'nin 01.06.2010 Tarih ve 2010/3327E.-2010/6533K. sayılı kararı

REKLAM HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN AVRUPA BİRLİĞİ, ALMAN VE TÜRK HUKUKLARINDA TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜ: AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN “GUT SPRINGENHEIDE” KARARI ÜZERİNDEN BİR İNCELEME

CONSUMER CRITERIA IN THE EU, GERMAN AND TURKISH LAWS FROM THE PERSPECTIVE OF ADVERTISING LAW: AN ANALYSIS ON THE “GUT SPRINGENHEIDE” JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Koray GÜVEN*

Özet: Tüketici ölçütü, reklamlarda yer alan ibarelerin yanıltıcı olup olmadığı belirlenirken büyük önem arz eder. Varsayılan tüketici ne kadar az bilgili, dikkatli ve anlayışlı ise ona yönelen reklamın aldatıcı olduğuna hükmedilme olasılığı o kadar güçlenecektir. Ölçüt bu nedenle yalnızca tüketicinin korunması politikası bakımından değil, piyasadaki katılanlardan olan girişimci ile tüketici – bir başka deyişle reklam veren ve reklamın kendisine yöneldiği katılımcı- arasındaki menfaat dengesini ilgilendiren haksız rekabet politikası bakımından da önemlidir. Bu çalışmada, şimdiki ismiyle ABAD tarafından 1998 yılındaki “Gut Springenheide” içtihadı ile şekillendirilen “ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı tüketici” ölçütü ve bu ölçütün somutlaştırılma biçimleri AB, Alman ve Türk Hukukları bağlamında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Gut Springenheide Kararı, Tüketici Kriteri, Aldatıcı Reklam, Haksız Rekabet Hukuku, Tüketicinin Korunması

Abstract: Consumer criterion holds importance in determining whether a statement in an advertisement is misleading. The less informed, circumspect and observant consumer is assumed; the more would be the likelihood to rule that an advertisement is misleading. Hence it is significant not only from the perspective of protection of consumer policy but also from the perspective of the unfair competition policy which concerns the balance between the interests of supplier and consumer namely the participants in the market who respectively orders the advertisements and is addressee of it. In this paper, the criteria “average consumer who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect” formulated by ECJ will be examined in the contexts of EU, German and Turkish laws.

Keywords: Gut Springenheide Decision, Consumer Criteria, Misleading Advertising, Unfair Competition Law, Protection of Consumers

GİRİŞ

Bir reklamın aldatıcı olup olmadığına karar verilirken, reklamdaki bilginin yanlış veya yanıltıcı olması, tüketicinin aldanması veya aldanma ihtimalinin bulunması ve aldatıcılığın tüketicinin kararını etkileyecek nitelikte olması olmak üzere üç unsur dikkate alınır.¹ Tüketicinin aldanması veya aldanma ihtimalinin bulunması koşulunun araştırılmasında, söz konusu reklamın niteliği kadar hitap ettiği tüketicinin nitelikleri de önem taşır. Varsayılan tüketici tipi ne kadar bilgi sahibi, dikkatli ve anlayışlı kabul edilirse; ona hitap eden reklamın aldatıcı olarak nitelendirilmesi de o kadar zorlaşacaktır. Böylece kabul edilen ölçütün altında kalan tüketicinin aldanması durumunda koruma sağlanamayacaktır. Bu ölçütün belirlenmesi, ürünü piyasaya sunup reklam verenin menfaati ile tüketicinin menfaati arasındaki dengenin kurulması konusuyla doğrudan ilgilidir.² Zira varsayılan tüketicide aranan standart düştükçe, reklamın aldatıcı olarak nitelendirilmesi de o kadar kolaylaşacak ve böylece reklam veren açısından daha az esnek ve daha müdahaleci bir hukuk politikasının önü açılacaktır.³ Bu nedenle aldatıcı reklama karşı tüketicinin korunmasının derecesinin ne olacağı sorunu sadece tüketicinin korunması politikası değil aynı zamanda bir haksız rekabet politikası sorunudur.⁴

Gut Springenheide kararına konu olan olayın, hukuki sürecin ve ABAD'a yönelilen sorular ile bunlara verilen yanıtların özetleneceği ilk kısmın ardından bu ölçütün Avrupa Birliği Hukukundaki yeri açıklanacaktır. Ayrıca, kararın ilgili olduğu hukuk düzeni olması ve Türk öğretisi ile uygulamasındaki tüketici kriterinin belirlenmesinde önemli rol oynaması nedeniyle Alman Hukukunda bu kriterin gelişim çizgisi incelenecektir. Ardından, Türk hukukundaki tüketici kriteri, öğretisi ve uygulamaya göndermelerle tartışılacaktır.

¹ Emrehan İnal, "Türk Hukuku'nda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008 s. 89

² Tobias Lettl, "Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform", GRUR 6/2004, s. 454

³ Reiner Schulze/Hans Schulte-Nolke/Jackie Jones, A Casebook on European Consumer Law, Bloomsbury Publishing, 2002 s. 226, Google Kitaplar'dan ulaşılabilir, (16 Ocak 2015'te erişildi)

⁴ Jürgen Keßler, "Workable Competition, Consumer Protection and Advertising Law", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008 s. 54

I. KARAR⁵

A. OLAY VE HUKUKİ SÜREÇ

Almanya'da faaliyet gösteren yumurta üreticisi Gut Springendeide GmbH isimli firma, marketlerle satılan onlu yumurta paketlerini üzerlerinde "6-Korn - 10 frische Eier" (6 tahıllı, 10 taze yumurta) ibaresi ile piyasaya sunmaktadır. Paketlere iliştirilen bir nota göre, yumurtaların elde edildiği tavuklar bu tahıllar ile beslenmekte, bu beslenme biçimi sayesinde yumurtalar daha sağlıklı ve lezzetli olmaktadır.⁶ Münster şehrindeki gıda denetleme ofisi, bu ibarenin ve notun kaldırılması için üst üste uyarılarda bulunduktan sonra para cezası yaptırımını uygular. Bu cezaya karşı kanun yoluna başvuran Gut Springenheide, ilk derece mahkemesi tarafından haksız bulununca temyiz yoluna gider. Temyiz mahkemesinin de ilk derece mahkemesi kararını onaması ile olay Bundesverwaltungsgericht (Federal İdare Mahkemesi)'in önüne gelir.

ABAD'ın kararında açıklık bulunmamakla beraber, kanun sözcüsünün görüşünden, cezanın ve cezayı haklı bulan mahkemelerin gerekçesi şöyle anlaşılmaktadır: Temyiz mahkemesine göre, söz konusu ibare ve not, tüketiciler açısından "tahıllar için heves" yaratıp yumurtaların özel olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Bununla beraber, temyiz mahkemesi bu yumurtaların piyasadaki diğer yumurtalardan hiçbir üstünlüğü olmadığını ikna olmuştur.⁷

B. ABAD'A YÖNELTİLEN SORULAR

Bundesverwaltungsgericht konunun tüketici ölçütü ile ilgili olduğu sonucuna vararak, ön karar başvurusunda bulunarak şimdiki adıyla ABAD'a şu soruları yöneltir:

"1. ...satışları teşvik etmek için kullanılan ifadelerin yanıltıcı olup olmadığı belirlenirken; tüketicilerin gerçek beklentileri mi yoksa yalnızca hukuki yoruma açık nesnel bir alıcı ölçütü mü benimsenmelidir?

2. Eğer tüketicinin gerçek beklentileri dikkate alınmalı ise iki soru daha ortaya çıkar:

⁵ ABAD'ın 16 Temmuz 1998 tarihli kararı: Case C-210/96 sayılı Gut Springenheide ve Tusky v. Oberkreisdirektor Steinfurt

⁶ Kanun Sözcüsü Mischo'nun 12 Mart 1998 tarihli görüşü: Gut Springenheide ve Tusky v. Oberkreisdirektor Steinfurt s. 4660

⁷ a.g.e. s. 4675

a. Hangisi uygun olan ölçüttür: Bilgili ortalama bir tüketicinin mi yoksa vasat bir tüketicinin görüşü mü?

b. Yanılan tüketicilerin toplam tüketici sayısı içindeki oranı, yüzdesel anlamda ifade edilebilir mi?

3. Eğer yalnızca hukuki yoruma açık objektif bir tüketici ölçütü kabul edilmeli ise bu ölçüt nasıl tanımlanabilir?"

Eğer tüketicinin gerçek beklentileri ölçüt olarak belirlenirse, piyasa araştırması yapılmadan bu beklentinin ortaya çıkarılması mümkün olmayacaktır. Başka bir deyişle, reklamın yöneldiği tüketici kitlesinin beklentileri, anket yaptırılması veya bilirkişi raporu istenmesi yoluyla belirlenecektir. Hukuki yoruma açık nesnel tüketici ölçütünün benimsenmesi durumunda ise mahkeme bu yollara başvurmaksızın, hitap edilen tüketicinin nasıl olması gerektiğine dair bir model belirleyerek bu tüketici modelinin söz konusu reklam yoluyla aldanıp aldanmadığını tespit edecektir.⁸

C. ABAD'IN CEVABI

Mars (1995) ve Nissan (1992) gibi daha önceki kararlarına göndermede bulunan ABAD, bu kararlarında ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı bir tüketicinin varsayılan beklentilerinin ölçüt aldığını belirtir. Bu kararlarda Divan, bilirkişi raporu veya anket isteminde bulunmaksızın karar vermiştir. Buna karşılık yeterli veriye sahip olmadığı veya önündeki verilerden bir çözüme ulaşılmasının mümkün olmadığı durumlarda, aldaticılığın belirlenmesinin ulusal mahkemelere bıraktıldığını ifade etmiştir. Topluluk Hukukunda herhangi bir kısıtlayıcı hüküm bulunmadığından, ulusal mahkemeler gerekli gördükleri durumlarda anket veya bilirkişi raporu isteminde bulunma konusunda özgürdürler. Ayrıca bu araştırma sonucunda belirlenen yüzdesel oranın –aldanan tüketicilerin, reklamın yöneldiği toplam tüketiciler içindeki yüzdesi- reklamın aldaticılığına hükmedilmesi için yeterli olup olmadığına da kendi ulusal hukukuna göre karar verecektir.

Böylece divan, tüketicilerin gerçek beklentileri ile hukuki yoruma açık nesnel bir tüketici ölçütleri arasından ikincisini seçmiştir. Bu nesnel tüketici ölçütünü ise "ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı tüketici"

⁸ Schulze\Schulte-Nolke\Jones s. 227

ci” olarak belirlemiştir. Tüketicinin gerçek beklentilerinin belirlenmesi için anket ya da bilirkişi raporuna başvurulması ise yalnızca istisnai biçimde, “özel zorlukların” varlığı halinde gereklidir.⁹

II. TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜ

A. TOPLULUK HUKUKUNDA TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜ

1. Genel

84/450 sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Yönerge, hitap ettiği kişileri aldatan veya aldatma ihtimali olan reklamları aldatıcı reklam olarak kabul ederken, aldatılmanın gerçekleşeceği grup olan tüketici grubu için herhangi bir kriter getirmemiştir. “Gut Springenheide” kararı ile (Avrupa Birliği Adalet Divanı - ABAD 1998), Topluluk Hukukundaki tüketici kriteri ilk defa açık bir biçimde “ortalama kendini bilgilendirmiş, dikkatli ve anlayışlı tüketici” biçiminde düzenlenmiştir.¹⁰ Daha sonra bu kıstas 2005/29 sayılı Haksız İş Uygulamaları Hakkında Yönerge ile ikincil hukukun yazılı kaynakları arasına da girmiştir.

2. Divan’ın Getirdiği Ölçüt ve Somutlaştırılması

Kararın verildiği tarih olan 1998 yılında Topluluk Hukukundaki yazılı kural eksikliği neticesinde, söz konusu ölçütün belirlenmesi ABAD’a düşmüştür. Divan kendisinin de referans verdiği üzere, daha önce bu kriteri tam olarak ifade etmese de kritere işaret edecek bazı değerlendirmeler yapmıştır. “Nissan”(1992) kararına göre bir reklamın aldatıcı olduğuna “ancak reklamın hitap ettiği tüketicilerin önemli bir bölümünün, düşük fiyatın paralel ithalatçı tarafından satılan arabalardaki daha az sayıda donanıma denk geldiğini bilmeden satın alma kararı verdiği sabit bulunursa” hükmedilebilir.¹¹ Aynı doğrultuda “Mars”(1995) adlı kararında, ürünün gramajının %10 artmasına rağmen, bu artışı gösteren işaretlemenin kutunun %10’undan fazlasını kaplamasını aldatıcı reklam olarak kabul etmemiştir. Anlayışlı tüketici kutu üzerinde gösterilen farkın %10’dan fazla olmasına aldanma-

⁹ Savaş Bozbel, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006 s. 227

¹⁰ Schulze\Schulte-Nolke\Jones, s. 225

¹¹ Hamdi Pınar, Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht, Peter Lang, Frankfurt 2003, s. 104

yacaktır.¹² ¹³ “Gut Springenheide” kararında ise önceki içtihatlarında işaret ettiği bu ölçütleri toparlayarak “ortalama kendini bilgilendirmiş, dikkatli ve anlayışlı tüketici” kriterini getirmiştir. Kararın ilgili olduğu Alman hukuk düzenine pek yakın bir kıstas getirmeyen bu ilke, aslında Birleşik Krallık ve Fransa’da önceden beri kullanılagelmiş tüketici kriterlerinin karşılaştırmalı hukuk metoduna uygun bir biçimde yapılandırılmasıdır.¹⁴

ABAD getirdiği bu ölçüte göre ortalama tüketicinin somutlaştırılmasında, anket düzenlettirilmesini Topluluk Hukukuna Aykırı bulmamıştır. Ancak mahkemenin kendi bilgi ve görüşünün yeterli olduğu durumda buna başvurulmaması gerektiğini, özel zorluklar durumunda gidilecek bir yol olduğunu ifade etmiştir.¹⁵ ABAD ayrıca yanılan ya da yanılma ihtimali bulunan tüketicilerin yüzdesi konusunda da kararda somutlaştırmaya gitmemiştir.¹⁶

a. Dilbilgisi Açısından Yorumu

“Ortalama kendini bilgilendirmiş, dikkatli ve anlayışlı tüketici” ölçütünün uygulanmasında ortaya çıkan ilk yorum sorunu “ortalama” sıfatının yalnızca “kendisini bilgilendirmiş” ifadesini mi yoksa ayrıca “dikkatli” ifadesini de mi nitelendirdiğidir. Kararın Almanca metninde¹⁷ bu konuda açıklık bulunmazken, İngilizce çevirisinde¹⁸ ve Fransızca çevirisinde¹⁹ bu sıfatın her iki ifadeyi de nitelediği görülmektedir.²⁰ ²¹ Böylece varsayılan tüketicinin; dikkatli, bilgili ve anlayışlı niteliklerinin, ortalama ölçüde olması öngörülmüştür.

b. Tüketici Gruplarına Göre Ayrım

Divan’ın getirdiği tüketici ölçütü, genel geçer ve tamamen somut bir kriterden çok; sosyal, kültürel ve dil ile ilgili farklılıkları gözetme-

¹² Hamdi Pınar, “Reklam Hukukunun Esasları”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008 s. 536

¹³ Pınar, Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht s. 105

¹⁴ Lettl, s. 453

¹⁵ Bozbel, s. 227

¹⁶ Schulze\Schulte-Nolke\Jones, s. 227

¹⁷ “durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher”

¹⁸ “average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect”

¹⁹ “raisonnablement attentif et avisé”

²⁰ Lettl, s. 453

²¹ Bozbel, s. 221

ye uygun bir kıstas ortaya koyar. ABAD daha sonraki iki kararında - Lifting (2000) ve Baby-Dry (2001) - dil ile ilgili farklılıkların tüketicinin anlayışı üzerindeki etkisinin araştırılmasını doğru bulmuştur.²² Buna benzer şekilde, bütün bir toplumun değil, reklamın hitap ettiği kitlenin ortalamasının alınması gerekir.²³ Söz konusu grubun çocuk ya da yaşlılar gibi özel olarak korunmaya gereksinimi olan bir grup olması durumunda da tüketici üzerine düşen bilgi sahibi, dikkatli ve anlayışlı olma yükümü de belli ölçüde azaltılacaktır. Buna karşılık, reklamın tüm tüketicilere hitap etmesi durumunda, korunmaya daha fazla ihtiyaç duyan bu özel grupların korunması söz konusu olmayacaktır. Bu koruma boşluğu, topluluk hukukunun bilinçli tercihidir. Bir başka deyişle, söz konusu tüketici kitlesinin ortalamasının altında bilgi toplamış, dikkatli ve anlayışlı tüketici, korunmaya fazla gereksinimi olan bir gruba (hasta, yaşlı, çocuk) dahil olduğundan hareketle özel korumadan yararlanamayacaktır.²⁴

c. Tüketicinin Yükümleri

Yukarıda açıklandığı gibi rekabet politikasının da bir parçası olan aldatici reklama karşı tüketicinin korunması sorununda, "Gut Springenheide" kararı ile ABAD, daha önce "Mars (1995)" kararı ile tüketiciye yüklediği yükümü sistematize etmiştir. Buna göre tüketici sahip olduğu haklara karşılık bazı bilgiler edinmek, dikkatli ve anlayışlı davranmak gibi birtakım yükümler üstelenmelidir.²⁵ Bir başka deyişle, Avrupa ortak pazarının dinamik işleyişi içinde, tüketici davranışına ilişkin bazı zorunluluklar getirmektedir.²⁶ Ölçülülük prensibinin sınırlarını çizdiği bu resimde, tüketicinin her bir somut duruma göre yükümünün tam olarak ne olduğu ise Divan'ın içtihatları ile somutlaştırılmaktadır.²⁷

Ortalama Bilgili Olma: Gazete okuma, temel okul eğitimi gibi günlük hayattaki yollarla kazanılan normal bir bilgi düzeyine sahip olmayı ifade eder. ABAD'ın "Darbo" (2000) kararına göre, çilek reçe-

²² Lettl, s. 454

²³ Bozbel, s. 225

²⁴ Lettl, s. 454

²⁵ Annette Nordhausen/Deborah Parry/Geraint Howells/Christian Twigg-Flesner, *The Yearbook of Consumer Law*, Ashgate Publishing, 2009 s. 66, Google Kitaplar'dan ulaşılabilir, (16 Ocak 2015'te erişildi)

²⁶ Lettl, s. 455

²⁷ a.g.e. s. 454

linin “doğal” ibaresiyle satılması durumunda, ortalama bilgili bir tüketici bunun kadmiyum ve kurşun gibi hava ve su kirliliği nedeniyle doğada bulunan maddelerden arınmış anlamına gelmeyeceğini bilir.²⁸

Ortalama Dikkatli Olma: Tüketicinin ilgili ürün hakkında, normal düzeyde bilgi toplaması ve bu bilgileri dikkate almasını ifade eder.²⁹ Divan, ürünlere dayalı bir ayırım yapmaktadır. Arthur/Arthur et Felicie (1999) kararı temel alındığında bu ürün sınıflandırması “tecrübe ürünleri”, “araştırma ürünleri” ve “güven ürünleri” biçiminde yapılabilir. “Tecrübe ürünleri”, günlük hayatta sıkça satın alınan, ucuz ve kısa ömürlü ürünlerdir. Bunlarda tüketicinin dikkatli davranma yükümü en azdır. Buna karşılık bu yüküm, otomobil gibi seyrek satın alınan ve nispeten pahalı ürünler olan araştırma ürünleri için daha fazla ve ikinci el otomobil gibi satıcının verdiği bilgilerin doğruluğuna güvenmeyi gerektiren güven ürünleri için daha da yüksektir.³⁰ Böylece ürün çeşidine bağlı olarak tüketicinin dikkat etme yükümü değişmekte, reklamın aldatıcı olup olmadığı belirlenmesindeki kriter farklılaşmakta ve reklam verenin sorumluluğu da, günlük ihtiyaca yönelik ürünlerden seyrek satın alınan ürünlere doğru gidildikçe esnemektedir. Tüketicinin de tüm bu kıstaslara göre belirlenecek ortalama dikkati, ürünü sunanın verdiği bilgilere göstermesi beklenir. Örneğin yine “Darbo”(2000) kararına göre, “doğal” ibaresinin bulunduğu çilek reçelinin önce içindekiler kısmını okuması beklenen tüketicinin, pektin maddesinin reçelde olduğunu, bunu okumadığı için bilmemesi aldatıcılık teşkil etmez.^{31 32}

Ortalama Anlayışlı Olma: Tüketicinin topladığı bilgileri eleştirel bir biçimde sorgulaması ve normal ölçüde sınıflandırması, ayrıca arz edilen diğer ürünlerle karşılaştırarak karar vermesi beklenir. Yeni gerçeklere uyum sağlayan, öğrenebilen ve düşüncelerini değiştirebilen bir tüketici tipi varsayılmaktadır.^{33 34}

3. 2005/29 Sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Yönerge

Topluluk hukukunun bir parçası olan yönerge gerekçesinde (18) “makul derecede bilgili, dikkatli ve anlayışlı” tüketiciden bahsedil-

²⁸ a.g.e. s. 454

²⁹ Bozbel, s. 223

³⁰ Lettl, s. 454, 455

³¹ Bozbel, s. 223

³² Pınar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan s. 535-536

³³ Bozbel, s. 223

³⁴ Yukarıda değinilen “Mars” kararı bkz. II. 1. b.

mekte ve ABAD'ın içtihadı böylece ikincil hukukun kuralları arasına girmiştir. Buraya göre ayrıca sosyal, kültürel ve dil ile ilgili özellikler de kararlarda bu kriterle birlikte dikkate alınacaktır. Yönerge ayrıca Md. 5(2)(b)'de de ortalama bir tüketiciden bahsederek bu ölçütü sağlamlaştırmaktadır. Bu yönerge tüketicinin korunmasını amaçlayan diğer ikincil düzenlemelerden farklı olarak asgari değil azami uyumlaştırmayı amaçlamaktadır. Buna göre, üye devletler isterlerse daha yüksek düzeyde bir koruma sağlamak için ortalamanın altında tüketici kriteri belirleyemeyecek; yönergede belirtilen kıstası olduğu gibi hukuklarına alacaklardır.³⁵

B. ALMAN HUKUKUNDA TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜNÜN GELİŞİM ÇİZGİSİ

1. Genel

Tüketici ölçütü Alman Hukukunda büyük ölçüde Haksız Rekabet Kanunu'na (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - UWG 1909) ve Federal Yüksek Mahkeme'nin (Bundesgerichtshof - BGH) bu kanunu uygularken geliştirdiği içtihatlarla dayanır. BGH, 1990lı yılların ortalarına kadar aldatıcı reklamlara karşı tüketiciyi korurken, reklam ibarelerini kısaca ve eleştirel olmayan bir biçimde dikkate alan tüketici kıstasını uygulama eğiliminde olmuştur.³⁶ Buna karşılık, 1990lı yıllardan sonra BGH, kararlarında Topluluk Hukukundan gelen tüketici kriterinin etkisiyle bu yaklaşımını tüm haksız rekabet hukuku alanında değiştirme yoluna gitmiştir.³⁷ Ayrıca, 2004 yılında yürürlüğe giren yeni UWG'nin 3. maddesinin ilk fıkrasında tüketici, rekabet edenler ve diğer katılımcıların menfaati, korunan üç menfaat olarak sayılarak, menfaatler çatışmasının dengelendiği bir üç ayaklı yapı inşa edilmiştir. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasında da, iş uygulamalarına karşı ölçüt alınacak tüketici ölçütünün, iş uygulamasının hitap ettiği tüketici kitlesinin ortalaması olduğu açıkça öngörülmüştür. Bu reformlarla birlikte, "Gut Springenheide"de belirlenen "ortalama bilgi toplamış, dikkatli ve makul derecede anlayışlı" tüketici kriterine yaklaşan bir anlayış benimsenmiştir. Böylece Alman Hukukunda "ortalama bilgili, durumun gerektirdiği derecede dikkatli ve anlayışlı tüketici kavramını kabul edilmiştir.³⁸

³⁵ İnal, s. 104

³⁶ Lettl, s. 456

³⁷ Bozbel, s. 223

³⁸ Lettl, s. 456 "Durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und

Örneğin, BGH'nın bu yeni anlayışında tüketicinin mizahi reklamlarla ciddi reklamları ayırt etmesi beklenir. Bir ekonomi gazetesinde, piyango bileti fotoğrafının yanına "parayı artırmak için başka bir kağıt öneriyoruz" ibaresi yazılarak yapılan reklam aldatıcı reklam değildir.³⁹

2. Tüketici Kriterinin Somutlaştırılması

Tüketici Grupları: Reklamın hitap ettiği kesime göre farklı ortalama tüketici düzeyleri belirlenmesine yönelik olarak, reform sonrası yeni UWG'nin 4(2) numaralı hükmünde açıkça, iş hayatıyla ilgili deneyimsizlik, yaş, bedensel sağlık gibi farklılıklar kabul edilerek, tüketici kavramının özellikle bu gibi niteliklere ve daha başka niteliklere göre farklılaştırılmasının yolu açılmış, Topluluk Hukukundaki gibi özel korumaya gereksinimi olan tüketici gruplarının oluşturulması sağlanmıştır.

Ürün Çeşitleri: Ayrıca BGH, bu ölçütün somutlaştırılmasında tıpkı ABAD'ın yaptığı gibi ürün çeşidine dayanan bir farklılaştırmaya gitmiş,⁴⁰ ortalama tüketici tarafından; otomobil, doğu halısı, avukat hizmeti, bilgisayar veya sermaye yatırımı gibi pek de ucuz olmayan ürün ve hizmetlerde; günlük ihtiyaçlara yönelik ürünlerde aradığı dikkatten daha fazla dikkat gösterilmesini öngörmüştür.⁴¹

Bilginin Erişilebilirliği: Tüketici, ürünü piyasaya sunanın sağladığı bilgileri uygun ölçüde almakla yükümlüdür. Özellikle etikette ya da ürüne iliştirilen diğer ibarelerde yer alan reklamlar bu kapsamdadır. Örneğin, BGH'ya göre, belirli bir bira almak isteyen ortalama bilgili ve anlayışlı tüketici en yakın bilginin biranın arkasındaki etikette yazıldığını bilir. BGH'nın bir başka kararına göre, çarpıcı bir fiyatla oyun ve telefon paketi sunulan reklamı gören ortalama dikkatli tüketici, reklamda ağ bağdaştırıcısı sözleşmesinin de gösterildiğini ve bu çarpıcı fiyatın 24 ay taahhülle girilecek bir ağ bağdaştırıcısı sözleşmesi ile mümkün olduğunu göz önünde bulundurur.⁴²

Diğer: Bu ölçütlerin yanında, BGH ayrıca tüketicinin ürünü ya da hizmeti edinin edinemeyeceğine karar vermesi için yeterli bir süre

verständigen Durchschnittsverbrauchers"

³⁹ a.g.e. s. 459

⁴⁰ Yukarıda bkz. II. 1. cc. bbb.

⁴¹ a.g.e. s. 457

⁴² a.g.e. s. 458

verilmesi de kıstaslar arasındadır. Bir kitap kulübüne üye olunması için beş kitabın ücretsiz verileceğinin reklamının yapıldığı durumda, tüketicinin bu kitapları aldıktan sonra broşürü okuması için 10 günlük süresinin olması durumunda, tüketicinin bilgi toplamak, topladığı bilgileri dikkatle değerlendirmek ve diğer ürün ya da hizmetlerle karşılaştırma imkanına sahip olduğu varsayılır.⁴³ Bir başka somutlaştırma ölçütüne göre aldanma ihtimali olan tüketici kitlesinin, toplam hedef kitle karşısında önemli bir yüzde oluşturması esastır. %10-15 oranında tüketici kitlesinin aldanma ihtimali, aldatıcı reklamın varlığına hükmetmek için yeterli değildir. Bu da BGH'nın önceki içtihatlarında belirlediği tüketicinin koruması derecesini, bu bakımdan düşürüldüğüne işaret eder.⁴⁴

3. Alman Hukukundaki Gelişimin Sonucu

UWG hükümlerine dayanarak mahkemelerin yarattığı içtihat, onlarca yıl boyunca tüketicinin koruması konusunda Alman Hukukunu, Avrupa Birliği'nin en katı hukuku konumuna getirmiştir.⁴⁵ ABAD'ın 1984 tarihli "Bocksbeutel" kararında "dünyanın en katı rekabet hukuklarından biri" diye tarif ettiği Alman Hukuku, yine aynı kararda Divan'ın Alman Hukukuna mal ettiği "reşit olmayan, neredeyse hastalık derecesinde aptal, görmezden gelen, dikkatsiz ortalama tüketici ölçütü"nü⁴⁶ terk etmiş, "Gut Springenheide" kararına kadar ABAD'ın başka kararları ile işaret ettiği ve bu kararlar iyice somutlaştırdığı "ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı tüketici" kriterinin benimsemiştir. Başta BGH olmak üzere Alman mahkemeleri ABAD'ın içtihadına uyumlu kararlar vermeye başlarken, 2004 yılında yeni UWG'nin yürürlüğe girmesi ve 2005/29 sayılı yönerge ile bu değişim hız kazanmıştır. Öyle ki tüketicinin korunması konusu açısından Alman Reklam Hukuku alanındaki özgürleşme ve esneme, 1909 yılından 2004 yılına kadar yürürlükte kalan mülga UWG'nin yürürlüğü sırasındaki uygulamaya bakıldığında bir devrim niteliğindedir.⁴⁷

⁴³ a.g.e. s. 457

⁴⁴ a.g.e. s. 458

⁴⁵ Peter Schotthöfer, "A Revolution in German Advertising Laws?", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2008 s. 171

⁴⁶ Wolfgang Seiler, Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten, Mohr Siebeck 2006 s. 165-166 - ABAD'ın "Bocksbeutel" kararı, Google Kitaplar'dan ulaşılabilir, (16 Ocak 2015'te erişildi)

⁴⁷ Schotthöfer, s. 174

C. TÜRK HUKUKUNDA TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜ

1. Mevzuatta Tüketici Ölçütünün Düzenlenmemesi ve Azınlık Görüşü

Türk Hukukunda, AB ve Alman Hukukundakinin aksine, bir reklamın aldatıcı olup olmadığının belirlenmesinde ölçüt alınacak tüketici tipi açıkça herhangi bir kuralda düzenlenmemiştir. TTK Md. 54(1)'de Alman UWG'ye benzer şekilde bütün katılımcıların menfaati korunan menfaatler arasında sayılmış ancak tüketici ölçütünün belirlenmesi hakkında bir açıklama yapılmamıştır. 6502 sayılı TKHK Md. 61(3) "tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici" ticari reklamdaki bahsetmekte ve yasaklamaktadır. Lafızdan hareketle öğretide bir görüş, mülga TKHK'deki benzer hükme (mülga TKHK 16/2) gönderme yaparak kanunda bilgi ve tecrübe noksanlığı olan tüketicinin esas alındığını belirtmekte ve hatta kanundaki ölçütün "bilgisiz ve tecrübesiz kişi" esas alınarak yeniden kaleme alınması gerektiğini ileri sürmektedir.⁴⁸ Bu ölçüt, "ortalama bilgili, dikkatli ve anlayışlı" ölçütünden daha düşük düzeyde tüketici kıstasını esas alarak tüketicinin korunmasını üst düzeye çıkarmaktadır.

2. Baskın Görüş

Ancak öğretide ve Yargıtay kararlarında baskın olan diğer görüş ise ortalama ya da makul tüketiciden hareket etmektedir.⁴⁹ Bu görüşe göre, ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketici yaptığı işin üzerinde derinlemesine durmaz ve karşılaştığı her reklamın üstünde ayrıntılı biçimde durması kendisinden beklenemez.⁵⁰ Ayrıca bu görüş, AB hukukunda olduğu gibi reklamın yöneldiği grubun ortalama düzeyinin belirlenmesinden yanadır. Reklamın özel olarak hitap ettiği grubun özel korumaya muhtaç olup olmadığı ile ilgili ayırım yapılmalıdır. Sözgelimi çocukların hedef alındığı bir reklamın aldatıcılığı tartışılırken, çocukların bilgi ve dikkat seviyesi araştırılır.⁵¹ Bu görüşe göre, yukarıda açıklanan azınlık görüşünün önerdiği tarzda bir tüketici ölçütünün belirlenmesi halinde; saf, hiç düşünmeyen, eğitimsiz,

⁴⁸ Yılmaz Arslan, *Tüketici Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa 2006 s. 278

⁴⁹ İnal, Emrehan/ Baysal, Başak. (2008). *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. s. 26

⁵⁰ Celal Göle, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983 s. 74-75

⁵¹ a.g.e. s. 75

düşük seviyeli tüketicinin kıstas alınması ihtimali ortaya çıkacak ve böylece tüm reklamların aldatıcı bulunması tehlikesiyle karşılaşılacaktır.⁵² Yargıtay'ın verdiği birkaç karar da bu görüşü destekler görünmektedir. Bir kararında, "malın bilhassa perakende alıcıları olan kimselerin normal içtimai durumu ve bilgi ve ayırt etmek seviyesini", bir başkasında, "orta seviyedeki müşterileri", bir başkasında "vasat bir alıcıyı", bir diğerinde ise "ortalama dikkat edenleri" tüketici ölçütü olarak esas almıştır.⁵³ Doktrinde bunların yanında istisnai olarak arz edilen ürünün kullanımı sonucunda çok büyük zararlar doğma olasılığında, tüketicinin sağlık ve güvenliğinin korunması için ortalama tüketici ölçüsünden, ortalamanın altındaki tüketici ölçüsüne inilebileceği savunulmuştur.⁵⁴

3. Reklam Kurulu'nun Tutumu

Baskın görüşün bu yaklaşımı, AB Hukuku Ve Alman Hukukunun son yıllardaki tutumuyla uyumludur. Ortalamanın altında tüketiciyi esas alan azınlık görüşü ise Alman Hukukunun 1990'lardan önceki katı görünümüne benzemektedir.⁵⁵ Baskın görüşü destekler nitelikteki 2003 tarihli Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik md. 5(e)'ye göre de reklamlar "ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi"ne göre incelenmelidir. Buna karşılık Reklam Kurulu'nun kararlarında, ortalama bir tüketicinin ölçüt alınmadığı görülmektedir. "Orada, burada, her yerde Turkcell" sloganıyla, Türkiye'nin çeşitli bölgelerinin gösterildiği bir reklam, Reklam Kurulu'na göre çekim gücünün Türkiye'nin her yerini kapsadığı izlenimi uyandırmaktadır. Çekim gücü tüm Türkiye'yi kapsamadığından aldatıcı reklam olduğuna hükmedilmiştir. Oysa ortalama bir tüketicinin, çekim gücünün tüm Türkiye'yi değil, büyük kısmını kapsadığı mesajı verildiğini anlayacak düzeyde olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle bu kararda, öğretilerdeki baskın görüşle ve Yargıtay içtihatlarıyla çelişecek şekilde ortalamanın altında bir tüketicinin esas alındığı görülmektedir.⁵⁶

⁵² a.g.e. s. 75

⁵³ a.g.e., s. 76

⁵⁴ İnal/Baysal, s. 93

⁵⁵ Pınar, Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht s. 80

⁵⁶ İnal/Baysal, s. 37

4. Türk Hukukundaki Farklı Görüş Ve Tutumların Değerlendirilmesi

Reklam Kurulu'nun yukarıda işaret edilen eleştiriyeye açık bu tutumunun, Alman Hukukunun topluluk hukukunu takip etmeden önceki yaklaşımından daha da katı olduğu göze çarpmaktadır. Daha önce ifade edildiği gibi, Alman Hukukundaki gelişim ve ABAD'ın onlarca yıllık içtihadına karşıt bu katı tutumun benimsenmesi, tüm reklamların yasaklanması sonucuna götürebilecek ve reklam hukukunun varlık nedenleriyle çelişecektir. Kaldı ki reklam sahibinin bilerek gerçek dışı ve yanıltıcı iddialar ileri sürmesi ve tüketicinin yanılağını düşünerek hareket etmesi durumunda,⁵⁷ reklam verenin menfaati hiçbir durumda korunmayacaktır. Alman Hukukundaki uygulamadan hareketle, özellikle objektif olarak yanlış bir bilgi içeren reklamın varlığında, tüketici kriterinin belirlenmesi yoluna gidilmeden, bir per se haksız ticari uygulama mevcut olduğuna hükmedilebilecektir.⁵⁸ Örneğin, üreticinin tavsiye ettiği fiyatın yanlış bir biçimde çok yüksek yazıldığı bir reklamın, a priori haksız ticari uygulama olduğu söylenebilir.⁵⁹ Böylece, ortalama standarda yerleştireilmiş tüketici ölçütünün, tüketicinin menfaatini ağır biçimde ihlal etmediği de bir gerçektir. Kanımca, bu nedenlerden dolayı Yargıtay'ın yerleşik içtihadı ve öğretideki baskın görüş yerindedir.

SONUÇ

Bir reklamın aldatıcı olup olmadığının belirlenmesi, reklam sonucu aldanana veya aldatılma ihtimali bulunan tüketici kriterinin belirlenmesine bağlıdır. Bu kriterin aşağıya ya da yukarıya doğru değiştirilmesi, tüketicinin reklamlara karşı ne derecede korunacağı ve hangi reklamların aldatıcı kabul edileceği sorununa doğrudan etki eder. Böylece tüketici kriterinin, reklamların aldatıcı olup olmadığı konusunda da kıstas getirerek yasakçı ya da esnek bir reklam ve dolayısıyla haksız rekabet hukuku politikası seçilmesinde payı olduğu söylenebilir.

Öte yandan Avrupa Birliği'nin getirdiği ortak pazarın yarattığı dinamizme ayak uydurmak amacıyla, ürün veya hizmet sunanın menfaati ile tüketicinin menfaati arasında bir denge kurma ihtiyacı

⁵⁷ Bozbel, s. 121, 122

⁵⁸ Lettl, s. 456, 457

⁵⁹ a.g.e. s. 457 BGH'nun "Falsche Herstellerpreisempfehlung" kararı

doğmuştur. Reklam veren belli standartlara uyma sorumluluğunu üstlenirken; tüketici de, tüketicinin korunması politikası sonucu reklamlara karşı kazandığı koruma karşılığında, birtakım yükümleri yerine getirmelidir. İşte reklam veren ile tüketicinin menfaatleri arasında da bu menfaat dengesi kurulurken, tüketici ölçütü etkili olacaktır.

Avrupa Birliği Topluluk Hukukunda bu kriter, ABAD'ın 1990lardan beri işaret ettiği kararlarla şekillenmeye başlamış, "Gut Springenheide" kararı ile net bir biçimde sistematize edilmiştir. "Ortalama bilgi toplamış, dikkatli ve anlayışlı tüketici" ölçütü, Divan'ın daha sonraki kararlarıyla da somutlaşmıştır. Alman Hukuku da bu tüketici anlayışından etkilenecek, onlarca yıldır benimsediği ortalamanın altında tüketici kriterini terk etmiş, katı haksız rekabet hukukunu esnetmiştir.

Türk Hukukunda da Yargıtay ve öğretideki baskın görüşün ortalama tüketici kıstasını benimsediği görülmektedir. Öte yandan öğretilerdeki azınlık görüşü ve Reklam Kurulu'nun kararlarıyla şekillenen diğer anlayışın, Alman Hukukunun topluluk hukukuna uyum sağlamadan önceki yapısına benzer şekilde ortalamanın altındaki düzeyde tüketiciyi nazara aldığı gözlenebilir. AB Hukukunun tartışmasız biçimde benimsediği ve arz eden ile tüketici arasındaki menfaat çatışmasını dengeli biçimde çözmeye yönelik anlayışa karşıt olarak; Alman Hukukunun 1990lı yıllarda terk ettiği ortalama seviyenin altındaki tüketici kıstasının uygulanması, fazlasıyla katı bir haksız rekabet ve reklam hukuku politikasına götüreceğinden kanımca yerinde değildir.

Kaynakça

Kitaplar

- Arslan Yılmaz, Tüketici Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2006
- Bozbel Savaş, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006
- Göle Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983
- İnal Emrehan, "Türk Hukuku'nda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008
- İnal Emrehan\Baysal Başak, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008
- Keßler Jürgen, "Workable Competition, Consumer Protection and Advertising Law", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008

Pınar Hamdi, Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht, Peter Lang, Frankfurt\ Almanya 2003

Pınar Hamdi, "Reklam Hukukunun Esasları", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2008

Schotthöfer Peter, "A Revolution in German Advertising Laws?", Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2008

Sürelî Yayınlar

Lettl Tobias, "Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform", GRUR 6/2004, s. 449-461.

Elektronik Kitaplar

Nordhausen Annette/ Parry Deborah/ Howells Geraint/ Twigg-Flesner Christian, The Yearbook of Consumer Law, Ashgate Publishing, Surrey\ İngiltere 2009 16 Ocak 2015 tarihinde https://books.google.com.tr/books?id=hoKPX1vbP64C&dq=yearbook+of+Consumer+Law+2009&hl=tr&source=gbs_navlinks_s adresinden erişildi.

Schulze Reiner/ Schulte-Nolke Hans/ Jones Jackie, A Casebook on European Consumer Law, Bloomsbury Publishing, Portland Oregon\ ABD 2002 16 Ocak 2015 tarihinde https://books.google.com.tr/books?id=P9LbBAAQBAJ&dq=A+Casebook+on+European+Consumer+Law&hl=tr&source=gbs_navlinks_s adresinden erişildi.

Seiler Wolfgang, Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten, Mohr Siebeck, Tübingen\ Almanya 2006 16 Ocak 2015 tarihinde https://books.google.com.tr/books?id=tQc1YZ0NQecC&dq=Verbraucherschutz+auf+elektronischen+M%C3%A4rkten&hl=tr&source=gbs_navlinks_s adresinden erişildi.

Uluslararası Hukuk Kaynakları

2005/29 Sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Yönerge (*İng*: Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market) (11 Mayıs 2005'te kabul edildi)

Uluslararası Karar ve Davalar

ABAD'ın 16 Temmuz 1998 tarihli kararı: Case C-210/96 sayılı Gut Springenheide ve Tusky v. Oberkreisdirektor Steinfurt

ABAD'ın Kanun Sözcüsü Mischo'nun 12 Mart 1998 tarihli görüşü: Gut Springenheide ve Tusky v. Oberkreisdirektor Steinfurt

EV HİZMETLERİNDE ÇALIŞANLARIN SİGORTALILIĞI

SOCIAL INSURANCE OF THOSE WORKING IN HOME SERVICES

A. Eda MANAV*

Özet: Ülkemizde ev hizmetlerinde çalışanların sosyal güvenlik, çalışma koşulları, iş sağlığı ve güvenliği, ücret, çalıştığı yerde maruz kaldığı taciz ve şiddet gibi pek çok sorunu bulunmaktadır. Ev hizmetlerinde çalışanların sosyal güvenlik kapsamına alınması uzun zamandır tartışılan bir konudur. Ev hizmetlerinde çalışanlar ilk olarak 1977 tarihli 2100 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ücretle ve sürekli çalışanlara yönelik olarak sosyal sigortalar kapsamına alınmış, daha sonra mevzuatta pek çok değişiklik olmuştur. Nihayetinde 6552 sayılı Kanunla 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortasına eklenen ek dokuzuncu madde ile ev hizmetlerinde çalışanların tamamı çalışma gün sayısı 10 gün ve daha fazla olanlar ile 10 günden az olanlar şeklinde ikili bir ayrıma gidilerek sosyal güvenlik kapsamına alınmış ve bu uygulama 1 Nisan 2015 te yürürlüğe girmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ev Hizmetleri, Sosyal Güvenlik, Çalışan Kadınlar, Ev Hizmetleri Çalışanları

Abstract: In our country, workers in home services encounter many problems, such as social security, working conditions, occupational health and safety, remuneration, and workplace harassment and violence. Inclusion of those working in home services into the scope of social security system is an issue under discussion for a long period of time. With the amendment in Law no. 2100, dated 1977, for the first time those working in home services were taken into the scope of social insurances for permanent workers with a wage. Thereafter, many amendments were made in the legislation. Ultimately, The Law no.6552 amended the Social Insurance and Universal Health Insurance Law no.5510 and added Additional Article 9. With this amendment, all of the workers in home services were taken into the scope of social security by making a distinction between workers whose working days are 10 days and more and workers whose working days are less than 10 days. This practice took effect on 1 April 2015.

Keywords: Home Services, Social Security, Working Women, Individuals Who Work In Home Services

* Dr., Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi

GİRİŞ

Ev hizmetlerinde çalışan kişilerin sayısının ülkemizdeki kentleşme sürecine bağlı olarak artması, özellikle küçük yerlerden kentlere göçün hızlanması ile birlikte çok sayıda kadının gündelikçi, çocuk ve hasta bakıcısı olarak çalışmaya başlaması ve ev hizmetlerinde kaçak yabancı uyruklu kişiler de dahil kayıt dışı çalışmanın yaygınlaşması, kanunda yeni düzenleme yapılması ihtiyacını doğurmuştur.¹ Ev hizmetlerinde çalışma nedeni, genel olarak evin geçimini sağlama ve aile gelirine katkı sağlama şeklinde ifade edilebilir.²

Ev hizmetlerinde çalışan kişilerin en önemli sorunları; çalışma sürelerinin karşı tarafça belirlenmesi, maruz kaldıkları davranış, ücretlerinin belirsizliği,³ tehlikeli koşullarda çalışmalarına rağmen çoğunlukla düşük ücretlerle çalıştırılmaları, çalışma koşullarının ev hizmetlerinde çalışan işçiler üzerinde yarattığı sağlık ve güvenlik riskleri, iş kazası ve meslek hastalığı risklerine karşı gereken yasal düzenlemelerin eksikliğidir.⁴ Bununla birlikte özellikle gündelikçi olarak çalışan kadınların sosyal güvenceye ihtiyaçları vardır ve temizliğe gidilen ailenin bu kişilerin sigortalarını yapması önemlidir.⁵

Sosyal güvenlik primlerinin yüksekliği, sigortadan yararlanabilmek için çalışılması gereken prim gün sürelerinin uzunluğu, aylık bağlama oranlarının düşüklüğü ve sigorta işlemlerindeki bürokratik zorluklar karşısında çoğu işveren ya da evinde işçi çalıştıran, kayıt dışı işçi çalıştırma yoluna gitmektedir. Buna ilişkin bir denetim de yapılmaktadır. Bu nedenle ev hizmetlerinde çalışanların kayıtlı çalışmalarını teşvik edici, çalışma koşullarını iyileştirici, sosyal güvenlik haklarından yararlanmalarını sağlayıcı düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktaydı.⁶

¹ Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara 2015, s.227.

² Fatma Fidan/M. Çağlar Özdemir, "Ev Hizmetlerinde Çalışan Kadınlar ya da Evlerin Kadınları", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C.2, S.1, Temmuz 2011, s.83.

³ Fidan/Özdemir, s.86-87.

⁴ Çağla Ünlütürk Ulutaş/Nagihan Durusoy Öztepe, "Ev Hizmetlerinde Mesleki Sağlık ve Güvenlik Sorunu", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C.4, S.2, Temmuz 2013, s.45, 47; Sinem Yıldırım, "Türkiye'de Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sorunları", *Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.4, S.1, Yıl:2014, s.48-50. Ayrıca bkz. Seyhan Erdoğan/Gülay Toksöz, "Türkiye'de Ev İşçileri", 2013, http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/publ/turkiyede_ev_iscileri_raporu.pdf, s.3-4.

⁵ Ali Rıza Okur, "Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı", *Kamu-İş*, C.7, S.3, 2004, s.22.

⁶ Erdoğan/Toksöz, s.3.

Bu çerçevede ev hizmetlerinde çalışanların sosyal güvenliğine ilişkin olarak, 6552 sayılı Kanun'un 55 inci maddesi ile 5510 sayılı Kanun'a ek dokuzuncu madde eklenmiş ve bu düzenleme, 1 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yeni düzenleme çerçevesinde ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 gün ve daha fazla olan çalışanlar, Kanun'un dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmaktadır. Ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar için ise kanunda belirtilen oranda iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödenir.

Çalışmamızda öncelikle ev hizmeti kavramını tanımlamaya çalıştık. Daha sonra uluslararası ve ulusal mevzuatta ev hizmetlerine ilişkin düzenlemeleri açıkladık. 6552 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme çerçevesinde ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılık koşullarını ayrıntılı olarak inceleyerek; yeni düzenlemeyi olumlu ve olumsuz yönleri ile değerlendirerek çalışmamızı sonlandırdık.

I. EV HİZMETİ KAVRAMI

Ev hizmetleri, evin gündelik işleyişinin gerektirdiği temizlik, çamaşır, çocuk bakımı, mürebbiyelik, şoförlük, bahçivanlık, hizmetçilik, bakıcılık, uşaklık, aşçılık, özel öğretmenlik gibi faaliyetleri içermektedir.⁷ Yapılan çalışmanın evde yapılması, çalışanların çoğunlukla kayıt

⁷ Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Bası, Ankara 2014, s.312; Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 2014, s.206; Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/Emine Tuncay Senyen/Kaplan, İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2013, s.48; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 6. Bası, İstanbul 2013, s.41; Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Genişletilmiş Güncellenmiş 4.baskı, Eskişehir 2013, s.43; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Uluçan, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2010, s.50 ; A. Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013, s.299; Ulutaş/Öztepe, s.45-46; Fidan/ Özdemir, s.80Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş ilişkileri I, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul 2012, s.85; Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul 2014, s.141; Murat Araz, "Ev Hizmetlerinde Çalışanlar İçin Sorun Çözülüyor mü?" *Yaklaşım Dergisi*, Yıl:22, S.264, Aralık 2014, s.233; Ali Nazım Sözer, Türk

dışı istihdam edilmesi nedeniyle bu kavramın tanımlanması zor olmakla birlikte;⁸ ev hizmetleri, ev sakinlerinin günlük doğal ihtiyaçlarının, evin gündelik işleyişinin ve idaresinin aile fertleri dışında kalan kişiler tarafından sağlanması olarak ifade edilebilir.⁹

Ev Hizmetlerinde 5510 sayılı Kanun'un Ek 9 uncu maddesi kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ¹⁰ göre ev hizmeti, ev içerisinde yaşayan aile bireyleri tarafından yapılabilecek temizlik, yemek yapma, çamaşır, ütü, alışveriş, bahçe işleri gibi gündelik işler ile çocuk, yaşlı veya özel bakıma ihtiyacı olan kişilerin bakım işlerinin aile bireyleri dışındaki kişiler tarafından yapılması anlamına gelmektedir.

Öğretide yapılmış bir araştırmaya göre, ev hizmetlerinin yasal statüsünü düzenleyen farklı ulusal mevzuatlar çerçevesinde ev hizmetlerinin temel özellikleri; işin yapıldığı yerin özel bir hane olması, yapılacak işin ev halkının hizmetine sunulmuş olması, işverenin yönetimi ve denetimi altında ve onun adına yerine getirilmesi, süreklilik ve düzenlilik göstermesi, ev hizmeti çalışanı tarafından yapılan işten işverenin maddi kazanç sağlamaması ve yapılacak işin ücret karşılığında yapılmasıdır.¹¹

II. EV HİZMETLERİNDE ÇALIŞANLARA YÖNELİK DÜZENLEMELER

A. Uluslararası Düzenlemeler

ILO nun 189 sayılı Ev İşçileri İçin İnsana Yakışır İş Hakkında Sözleşmesi'nin birinci maddesinde ev işi ve ev işçisi kavramları tanımlanmıştır. Buna göre,

“(a) Ev işi terimi, ev ya da hane halkı için veya ev içerisinde icra edilen işleri;

(b) Ev işçisi terimi, istihdam ilişkisi dâhilinde, ev işleri ile uğraşan herhangi bir kişiyi” ifade eder.¹²

⁸ Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013, s.91; Okur, s.9; Yıldırım alp, s.47-48.

⁹ Ulutaş/Öztepe, s.45.

⁹ Sözer, s.91; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.141; Yıldırım alp, s.46.

¹⁰ Çalışmanın devamında “Tebliğ” olarak belirtilecektir.

¹¹ Ulutaş/Öztepe, s.46; Fidan/Özdemir, s.81.

¹² http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_protect/protrav/travail/do-

Sözleşmenin 14 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, “Her Üye, ev işçiliğinin özgül niteliklerini dikkate alarak ve ulusal yasalara ve düzenlemelere uygun şekilde, annelikle ilgili şartlar dâhil olmak üzere ev işçilerinin sosyal güvenlikle ilgili olarak diğer işçilere sunulan koşullardan daha azına sahip olmamalarına imkân verecek tedbirleri alacaktır.”¹³

Ülkemiz 189 sayılı ILO Sözleşmesini henüz onaylamamıştır. Bu Sözleşme ile Sözleşme'nin uygulanmasına yönelik yol gösterici hükümler içeren 201 sayılı Tavsiye Kararı, ev hizmetlerinde çalışanların çalışma ve sosyal haklarını güvence altına almak açısından önemli bir uluslararası düzenlemedir. Ülkemizin bahse konu sözleşmeyi imzalaması ve iç hukukta gerekli düzenlemelerin yapılması, İş Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamı dışında kalan bu çalışanların Kanun kapsamın alınarak çalışma ve sosyal haklarının güvence altına alınmasının yanı sıra, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin haklardan yararlanma imkânı sağlanması isabetli olacaktır.¹⁴

B. Ulusal Düzenlemeler

1. İş Kanuna Göre Ev Hizmetlerinde Çalışanların Durumu:

Ev hizmetleri, gerek mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun beşinci maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun dördüncü maddesinin birinci fıkrasının e bendinde yer alan hükümler ile bu Kanunların uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Bu bağlamda ev hizmetlerinde çalıştırılan işçiler İş Kanununun sağladığı, kıdem ve ihbar tazminatı, bildirim süresi, hafta tatil ücreti, genel tatil ücreti, yıllık ücretli izin, iş güvencesi gibi hak ve güvencelerden yararlanamamaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde ev hizmetlerinde çocuk bakıcısı, aşçı, bahçıvan, temizlikçi, hizmetçi, şoför, özel sekreter, özel öğretmen vb. işlerde çalışanlar İş Kanunu kapsamı dışında tutulmuşlardır.¹⁵

¹³ [cuments/publication/wcms_209877.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_protect/protrav/travail/documents/publication/wcms_209877.pdf)
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_protect/protrav/travail/documents/publication/wcms_209877.pdf

¹⁴ Lütfi İnciroğlu, “Ev Hizmetlerinde Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği”, <http://www.lutfiinciroglu.com/content/view/118/19>; Yıldırım alp, s.57.

¹⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.312.

Buna karşın evde hasta bakan hemşire, çocuk bakıcısı gibi evde hizmet veren kişilerin yaptıkları iş ev hizmeti olarak değerlendirilemeyeceği için, bu kişiler İş Kanunu kapsamında kabul edilmektedir.¹⁶

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre ev hizmetlerinde çalıştırılmak üzere işe alınan bir işçinin ev yaşamı dışında ev sakinlerinin çalışma ortamlarında çalıştırılmaları, örneğin bir kişinin hem işyerinde temizlik yapması hem de gelen müşterilere hizmet vermesi halinde, bu iş, İş K.m.4 çerçevesinde istisnalar kapsamında sayılmamalıdır¹⁷. Bu bağlamda ev hizmetlerinde çalışanların İş Kanunu kapsamı dışında tutulabilmesi için faaliyetlerinin tamamını ya da önemli bir bölümünü ev işlerine ayırmaları gerekmektedir. Eğer bir çalışan aynı zamanda hem bir işverene ait ev hizmetinde hem de işverenin ticaret veya sanayi işletmesinde, örneğin bir fırında satıcı ya da bir otelde temizlikçi olarak çalışıyorsa, yaptığı iş ev hizmeti sayılmaz.¹⁸ Aksi yöndeki görüşe göre ise durum her olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmeli ve ev hizmetinin bu ilişkide baskın nitelik taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir¹⁹. Bir işçi ev hizmetlerinin yanı sıra örneğin bekçilik de yapıyorsa, bu durumda işçinin ağırlıklı olarak hangi işi yaptığı tespit edilerek, ağırlıklı hizmetin bekçilik olduğunun tespiti halinde işçi İş Kanunu kapsamında sayılmalıdır.²⁰

¹⁶ Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s.49. Yargıtay'a göre, "evde hastaya bakan hemşire ve çocuk eğiticisi 4857 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmelidir. Somut olayda, tanık beyanlarından ve tüm dosya kapsamından davalının davacıyı devamlı olarak çocuklarına bakması için işe aldığı, davacının bu çocukların bakımı ile uğraştığı, bunun yanında ise arızı olarak ev işlerinde ev sahibine yardım ettiği bu nedenle davacı ile davalı arasındaki ilişkinin İş Kanunu'nun düzenlediği anlamda hizmet ilişkisi olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu anlamda her ne kadar iş ilişkisinin resmi belgeler üzerinde dava dışı şirket ile kurulduğu görülmekteyse de davacının fiilen davalıların ev hizmeti ve çocuk bakımında görevli olması iş ilişkisinden doğan sorumluluğun davalılara ait oluşunu etkilemeyecektir. Mahkemece işin esasına girilerek dava hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde husumetten ret kararı verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg.22.HD., 9.3.2015, 2013/35095, 2015/9308. (Kişisel arşiv) Ayrıca bkz. Yarg.22.HD., 2.9.2014, 2014/17890 2014/22670; aynı yönde Yarg.22.HD., 9.12.2013, 2012/35408 E- 2013/28619 K. (Kişisel arşiv)

¹⁷ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.312.

¹⁸ Tunçomağ/Centel, s.42; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.51.

¹⁹ Süzek, s.206; Narmanlıoğlu, s.85; Okur, s.10.

²⁰ Tunçomağ/Centel, s.42; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.51. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. "Evde hastaya bakan hemşire ev hizmeti yapmış sayılmaz... Ev sahibine ait ev ve bahçesinde ev hizmeti yanında bekçilik yapan ve ağırlıklı hizmeti bekçilik olan işçi, iş kanunu kapsamında sayılmalıdır." Yarg. 9. HD.,

İş Kanununun kapsam dışı bıraktığı ev hizmetleri 5510 sayılı Kanun'da belirtilen çerçevede sosyal sigorta uygulaması kapsamındadır. Yargıtay'a göre, ev hizmetlerinde çalışan kişi İş Kanununa tabi olmayan ve aynı zamanda sigortalı olan işçidir.²¹ Bu bağlamda İş Kanunu kapsamı dışındaki işçinin işçilik alacaklarına ilişkin davaları iş mahkemelerinde görülemez. İşçinin genel mahkemede dava açması, yerel mahkemenin işçinin ev hizmeti yapıp yapmadığını araştırması ve ev hizmeti gören işçiler hakkında İş Kanunu hükümlerini uygulamaması gerekmektedir.²²

2. Borçlar Kanununa Göre Ev Hizmetlerinde Çalışanların Durumu

Ülkemizde ev hizmetlerinde çalışanlar, 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı dışındadır. İş Kanununun kapsamı dışında kalan ev hizmetlerinde çalışan kişilerin iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler çerçevesinde belirlenir.²³ Yargıtay'a göre de, İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan bu hizmetleri gören kimselerle bunları çalıştıranlar arasındaki hukukî

13.6.2009, E.2009/20489 K.2009/16455. Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD., 13.6.2012, 2012/18405, 2012/22828. (Kişisel arşiv).

²¹ Ayrıca bkz. Güven/Aydın, s.44.

²² "4857 sayılı Yasa'nın 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, "ev hizmetlerinde çalışanlar" hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz. Ev hizmetlerinde aşçı, uşak, temizlikçi gibi işlerde çalışan işçi ile ev sahibi işveren aralarındaki uyuşmazlığın iş mahkemesi yerine genel mahkemelerde çözümlenmesi gerekir. İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan bu hizmetleri gören kimselerle bunları çalıştıranlar arasındaki hukukî ilişkilerde Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin hükümleri uygulanır. Çalışmayan aile bireylerini evden alarak alışverişe, şehir içinde gezmeye götürme, boş zamanında ev ve eklentilerinde zamanını geçiren şoföründe ev hizmeti yaptığı ve İş Kanunu kapsamında olmadığı kabul edilmiştir" Yarg. 9.HD. 09.10.2008, 2007/27814, 2008/25988. Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD., 19.2.2015, 2014/271-2014/521; Yarg.22.HD., 9.3.2015, 2013/35095, 2015/9308. Yarg. 9. HD., 13.6.2012, 2012/18405, 2012/22828. (Kişisel arşiv). Ayrıca bkz. Güven/Aydın, s.44.

²³ Okur, s.2; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.312; Ulutaş/Öztepe, s.47; Yıldırım-alp, s.53. Ev hizmetlerinde çalışan işçi aynı zamanda işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşadığı takdirde, hakkında İsviçre Borçlar Kanununun 328 a maddesi esas alınarak düzenlenen Türk Borçlar Kanununun 418 inci maddesi ile getirilen "ev düzeni içinde çalışma" hükmü uygulanacaktır. Ancak söz konusu düzenleme sadece işverenin yükümlülüklerini öngördüğü için; işçinin yükümlülükleri için Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümleri uygulanacaktır. Bkz. Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s.49; Tunçomağ/Centel, s.42.

ilişkilerde Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır.²⁴²⁵

3. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Göre Ev Hizmetlerinde Çalışanların Durumu

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun "Kapsam ve İstisnalar" başlığı altındaki ikinci maddesinin c bendinde, ev hizmetlerinin Kanunun uygulama alanına girmediği belirtilerek; ev hizmetleri bu kanun kapsamındaki iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinin kapsamı dışında tutulmuştur. Öğretide bir görüşe göre bu yaklaşımın nedeni olarak, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin işyerlerinin özel konutlar olması nedeniyle teftiş kapsamı dışında olması düşünülebilirse de ev hizmetlerinde çalışan işçiler, iş kazalarına ve meslek hastalıklarına maruz kalmakta, camdan düşme, yaralanma, elektrik çarpması gibi kazaların yanında, tehlikeli kimyasallar içeren temizlik maddeleri nedeniyle solunum yetmezliği, cilt ve göz hasarları gibi kimyasal risklere, ağır kaldırmadan doğan fiziksel riskler ile karşı karşıya kalmaktadır.²⁶ Kaza ya da meslek hastalığı nedeniyle uğradıkları gelir kaybı ve gider artışı bakımından söz konusu düzenlemelerin kapsamı dışında bırakılmış olmaları ev hizmetlerinde çalışan işçileri bu bakımdan korumasız bırakmaktadır.²⁷

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun ev hizmetlisi istihdam eden işverenlerin bu Kanun kapsamında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili "her türlü önlemi almak" zorundadır hükmündeki "her türlü önlemden" anlaşılması gereken hususların, 6331 sayılı İş

²⁴ Yarg. HGK., 5.2.2014, 2013/10-2280, 2014/65 ; Yarg.22.HD., 9.3.2015, 2013/35095, 2015/9308; Yarg.22.HD., 2.9.2014, 2014/17890 2014/22670. (Kişisel arşiv).

²⁵ "Davacı, davalıların evinde aşçı ve hizmetçi olarak çalıştığını, bel fitiği olması nedeniyle işten çıkarıldığını ileri sürerek yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı istemi ile eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, kıdem ve ihbar tazminatı yönünden davan kabulüne karar verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının e bendi uyarınca, ev hizmetlerinde çalışan davacı hakkında İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı mahkemenin de kabulündedir. Taraflar arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi bir hizmet sözleşmesidir. Dolayısıyla davacı, İş Kanunu kapsamında düzenlenen kıdem tazminatı adı altında bir tazminat isteyemez." Yarg. 13. HD. 16.6.2011, 2010/14273, 2011/9578. (Kişisel arşiv).

²⁶ Erdoğan/Toksöz, s.28; Ulutaş/Öztepe, s.51-53.

²⁷ Erdoğan/Toksöz, s.28.

Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun dördüncü ve beşinci maddeleri dikkate alınarak değerlendirilmesi ve söz konusu hükümlerin ev hizmetlerinde çalışanlara kıyas yoluyla uygulanabilmesi gerekmektedir.²⁸

4. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanuna Göre Ev Hizmetlerinde Çalışanların Durumu

a. 1 Nisan 2015 Tarihi İtibariyle Yeni Düzenleme

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun altıncı maddesinde bu kanunun uygulanmasında kısa ve uzun vadeli sigorta dallarından yararlanmayanlar sayılmıştır. Kanunun sigortalı sayılmayanları düzenleyen altıncı maddesinin c bendine göre, göre, "(Değişik: 17/4/2008-5754/4 md.) Ev hizmetlerinde çalışanlar (Kanunun ek 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sigortalı olanlar ile ücretle aynı kişi yanında ay içinde 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanlar hariç)" sigortalı sayılmamaktadır. 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanunun 40 ıncı maddesiyle, bu bentte yer alan "(ücretle ve sürekli olarak çalışanlar hariç)" ibaresi "(Kanunun ek 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sigortalı olanlar ile ücretle aynı kişi yanında ay içinde 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanlar hariç)" şeklinde değiştirilmiş ve bu değişiklik 1/4/2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından hazırlanan "Ev Hizmetlerinde 5510 Sayılı Kanun'un Ek 9 uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ" 1 Nisan 2015 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tebliğin 1.1 maddesine göre, bu tebliğin amacı, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun ek dokuzuncu maddesine göre ev hizmetlerinde ay içinde 10 günden az ve 10 gün ve daha fazla sigortalı çalıştıran gerçek kişiler hakkında çalıştıran, işveren ve sigortalılara yönelik yükümlülüklerin uygulama esaslarını düzenlemektir.

5510 sayılı Kanun'un ek dokuzuncu maddesine göre, ev hizmetlerinde çalışanın sigortalılığı için bildirimde bulunacak kişi gerçek kişi olmalı, yapılan hizmet ev tanımı kapsamında bulunmalı ve ev hizmetleri olarak belirtilen işlerden sayılmalıdır.²⁹

²⁸ İnciroğlu, <http://www.lutfiinciroglu.com/content/view/118/19>.

²⁹ Bkz. İsmet Sevinç, "Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı", *Yaklaşım Dergisi*

5510 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik çerçevesinde getirilen yeni uygulama, ev hizmetlerinde çalışanların bildirim işlemlerinde işverenlere büyük kolaylıklar getirmiştir. Düzenlemenin yürürlüğe girdiği 1 Nisan 2015 tarihi itibarıyla yapılacak olan ek dokuzuncu madde çerçevesindeki bildirimlerde işverenlerin işyeri bildirgesi, işe giriş bildirgesi, aylık prim ve hizmet belgesi ve işten ayrılış bildirgesi yerine tek bir bildireyi düzenlemesi gerekmektedir.³⁰ Bildirim yükümlülüklerinin tamamının internetten yapılabilmesi, alternatif prim ödeme yöntemleri getirilmesi gibi yeniliklerle sigorta işlemlerine ilişkin Kurum uygulamalarının kolaylaştırılması kayıt dışılığın azalmasını sağlamak konusunda önemli faydalar sağlayacaktır.³¹

6552 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik öncesinde ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığı için ücretle ve sürekli çalışma unsuru nedeniyle sürekliliğin ne olduğu konusunda belirsizlik olmasına karşın, bu kanun ile bu kriter terk edilmiş ve ay içinde 10 gün ve daha fazla ve daha az çalışma kıstası getirilmiştir. Bu düzenleme her ne kadar süreklilik kriterine ilişkin tartışmaları ortadan kaldıracak olsa da, 10 gün ve daha az çalışanlar konusunda başka sorunları gündeme getirmektedir.

Yeni düzenleme ile ev hizmetinde çalışanların sigortalılığının kapsamının uzun vadeli sigorta kolları bakımından genişletildiği söylenebilir. Nitekim bu düzenleme 10 günden az çalışanları uzun vadeli sigorta kolları bakımından kapsam dışı bırakmaktadır.³² Düzenlemenin yürürlüğe girdiği 1.4.2015 tarihi itibarıyla ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığı, bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan gün sayısı 10 gün ve daha fazla olanlar ile aynı veya farklı gerçek kişi yanında 10 günden az çalışanlar olarak ikili ayrıma tabi tutulmuştur.³³ Bu bağlamda ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla çalışanlar tam sigortalı sayılırken, 10 günden az çalışanlar kısmi sigortalı

Yıl:23, S.270, Haziran 2015, s.140.

³⁰ Sevinç, s.140; Erden Çakar, "Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Çalıştırılanların SGK'ya Bildirimi Nasıl Yapılacak?", *Yaklaşım Dergisi*, yıl:23, S.269, Mayıs 2015, s.216.

³¹ Sevinç, s.142. Bildirimlerin basitleştirilmesi konusunda ayrıca bkz. Çakar, s.216, 218.

³² Çakar, s.215.

³³ Çakar, s.215-216.

statüsünde kabul edilebilir.³⁴ Bu ayırım ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanları uzun vadeli sigorta kolları bakımından kapsam dışı bırakırken, 10 günlük çalışma süresinin hangi gerekçelere dayandırıldığı ve bu kişilerin söz konusu bağlamda sosyal güvenliğinin nasıl sağlanacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.³⁵ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre de, getirilen değişiklik ile hem ayda 10 gün ve daha fazla çalışanlar hem 10 günden az süreli çalışanlar sigortalı sayıldığı için kimlerin sigortalı sayılmayacağını anlamak mümkün olmamaktadır.³⁶

10 günlük bir süre kriterinin dayanağı kanunda belirtilmemiş olmasına karşın, bu sayı herhangi bir amaca hizmet etmiyor olabileceği gibi, 10 günü aşan çalışmanın devamlılık unsurunu karşıladığı düşünülmüş olabilir. Nitekim Yargıtay'ın eski dönemde vermiş olduğu kararlarda haftanın yarısından daha fazla yapılan çalışmalar sürekli çalışma kabul edilmekteydi.³⁷ Bu bağlamda haftada iki, ayda sekiz gün ya da haftada üç, ayda 12 gün yapılan çalışma sürekli çalışma olarak nitelendirilemeyeceği için ortalama 10 günlük bir sınırlama getirilmiş olabileceği düşüncesindeyiz. Bu konuda ev hizmetlerinde 10 gün veya daha fazla çalışma süresinde ihtilaf olduğunda tespitinin ne şekilde yapılacağı hususu da önemli bir sorundur.

Yeni düzenleme ile ayda 10 günden az çalışanlar iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan, 10 gün ve 10 gün ve daha fazla çalışanlar ise kısa ve uzun vadeli tüm sigorta dallarından yararlanmaktadır. Bu çerçevede 5510 sayılı Kanun'un altıncı maddesinin "Sigortalı sayılmayanlar" başlığı ile ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığına ilişkin d fıkrası çelişmektedir. Yeni düzenleme ile 5510 sayılı Kanuna farklı statüde bir sigortalılık durumu getirilmiştir. Kanun bu başlık altında kısa vadeli sigortalılığı, sigortalı sayılmayanlar kapsamında değerlendirmiş olabilirse de; düzenlemenin amacının ev hizmetlerinde çalışanların tamamının çalışma sürelerine göre uzun ya da kısa vadeli sigorta kapsamına alınması olduğunu düşünmekteyiz. Bu bağlamda sigortalı sayılmayanlar başlığı altında incelenmesi yerine başka bir madde ile düzenlenmesinin daha isabetli olacağını kanaatindeyiz.

³⁴ M. Refik Korkusuz/Suat Uğur, Sosyal Güvenlik Hukuku, Son Mevzuata Göre Güncellenmiş 4. Baskı, Bursa 2015, s.274.

³⁵ Çakar, s.218.

³⁶ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, s.141.

³⁷ Bkz. aşağıda dn.43-44.

b. 1 Nisan 2015 Öncesindeki Düzenlemeler

Ev hizmetlerinde çalışanların sosyal güvenliğine ilişkin düzenlemeler 1964 yılına dayanmaktadır. 17.7.1964 tarihli 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga üçüncü maddesi sigortalı sayılmayanları düzenlemiş ve Kanunun üçüncü maddesinin I/d bendinde, ev hizmetlerinde çalışanların tamamı sigorta kapsamı dışında tutulmuştur. Başlangıçta ev hizmetlerinde sürekli veya süreksiz çalışanların tümü 506 sayılı Kanun kapsamı dışında tutulmuş iken, 506 sayılı Kanun'un mülga üçüncü maddesinin 1/d bendinde 11.08.1977 tarihli 2100 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle ev hizmetlerinde ücretle ve sürekli çalışanlar sosyal sigorta kapsamına dahil edilerek, sigortalı sayılmışlardır. 31.5.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun altıncı maddesinin c bendine göre, "Ev hizmetlerinde süreksiz olarak çalışanlar ile ev hizmetlerinde hizmet akdi ile sürekli çalışmasına rağmen, haftalık çalışma sürelerinin 4857 sayılı İş Kanununda belirtilen sürelerden az olması nedeniyle, aylık kazançları prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olanlar" sigortalı sayılmamıştır. Bu düzenleme ile, ev hizmetlerinde çalışan işçiler açısından 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun gerisine gidilmiş ve ev hizmetlerinde çalışanların büyük çoğunluğu sosyal sigorta kapsamı dışında bırakılmıştır³⁸. 17.4.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun'un dördüncü maddesi ile 5510 sayılı Kanun'un altıncı maddesinin c bendi "Ev hizmetlerinde çalışanlar (ücretle ve sürekli olarak çalışanlar hariç)" şeklinde değiştirilmiştir³⁹.

1 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenleme öncesinde, 5510 sayılı Kanun'un 6-c maddesinde belirtilen süreklilik unsurunun neyi ifade ettiği tartışmalı bir konuydu. Aynı işverenin hizmetinde haftanın tümünde olmamakla, belli günlerinde kısmen çalışılması halinde hizmette süreklilik unsurunun gerçekleştiği kabul edilmiş olmasına rağmen hem işverenler hem Sosyal Sigorta İl Müdürlükleri, ev

³⁸ Erdoğan/Toksöz, s.25.

³⁹ 13.2.2011 tarih ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 49 uncu maddesine göre, "...bu Kanuna göre ev hizmetlerinde ay içerisinde 30 günden az çalışan sigortalıların eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerini 30 güne tamamlama yükümlülüğü 1/1/2012 tarihinde başlar." düzenlemesi getirilmiştir.

hizmetlerinde çalışmada “süreklilik unsurunu”, tam gün belirsiz süreli çalışma şeklinde algılamaktaydı.⁴⁰ Mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nun sekizinci, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 10 uncu maddesine göre; en çok 30 iş günü süren işler süreksiz iş, bundan fazla süren işler ise sürekli iş olarak kabul edilmektedir. 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu’nun mülga üçüncü maddesinin1-e bendine göre de; nitelikleri bakımından en çok 30 işgünü süren işler, süreksiz işlerdir. Ev hizmetlerinde en çok 30 güne kadar çalışanlar süreksiz, daha fazla çalışanlar sürekli çalışmış sayılır ve bu kişilerin sigortalı çalışıp çalışmadıkları bu süreye göre belirlenir⁴¹. Bu çerçevede ev hizmetinde örneğin 28 gün çalışan kişi sigortalı sayılamamaktadır⁴².

Haftanın belirli günü çalışanlar bakımından sürekli çalışma konusunda Yargıtay haftanın yarısından fazla düzenli olarak çalışma ölçütünü belirlemiştir⁴³. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 506 sayılı Kanun döneminde verdiği kararında ev hizmetinde ücretli de çalışmış olsa, haftada iki gün çalışmış olan kişi sürekli çalışma şartını gerçekleştirmediği için sosyal sigorta kapsamında sayılmamaktadır⁴⁴. Her hafta sürekli gelip sadece bir iki gün gelmeyen bir kişiyi bu nedenle kapsam dışında bırakmak maddenin amacına aykırıdır. Bu nedenle haftada dört-beş gün ev hizmetinde çalışan kişilerin sürekli iş yaptığı kabul edilerek sigortalı sayılması kanunun amacına uygundur⁴⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararına göre, “Sürekli çalışma kavramı yönünden uygulamada, haftanın çoğu ev işlerinde geçirilmiş ve çalışma bir süre devam etmişse, bu çalışma sigortalı çalışma olarak değerlendirilmekte, süreklilik için çalışmanın belli bir yoğunluğa ulaşması aranmaktadır. Mülga 506 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanun uyarınca “iş” tanımı açık olup, burada “iş”; ev hizmetidir. Bu nedenle ölçü, işin niteliği değil ev işinde çalışanın, bu işte ne kadar süre çalıştığıdır. Ev işlerinde çalışma devamlı ise sürekli sayılacak, devamlılık yoksa, iş be-

⁴⁰ Erdoğan/Toksöz, s.26

⁴¹ Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2013, s.558. Çalışmanın sürekliliği açısından İş Kanunundaki 30 günlük süreye ilişkin tartışmalar için bkz. Okur, s.12 vd.

⁴² Aslanköylü, s.558.

⁴³ Yarg. 10.HD.9.11.1982, 1982/4086; Aslanköylü, s.558, dn.29. Ayrıca bkz. Tuncay/Ekmekçi, s.299; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.141.

⁴⁴ Yarg. 10. HD., 27.10.2000, 6089/6479; Yarg. 10. HD., 1.9.1991, 5071/5904; Tuncay/Ekmekçi, s.299, dn.75-76.

⁴⁵ Aslanköylü, s.558-559.

lirsiz aralıklarla geçici olarak ya da çağrı üzerine yapılıyorsa süreksiz sayılacaktır".⁴⁶

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 22.2.2013 tarihinde çıkarmış olduğu 2013/11 Sigortalılık İşlemlerine İlişkin Genelgesi'ne göre, "Ev hizmetlerinde ücretle çalışanların yapmış oldukları işin niteliği bakımından öncelikle sürekli iş olup olmadığının belirlenmesi gerekmekte olup, sigortalılığın sağlanabilmesi için evle bağlantılı işlerin ücretle ve belli bir süreklilik içinde yapılıyor olması, süreklilik için çalışmanın belirli bir yoğunluğa ulaşması şartının aranması gerekmektedir. Çalışanın her hafta aynı gün aynı eve ev işinde çalışmak üzere gelmesi hali sürekli çalışma olarak nitelendirilecek, belirsiz aralıklarla ve çağrı üzerine yapılıyorsa, bu durumda ne kadar sürmüştü olursa olsun, süreksiz çalışma olarak değerlendirilecektir."

Belirttiğimiz bu düzenlemeler çerçevesinde 6552 sayılı Kanun'la getirilen düzenleme öncesinde aşçı, hizmetçi gibi ücretli ve sürekli olarak ev hizmetlerinde çalışan kişiler 5510 sayılı Kanun bakımından

⁴⁶ "Somut uyumsuzluğun incelenmesinde davacının, uzun bir süreye ilişkin olarak ev hizmetlerinde sürekli çalıştığından bahisle sigortalı olduğunu tespitini talep ettiği, davalıların davacının çalışmasının sürekli olmadığı, başka işverenlere ait işyerlerinde de çalışmasının olduğu yönünde itirazda buldukları anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, davacının kesintisiz olduğunu iddia ettiği çalışmasının gerçekliği, kapsam ve niteliğiyle, süresinin belirlenebilmesi amacıyla yapılan araştırma hüküm kurmaya yeterli değildir. Mahkemece; öncelikle davacının çalışmasının süreklilik arz edip etmediğinin netleştirilebilmesi için; konutun kapsamı, hangi işlerde çalıştığı, bu çalışmalarının ne kadar süreyle yapılabileceği, buna göre çalışmasının tam zamanlı çalışmayı gerektirip gerektirmediği, dolayısıyla hizmet ilişkisinin unsurlarının oluşup oluşmadığı yöntemince araştırılmalı, davacıya ödeme yapıldığını gösterir banka kayıtlarının 2010-2011 dönemine ait olması karşısında önceki döneme konu sürelerle ilişkin ödemelerin nasıl yapıldığı varsa yazılı delillerle tartışılmalı, tanık beyanında davacının eşinin apartman görevlisi olduğunun bildirilmesi karşısında, tarafların birlikte aynı apartmanda oturup oturmadığı, davacının apartman görevlisi olan kocasına yardım amacı ile temizlik veya özellikle apartman alışverişi yapıp yapmadığı, davacının farklı işverenler veya işyerlerinde çalışıp çalışmadığı, davaya konu dönem içinde doğum, hastalık ve benzeri nedenlerle çalışmasına ara verip vermediği, 19.10.2011 tarihli tutanakta adı bulunanlar ile dinlenmeyen iki davalı tanığı ve aynı apartmanda oturanlar ile yörede komşu işyeri sahipleri veya çalışanları kolluk vasıtasıyla araştırılarak bilgi ve görgülerine başvurulmalı ve sigortalının kayıtlarda gözükmeyen çalışmalarının hangi nedenlerle kayıtlara geçmediği ya da bildirim dışı kaldığı hususu açıklığa kavuşturulmalı, uyumsuzluk konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir." Yarg. HGK., 5.2.2014, 2013/10-2280, 2014/65. (Kişisel arşiv).

sigortalı sayılırken; gündelik ücretle zaman zaman evlere temizliğe, çocuk bakmaya, dikiş dikmeye giden çalışanlar ücret alsalar dahi sigorta haklarından yararlanamıyorlardı.⁴⁷

III. EV HİZMETLERİNDE ÇALIŞANLARIN SİGORTALILIK ŞARTLARI

A. Ev Hizmetlerinde İşveren Yanında 10 Gün Ve Daha Fazla Süre İle Çalışanların Sigortalılığı

5510 sayılı Kanun'un ek dokuzuncu maddesinin birinci fıkrasına göre, ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 gün ve daha fazla olan sigortalılar hakkında Kanunun dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin hükümler uygulanır.

Tebliğin 3-1 maddesine göre, ev hizmetlerinde işveren yanında 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanlar, 5510 sayılı Kanun'un ek dokuzuncu maddesinin birinci fıkrası gereğince 1/4/2015 tarihinden itibaren ücretle ve sürekli çalışma şartı aranmadan Kanunun dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalılara sağlanan haklardan aynı şekilde yararlanacaktır. Bu sigortalılar hakkında Kanunun uzun ve kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası ve 4447 sayılı Kanunun 46 ncı maddesine göre işsizlik sigortası hükümleri uygulanacaktır.

Ev hizmetlerinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışıp, ay içinde toplam çalışma günü çalışma saatine bölüldüğünde çalışma günü 10 gün ve daha fazla olanlar 5510 sayılı Kanun'un 4/1-a maddesi uyarınca sigortalı sayılır.⁴⁸ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, hükümde her ne kadar açıkça belirtilmese de, bu çerçevede sigortalı sayılmak için ayda her bir işveren yanındaki çalışma süresinin en az 10 gün ya da daha fazla olması ve 10 günün de sigortalının o ay içinde çalışmış olduğu saatlerin toplanarak 7.5 a bölünmesi suretiyle hesaplanması gerekmektedir.⁴⁹

⁴⁷ Müjdat Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul 2014, s.105; Sözer, s.92.

⁴⁸ Bu konuda bkz. Fuat Bayram, İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri, İstanbul 2015, s.8.

⁴⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.142.

1. Sigortalılık Başlangıç Tarihi ve Bildirimi

5510 sayılı Kanun'un ek dokuzuncu maddesinin birinci fıkrasına göre, ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla çalışanların bildirimi, işverenler tarafından örneği Kurumca hazırlanan belgeyle en geç çalışmanın geçtiği ayın sonuna kadar yapılır. Süresinde yapılmayan bildirim için işverene 102 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendi hükmü uygulanır.

Tebliğin 3.2. maddesine göre, ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla süre ile çalışanların bildirimi "Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Çalıştırılacaklara İlişkin Bildirge" ile yapılır. Bildirgedeki işe giriş tarihi sigortalılık başlangıç tarihidir. İşverenlerin bu bildirgeyi çalışmanın başladığı ayın sonuna kadar ikamet ettikleri yere en yakın üniteye vermeleri zorunludur.

Ev hizmetlerinde ay içinde 10 gün ve daha fazla çalışanlar hakkında 5510 sayılı Kanun'un 4/1-a statüsündeki sigortalılara ilişkin hükümler uygulanmasına karşın, 5510 sayılı Kanun'un ek dokuzuncu maddesi ile getirilen düzenlemeden bildirim işyeri dosyası açılması, işe giriş bildirgesi verilmesi ve hizmetlerin aylık prim ve hizmet belgesi ile kuruma bildirilmesi şeklinde klasik usule göre yapılmayacağı anlaşılmaktadır.⁵⁰ 5510 sayılı Kanun'un sekizinci maddesinin birinci fıkrasına göre, "İşverenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, ... sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür." Buna karşın ek madde 9/1 de "... Bunların bildirimi, işverenler tarafından örneği Kurumca hazırlanan belgeyle en geç çalışmanın geçtiği ayın sonuna kadar yapılır..." düzenlemesi getirilmiştir.

Tebliğin 3.3. maddesine göre, ev hizmetlerinde ay içerisinde 10 gün ve daha fazla süre ile çalışan sigortalıların bildirimi ve sigorta primlerinin ödenmesi ile ilgili olarak işveren açısından "Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Çalıştırılacaklara İlişkin Bildirge"nin doldurulup sigortalı ile birlikte imzalandıktan sonra ünitelere müracaat edilmesi yeterli olacaktır.

⁵⁰ Şakar, s.106.

2. Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Fazla Süre İle Çalışanların Prim Oranları

Tebliğin 3-4.9 maddesine göre, ev hizmetlerinde ayda 10 gün ve daha fazla süre ile sigortalılığı olanların % 34,5 oranındaki primleri gerçek kişi işverenler tarafından ödenir. Bu primin % 20'si uzun vadeli sigorta kolları, % 12,5'i genel sağlık sigortası, % 2'si iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası primidir. İşverenler ayrıca sigortalı ve işveren hissesi ile birlikte % 3 oranında işsizlik sigortası primi de ödeyeceklerdir.

3. Sigortalılığın Sona Ermesi

Tebliğin 3.4.6 maddesine göre, ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanların sigortalılıkları bu kapsamdaki çalışmalarının sona erdiğinin Kuruma bildirilmesi veya sigortalının ölümü halinde sona erdirilecektir. Bu şekilde çalıştırılan sigortalının işten ayrılması halinde işten ayrılışını takip eden on gün içerisinde "Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Çalıştırılacaklara İlişkin Bildirge"nin doldurularak Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesi gerekmektedir.

4. Genel Sağlık Sigortalılığı ve Yararlanma Şartları

Tebliğin 3.4.7 maddesine göre, ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla süre ile sigortalılığı bulunanlar 5510 sayılı Kanununun 60 ıncı maddesinin (a) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılacaktır. Sağlık yardımlarından yararlanılabilmesi için Kanununun 67 nci maddesinde sayılan diğer haller dışında sigortalının sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması yeterlidir. Kanununun ek 9 uncu maddesi kapsamında 10 gün ve daha fazla süreyle çalışması bulunanlardan ay içindeki çalışması 30 günden az olanların kalan sürelerine ait genel sağlık sigortası primlerini Kanununun 88 inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi veya (g) bendi kapsamında ödemeleri gerekmektedir. Ancak; ay içinde 30 günden eksik kalan günlerini Kanununun 51 inci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında isteğe bağlı sigortalı olarak tamamlayanlar hakkında eksik kalan günler için ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanmayacaktır.

Ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla ancak 30 günden az çalışanlar, 30 günden eksik kalan günlerini isteğe bağlı olarak 30 güne tamamlayabilir. Bu yolu tercih etmeleri durumunda eksik kalan günlerini sonradan borçlanarak 30 güne tamamlamaları mümkün değildir. İsteğe bağlı sigortalı olunarak 30 güne tamamlanan eksik günler 5510 sayılı Kanun'un 4-a maddesi çerçevesinde sigortalılıkta geçmiş kabul edilir.⁵¹

5. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bildirimi ve Sağlanan Yardımlar

Tebliğin 3.4.8 maddesine göre, ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla süre ile çalıştırılacak sigortalılara ilişkin iş kazası ve meslek hastalığı bildirim, 5510 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinde belirtilen sürede Sosyal Güvenlik Kurumuna doğrudan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ekinde yer alan İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bildirim Formunu düzenleyerek ya da www.turkiye.gov.tr adresinin "e-hizmetler" menüsünün altında bulunan "Ev Hizmetleri" kısmını seçerek "İş kazası bildirim" menüsünden yapılacaktır.

Ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 gün ve daha fazla olan sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı hallerinde haklarında Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin hükümler uygulanacaktır.⁵²

B. Ev Hizmetlerinde Çalıştıkları Kişi Yanında 10 Günden Az Çalışanların Sigortalılığı

5510 sayılı Kanunun ek dokuzuncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar için, çalıştırıldıkları süreyle orantılı olarak çalıştıranlarca 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının %2'si oranında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödenir.

⁵¹ Çakar, s.218.

⁵² Bu konuda bkz. Üvedi, s.192 vd.

Tebliğin 4.1 maddesine göre, ev hizmetlerinde 10 günden az sigortalı olarak çalışanlar iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında sigortalı sayılacaktır. Bu şekilde sigortalı çalıştıranlar 10 güne (10 hariç) kadar çalıştırdıkları sigortalılar nedeniyle işveren sayılmayacaklar, bu kapsamda sigortalı çalıştırdıkları her gün için sigortalı çalıştıranlar prime esas günlük kazanç alt sınırının % 2'si oranında iş kazası ve meslek hastalığı primi ödeyeceklerdir. 10 günden az sigortalı çalıştıranlardan işyeri bildirgesi, sigortalı işe giriş bildirgesi ile aylık prim ve hizmet belgesi, işten ayrılış bildirgesi düzenlenmesi istenmeyecektir. 10 günden az çalışmanın tespitinde günlük 7,5 saatin altındaki çalışmalar 1 gün olarak kabul edilecektir. 10 günden az çalışılan süreler birbirini takip eden günler olabileceği gibi ayın farklı günleri de olabilecektir.

Bu şekilde çalışanların sigortalılığı için çalışmanın kısmi tam ya da tam süreli olması önem arz etmemektedir. Diğer bir ifade ile, haftanın iki günü sadece öğleden önce bir işverene bağlı olarak çalışan kişi de 5510 sayılı Kanun ek madde 9/2 kapsamında sigortalı sayılacaktır.⁵³

1. Sigortalılık Başlangıç Tarihi ve Bildirimi

5510 sayılı Kanun'un ek dokuzuncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanların sigortalılık tescili, çalışan ve çalıştıran imzalarını da ihtiva eden ve en geç çalışmanın geçtiği ayın sonuna kadar Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesi gereken örneği Kurumca hazırlanacak belgenin Kuruma verilmesi ile sağlanır. Sigortalılık başlangıcında bu belge üzerinde çalışma başlangıcına dair kayıtlı en eski tarih esas alınır.

Tebliğin 4.2.1 maddesine göre kuruma doğrudan ya da internet yoluyla müracaat mümkündür. Ev hizmetlerinde 10 günden az sigortalı olarak çalışanların bildirimi "Ev Hizmetlerinde 10 Günden Az Sigortalı Çalıştırılacaklara İlişkin Başvuru Formu" ile yapılacaktır. Form çalışmanın geçtiği ayın sonuna kadar, ay sonunun hafta sonu genel ve resmi tatil günlerine denk gelmesi halinde ise bu günleri takip eden ilk iş günü sonuna kadar kurum ünitelerine verilecektir. 10 günden az çalışmanın takip eden aylarda da devam etmesi ve bu durumun

⁵³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.141-142.

Formda belirtilmesi halinde her ay için ayrıca bildirim yapılması istenmeyecektir.

2.Primlerin Ödenmesi

5510 sayılı Kanunun ek dokuzuncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamına girenler, adlarına ödenen priminin ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar aynı kazancın otuz katının %32,5 oranında prim ödeyebilir. Bunun %20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, %12,5'i genel sağlık sigortası primidir. Bu süre içinde ödenmeyen primin ödenme hakkı düşer. Ödenen primler 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır.

Tebliğin 4.2.2 maddesine göre, Sosyal Güvenlik Kurumuna Ev Hizmetlerinde 10 Günden Az Sigortalı Çalıştırılacaklara İlişkin Başvuru Formu" ile müracaat edenlerin çalıştıran ve sigortalılar yönünden tescili yapıldıktan sonra çalıştıran kişiler % 2 oranında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primini banka aracılığı ya da internet üzerinden kredi kartları veya banka kartları aracılığıyla Kuruma ödeyebileceklerdir.

Tebliğin 4.7 maddesine göre, ev hizmetlerinde 10 günden az sigortalı olanları çalıştıranlar; 5510 sayılı Kanunun 82 nci maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının % 2'si oranında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödeyecektir. Uzun vade ve genel sağlık sigortası primi ödemek isteyen sigortalılar % 20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi, % 12,5'i genel sağlık sigortası primi olmak üzere Kanunun 82 nci maddesine göre belirlenen prime esas kazanç günlük kazanç alt sınırının 30 katı üzerinden % 32,5 oranında prim ödeyeceklerdir.

Bu düzenlemeler ile, sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanabilen 10 günden daha az çalışan bu kişilere tüm sigorta kollarında yararlanabilmeleri için bir olanak tanınmıştır.⁵⁴ Ancak öğretide bir görüşe göre, bu düzenlemedeki %32.5 oranını anlamak güçtür. Bu oran yerine isteğe bağlı sigortalılıkta olduğu gibi %32 oranının getirilmesi daha isabetli ve sigortalının lehine olurdu. Çünkü bu şekilde hem sigortalıdan %5 daha fazla prim alınmakta hem prime

⁵⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.143.

esas kazançta sınırlama getirilmekte hem de süresinde ödenmeyen primin ödenme hakkı düşmektedir.⁵⁵

Tebliğin 4.3 maddesine göre, ev hizmetlerinde 10 günden az sigortalı çalıştıranlar 10 günden az süre ile çalıştırdıkları sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primini ödeyecektir. Gerçek kişinin ay içinde aynı sigortalıyı çalıştırdığı gün sayısının 9 günü geçmesi halinde bunlar hakkında 10 gün ve daha fazla sigortalı çalıştıran işverenlere yönelik işlemler başlatılacaktır.

3. Uzun Vadeli Sigorta Kolları ve Genel Sağlık Sigortası Uygulaması

a. Uzun Vadeli Sigorta Kolları Yönünden Sigortalılık ve Primlerin Ödenmesi

Tebliğin 4.4.1 maddesine göre, ev hizmetlerinde 10 günden az sigortalı çalışanlar % 32,5 oranındaki uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası primini takip eden ayın sonuna kadar ödemeleri halinde, uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası yardımlarından da yararlanabilecektir. Sigortalıların uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası priminin kendileri tarafından ödenebilmesi için ev hizmetlerinde aynı ya da farklı çalıştıran yanında en az 1 gün, en fazla 9 gün süre ile çalışması yeterli olacaktır.

Uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası priminin takip eden ayın sonuna kadar sigortalı tarafından ödenmesi gerekmektedir. Primin ödenmemesi halinde uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası kaydı kapatılacak, primin ödenme hakkı düşecektir. Uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası tescili aylık olarak yapılacaktır. Takip eden ayda sigortalının ev hizmetlerinde ayda 10 günden az çalışmasının bulunmaması halinde uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası tescili oluşturulmayacaktır.

b. Genel Sağlık Sigortalılığı ve Yararlanma Şartları

Tebliğin 4.4.2 maddesine göre, ev hizmetlerinde 10 günden az çalışıp iş kazası ve meslek hastalığı tescili oluşturulan sigortalının takip

⁵⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.144.

eden ayın sonuna kadar uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası yönünden tescili oluşturulacak, sigortalının bu süreye ilişkin primlerini ödemesi halinde bir aylık süre ile 5510 sayılı Kanun'un 60 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında ayrıca genel sağlık sigortalısı sayılacaktır.

Ev hizmetlerinde 10 günden az çalışması nedeniyle uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası yönünden bir ay süre ile tescili yapılanların prim ödemeleri isteklerine bağlı olup, prim ödemeleri halinde Kanunun ek 9 uncu maddesi kapsamında genel sağlık sigortası yardımlarından yararlanacak, prim ödememeleri halinde ise Kanunun ek 9 uncu maddesi kapsamında önceki sigortalılık statüsü devam ettirilecektir.

5510 Kanun'un ek dokuzuncu maddesi kapsamında ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanlar için iş kazası ve meslek hastalığı sigortası yanında uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası primi ödemeleri halinde genel sağlık sigortası yardımlarından yararlanabilmesi için sağlık hizmet sunucusuna başvurduğu tarihte bu kapsamda tescilinin olması ve prim ödemesinin bulunması ile son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması gerekmektedir.

4. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortasından Yararlanma Şartları

5510 sayılı Kanun'un ek dokuzuncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre, ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanları çalıştıranlar bu Kanun uygulamasında işveren sayılmaz. Sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından sağlanan yardımlardan yararlanabilmesi için iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olması ve sigortalılığının sona ermemiş olması, bu Kanuna göre iş kazası veya meslek hastalığından dolayı geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik geliri ya da malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şarttır. Bu sigortalılar ile ilgili iş kazası ve meslek hastalığı olaylarında Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz.

Tebliğin 4.6 maddesine göre, ev hizmetlerinde ayda 10 günden az çalışanlar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası dışında has-

talık ve analık sigortası hükümleri uygulanmayacaktır. Bu bağlamda rahatsızlığı nedeniyle istirahat raporu alan çalışan geçici iş göremezlik ödeneği alamayacak ve adına genel sağlık sigortası primi ödenmediği için sağlık yardımından yararlanabilmesi, kendi primini kendisinin ödemesi koşuluyla mümkün olabilecektir.⁵⁶ Son bir yıl içinde en az otuz gün genel sağlık sigortası primi ödemeyen veya 60 günden fazla genel sağlık sigortası prim borcu ya da prime ilişkin başka bir borcu olan kişiler genel sağlık sigortasından yararlanamaz.⁵⁷

Ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanlar bu düzenlemeler çerçevesinde sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası açısından sigortalı sayılmışlardır. Bu nedenle söz konusu çalışanlara malûlluk, yaşlılık, ölüm, hastalık, analık ve genel sağlık sigortası hükümleri uygulanmayacaktır. Öğretide bir görüşe göre, kanunda bu kişilerin analık ve hastalık sigortasından yararlanamayacaklarının düzenlenmesi kanun yapma tekniği açısından doğru olmamıştır. Nitekim bu kişiler hakkında sadece %2 oranında iş kazası ve meslek hastalığı primi ödeneceği belirtilmesi, diğer sigorta kollarından yararlanamayacaklarını göstermektedir.⁵⁸

Ev hizmetlerinde 10 günden az süreyle kişi çalıştıranlar işveren sayılmadıkları için, çalıştırdıkları kişileri 5510 sayılı Kanun'un 4/1-a maddesi çerçevesinde sigortalı bildirme yükümlülüğü yoktur. Ancak işveren, bu kişiler için iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödemek zorundadır. İşveren sayılmayan kişinin bu ödeme zorunluluğunun dayanağı, primi ne sıfatla ödeyeceği, ödememesi halinde yaptırımın ne olacağı gibi sorular akla gelmektedir.⁵⁹ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, ortaya çıkacak bir diğer problem de, 10 günden az süreyle çalışanların iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanabilmesi için en az 10 gün önceden tescil zorunluluğu ilişkin muvazaalı işlem yapılıp yapılmayacağıdır.⁶⁰

5510 sayılı Kanun'un ek dokuzuncu maddesinde düzenlenen "Sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından sağlanan yardımlardan yararlanabilmesi için iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olması" hükmünün hangi amaçla ge-

⁵⁶ Şakar, s.107.

⁵⁷ Arıcı, s.229.

⁵⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.143.

⁵⁹ Araz, s.239.

⁶⁰ Araz, s.239.

tırıldığı bize göre de anlaşılammaktadır. 5510 sayılı Kanun'un tarım veya orman işlerinde hizmet sözleşmesiyle süreksiz olarak çalışanların sigortalılığını düzenleyen ek beşinci maddesinde de aynı yönde bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, bu madde hükümlerine tabi sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından sağlanan yardımlardan yararlanabilmeleri için iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olmaları gerekmektedir. Bu hüküm 2011 yılında getirilmiştir ve dört yıldır uygulanmaktadır. 5510 sayılı Kanun'un ek altıncı maddesindeki düzenleme, bu hüküm esas alınarak düzenlenmiş olabilir.

Maddede belirtilen bu hükümler ile, 5510 sayılı Kanun'un genel ilkelerinden ayrılmıştır. 5510 sayılı Kanun çerçevesinde 4/1-a sigortalılarının, iş kazası hükümlerinden yararlanabilmesi ve gelir bağlanabilmesi için, 10 gün önceden tescil şartı olmadığı gibi, prim ve prime ilişkin her türlü borçların ödenmiş olması şartı da yoktur. Bu kanunun ek dokuzuncu maddesinde getirilen bu koşul nedeniyle ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanın prim borcu varsa ya da 10 gün önce tescil şartı gerçekleşmemişse, iş kazası geçirse bile kendisine gelir bağlanamayacak ve geçici iş göremezlik ödeneği alamayacaktır.

Kanunun sekizinci maddesine göre, işverenler, dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, çalışmaya başladığı tarihten önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür. 11 inci maddeye göre işveren, örneği Kurumca hazırlanacak işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte, Kuruma vermekle yükümlüdür. Ay içinde 10 günden az ev hizmeti yapanları çalıştıranlar bu kanun bakımından işveren sayılmamasına karşın Tebliğin 4.2.1 maddesine göre ev hizmetlerinde 10 günden az sigortalı olarak çalışanların bildirimini "Ev Hizmetlerinde 10 Günden Az Sigortalı Çalıştırılacaklara İlişkin Başvuru Formu" ile yapılacak ve form çalışmanın geçtiği ayın sonuna kadar, ay sonunun hafta sonu genel ve resmi tatil günlerine denk gelmesi halinde ise bu günleri takip eden ilk iş günü sonuna kadar Kuruma verilecektir. İş kazasının meydana gelip gelmeyeceği ya da işçinin ne zaman iş kazasına maruz kalacağı belirsiz olduğu için; 5510 sayılı Kanunun ek dokuzuncu maddesindeki en az 10 gün önce tescil zorunluluğunun, iş kazasının meydana gelmemesi halinde çalıştıranın hiç tescil yapmayarak çalışanı kayıt dışı çalıştırması yoluna gitmesine ya da iş kazası

meydana geldikten sonra muvazaalı tescil işlemleri yapılmasına yol açabileceğini düşünmekteyiz.

Ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında bir ay içinde çalışma saati süresine göre yapılan hesaplama sonucu çalışma süresi 10 günden az olanlar sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanabilmektedir. Ancak bu kişileri çalıştıranlar işveren sayılmadıkları için, iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin olayda 5510 sayılı Kanun'un 21 inci maddesi uygulanamayacak ve bu nedenle çalıştıran, işverenin taşıdığı sorumluluğu taşımayacak,⁶¹ 21 inci madde çerçevesinde işverenler ve üçüncü kişilerin rücu sorumluluğuna gidilemeyecektir.⁶² Başka bir ifade ile, çalışanın kaza geçirmesi durumunda çalıştıran gerekli güvenlik önlemleri alıp almadığına bakılmasızın meydana gelen iş kazası nedeniyle sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde sorumlu tutulmayacaktır.⁶³

6331 sayılı Kanun'un 2/c maddesinde ev hizmetlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda ev hizmetlerinde 10 günden az süreyle sigortalı çalıştıranlar, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almakla yükümlü olmadıkları gibi, iş kazası meydana geldiğinde kurum tarafından yapılan ödeme 5510 sayılı Kanun'un 21 inci maddesi kapsamında kendilerine rücu edilemeyecektir.

5510 sayılı Kanun'un 21 inci maddesinin uygulanmaması çalıştıran lehine getirilmiş bir düzenlemedir. Bu çerçevede çalışanın kazaya uğraması halinde, 21 inci maddeye istisna olarak çalışana, işverene rücu mümkün olmayan bir gelir bağlanır. Bu düzenleme eleştirilebilir bir hüküm getirmiş olmasına karşın, çalışana Kurum tarafından ödeme yapılacağı ve kurum gerekli tüm yardımları yapmakla yükümlü olduğu için, çalışan hakkından mahrum kalmayacaktır. Ev hizmetlerinde çalışanlar yaptıkları iş gereği iş kazalarına ve meslek hastalıklarına karşı risk altındadır ve bu nedenle korunmalarını sağlayıcı düzenlemeler getirilmesi önemlidir. Ancak çalıştıranların sorumluluğu

⁶¹ Bayram, s.9; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.144. Söz konusu çalışanların iş kazası ve meslek hastalığı sigortası için ayrıca bkz. Üvedi, s.193 vd.

⁶² Arıcı, s.229.

⁶³ Şakar, s.107.

genişletildikçe örneğin haftada bir ya da iki gün evine temizlikçi alan kişiler ya temizlikçi çağırmama ya da kaçak bir şekilde çalıştırma yoluna gitmektedir. Kanun koyucunun maksadı anlaşılammamakla birlikte, amacın çalıştırana bu yönde bir sorumluluk yüklemeyerek, bu durumu engellemek olabileceğini düşünmekteyiz.

Ev hizmetlerinde 10 günden az veya 10 gün ve daha fazla çalışanların iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından ne şekilde yararlanacağı zaman içinde netleşecektir.⁶⁴ Öğretide bir görüşe göre, gerek sigortalıların gerek işveren veya çalıştıranların Sosyal Güvenlik Kurumuna yapması gereken bildirimler, bildirimlerde gecikme olması halinde ortaya çıkacak yükümlülükler konusunda bazı problemler yaşanabileceği düşünülmektedir.⁶⁵

C. 1/4/2015 Tarihinden Önce Ev Hizmetlerinde Sigortalı Çalıştıran Gerçek Kişiler Hakkında Yapılacak İşlemler

Tebliğın 5.3 maddesine göre, 1/4/2015 tarihinden önce ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla süre ile sigortalı çalıştıran işverenler işyeri dosyasını kapattıktan sonra Kanunun ek dokuzuncu maddesinin birinci fıkrası kapsamında bu Tebliğin "3- Ev Hizmetlerinde İşveren Yanında 10 Gün ve Daha Fazla Süre ile Çalışanların Sigortalılığı, Bildirimi, Tescili ve Primlerin Ödenmesi" başlıklı bölümünde belirtilen usul ve esaslara göre müracaat edebileceklerdir.

D. Sigortalıların Kendilerini Bildirmesi

Tebliğın 5.4 maddesine göre, 5510 sayılı Kanunun ek dokuzuncu maddesi kapsamındaki sigortalılar, çalışmaya başladıklarını, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ekinde yer alan "Sigortalı Bildirim Belgesi" ile doğrudan veya internet ya da benzeri ortamda Kuruma bildirebilirler. Kurumca, sigortalının ilgili işveren tarafından bildirilmediğinin ya da bildirildiği halde sigortalı bildirim arasında farklılık bulunduğunun tespiti halinde, durum, taahhütlü bir yazıyla sigortalıya, gerekirse iş-

⁶⁴ Sevgi Üvedi, "Ev Hizmetlerinde Çalışanların Kısa Vadeli Sigorta Uygulamaları", *Yaklaşım Dergisi*, Yıl:23, S.269, Mayıs 2015, s. 197.

⁶⁵ Üvedi, s.197.

verene bildirilir. Yapılan bildirimlerin sonucunda farklılık giderilemezse, kontrol ve denetim sonucuna göre işlem yapılır. Sigortalının kendini bildirmemesi, sigortalı aleyhine delil teşkil etmez.

E. Ev Hizmetlerinde Çalışan Yabancı Uyruklular

Günümüzde ucuz ve nitelikli işgücü ihtiyacı artmakta ve bu çerçevede ülkemizde ev hizmetlerinde yabancı uyrukluların gittikçe daha yüksek oranda çalıştırıldığı görülmektedir. 2014 yılında ev hizmetlerinde çalışmak için başvuru yapılan 13.483 işçiye çalışma izni verilmiştir⁶⁶. Evde yabancı uyruklu birini çalıştırabilmek için yaşlı ya da bakımı gereken bir çocuk veya hasta olması, bakım yapılacak kişi hasta ise bu hastalığın sağlık raporu ile belgelenmesi, çalışma izni alınması gerekmektedir.⁶⁷ Ev hizmetlerinde çalışan yabancı uyruklu kişilerin çalışma izinleri 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde belirlenen usule göre alınır.

Tebliğin 5.2 maddesine göre, ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla süre ile yabancı uyruklu sigortalılar çalıştırılabilir. Ancak yabancıların ülkemizde çalıştırılması çalışma iznine bağlı olduğu için, gerçek kişi işverenlerin "Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Sigortalı Olarak Çalıştırılacaklara İlişkin Bildirge" ile müracaatlarında sigortalıların çalışma iznini de bildirgeye eklemesi gerekmektedir. Ev hizmetlerinde 10 günden az süre ile yabancı uyruklu sigortalı çalıştırılması mümkün olmamakla birlikte, ev hizmeti yapan yabancı uyruklu kişinin on günden az çalışmasını içeren bildirimler Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından da kabul edilmemektedir.⁶⁸

SONUÇ

Ev hizmetlerinde çalışanların sosyal güvenliğine ilişkin olarak, 6552 sayılı Kanun'un 55 inci maddesi ile 5510 Kanun'a eklenen ek dokuzuncu maddede düzenleme yapılmış ve bu düzenleme 1 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yeni düzenleme çerçevesinde ev

⁶⁶ Bu bilgi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından alınmıştır.

⁶⁷ Arif Temir, "Evde Yabancı Bakıcı Çalıştırma", *Yaklaşım Dergisi*, Yıl:23, S.269, Mayıs 2015, s.175.

⁶⁸ Ev hizmetlerinde yabancı uyruklu kişilerin çalıştırılması ve bildirimleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Temir, s. 175 vd.

hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 gün ve daha fazla olan çalışanlar Kanunun dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmaktadır. Ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar için ise, kanunda belirtilen oranda iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödenir. Ülkemizde giderek yaygınlaşan ev hizmetinde çalışmaya ve her geçen gün sayıları artan ev hizmetinde çalışanların kayıt altına alınmasına ve sosyal güvenlik haklarının olmasına yönelik düzenlemeler getirilmesi önem taşıyan bir husustur.

5510 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik çerçevesinde getirilen yeni uygulama, ev hizmetlerinde çalışanların bildirim işlemlerinde işverenlere büyük kolaylıklar getirmiştir. Bildirim yükümlülüklerinin tamamının internetten yapılabilmesi, alternatif prim ödeme yöntemleri getirilmesi gibi yeniliklerle sigorta işlemlerine ilişkin Kurum uygulamalarının kolaylaştırılması kayıt dışılığın azalmasını sağlamak konusunda önemli faydalar sağlayacaktır

Yeni düzenleme ile ayda 10 günden az çalışanlar iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan, 10 gün ve 10 gün ve daha fazla çalışanlar ise kısa ve uzun vadeli tüm sigorta dallarından yararlanmaktadır. Bu çerçevede 5510 sayılı Kanun'un altıncı maddesinin "Sigortalı sayılmayanlar" başlığı ile ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığına ilişkin d fıkrası çelişmektedir.

Ev hizmetlerinde 10 günden az çalışan sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından sağlanan yardımlardan yararlanabilmesi için iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olması ve sigortalılığının sona ermemiş olması, bu Kanuna göre iş kazası veya meslek hastalığından dolayı geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik geliri ya da malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şarttır. Maddede belirtilen bu hükümler ile de 5510 sayılı Kanun'un genel ilkelerinden ayrıldığı görülmektedir. 5510 sayılı Kanun çerçevesinde 4/1-a sigortalılarının, iş kazası hükümlerinden yararlanabilmesi ve gelir bağla-

nabilmesi için, 10 gün önceden tescil şartı olmadığı gibi, prim ve prime ilişkin her türlü borçların ödenmiş olması şartı da yoktur. Bu kanunun ek dokuzuncu maddesinde getirilen bu koşul nedeniyle, ev hizmetlerinde 10 günden az çalışan, prim borcu varsa ya da 10 gün önce tescil şartı gerçekleşmemişse, iş kazası geçirse bile kendisine gelir bağlanamayacak ve geçici iş göremezlik ödeneği alamayacaktır.

Yeni düzenleme çerçevesinde ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanları çalıştıranlar hakkında iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin olayda 5510 sayılı Kanun'un 21 inci maddesi uygulanamayacaktır. 6331 sayılı Kanun'un 2/c maddesinde de ev hizmetlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda ev hizmetlerinde 10 günden az süreyle sigortalı çalıştıranlar, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almakla yükümlü olmadıkları gibi, iş kazası meydana geldiğinde 5510 sayılı Kanun'un 21 inci maddesi kapsamında kendilerine rücu edilemeyecektir. Bu düzenlemenin isabetli olup olmadığı da tartışılması gereken bir husustur.

Kaynakça

- Aktay Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, Emine, İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2013.
- Araz Murat, "Ev Hizmetlerinde Çalışanlar İçin Sorun Çözüldü mü?" *Yaklaşım Dergisi*, Yıl:22, S.264, Aralık 2014 (s.233-239).
- Arıcı Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.
- Bayram Fuat, İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri, İstanbul 2015.
- Çakar Erden, "Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Çalıştırılanların SGK'ya Bildirimi Nasıl Yapılacak?", *Yaklaşım Dergisi*, yıl:23, S.269, Mayıs 2015 (s.214-218).
- Erdoğan Seyhan/Toksöz Gülay, "Türkiye'de Ev İşçileri", 2013, http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/publ/turkiyede_ev_iscileri_raporu.pdf.
- Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2010.
- Fidan Fatma/Özdemir M. Çağlar, "Ev Hizmetlerinde Çalışan Kadınlar ya da Evlerin Kadınları", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C.2, S.1, Temmuz 2011 (s.77-89).
- Güven Ercan/Aydın Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Genişletilmiş Güncellenmiş 4.baskı, Eskişehir 2013.
- Güzel, Ali/Okur Ali Rıza/Canıklioğlu Nursen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul 2014.
- İnciroğlu Lütfi, "Ev Hizmetlerinde Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği", <http://www.lutfiinciroglu.com/content/view/118/19>.

- Korkusuz M. Refik/Uğur Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, Son Mevzuata Göre Güncellenmiş 4. Baskı, Bursa 2015.
- Mollamahmutoglu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 6. Bası, Ankara 2014.
- Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku Ferdi İş ilişkileri I, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul 2012.
- Okur Ali Rıza, "Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı", *Kamu-İş*, C.7, S.3, 2004 (s.161-176).
- Sevinç İsmet, "Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı", *Yaklaşım Dergisi* Yıl:23, S.270, Haziran 2015 (s.139-142).
- Sözer, Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013.
- Süzek Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 2014.
- Şakar Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul 2014.
- Temir Arif, "Evde Yabancı Bakıcı Çalıştırma", *Yaklaşım Dergisi*, Yıl:23, S.269, Mayıs 2015 (s.174-178).
- Tuncay A.Can/Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013.
- Tunçomağ Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. Bası, İstanbul 2013.
- Ulutaş Çağla Ünlütürk/Öztepe Nagihan Durusoy, "Ev Hizmetlerinde Mesleki Sağlık ve Güvenlik Sorunu", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C.4, S.2, Temmuz 2013 (s.42-57).
- Üvedi Sevgi, "Ev Hizmetlerinde Çalışanların Kısa Vadeli Sigorta Uygulamaları", *Yaklaşım Dergisi*, Yıl:23, S.269, Mayıs 2015 (s.190-197).
- Yıldırım Alp Sinem, "Türkiye'de Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sorunları", *Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.4, S.1, Yıl:2014 (s.45-59).

ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN YENİ BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE İŞÇİ ALACAKLARININ TAHSİLİ DAVASINDA ZAMANAŞIMI BAKIMINDAN ETKİSİ

(Karar İncelemesi)

EFFECT OF JOINT LIABILITY BETWEEN PRIMARY EMPLOYER AND
SUBCONTRACTORS ON TERMS OF LIMITATIONS WITHIN CASE
THE COLLECTION OF EMPLOYER CLAIMS AS PER PROVISIONS
OF NEW TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

(Examination of Decision)

Tuğçe ÇAKIROĞLU DEMİRÇİVİ*

Özet: 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu(TBK), müteselsil sorumluluk hükümleri açısından yeni düzenlemeler getirmiştir. Bu durum, kanunla alt işveren işçisinin alacakları yönünden aralarında müteselsil sorumluluk olduğu düzenlenen- asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, kanunla doğrudan belirlenen müteselsil sorumluluklarında, işçi alacaklarının zamanaşımına uğraması açısından değişikliklere neden olmuştur. Bu çalışmada incelediğim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının, TBK ve yürürlük kanununun müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümleri göz önüne alınmaksızın verildiği sonucuna varılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Asıl işveren, Alt işveren, Müteselsil Sorumluluk, Zamanaşımı

Abstract: New Turkish Code of Obligations no.6098 brings legal regulations in respect of provisions of joint liability. In relationship between primary employers – sub-contractors, where joint liability is existed by law pursuant to claims of employee of subcontractors, this condition brings some alteration in terms of limitation of employee claims. In this study, we have examined the judgment of Court of Cassation, Assembly of Civil Chambers, we have concluded that the judgment was rendered regardless of the provisions of Turkish Code of Obligations, and especially the joint liability.

Keywords: Primary Employers, Subcontractors, Joint Liability, Terms of Limitation

* Avukat, İzmir Ekonomi Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

T.C.

YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

E. 2013/9-1559

K. 2013/1461

T. 9.10.2013

- İŞ AKTİNİN HAKSIZ FESHİ SEBEBİYLE İŞÇİLİK ALACAKLARININ TAHSİLİ DAVASI (Alt-Üst İşveren İlişkisi/Aralarında Eksik Teselsül Bulunduğu - Alt İşverene Açılan Davanın Üst İşveren İçin Zamanaşımını Kesmeyeceğinin Gözetilmesi Gerektiği)
- ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN KESİLMESİ (Davacının Alt İşverene Dava Açmasından ve Davasının Kesinleşmesinden Daha Sonra Üst İşverene Açtığı Yeni Davada Önceki Davanın Zamanaşımını Eksik Teselsül Nedeniyle Kesmeyeceğinin Gözetilmesi Gerektiği)
- DAVALI ÜST İŞVERENİN SORUMLULUĞUNUN KANUNA DAYANMASI (4857 S.K Md. 2'ye Dayalı Müteselsil Sorumluluk Bulunduğu - Ancak Dava Dışı Alt İşveren ile Davacı Arasındaki Hukuki İlişkinin İse Akite Dayandığı/Eksik Teselsül Hükümlerinin Uygulanacağı)
- ALT İŞVERENE AÇILAN İŞÇİ ALACAKLARINA İLİŞKİN DAVA (Üst İşverene Daha Sonradan Açılan Davanın Zamanaşımı Süresini Kesmediği - Alt İşveren ve Üst İşverenin Müteselsil Sorumluluklarının Farklı Hukuki Sebeplere Dayandığı/Eksik Teselsül)
- ALT İŞVERENE AÇILAN DAVANIN ÜST İŞVEREN İÇİN ZAMANAŞIMI SÜRESİNİ KESMEDİĞİ (Eksik Teselsül Bulunduğu - Alacak Davası)
- MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN HUKUKİ SEBEPLERİNİN FARKLI OLMASI (Eksik Teselsül/Müteselsil Sorumlular Arasında Farklı Zamanaşımı Süreleri Bulunduğu - Sorumlulardan Biri İçin Kesilen Sürenin Diğeri İçin Kesilmeyeceğinin Gözetilmesi Gereği)
- EKSİK TESELSÜL (Müteselsil Sorumlular Arasında Farklı Zamanaşımı Süreleri Bulunduğu/Sorumluluk Sebeplerinin Farklı Hukuksal Nedenlere Dayandığı - Davalının Zamanaşımı Defininin Kabulü Gereği/Mahkemenin Direnme Kararının Hatalı Olduğu)

4857/m. 2

818/m. 50,51,134

5521/m.7

ÖZET : Dava, işçi alacaklarının tahsili istemine ilişkindir. Davacı işçi öncelikle alt işverene dava açmış ve davası kesinleşmiştir. Ancak daha sonra alacağını temin edemediğinden üst işverene de dava açmıştır.

Davacıya karşı müteselsil sorumlu olanlardan, dava dışı alt işverenin sorumluluğu akitten, davalı asıl işverenin sorumluluğu kanundan kaynaklandığından; diğer bir ifade ile, asıl ve alt işveren işçilik alacakları yönünden işçiye karşı farklı hukuki sebepler nedeniyle sorumlu olduklarından; davacı ile davalılar arasındaki ilişki, dava açıldığı tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, eksik teselsül ilişkisine dayanmaktadır.

Zamanaşımını kesen nedenlerin eksik teselsülde yani BK' nun 51. maddesine dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama olanağı bulunmaması nedeniyle alt işverene karşı açılan davanın, davalı asıl işveren yönünden zamanaşımını kesmesi mümkün değildir.

DAVA : Taraflar arasındaki "işçilik alacakları" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 12. İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 03.06.2010 gün ve 2008/1014 E. 2010/281 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2012 gün ve 2010/27244 E. 2012/37151 K. sayılı ilamı ile;

(...1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında, işçilik alacaklarının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliğini" ortadan kaldırır.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkaca-

ğından, artık mahkemenin işin esasına girip onu incelemesi mümkün değildir.

Uygulamada, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması, dava açma tekniği bakımından, tümü ihlal ya da inkâr olunan hakkın ancak bir bölümünün dava edilmesi, diğer bölümüne ait dava ve talep hakkının bazı nedenlerle geleceğe bırakılması anlamına gelir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca benimsenmiş ilkeye göre, kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktarı için kesilir.

Zamanaşımı, bir maddi hukuk kurumu değildir.

Diğer bir anlatımla zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da, yargılamayı yapan yargıç tarafından yürütüldüğü görevinin bir gereği olarak kendiliğinden göz önünde tutulamaz. Borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasada öngörülen süre ve usul içinde ileri sürmesi zorunludur.

Demek oluyor ki zamanaşımı, borcun doğumu ile ilgili olmayıp, istenmesini önleyen bir savunma olgusudur. Bu nedenle zamanaşımı savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır.

Yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için öncelikle talep konusu hakkın istenebilir bir konuma, duruma gelmesi gerekmektedir.

Yasalarda hakkın istenebilir konumuna, diğer bir anlatımla yerine getirilmesinin gerektiği güne, ödeme günü denmektedir. Bir hak, var olsa bile, o hakkın istenmesi için gerekli koşullar gerçekleşmedikçe istenemez.

Genel olarak savunma nedenlerinin ve bu arada zamanaşımı savunmasının esasa cevap süresi içinde bildirilmesi gereklidir.

Ancak, savunma nedenlerinin ve savunma nedenlerinden olan zamanaşımının yasanın öngördüğü cevap süresi geçtikten sonra ileri

sürülmesi, diğer bir ifade ile (savunmanın genişletilmesi), bazı kayıt ve şartlarla mümkündür.

Bu tek şart, savunmanın genişletilmesine karşı tarafın (hasmın) muvafakatidir. Eğer karşı taraf savunmanın genişletilmesine muvafakat etmez ve dolayısıyla (savunmanın genişletildiği) yollu bir itirazda bulunursa, o takdirde ancak mahkemenin ileri sürülen savunma nedenlerini (bu arada zamanaşımı savunmasını) incelemesi olanağı yoktur. Bu durumda ise mahkeme hemen savunma nedenlerini reddetmelidir. Özetle belirtmek gerekirse, savunmanın genişletildiği itirazı ile karşılaşmadığı sürece zamanaşımı savunmasının geç ileri sürülmesi, incelenmesine engel değildir.

Hemen belirtmelidir ki, gerek İş Kanununda, gerekse Borçlar Kanununda, kıdem ve ihbar tazminatı alacakları için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir.

Uygulama ve öğretide kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, Borçlar Kanunu'nun 125 inci maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur.

Keza tazminat niteliğinde olmaları nedeni ile sendikal tazminat, kötüniyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun; 5 inci maddesindeki eşit işlem borcuna aykırılık nedeni ile tazminat, 26/2 maddesindeki maddi ve manevi tazminat, 28 inci maddedeki belgenin zamanında verilmemesinden kaynaklanan tazminat, 3 l/ son maddesi uyarınca askerlik sonrası işe almama nedeni ile öngörülen tazminat istekleri on yıllık zamanaşımına tabidir.

Bu noktada, zamanaşımı başlangıcına esas alınan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı hakkının doğumu ise, işçi açısından hizmet aktinin feshedildiği tarihtir.

Zamanaşımı, harekete geçememek, istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez. Bir hakkın, bu bağlamda ödence isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar.

İşveren ve işçi arasındaki hukuki ilişki iş sözleşmesine dayanmaktadır.

İşçinin sözleşmeye aykırı şekilde işverene zarar vermesi halinde, işverenin zararının tazmini amacı ile açacağı dava Borçlar Kanunu'nun 125 inci maddesi uyarınca on yıllık zaman aşımına tabidir.

4857 sayılı Kanun'dan daha önce yürürlükte bulunan 1475 sayılı Yasa'da ücret alacaklarıyla ilgi olarak özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediği halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32/8 maddesinde, işçi ücretinin beş yıllık özel bir zamanaşımı süresine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir.

Ancak bu Kanundan önce tazminat niteliğinde olmayan, ücret niteliği ağır basan işçilik alacaklarının, Borçlar Kanunu'nun 126/1 maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi olacağı tartışmasız öğreti ve uygulama tarafından kabul edilmiştir.

İşverence işçiye fazladan ödenen ücret ve ücret eklerinin geri alınmasında da uyuşmazlığın temelinde sözleşme ilişkisi olmakla zamanaşımı süresi beş yıl olarak uygulanmalıdır. Dairemizin kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 20.4.2010 gün 2008/23521 E, 2010/11354 K).

Türk Ticaret Kanunu'nun 1259 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı bir yıllık zamanaşımı, aynı Kanununun 1235 inci maddesi uyarınca gemi adamlarının hizmet ve iş mukavelelerinden doğan alacaklarının bir rüçhan hakkı olarak gemi bedeli üzerindeki talebi ile ilgili olup, genel anlamda hizmet ve iş mukavelelerinden doğan ücret alacaklarının Borçlar Kanunu'nun 126 ncı maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir.

Kanundaki zamanaşımı süreleri, Borçlar Kanunu'nun 127 nci maddesi gereğince tarafların iradeleri ile değiştirilemez.

İş sözleşmesi devam ederken kullanılması gereken ve iş sözleşmesinin feshi ile alacak niteliği doğan yıllık izin ücreti alacağının zamanaşımı süresinin fesih tarihinden başlatılması gerekir (HGK. 05.07.2000 gün ve 2000/9-1079 E, 2000/1103 K).

Sözleşmeden doğan alacaklarda, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar. (BK. m. 128). Borçlar Kanunu'nun 101 inci maddesi uyarınca, borcun muaccel olması, ifa zamanının gelmiş olmasını ifade eder. Borcun ifası henüz istenemiyorsa muaccel bir borçtan da söz edilemez.

Müteselsilen borçlu olan kişilerin birbirlerine rücuu ve bunun zamanaşımını, aralarındaki hukuki ilişkinin niteliği belirler. Zira müteselsilen borçluluk muhtelif hukuki ilişkiler sonucu doğabilir. Ancak rücu hangi hukuki ilişki veya yasal nedenle doğmuş olursa olsun rücu zamanaşımı, rücu neden olan ödemenin yapıldığı andan itibaren iş-

lemeye başlar ve bu zamanaşımı süresi de, yukarıda açıklandığı üzere, ödemeyi yapan ve rücu eden ile edilen kişi arasındaki hukuki ilişkiye göre saptanır.

Borçlar Kanunu'nun 128 inci maddesinde zamanaşımının nasıl hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu anda başlayacağı kuralını getirmiştir. Belirtmek gerekir ki, borç belirli bir vadeye bağlanmış ise bu vadenin bittiği tarihte muacceliyet kesbedeceğinden, aynı Yasanın 130 uncu maddesi hükmü göz önünde tutularak, zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının hesap edilmesi gerekir. Kanun koyucu burada borçlunun temerrüde düşürülmesi esastan ayrılarak alacağın muaccel olmasını kâfi görmüştür. Zamanaşımının başlaması için ayrıca borçlunun sözü geçen Yasanın 101 inci maddesinde yazılı şekilde temerrüde düşürülmesine lüzum yoktur.

Alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi olan halleri 128 inci maddenin ikinci fıkrası düzenlemiştir.

Bu hükme göre zamanaşımı haberin verilebileceği günden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Kanun koyucu burada haberin verileceği değil, verilebileceği günün zamanaşımına başlangıç olarak kabul edilmesi gerekeceğini öngörmüştür. O halde, bu durumda zamanaşımının başlayabilmesi için fiilen haberin verilmesi şart olmayıp verilmesi mümkün olan zamanın tespitini yeterlidir. Haber verebilme ihtiyari bir olaydır. Bu husus alacaklı tarafa bırakılmış ise alacaklı verdiği tarihten itibaren bu hakkını kullanma olanağına her zaman sahiptir. Yani verdiği tarihten itibaren her zaman borçluya verdiği şeyin ödenmesi için ihbar yapabilir. Bu itibarla borçlunun temerrüt haline düşürülüp düşürülmediği ve fiili ihbarın yapılıp yapılamadığı hususları araştırılmadan ödenmesi ihbar yapılması esasına bağlı borç ilişkilerinde zamanaşımının bu haberin verilebileceği yani para ve diğer alacakların verildiği tarihin zamanaşımına başlangıç olarak alınması gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 131 inci maddesi gereğince, asıl alacak zaman aşımına uğradığında faiz ve diğer ek haklar da zamanaşımına uğrar. Diğer bir deyişle faiz alacağı asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımına tabi olur. Borçlar Kanunu'nun 133/2 maddesi uyarınca, alacaklının dava açmasıyla zamanaşımı kesilir. Ancak zaman aşımının kesilmesi sadece dava konusu alacak için söz konusudur.

Borçlar Kanunu'nun 132/4 maddesinde "Hizmet mukavelesinin devam ettiği müddetçe hizmetçilerin, istihdam edenlere karşı olan alacakları hakkında" zamanaşımının işlemeyeceği ve duracağı belirtilmiştir. Bu maddenin iş sözleşmesiyle bağlı her kişiye uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Hizmetçiden kastedilen, kendisine ev işleri için ücret ödenen, iş sahibiyile aynı evde yatıp kalkan, aileden biriymiş gibi ev halkı ile sıkı ilişkileri olan kimsedir.

Borçlar Kanunu'nun 133 üncü maddesinde, zamanaşımını kesen nedenler sınırlama getirmeksizin gösterilmiştir. Bunlardan borçlunun borcunu ikrar etmesi (alacağı tanınması), bu nedenlerden biridir. Borcun tanınması, tek yanlı bir irade bildirimini olup; borçlunun, kendi borcunun devam etmekte olduğunu kabul anlamındadır. Borç ikrarının sonuç doğurabilmesi için, eylem yeteneğine ve malları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan borçlunun veya yetkili kıldığı vekilinin, bu iradeyi alacaklıya yöneltmiş bulunması ve ayrıca zamanaşımı süresinin dolmamış olması gerekir. Gerçekte de borç ikrarı, ancak, işlemekte olan zamanaşımını keser, farklı anlatımla zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonraki borç ikrarının kesme yönünden bir sonuç doğurmayacağından kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.

Borçlar Kanunu'nun 139 uncu maddesi, zamanaşımından feragati düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, borçlunun zamanaşımı defini ileri sürme hakkından önceden feragati geçersizdir. Önceden feragatten amaç, sözleşme yapılmadan önce veya yapılırken vaki feragattir. Oysa daha sonra vazgeçmenin geçersiz sayılacağına ilişkin yasada herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. O nedenle borç zamanaşımına uğradıktan sonra borçlu zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilir. Zira, burada doğmuş bir defi hakkından feragat söz konusudur ve hukuken geçerlidir. Bu feragat; borçlunun, ileride dava açılması halinde zamanaşımı definde bulunmayacağını karşılıklı olarak yapılan feragat anlaşmasıyla veya tek yanlı iradesini açıkça bildirmesiyle veyahut bu anlama gelecek iradeye delalet edecek bir işlem yapmasıyla mümkün olabileceği gibi, açılmış bir davada zamanaşımı definde bulunmamasıyla veya defi geri almasıyla da mümkündür.

Zamanaşımı süresinin dolmasından sonra alacaklıya yöneltilen borç ikrarının, zamanaşımı definden zımni (örtülü) feragat anlamına geldiği, öğretideki baskın görüşlerle ve yargı inançlarıyla da doğrulanmaktadır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19/11/1963 T. 09.10.20135924-6419 sayılı kararı). Dahası, zamanaşımı süresinin dol-

masından sonra alacaklıya karşı bir borç ikrarında bulunan borçlunun, bu borç ikrarına dayanılarak açılan davada zamanaşımı defnileri sürmesi, çelişkili davranış yasağını oluşturur. Bu durum Medeni Kanununun 2 nci maddesine aykırı olup, hukuken korunamaz (HGK. 23.02.2000 gün ve 2000/15-71 E, 2000/116 K).

Borçlar Kanunu'nun 133/2 maddesi hükmü uyarınca, dava açılması veya icra takibi yapılması zamanaşımını kesen nedenlerdendir. Yasanın 135 inci maddesi ise, zamanaşımının kesilmesi halinde yeni bir sürenin işlemesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Madde açıkça düzenlemediğinden ihtiyati tedbir istemi ile mahkemeye başvurma veya işçilik alacaklarının tespiti ve ödenmesi için Bölge Çalışma İş Müfettişliğine şikâyette bulunma zamanaşımını kesen nedenler olarak kabul edilemez. Ancak işverenin, şikâyet üzerine Bölge Çalışma Müdürlüğünde alacağı ikrar etmesi, zamanaşımını kesen bir neden olacaktır.

Zamanaşımı, dava devam ederken iki tarafın yargulamaya ilişkin her işleminden ve hâkimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar ve kesilmeden itibaren yeni bir süre işler (BK. m. 135-136).

Borçlar Kanunu'nun 133/2 maddesi gereğince, takas defii zamanaşımını keser ve 136 ncı madde gereğince de dava devam ettiği sürece hâkimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar.

Borçlar Kanunu'nun 134 üncü maddesi hükmü, "Müruruzaman müteselsilen borçlu olanlardan veya taksimi kabil olmayan bir borcun müşterek borçlularından birine karşı katedilmiş olunca diğerlerine karşı da katedilmiş olur" kuralını içermektedir. Bu maddeye göre, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımını keser.

Bu hükmün haksız fiillerden doğan müteselsil sorumlulukta, sadece tam teselsülde yani Borçlar Kanunu'nun 50 nci maddesine dayanan müteselsil sorumlulukta uygulanacağı; buna karşın eksik teselsülde yani 51 inci maddeye dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmelidir. Yine halefiyette borçlu alacaklının yerine geçtiğinden, alacaklının alacak hakkının tabii olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır.

Borçlar Kanunu'nun 137 nci maddesinde, hangi hallerde zamanaşımına ilaveten altmış günlük munzam müddetten yararlanılacağı sınırlı bir biçimde sayılmış, ayrıca sayılan hususlardan dolayı daha önce

davanın reddedilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Bu düzenlemede davanın açılmamış sayılma ile sonuçlanması haline yer verilmemiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7 nci maddesinde, iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanır. Bu nedenle zamanaşımı defi ilk oturuma kadar ve en geç ilk oturumda yapılabilir.

Dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması durumunda, ıslah dilekçesinin tebliğini izleyen ilk oturuma kadar ya da ilk oturumda yapılan zamanaşımı defi de ıslaha konu alacaklar yönünden hüküm ifade eder.

Somut olayda; davacı iş sözleşmesinin 09.06.2004 tarihinde feshinden sonra alt işverene dava açmış, bu dava temyiz edilmeden kesinleşmiş, 2006 yılında icra takibinde bulunmuş ve takibin semeresiz kalması üzerine, önceki dosya ile hükmolunan tüm alacakların faizleri ile birlikte tahsili için bu davayı asıl işverene karşı 05.12.2008 tarihinde açmıştır.

Davalı asıl iş veren süresinde zamanaşımı definde bulunmuştur.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda; Borçlar Kanunu'nun 123. maddesi gerekçe gösterilerek fazla çalışma ve genel tatil alacakları yönünden alt iş verene açılan dava ile zamanaşımının kesildiği belirtilerek zamanaşımı defi nazara alınmamıştır.

Asıl iş verene dava açıldığı tarihte yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 51. maddesine göre davacı ile davalılar arasındaki ilişki eksik teselsül ilişkisine dayandığından alt iş verene karşı açılan davanın asıl iş veren yönünden zamanaşımını kesmesi mümkün değildir.

Böyle olunca 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi alacaklar yönünden zamanaşımına uğrayan fazla çalışma ve genel tatil alacağı yönünden bu konuda bir değerlendirme yapılmadan tamamının kabulüne karar verilmesi hatalıdır...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR : Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, davalı Bakanlığa ait işyerlerinde “hazır yemek hizmeti” yürütümü işini üstlenen dava dışı A... Ltd. Şirketinin işçisi iken iş akdinin feshedildiğini, ödenmeyen alacaklarının tahsili talebi ile dava dışı şirket aleyhine açılan davada hükmedilen alacakların tahsili için yaptıkları takibin de sonuçsuz kaldığını, İş Kanunu’nun 2/6. maddesi uyarınca davalı Bakanlık ile dava dışı şirket arasında İş Kanunu’nun 2. maddesi anlamında asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğu ve alt işveren şirket ile birlikte davalının sorumluluğunun kanundan doğan bir müteselsil sorumluluk olduğunu belirterek, dava dışı şirket aleyhine hükmedilen ve takibe konu işçilik alacaklarından dolayı, davalının müteselsil sorumlu olduğunun tespiti ile takip konusu alacakların faizi ile tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı Milli Savunma Bakanlığı vekili cevap dilekçesinde özetle; hiçbir aşamasına katılmadıkları ve savunma haklarını kullanmadıkları bir ilamdan müteselsil sorumlu tutulmalarının hiçbir hukuk ilkesi ile bağdaşmadığını, dava konusu alacakların bir kısmının zamanaşımına uğradığını, ihale makamı olduklarından kendilerine husumet yöneltmesinin doğru olmadığını ve davacının işe alınması veya sözleşmesinin feshinde Bakanlığın bir etkisi olmadığını belirterek, davanın husumetten reddi gerektiğini savunmuştur.

Yerel Mahkemece, davalı Bakanlığın asıl işveren olarak alt işverenin borçlarından müteselsil sorumluluğu bulunduğu ve müteselsil borçluların biri hakkında açılan dava ile zamanaşımı kesildiğinde diğeri hakkında da zamanaşımının kesileceği gerekçesiyle, bilirkişi raporunda belirlenen miktarlar uyarınca davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire tarafından yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş; mahkemece aynı konuda verilen bir çok kabul kararının daha önce onandığı, bozma ilamına uyulması halinde çalışanlar arasında eşitsizlik doğacağı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme hükmü davalı vekili tarafından temyiz edilmektedir.

Uyuşmazlık, asıl ve alt işveren arasındaki ilişkinin ve işçilik alacaklarına karşı sorumluluklarının tam mı, yoksa eksik teselsüle mi dayalı olduğu, varılacak sonuca göre de, alt işverene karşı zamanaşımı süresi geçmeden açılan davanın, fazla çalışma ve genel tatil alacağı talebine ilişkin olarak asıl işveren yönünden de zamanaşımını kesip kesmediği noktalarında toplanmaktadır.

Bu konuda, öncelikle mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun teselsül düzenleyen hükümlerinin ve sonrasında bu düzenlemelerin zamanaşımı ile ilişkisinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Bilindiği üzere, müteselsil borçluluk, alacaklının, borcun tamamının ifasını birden çok borçludan ve dilediğinden isteyebildiği, borcun tamamı ifa edilinceye kadar borçluların hepsinin sorumlu olduğu bir borç ilişkisidir.

Müteselsil borçluluğun kaynağı BK'nun 141. maddesinde belirtilmiştir.

Maddeye göre, "Alacaklıya karşı, her biri borcun mecmuundan mesul olmağı iltizam ettiklerini beyan eden müteaddit borçlular arasında teselsül vardır.

Böyle bir beyanın fiktanı halinde teselsül ancak kanunun tayin ettiği hallerde olur."

Madde hükmünden anlaşıldığı gibi, müteselsil borçluluk, ya bir hukuki işlemde ya da kanundan doğmaktadır. Maddenin 2. fıkrasında yer verilen kanuni teselsül, müteselsil borçluluğun doğrudan doğruya bir kanun hükmüne dayandığı, bizzat kanun koyucunun öngördüğü borçluluk halidir.

Haksız fiil halinde müteselsil sorumluluk hali ise 818 sayılı Kanun'un 50. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin eyler.

Yataklık eden kimse, vaki olan kardan hisse almadıkça yahut iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe mesul olmaz."

Aynı Kanun'un "Muhtelif Sebeplerin İçtimai Halinde, Müteselsil Mesuliyet" başlıklı 51. maddesinde de:

"Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mes'ul oldukları takdirde haklarında birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.

Kural olarak haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse, en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mes'ul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur." şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Bu durumda; birden çok kişi, gerek haksız eylem, gerek sözleşme ve gerekse kanun kuralı gibi sebeplerden ve aynı zarar için zarara uğrayana karşı sorumlu iseler, bunlar arasında, bir zarara ortaklaşa sebep olanlar hakkındaki dönmeye (rücu) ilişkin kurallar uygulanır.

Kural olarak; en başta, haksız eylemiyle zarara yol açan sorumlu tutulur; en son olarak da kusuru olmaksızın ve sözleşme gereği sorumluluğu olmadığı halde kanun kuralı gereğince sorumlu tutulan kişiye başvurulur.

Birinci halde; birden fazla kişiler, müşterek kusurları ile zarara sebep olmuşlardır. Bu durumda zarara sebep olmuş olanlar arasında tam teselsül bulunduğundan söz edilir (BK. mad. 50). Aralarında tam teselsül olanlar, suçu işleyenle bu suça iştirak etmiş olanlar arasında fark gözetilmeksizin zarar görene karşı müteselsilen sorumlu durumdadırlar.

ikinci halde ise; birden fazla kişinin, müşterek kusurları ile sebep olmadıkları ancak zarardan çeşitli hukuki sebeplerle sorumlu tutuldukları durumda eksik teselsül (BK. mad. 51) söz konusudur.

Görülüyor ki. Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinde, aynı Kanun'un 50. maddesine atıf yapılarak birden çok kimseler, değişik nedenlerle (haksız eylem, akit, kanun) sorumlu oldukları takdirde zarar gören tam teselsülde (dayanısmada) olduğu gibi (BK. mad.50/1) giderim isteğinin bir bölümünü veya tamamını, bu sorumlulardan birinden ya da bir kaçından dava açarak isteyebilecektir. Gerek öğretide ve gerekse uygulamada ayrı düşünceler olmaksızın bu kural kabul edilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, zarar gören eksik teselsülde de; tam teselsülde olduğu gibi tazminat borçlularından herhangi birine müracaat edebilir ve tazminatın tamamının ödenmesini isteyebilir. Bundan başka borçlulardan birinin yaptığı ödeme, ödenen miktar oranında diğerini de borçtan kurtarır ve daha sonra ödeyenin onlara karşı rücu (dönme) hakkı doğabilir.

Bu bağlamda ardıllık (Halefiyet-Subrogation) ile dönme (Rücu-Regres) arasında hukuki farklılıkları belirtmekte yarar vardır.

Başkasına ait bir borç nedeniyle alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını kanunda belirtilen durumda ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesine ardıllık (halefiyet) denir. Dönme (rücu) hakkı ise başkasına ait borcu yerine getiren kişinin malvarlığında vücut bulan kaybı gidermeyi amaçlayan tazminat niteliğinde bir istem hakkıdır.

Gerçekte de; halefiyet ve rücu, aynı amaca, zarar görenin (alacaklının) tatmin edilmesine yönelik birbiri ile, çok yakından ilgili iki hukuksal kurum olarak görülmektedir. Nitekim; her ikisinde de, başkalarına ait borcu yerine getiren kişinin, asıl borçluya karşı bir alacak elde etmesi ve bu hakka dayanarak borçludan bir istemde bulunması bu sonucu doğrulamaktadır.

Bir borcu yerine getiren kimsenin alacaklının haklarına halef olabilmesi için halefiyetin kanunda açıkça öngörülmüş bulunması gerekir. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir. Halefiyet kanununda belirtilmiş belirli durumlarda doğar. Diğer bir anlatımla, halefiyet halleri sınırlı sayıda olma (numerus clausus) kuralına bağlıdır. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir.

Halefiyette, rücu hakkını kullanan kişi alacaklının yerine geçer, aynen alacaklının konumuna sahip olur. Bunun sonucu olarak örneğin alacaklının elinde, alacağı garanti eden ipotek gibi bir garanti varsa, zararı tazmin eden borçlu alacaklının haklarına halef olduğundan, bundan böyle bu teminat rücu alacağını garanti eder. Örneğin 818 sayılı Kanun'un 496. maddesinde kefil lehine tanınan halefiyette durum budur.

818 sayılı Kanun'un 50 ile 51. maddeleri arasında her iki müteselsil sorumluluğu birbirinden ayırmak için öğreti ve yargı kararlarında BK'nun 50. maddesine dayanan müteselsil sorumluluğun "tam teselsül", anılan Kanun'un 51. maddesine dayanan müteselsil sorumluluğun ise "eksik teselsül" olduğu kabul edilmektedir.

Bu aşamada tam teselsül (BK. mad. 50'e dayanan müteselsil sorumluluk) ile eksik teselsül (BK. mad.51'e dayanan müteselsil sorumluluk) arasında yapılan ayırımın ve farkların önemini de vurgulamak yerinde olacaktır.

818 sayılı Kanun'un gerek 50, gerekse 51. maddelerinde müteselsil

sorumluluk öngörölmüş bulunmakla birlikte, anılan iki madde arasındaki diğere hukuki farklılıkların şöyle anlatılması mümkündür.

BK'nun 50. maddesi; aynı zarardan dolayı birden fazla kişinin birlikte müteselsilen sorumlu tutulmalarını, birden fazla kişinin ortak kusurlarıyla zarara birlikte sebebiyet vermiş olmaları koşuluna bağlamıştır. Buna göre, birden fazla kişi aynı zarara ortak kusurlarıyla sebebiyet vermiş olmalıdırlar. BK'nun 51. maddesi ise bundan farklı olarak, aynı zarardan dolayı birden fazla kişinin birlikte müteselsilen sorumlu tutulmalarını birden fazla kişinin bu zarardan dolayı ortak kusurları nedeniyle değıl; hukuksal nedenlerle sorumlu olmalarına bağlamıştır. Burada müteselsilen sorumlu tuttuğumuz kişilerin, sorumluluklarının sebepleri farklı hukuksal nedenlere dayanmaktadır. Bu açıklamalar karşısında BK'nun 51. maddesine dayanan müteselsilen sorumluluğun sebebi haksız fiil, kanun veya sözleşme nedeniyle birden fazla kişinin sorumlu tutulmasıdır.

Anılan Kanunun 51. madde hükmü; müteselsil sorumlu olan kişilerden birinin zararı tazmin etmesi halinde, diğerelerine rücu hakkını belli bir sıraya bağlamıştır. Buna göre, kanundan dolayı sorumlu tutulan kişi, sözleşme nedeniyle sorumlu kişi, haksız fiil nedeniyle sorumlu kişi sıralaması vardır. Haksız fiil nedeniyle sorumlu kişi zararı tazmin etmişse kimseye rücu edemeyecektir, sözleşme nedeniyle sorumlu kişi zararı tazmin etmişse, haksız fiil failine rücu edebilecektir; kanundan dolayı sorumlu kişiye rücu edemeyecektir. Kanundan dolayı sorumlu kişi zararı tazmin etmişse, sözleşme nedeniyle sorumlu kişiyle haksız fiil failine rücu edebilecektir.

Uyuşmazlığın çözümü için bu aşamada, teselsül hükümlerinin zamanlaşımı hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi zorunluluğı bulunmaktadır.

Bilindiğı üzere zamanlaşımı, en basit anlatımla, yasanın öngördüğü belli bir sürenin geçmesiyle, bir hakkın kazanılmasına veya bir borçtan kurtulmasına olanak veren bir hukuki müessesedir. Borçtan kurtulma olanağı tanıyan yönüyle zamanlaşımı, maddi hukuka ilişkin bir müessese değildir; borçluya borçtan kurtulmasını sağlayacak savunma vasıtalarını sunarsa da, gerçekte bizatihi kendisi borcu ortadan kaldırmaz; sadece, alacağın istenebilmesi hakkını zaman itibariyle sınırlar. Borç varlığını sürdürdüğü halde, borçlu, zamanlaşımı müessesesine dayanarak, artık o borcun kendisinden istenilemeyece-

ğini savunabilir; yargılama usulüne ilişkin kurallar borçluya böyle bir def ide (zamanaşımı definde) bulunma olanağı tanır. Zamanaşımına uğrayan borç, eksik bir borçtur. Zamanaşımı müessesesinin bu yapısının (borcu değil, sadece onun alacaklı tarafından talep edilmesi olanağını ortadan kaldırmasının ve yine sadece borçlu tarafından ileri sürülebilecek bir olgu olmasının) doğal sonucu olarak, borçlu tarafından yasal süre içerisinde böyle bir defide bulunulmadığı takdirde, hakim tarafından kendiliğinden gözetilemez.

818 sayılı Kanun'un konuya ilişkin 134. maddesi, "Müruruzaman müteselsilen borçlu olanlardan veya taksimi kabil olmayan bir borcun müşterek borçlularından birine karşı katedilmiş olunca diğerlerine karşı da katedilmiş olur" kuralını içermektedir.

Bu maddeye göre, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımını keser.

Ancak, yukarıda da açıklandığı üzere halefiyette, rücu hakkını kullanan kişi alacaklının yerine geçerek, aynen alacaklının konumuna sahip olduğundan; alacaklının alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır. Diğer bir ifade ile halefiyetten yararlanan rücu hakkı sahibinin, diğer borçlulara rücu hakkı alacaklının sahip olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır.

Bunun sonucu olarak 818 sayılı Kanun'un 134. maddesi hükmünün haksız fiillerden doğan müteselsil sorumlulukta sadece tam teselsülde yani BK'nun 50. maddesine dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama bulacağı; buna karşın eksik teselsülde yani BK'nun 51. maddesine dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama bulmayacağı kabul edilmelidir.

Buna göre tam teselsülde, zararı tazmin eden müteselsil borçlu, diğer borçlulara alacaklının sahip olduğu zamanaşımı süresinden yararlandığı halde, eksik teselsülde rücu hakkını kullanan kişinin zamanaşımı süresi haksız fiillerdeki genel hükümlere tabidir.

Bu sonuç, teselsülün, Borçlar Kanunu'nun 50 ve 51. maddelerinde ayrı ayrı ve değişik koşullarla düzenlenmiş olmasına, ayırım fikrine ve adalet düşüncesine uygun düşmektedir. Zira, yalnız başına olsaydı, zamanaşımından yararlanabilecek iken, sırf öteki kişilerin kusurlu eylemlerine iradesi dışında katılması yüzünden, zamanaşımından faydalanmaması, öteki kişilere karşı zamanaşımı süresi içinde açılan davanın, bunun içinde zamanaşımını keseceğinin kabulü, hak ve adalet

ilkelerine ters düşerdi. Nitekim, doktrinde eksik teselsülde sorumlulardan bir kısmına karşı zamanaşımının kesilmesinin öteki müteselsil sorumlulara sirayet etmeyeceği çoğunlukla kabul edilmektedir (Bkz. Oğuzman, Borçlar Hukuku, Sh. 219; Tekinay, Borçlar Hukuku, Sh. 434, 1425-1426; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, Sh. 383; Çenberci, S.S. Kanunu Şerhi, Sh. 301, 192).

Hukuk Genel Kurulu'nun 11.05.1977 gün 3068 E. 468 K; 29.04.1983 gün 2264 E. 444 K.; 07.03.1986 gün 1984/10-250 E. 1986/205 K.; 23.02.2000 gün 2000/4-103 E. 2000/124 K. ve 03.02.2010 gün 2010/10-20 E. 2010/58 K. sayılı kararlarında da açıklanan hususlar benimsenmiştir.

Somut olayda; davacı iş sözleşmesinin 09.06.2004 tarihinde feshinden sonra alt işverene dava açmış, bu dava temyiz edilmeden kesinleşmiş, 2006 yılında icra takibinde bulunmuş ve takibin semeresiz kalması üzerine, önceki dosya ile hükmolunan tüm alacakların faizleri ile birlikte tahsili için bu davayı asıl işverene karşı 05.12.2008 tarihinde açmış, davalı asıl işveren süresinde zamanaşımını definde bulunmuştur.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin 6. fıkrası,

"...Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." düzenlemesini içermektedir.

Bu hüküm, mali açıdan güçsüz olan alt işverenlerin işçilerini ücret ve diğer hakları yönünden korumaya yönelik bir hükümdür.

Anılan madde uyarınca asıl işveren alt işverenin işçilerinin çalıştıkları işyeri ile ilgili İş Kanunu'ndan ve hizmet sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle beraber birlikte sorumlu olur. Kanunda geçen "birlikte" kavramının sorumluluk hukukunda düzenlenen kanundan doğan müteselsil sorumluluk olduğu doktrinde kabul edilmektedir (Çenberci Mustafa, İş Kanunu Şerhi, s. 120-121, Esener Turhan, İş Hukuku, s.79, Uygur Turgut, Temel Kavramlar, s.269, Çelik Nuri, İş Hukuku, s. 46, Narmanlıoğlu Unal, Ferdi İş ilişkileri, s. 118, Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, s. 58, Süzek Sarper, İş Hukuku, s. 42, Güzel Ali, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, s. 45, Aktaran Aydın İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren ilişkisi ve Muvazaa Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 190-191).

Buna göre, somut uyuşmazlıkta müteselsil sorumlu olanlardan; dava dışı alt işveren ile davacı arasındaki hukuki ilişki hizmet akdi- ne dayanmakta iken davalı asıl işveren arasındaki hukuki ilişki 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen "birlikte (müteselsil) sorumluluktan" kaynaklanmaktadır.

Davacıya karşı müteselsil sorumlu olanlardan, dava dışı alt işveren- nin sorumluluğu akitten, davalı asıl işverenin sorumluluğu kanundan kaynaklandığından; diğer bir ifade ile, asıl ve alt işveren işçilik ala- cıkları yönünden işçiye karşı farklı hukuki sebepler nedeniyle sorumlu olduklarından; davacı ile davalılar arasındaki ilişki, dava açıldığı tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, eksik teselsül ilişkisine dayanmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, 818 sayılı Kanun'un 134. maddesi hükmünün eksik teselsülde yani BK'nun 51. maddesine da- yanan müteselsil sorumlulukta uygulama olanağı bulunmaması ne- deniyle alt işverene karşı açılan davanın, davalı asıl işveren yönünden zamanaşımını kesmesi mümkün değildir.

O halde, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tu- tanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle dava konusu ve beş yıllık zamanaşımı süresine tabi alacaklar yönünden zamanaşımına uğrayan fazla çalışma ve genel tatil alacağı yönünden bu konuda bir değerlendirme yapılarak varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile alt işverene karşı açılan davanın zamanaşımını kestiği gerekçesiyle davanın kabu- lüne ilişkin kararda direnilmesi isabetsiz bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gere- ğince BOZULMASINA, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/3. fıkrası uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 09.10.2013 gününde oyçokluğu ile karar verildi.¹

¹ Sinerji Hukuk Yazılımları A.Ş., www.sinerjias.com.tr, erişim tarihi 15.11.2014.

GİRİŞ

İncelememize konu olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıdaki kararı, uygulamada sıkça karşımıza çıkan asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin alt işveren işçisinin alacakları açısından kanunla doğrudan doğruya belirlenen hukuki niteliği olan müteselsil sorumluluğun işçi alacaklarının zamanaşımına uğramasına etkisini inceleyen yeni tarihli bir karardır. Anılan karar, Yeni Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nin müteselsil sorumluluk açısından yeni hükümler getirmesi nedeniyle önem arz etmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde karara konu uyuşmazlıkla ilgili ilk derece Mahkemesi, Yargıtay ve Yargıtay Genel Kurulu'nun benimsemediği çözümler tespit edilecek, ardından bu çözümler asıl işveren-alt işveren ilişkisi, borçlar hukukunda müteselsil sorumluluk ve zamanaşımına etkisi, eski ve yeni Borçlar Kanunu düzenlemeleri ışığı altında incelenerek, son olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının bu çerçevede değerlendirilmesi ve eleştirisi yapılacaktır.

1) KARARA KONU UYUŞMAZLIK

Davacı, davalı Bakanlığa ait iş yerlerinde hazır yemek hizmeti işini üstlenen dava dışı Alpler Ltd. Şti'nin işçisi iken, iş akdinin feshedildiğini, ödenmeyen alacakların tahsili talebi ile açılan dava sonucunda hükmedilen işçi alacaklarının tahsili için yaptıkları takibin sonuçsuz kaldığını, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası gereğince Davalı Bakanlık ile dava dışı şirket arasında geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğunu, davalı Bakanlığın sorumluluğunun kanundan doğan müteselsil bir sorumluluk olduğunu ve bu nedenle dava dışı şirket aleyhine hükmedilen takibe konu işçi alacaklarından dolayı davalının müteselsil sorumluluğunun tespitini ve takip konusu alacakların faizi ile tahsilini talep ve dava etmiştir.

Somut olayda tartışma konusu olan husus, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasına göre geçerli olan bir asıl işveren-alt işverenlik ilişkisinde, davalı Bakanlığın alt işverenin borçlarından müteselsil sorumluluğu açısından, müteselsil borçlulardan birine karşı açılan dava ile zamanaşımı kesildiğinde, diğer borçlu hakkında da zamanaşımının kesilip kesilmeyeceğidir.

(Karar oyçokluğu ile verilmiş olmakla birlikte muhalefet şerhi bulunmadığından eklenememiştir)

2)İLK DERECE MAHKEMESİ-YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ ve YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN VERDİĞİ KARARLAR

İlk derece Mahkemesi, davalı Bakanlığın asıl işveren olarak alt işverenin borçlarından müteselsil sorumluluğu bulunduğunu ve müteselsil borçluların biri hakkında açılan dava ile zamanaşımı kesildiğinden diğeri hakkında da zamanaşımının kesileceği gerekçesiyle, bilirkişi raporunda belirlenen miktar uyarınca davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise açılan dava sonucunda davalı asıl işverenin süresi içerisinde zamanaşımı definde bulunduğunu, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, Borçlar Kanun'un 123. Maddesi gerekçe gösterilerek fazla çalışma ve genel tatil alacakları yönünden alt işverene açılan dava ile zamanaşımının kesildiğini belirtilerek zamanaşımı definin nazara alınmadığını, asıl işverene dava açıldığı tarihte yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nun 51. maddesine göre davacı ile davalılar arasındaki ilişkinin eksik teselsül ilişkisine dayandığından alt işverene karşı açılan davanın asıl işveren yönünden zamanaşımını kesmesinin mümkün olmadığı ve bu nedenle 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi alacaklar yönünden zamanaşımına uğrayan fazla çalışma ve genel tatil alacağı yönünden bu konuda bir değerlendirme yapılmadan tamamının kabulüne karar verilmesinin hatalı olduğunu tespit ederek, anılan kararı bozmuş ve dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermiştir.

İlk derece Mahkemesi, aynı konuda verilen bir çok kabul kararının daha önceden onandığı ,bozma ilamına uyulması halinde çalışanlar arasında eşitsizlik doğacağı gerekçesiyle verdiği kararda direnmiştir.

Direnme kararı üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 'na gönderilmiş, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda davacıya karşı müteselsil sorumlu olanlardan, dava dışı alt işverenin sorumluluğunun akitten, davalı asıl işverenin sorumluluğunun ise kanundan kaynaklandığı, asıl ve alt işveren işçilik alacakları bakımından işçiye karşı farklı hukuki sebepler nedeniyle sorumlu olduğu, davacı ile davalı arasındaki ilişkinin, dava açıldığı tarihte yürürlükte olan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca eksik teselsül ilişkisine dayandığı ve 818 sayılı Kanun 'un 134. maddesi hükmünün eksik teselsülde yani Borçlar Kanunu 'nun 51. maddesine dayanan mü-

teselsil sorumlulukta uygulama olanağı bulunmaması nedeniyle, alt işverene karşı açılan davanın asıl işverene karşı zamanaşımını kesmesi mümkün olmadığı gerekçesiyle davalı vekilinin temyiz itirazlarını kabul ederek, kararın bozulmasına, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesinin 3. fıkrası gereğince karar düzeltme yolu kapalı olarak karar vermiştir.

KARARIN İNCELENMESİ

A) GENEL OLARAK ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

Daha önceden de belirttiğimiz üzere, somut olayda tespit edilmesi gereken husus, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasına göre geçerli olan bir asıl işveren-alt işverenlik ilişkisinde asıl işverenin alt işverenin işçilerine olan borçlarından müteselsil sorumluluğu ve müteselsil borçlulardan birine açılan dava ile zamanaşımını kesildiğinde, diğer borçlu hakkında da zamanaşımının kesilip kesilemeyeceğidir. Bu noktada yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü ve uygulama şekli dikkate alındığında, geçmişe etkili olma kuralları çerçevesinde, kanunda düzenlenen müteselsil sorumluluk hükümleri ve özellikle eksik teselsül uygulamasının kaldırılmasıyla, asıl işveren alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluk ilişkisine etkisinin tartışılması önem arz etmektedir.

Davaya konu olayda, davalı Bakanlık ile davacıyı çalıştıran alt işveren arasında, asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğu konusunda, ilk derece mahkemesi ile Yargıtay ilgili Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Bu ilişkinin hukukumuzdaki düzenleniş biçimine öz olarak bakılması konunun zamanaşımı yönünden tartışılmasında katkı sağlayacaktır.

Asıl işverenle alt işveren arasında alt işveren işçilerine karşı müteselsil sorumluluk doğuran istihdam ilişkisinin kaynağı olan hukuki ilişki, eser sözleşmesi, taşıma sözleşmesi, işletme kirası gibi Borçlar Kanununa tabi bir sözleşme olup, bu sözleşmenin geçerlilik koşulları Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. 4857 sayılı Kanunla bu ilişkinin İş Kanunu çerçevesinde bir asıl işveren alt işveren ilişkisine temel teşkil etmesi haline özgü sınırlamalar getirilmiştir.²

² Kübra Doğan Yenisey, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar", Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında asıl işveren alt işveren ilişkisi "*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

Kanun maddesi hükmünde de açıkça belirtildiği üzere alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için;

- a) İş yerinde işçi çalıştıran asıl işverenin varlığı
- b) İşin asıl işverene ait iş yerinde yapılması
- c) İşin iş yerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin olması
- d) İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması
- e) İşçilerin sadece asıl işverenin iş yerinde çalıştırılması koşulları aranmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucu alt işverene verilebilecek işler bakımından bir çok sınırlama getirmektedir.³

Son yıllarda alt işveren uygulamaları çok yaygınlık kazanmış ve bunların bir kısmı işçilerin bireysel veya toplu iş hukukundan doğan haklarını sınırlandırmaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik muvazaalı işlemler biçiminde kendisini göstermiştir.⁴

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında "*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o iş yerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.*" hükmü düzenlenerek muvazaalı alt işveren uygulamalarını önlemeye yönelik uygulama getirilmiştir.

Panel ve Görüşmeler, Ankara, 2010, 30.

³ Püren Kunt, "Asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçerlilik koşulları ve muvazaalı iddiası karar incelemesi", www.toprakisveren.org.tr/2014-103-purenkunt.pdf, 7

⁴ Ali Güzel, Alt İşveren, 33. vd, 36-37.

B) 818 SAYILI MÜLGA BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE ALT İŞVERENİN İŞÇİLERİNE KARŞI ASIL İŞVERENİN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU VE ZAMANAŞIMI

1. Alt işveren- Asıl işveren ilişkisinde Kanuni Müteselsil Sorumluluk

Kanun koyucu, iş yerlerinde iş alan alt işverenlerin az sermayeli ve mali bakımdan güçsüz olmaları, çalıştırıldıkları işçilerin ücret ve diğer haklarını ödeyemeyecek duruma düşme ihtimaline karşı bu işin yapılmasında yararlı bulunan asıl işvereni de sorumlu tutmak suretiyle işçileri korumayı amaçlamıştır.⁵

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasına göre " Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur."

Burada sözü edilen birlikte sorumluluğu müteselsil sorumluluk olarak anlamak gerekir.⁶ Nitekim kanun maddesinde sözü edilen sorumluluğun müteselsil sorumluluk olduğu Yargıtay'ın Kararlarında da kabul edilmekte ve kararlarda "Buradaki sorumluluk teselsül sorumluluğu olup, asıl işveren ve alt işveren müştereken ve müteselsilen sorumludur." denilmektedir.⁷

Müteselsil borç, bir alacaklının birden çok borçlusunu bulunan alacağının tümünü, bu borçluların her birinden bütünüyle isteyebilmesine imkân veren bir yapıyı ifade eder.⁸

Borçlular arasında teselsül, borçlulardan her birinin, sözleşme veya yasa uyarınca alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğu, fakat borçluların birinin borcu ifası ile diğerinin de borçtan kurtulduğu bir birlikte borçluluk durumudur.⁹

⁵ Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2012, 152.

⁶ Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2012, 152.

⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.07.2011, 2011/23304, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 09.05.2011, 12247/13820, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 19.06.2012, 5304/13958

⁸ Kemal Oğuzman, /Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat, İstanbul, 2014, 839.

⁹ Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 1993, 342

Bir zararı birden çok şahsın tazmin etme yükümlülüğü, ya bunların zarar doğuran haksız fiilin işlenmesine katılmalarından ya da zarardan her birinin ayrı sebeplerden sorumlu olmasından ileri gelir.¹⁰

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu 'nun 141. maddesine göre ,müteselsil borçluluğun kanundan ve iradeden olmak üzere iki kaynağı bulunmaktadır. Birden fazla kişinin aynı zarardan dolayı sorumluluğu iki ayrı maddede, iki ayrı teselsül türü olarak düzenlenmiştir.¹¹ Bu müteselsil borçluluk hallerinin düzenlendiği maddeler, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu ' 50 ve 51. maddeleri idi.

Öğreti ve Yargıtay Kararlarında , Borçlar Kanunu 'nun 50. maddesine göre birden fazla kişiler, oluşan zarara müşterek kusurları ile sebep olmuşlarsa, zarara sebep olmuş olanlar arasında tam teselsül bulunduğu, yine Borçlar Kanunu'nun 51. maddesine göre ise birden fazla kişinin, müşterek kusurları ile sebep olmadıkları ancak zarardan çeşitli hukuki sebeplerle sorumlu tutuldukları durumda eksik teselsülün bulunduğu belirtilmiştir.¹²

Eksik teselsül ve tam teselsül uygulanmasında her ne kadar kanun tarafından ayrı hükümlere bağlanmış olsa da, aslında her iki durumda da zarar verenler zararın tümünden sorumludurlar ve bu nedenle aralarında uygulama açısından bir fark yoktur.¹³

Aradaki fark, kendini müteselsil sorumluluğun sonuçlarında göstermektedir.¹⁴Bu farklardan en önemlisi, zamanaşımının kesilmesidir.

2. Asıl İşveren-Alt İşveren ilişkisinde Müteselsil Sorumluluk açısından zamanaşımının etkisi

Genel olarak özel hukukta zamanaşımı kavramından, bir hakkın kazanılmasında veya kaybedilmesinde yasanın kabul etmiş olduğu sürenin tükenmesi anlaşılmaktadır. Yasa, zamanaşımı süresinden ya-

¹⁰ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, 290

¹¹ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, 290

¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09.10.2013,9-1559/1461, Oğuzman/Öz, 2010, 801 vd.

¹³ Elif Şen, "Bir zarara birlikte sebebiyet veren birden fazla kişinin hukuki sorumluluğu-Yüksek Lisans Tezi", 2011,https://tez.yok.gov.tr

¹⁴ Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, 1973, 429.

rarlanan lehine öngördüğü zamanaşımı süresinin dolmasına bir hakkın kazanılması sonucu bağlamışsa kazandırıcı zamanaşımından söz edilir. Sürenin dolması hakkın varlığını ortadan kaldırmamakla birlikte, zamanaşımından yararlanan lehine kendisine karşı ileri sürülen hakkın dava yoluyla elde edilmesini engelleyici sonuç doğuruyorsa zamanaşımı süresi “düşürücü zamanaşımı” olarak adlandırılmaktadır.¹⁵

Zamanaşımın kesilmesi ise, borçlunun veya alacaklının veya hakim belli fiillerinin sonucu olarak, işlemiş bulunan zamanaşımı süresinin yanması ve kesilmeye neden olan olaydan itibaren yeni bir zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasıdır. Zamanaşımının kesilmesi için, zamanaşımının işlemekte olması gerekir. Zamanaşımı süresi dolmuşsa, zamanaşımının kesilmesi söz konusu olmaz.¹⁶

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, tam teselsül ve eksik teselsülde zamanaşımı bakımından farklı sonuçlar doğmaktadır. Tam teselsülde zamanaşımı bir sorumluya karşı kesildiğinde, diğerlerine de karşı kesilmiş sayılacaktır. (BK. 134) Fakat eksik teselsülde bu kural uygulanmaz.¹⁷

Bu durum Borçlar Kanunu’nun 134. maddesinin 1. fıkrasında “Müruru zaman müteselsilen borçlu olanlardan veya taksimi kabil olmayan bir borcun müşterek borçlulardan birine karşı kat edilmiş olunca, diğerine de karşı kat edilmiş olur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu durum öğretide eleştirilmiş ve çağdaş hukuka hakim olan borcun tekliği görüşüne ters düştüğü belirtilmiştir. Dolayısıyla bu madde hükmünün yeni Borçlar Kanunu’ndan çıkarılması gerektiği belirtilmişse de, madde hükmü yeni Borçlar Kanunu’nun da varlığını korumuştur.¹⁸

Borçlar Kanunu’nun 134. maddesi eksik teselsül durumlarında geçerli değildir. Yargıtay Kararlarında “Halefiyette, rücu hakkını kullanan kişi alacaklının yerine geçerek aynen alacaklının konumuna sahip olduğundan

¹⁵ Ayşe Havutçu, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-12-ozel/2-ozel/2-aysehavutcu.pdf>

¹⁶ Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 1993, 333

¹⁷ Elif Şen, “Bir zarara birlikte sebebiyet veren birden fazla kişinin hukuki sorumluluğu-Yüksek Lisans Tezi”, 2011, <https://tez.yok.gov.tr>

¹⁸ Levent Akın, “Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği”, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler, 2011, 738-739

;alacaklının alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır. Diğer bir ifade ile halefiyetten yararlanan rücu hakkı sahibinin ,diğer borçlulara rücu hakkı alacaklının sahip olduğu zamanaşımı süresinden yararlanır. Bunun sonucu olarak 818 sayılı Kanunun 'un 134. maddesi hükmününün haksız fiilden doğan müteselsil sorumlulukta sadece tam teselsülde yani Borçlar kanununun 'nun 50. maddesine dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama alanı bulacağı;buna karşı eksik teselsülde yani Borçlar Kanununun 'nun 51. maddesine dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama bulmayacağı kabul edilmelidir." şeklinde belirtilmektedir.¹⁹

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu' nun da bulunan eksik teselsül tam teselsül ayrımının asıl işveren alt işveren etkisi ise Öğreti ve Yargıtay Kararlarında alt işverenin sorumluluğunun akitten ,davalı asıl işverenin sorumluluğunun ise kanundan kaynaklandığı, işverenler arasındaki müteselsil sorumluluğun hukuki temeli farklı sebeplere dayandığı gerekçe gösterilerek, sorumluluğu eksik teselsül olarak değerlendirilmişler ve 818 sayılı Kanun'un 'un 134. maddesinin eksik teselsülde yani Borçlar Kanunu'nun 51. maddesine dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama olanağı bulunmaması nedeniyle alt işverene karşı açılan davanın asıl işverene karşı zamanaşımını kesmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.²⁰

C. YENİ TÜRK BORÇLAR KANUNU İLE YÜRÜRLÜK VE UYGULAMA KANUNU ÇERÇEVESİNDE ALT İŞVERENİN İŞÇİLERİNE KARŞI ASIL İŞVERENİN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU VE ZAMANAŞIMI

a. Yeni TBK'da müteselsil sorumluluk ve asıl işveren-alt işveren ilişkisi

Eksik teselsül ve tam teselsül ayrımı 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu ile farklı düzenlenmiştir.

Yeni Yasa önce bir kişinin birden çok sebepten sorumlu olması halini düzenlemiştir.²¹ Yeni Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi " *Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini*

¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09.10.2013, 9-1559/1461

²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09.10.2013,9-1559/1461,

²¹ Levent Akın, "Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği", *dergiler.ankara.edu.tr/dergiler*,2011,760

istememiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.” şeklindedir.

Yürürlüğe giren yeni Borçlar Kanunu devamla 61.madde de müteselsil sorumluluğun dış ilişkideki halini *“Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.”* ve 62. madde de müteselsil sorumluluğun iç ilişkideki halini *“Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.”* şeklinde düzenleyerek eski Yasada bulunan eksik teselsül hükümlerini terk ederek, tek tip teselsülü kabul etmiştir.

Yeni yasa ile teselsül konusunda ki ikili ayırım ortadan kaldırılmış, borçlular arasında sorumluluğun paylaşılmasını kurala bağlayan hüküm yasadan çıkartılmıştır. Ancak bu durum müteselsil borçluların alacaklıya karşı hep birlikte sorumlu olmalarını engellemeyecektir.²²

Türk Borçlar Kanunu'nun 61 ve 62. hükümleri, kanundan doğan özel bir müteselsil sorumluluk halidir.²³

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, yeni düzenleme önemli bir etki yaratmaktadır. Alt işveren işçilerine karşı müteselsil sorumluluğu olan asıl işveren ile onun alt işvereni arasındaki iç ilişkide sorumluluk doğrudan alt işveren de kalmayacaktır. Asıl İşverenin sorumluluğunun kanundan, alt işverenin sorumluluğunun ise sözleşmeden olması da bu durumu değiştirmeyecek ve işverenler arasındaki zararın paylaşımı, *bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulacaktır.*²⁴

Zamanaşımı konusunda ise yeni Kanunda yeni bir düzenlemeye yer verilmemiş, mevcut hüküm korunarak Kanun'un 155. maddesinde *“Birlikte Borçlulara Etkisi”* başlığı altında *“Zamanaşımı müteselsil borç-*

²² Levent Akın, “Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği”, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler,2011,761

²³ Kemal Oğuzman/Turgut, Öz,Borçlar Hukuku Genel Hükümler,Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, 293

²⁴ Levent Akın, “Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği”, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler,2011,764

lulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur. Zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur. Zamanaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu durumda eksik teselsül düzenlemesinin kanundan çıkarılmasıyla artık alt işveren işçisinin işçi alacakları için işverenine karşı dava açmasıyla, zamanaşımı asıl işverene dava açabilmesi bakımından da kesilecek ve Kanun’un 156.maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen: *zamanasının kesilmesiyle, yeni bir süre işlemeye başlar.”* hükmü asıl işverene yönelik talepleri açısından geçerli olacaktır.

b. Yeni Türk Borçlar Kanunu Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un Asıl İşverenin Alt İşveren İşçilerine karşı Müteselsil Sorumluluğu açısından Zamanaşımına Etkisi

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğü ve uygulaması şekli hakkındaki 6101 sayılı Kanun 12.02.2011 tarihinde kabul edilerek 04.02.2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

Söz konusu Kanun 12 maddeden oluşmakta olup, 1. maddesinde Kanun’un geçmişe etkili olamama kuralı, Kanun’un 2,3 ve 4. maddelerinde ise geçmişe etkili olduğu durumlar düzenlenmiştir.

Geçmişe etkili olmama kuralının düzenlendiği 1. maddede *“Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir”* hükmü yer almaktadır.

Madde hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere genel kural olarak uygulanmayacaktır.

Ancak Kanun’un 2,3 ve 4. maddelerinde bu genel kuralın uygulanmayacağı ayrı durumlarda düzenlenmiştir. Bu hükümlerde Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun; kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kurallarında, içeriği kanunla belirlenen işlemler ve ilişkilerde, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiş olup, Kanun’un yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmuş fiil ve işlemlerde, geçmişe etkili olduğu kabul edilmiştir.

Özellikle konumuzla ilgili olan 3.maddesine göre; “ *Türk Borçlar Kanunu hükümleri, yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak, daha önce gerçekleşmiş olsalar bile, içerikleri tarafların iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere uygulanır*”.

Bu düzenlemeyle birlikte tarafların iradelerine bakılmaksızın doğrudan kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkiler, yeni Yasa yürürlüğe girmeden önce gerçekleşmişse bile geçmişe etkili olma kuralı gereğince Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanabilecektir.

Hukukumuzda İsviçre ve Alman Hukukunda görüldüğü gibi iş hukukunun kamusal yönü ile özel yönü yasal düzenlemeler aracılığıyla birbirinden ayrılmamış, iş kanunları kendi kapsamına giren iş ilişkilerini bütün yönleriyle düzenlemiş, iş hayatının denetimine ilişkin kamusal iş hukuku kurallarının yanı sıra özel hukuk ilişkisine ilişkin düzenlemelere de aynı kanun kapsamında yer verilmiştir.²⁵

İstihdamın dışsallaştırılması uygulamalarının yaygınlaşması, işçinin korunması açısından işçi ile işveren arasındaki düzenlemelerin yeterli olmadığı bir tablo ile karşılaşılmasına yol açmıştır.²⁶

Bu kapsamda, Türkiye’de yasal geçmişi 1930’lara dayanan alt işverenlik uygulaması geçen süre zarfında isimden içeriğe kadar her açıdan değişmiş, ayrıntılı bir hal almış, bu da ilgili yasal düzenlemelere yansımıştır. 2003 yılında çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer alan hükümler ve 2008 yılında bu hükümlerin daha ayrıntılı ve somut hale getirilmesi amacını taşıyan Alt İşverenlik Yönetmeliği, asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkiyi birçok açıdan ele almış, bu alanda yaşanan sıkıntıların engellenmesi doğrultusunda önemli adımlar olmuştur.²⁷

İş Kanunu ile asıl işverenle alt işverenin aralarında bir sözleşme yaparak veya alt işverenlik sözleşmesine özel bir hüküm koyarak, müteselsil sorumluluklarını bertaraf etmeleri mümkün olmadığı, kanunla düzenlenmiştir. Bu nedenle, böyle bir sözleşme taraflar arasında hüküm ifade etse bile, işçinin yasa gereği asıl işverene ve/veya alt işverene başvuru hakkına etki etmemektedir.²⁸Zira işçinin söz konusu talep hakkı, İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6.fıkrası ile Alt İşverenlik

²⁵ Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta , İstanbul, 2014, 35-36

²⁶ Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta, İstanbul, 2014, 302

²⁷ Ahmet Tozlu, Mehmet Tarık Eraslan , “Türkiye ‘de Alt İşverenlik Uygulaması”, dergi.sayistay.gov.tr,2011

²⁸ Sarper Süzek, İş Hukuku, 2006, 156

Yönetmeliğinin madde 10/g fıkrasında yer alan emredici düzenlemelerden doğmaktadır.²⁹

Kanunun açık hükmü çerçevesinde, öğretide ve incelemeye konu Yargıtay Genel Kurulu Kararında da belirtildiği üzere uygulamada kabul edildiği üzere, asıl işveren alt işveren ilişkisi tarafların iradelerine bakılmaksızın kanunla düzenlenen bir ilişkidir ve asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı müteselsil sorumluluğu emredici düzenlemelerden doğmaktadır.

Hal böyle olunca, , 6101 sayılı Yasa 3.maddesinde düzenlendiği üzere, tarafların iradelerine bakılmaksızın doğrudan kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere, yeni Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce gerçekleşmiş olsa bile, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanabilecektir hükmü gereği, kanunla belirlenen ilişki olan asıl işveren alt işveren ilişkisinde de geçmişe etkili olma kuralı uygulanabilmelidir.

SONUÇ

İncelediğim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu hukuki uyuşmazlıkta, davacı ile davalı arasındaki ilişkinin, dava açıldığı tarihte yürürlükte olan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca eksik teselsül ilişkisine dayanıp dayanmadığı ve 818 sayılı Kanun'un 134. maddesi hükmünün eksik teselsülde yani Borçlar Kanunu'nun 51. maddesine dayanan müteselsil sorumlulukta uygulama olanağı bulunmaması nedeniyle, alt işverene karşı açılan davanın asıl işverene karşı zamanaşımını kesmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında asıl işveren ile alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluğun niteliği, eksik ve tam teselsül hükümleri ve zamanaşımı, işçi alacakları bakımından zamanaşımın nasıl uygulanması gerektiği, eksik ve tam teselsül hallerinin zamanaşımına etkisi sırasıyla açıklanmaktadır.

Ancak tüm bu açıklamalarda, karar tarihinde ve dosyanın incelenmesi sırasında yürürlükte olmayan mülga 818 sayılı Borçlar Kanu-

²⁹ Püren Kunt , "Asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçerlilik koşulları ve muvazaa iddiası karar incelemesi", www.toprakisveren.org.tr/2014-103-purenkunt.pdf,14

nu hükümleri açısından değerlendirme yapılmaktadır., Hukuk Genel Kurulu kararında, gerekçesinin dayanağı olan, davalı asıl işveren ile alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluk durumunu, karar tarihinde yürürlükte olan ve müteselsil sorumluluk müessesine yeni düzenlemeler getiren Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlüğü ile Uygulaması Şekli Hakkında Kanun hükümlerinin zamanaşımına olan etkisini göz önünde bulundurulmamış ve tartışılmamıştır.

Türk Borçlar Kanunu yeni düzenlemesiyle eksik teselsül uygulamasını kaldırmış ve sadece tam teselsül uygulamasına yer vermiştir. Tarafların birlikte sorumluluğunda sadece tam teselsül hükmüne yer verilmesi durumunda artık asıl işveren alt işverenin birlikte sorumluluğunda eksik teselsül hükümleri uygulanamaz hale gelmiştir.

Bu durum işçinin, sadece alt işverene dava açması halinde dahi, işçi alacaklarının asıl işveren bakımından da zamanaşımına uğramasını engellemektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun 3.maddesi gereği, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğu kanun hükmünden doğmakla, hukuki uyumsuzluğun gerçekleştiği değil karar tarihi itibarı ile, Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin geriye yürümesi söz konusu olacaktır. İncelenen karar tarihinde Türk Borçlar Kanunu yürürlükte olduğundan, uyumsuzluğa yeni TBK hükümleri uygulanması gerekirken, bu hususun gözden kaçırılmış olması sebebiyle hukuka uygun olmadığı görülmektedir.

Ayrıca bilindiği üzere, iş hukukunun işçiyi koruma ve "işçi yararına yorum" ilkesi çerçevesinde, iş hukukuna ait bir uyumsuzluğun çözümünde hukuki düzenlemelerde bir boşluk ya da eksiklik bulunan durumlarda yorumun işçi yararına yapılması, iş hukukunun varlık nedeninin sonucudur.³⁰

Türk Borçlar Kanunu ve 6101 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde, "işçi lehine yorum" ilkesi de göz önüne alındığında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun inceleme sırasında, sadece yürürlükte olmayan yasa hükümlerine göre karar vermesi, Yeni Borçlar Kanunu'nun işçi lehine uygulanabilecek hükümlerini 6101 sayılı Yasa 3.maddesi çerçevesinde geriye yürüterek uygulamaması, kanaatimce verilen hükmü, hukuki açıdan tartışılır kılan önemli bir eksikliktir.

³⁰ Lütfi İncirlioğlu, "İş Hukukuna Hakim Olan İlkeler", www.lutfiincirlioglu.com

Kaynakça

- 1)Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar Panel ve Görüşmeler, İş Müfettişleri Derneği Yayını,Ankara, 2010
- 2) Akın Levent, 2011, “Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği”, 764, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler
- 3)Güzel Ali, Alt İşveren
- 4)Havutçu Ayşe, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-12-ozel/2-ozel/2-aysehavutcu.pdf>
- 5)İnan Naim Ali, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları , 1973
- 6) İncirlioğlu Lütfi, “İş Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, www.lutftincirlioğlu.com
- 7) Kunt Püren, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Geçerlilik Koşulları ve Muvazaa İddiası Karar İncelemesi”, www.toprakisveren.org.tr/2014-103-purenkunt.pdf
- 8) Oğuzman Kemal, /Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2010
- 9)Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat, İstanbul, 2014
- 10)Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 1993
- 11)Süzek Sarper, İş Hukuku, 2011
- 12)Şen Elif, 2011, “Bir zarara birlikte sebebiyet veren birden fazla kişinin hukuki sorumluluğu-Yüksek Lisans Tezi”,<https://tez.yok.gov.tr>
- 13)Tozlu Ahmet/Eraslan Tarık Mehmet, Türkiye ‘de Alt İşverenlik Uygulaması, dergi.sayistay.gov.tr, 2011
- 14)Yenisey Doğan Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta, İstanbul, 2014
- 15) Yenisey Doğan Kübra, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden kaynaklanan Hukuki Sorunlar”, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar Panel ve Görüşmeler, Ankara, 2010

HUKUKA RAĞMEN KANUN, HÂKİMİN DİRENME HAKKI YA DA RADBRUCH FORMÜLÜNÜ HATIRLAMAK

LAW AGAINST JUSTICE, JUDGE'S RIGHT TO RESIST, OR RECALLING THE RADBRUCH FORMULA

Cengiz OTACI*

Özet: Kanun, sadece “kanun” olduğu için uyulmayı ve uygulanmayı hak edecek bir metin değildir. Adalet içeriğinden yoksun, hukuki güvenliği sağlayamayan, ağır insan hakları ihlallerine neden olan, eşitlik ilkesini dışlayan kanunlar, özünde adaletsizlik kaynağı olduğundan, hâkimler tarafından uygulanmamak suretiyle direnme hakkına konu olabilir. Kanun, meşru amaçlar için var olmalıdır. Meşruiyet sorunu, kanun için de geçerlidir. Radbruch formülü, yayımlandığı günden beri, kanunları insan hakları içeriğine göre değerlendirmemize imkân sağlayan önemli bir başlangıç noktası olmuştur.

Anahtar kelimeler : Radbruch Formülü, Meşruiyet, Direnme, Kanuna Karşı Direnme

Abstract: A law is not a text that deserves to be obeyed and implemented because it is just a law. Laws, which fail to satisfy justice, which are unable to provide legal security, which cause severe human rights violations, and which exclude the principle of equality, can be subject to the right to resist. Judges may choose not to apply those laws, since they are the source of injustice. Law should be available for legitimate purposes. Legitimacy is also an issue for law. Radbruch formula has been an important starting point that allows us to evaluate laws according to their human rights content.

Keywords: Radbruch formula, Legitimacy, Resisting, Resisting to Law

* Yargıtay 4. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi

GİRİŞ

Direnme hakkının pasif kolunu temsil eden sivil itaatsizlik, felsefeci, siyaset bilimci ve devlet teorisyenlerinin sıkça işlediği, kökenlerini Antik Yunana kadar göturdükleri modern bir kavramdır. Sivil itaatsizliğin temel esprisi, demokratik bir ortamda mevcut hukuk düzeni ve anayasal sistemi adil/meşru kabul etmek ancak ağır haksızlık içerdiği ve adaletsiz olduğuna inanılan tekil hükümet eylemlerine, kanunlara, son çare olarak şiddete başvurmaksızın uymamak, sonuçlarına katlanmaya razı olmaktır. Amacı, hükümetin beğenilmeyen politik eylemini engelleme ya da yürürlüğe koyduğu kanunu geri çekmesini sağlamaktır.¹ Sivil itaatsizlik, politik makamların her söylediğini kabul eden, çıkardığı her kanuna uyan iyi vatandaş olma profili ile bunun karşısında konuşlandırabileceğimiz iyi insan olma arasındaki gerilimdir.² İyi vatandaş olma, politik amaçlar doğrultusunda önceden tanımlanmış davranış kodlarını sorgusuz kabul etmeye, iyi insan olma ise bu kodları reddetmeye tekabül eder. Sivil itaatsizlik, devlet ile bireyin/toplumun, kanun ile ahlakın karşı karşıya geldiği durumlarda, bireyin/toplumun ya da ahlakın tercih edilmesidir.³

Sivil itaatsizlik, ortak adalet anlayışına vurgu yaparak kamu vicdanına yönelik şiddet içermeyen çağrıdır. Sivil itaatsizliğin haklılığı, toplumda var olduğuna inanılan ortak adalet anlayışıyla temellendirilebilir. Habermas'a göre sivil itaatsizliğin temeli, demokratik bir toplumda dahi yasal düzenlemelerin gayrimeşru olabileceğinden doğar. Gayrimeşruluğun ölçütü, herhangi bir ahlak anlayışından, ayrıcalık hakkından ya da hakikati bilmekte ayrıcalıklı bir konumdan gelmez. Meşruluk, modern anayasal devletin, vatandaşlarınca özgürlük içinde tanınmak beklentisini temellendirdiği ve herkes için anlaşılabilir olan ahlak ilkeleridir.⁴ Özgürlük ve insan onurunun üstün değerler olarak görüldüğü ve bu nedenle her şeyin kayıtsızca ve sorumsuzca mübah görülemeyeceği bir hukuk düşüncesinin özüdür direnme hakkı. Bir

¹ Şükrü Nişancı, *Sivil İtaatsizlik*, İstanbul 2003, s. 11 ; Kadir Candan-Murat Bilgin, "Sivil itaatsizlik", *Yasama Dergisi*, Aralık 2011, sayı 9, s. 59

² Nişancı, s. 12

³ Rabia Sağlam, "Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Vicdani Ret", HFSA 16. Kitap, İstanbul 2007, s. 251

⁴ Sağlam, s. 253

hukuk devletinde hukuk düzeni, uğruna direnilen haklar listesi olmaktan ziyade insanın direncini olanaklı kılan, örgütleyen bir dizge olarak görülmelidir.⁵

Mevzuat, bir yönüyle modern devletin davranış şeklini ve hareket alanını tanımlayan metinlerdir. Diğer yönüyle de bu metinler, vatandaşlık bağıyla modern devlete bağlı olan kişiler için de geçerlidir. Var olan metinlerin dışında, metni denetleyen, ona meşruiyet veren, vatandaş olmanın daha ötesinde doğrudan insan olmayı ilgilendiren kurallar da vardır. Sivil itaatsizlik, hukuki anlamda bilinen, olması gereken o kurallara dayanır. Sivil itaatsizlik, normun uyması gereken öznesi olarak vatandaşın ahlaki protestosu anlamında “uymama”yı temsil eder. Normun uygulayıcı öznesi olarak hâkim açısından ise itaatsizlik “uymama” değil, “uygulamama”dır. Hâkimin “uygulamama” şeklindeki itaatsizliği, vatandaş olma hakkının kullanımı değil, kamu görevinin sağladığı bir imkândır ve sivil itaatsizlik olarak nitelendirilemez. Yargı bürokrasisinin temel taşı olan ve bu anlamda sivil kişi sayılamayacak hâkim, adalet içeriğinden yoksun kanuna karşı halkı korumakla görevlidir. Uymama hakkın kullanımı, uygulamama ise görevin ifasıdır. Kanunu “uygulamama” görevi, hukuki anlamda aktif direnme sayılabilir.

Çalışmamızın bu kısmında cevabını aradığımız sorular şunlardır; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan her metin kanun mudur? Hâkim, önüne konulan her kanuna uymak ve uygulamak zorunda mıdır? Hâkimin, kanuna direnme hakkının meşruiyeti nereden gelir ve sınırları nedir?

Direnme hakkının pasif boyutunun sivil itaatsizlik olduğuna değinmiştik. Aktif boyutu ise isyan, ihtilal, başkaldırma, terör gibi şiddete başvuran, sistemi yıkma amacı güden hareketlerdir. Hâkimin kanunu uygulamaması, meşru kabul edilen hukuk düzeni içinde meşruiyeti olmayan belirli norma/normlara yönelmiş aktif direnme sayılmalıdır. Hâkimin, kanuna uymayarak ve uygulamayarak sergilediği direnme, uymama ve yok sayma gibi edilgen bir pozisyonu değil, dış dünyaya uygulamama şeklinde yansıyan bilinçli bir tercihi, etkin bir

⁵ Hayrettin Ökçesiz, *Sonbahara Eylem Kitabı*, Ankara 2013, s. 24 vd (Ökçesiz, Sonbahara)

konumu yansıttığından aktif direnme sayılır. Ancak hâkimin aktif direnmesi bu kadardır. İhtilal, başkaldırma ve şiddete başvurma gibi bir yolun tercih edilmesi mümkün olamaz.

Yurttaşların haksız dahi olsalar yasalara itaat görevi varsa, yargıçların da bu haksız yasalara karşı direnmek hakları ve görevleri vardır. Yargıçlar bu haklarını kullanmazlar, bu görevlerini idrak edemezler ise, yurttaşlar onların yerlerine geçerler. Yargıcın hukuk yaratmak işlevi işte burada, bu eleştirel tutumda gerçek anlamını bulur. O kendisinde bu cesareti bulmalı, bu sorumluluğu yüklenmelidir. Bunun için ise, tüm yurttaşlara güvencesini vereceği şeyi, özgürlüğünü almalıdır. Nemo dat, quod non habet (kimse kendisinde olmayan şeyi başkasına veremez).⁶

Kanunlara uymak her vatandaşın ödevidir. Ancak kanunlara uymak, kanunun, dolayısıyla yapanın esiri olmayı, kayıtsız şartsız teslimiyeti ifade etmez. Kanuna uyma zorunluluğumuz, kanun karşısında özgür olduğumuz gerçeğini değiştirmez. Bir bakış açısına göre ceza kanunları, yasaklama getirmez. Suç sayılan eylemler, yasaklanmış eylemler değildir. İnsan otonomdur ve neyi ne zaman, ne şekilde yapacağına kendisi karar verir. Yapma ya da yapmama iradesi tamamen kendisine ait olan bir eylemin başkası tarafından yasaklanmış olması, o eylemi yapma iradesinin fiili varlığını ortadan kaldırmaz. Bu anlamda yasaklama, insan iradesini ortadan kaldırmayan, ancak iradenin belli yönlerde kullanılması durumunda neyle karşılaşılacağını gösteren uyarılardır. Ceza kanunları, tanımlanmış hak ihlali karşısında hâkimin ne yapması gerektiğini belirleyen düzenlemelerden ibarettir. Hâkimin kanuna direnmesi ise, irade ile iradeye yönelmiş uyarılardan birisinin haklılığını tercihte irade lehine tavır almasıdır. Hâkimin direnmesi, içeriği itibarıyla haksız şekilde iradeyi kısıtlayan kanunun kendisine yönelmiş emrini kabul etmeyerek, kendini ve vatandaşla-

⁶ Hayrettin Ökçesiz, "Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı "Radbruch Formülü", *TBBD*, Yıl 2005, Sayı 56, s. 171 ; Yargıçlarımızdan adet olduğu üzere sözde "Kantçı" bir yaklaşımla kimi zaman kamuya açık, kimi zaman kişisel söyleşilerde sıkça şu sözleri duyarız; "Ben de karşıyım, ama yasa böyle emrediyor. Uygulamak zorundayım". "Bağırma taş basarım, babam olsa asarım." Onlar hukuka aykırı buldukları bir normu eleştirmeyi, ama yasa koyucu tarafından yürürlükten kaldırılıncaya kadar koşulsuz itaati meslek ve yurttaşlık görevi sayarlar. Bu kanunları nedeniyle bir gün Doğu Alman ya da Nazi yargıçlarının durumuna düşmekten asla kurtulamayacaklarını öngöremezler. Ökçesiz, s. 170

rı kanun karşısında özgür kılmasıdır. Tabii hukuka göre zaten özgür olan iradeyi, sonradan olan haksız kanunla kısıtlanmış irade karşısında üstün tutmasıdır. Tabii bir hak olan özgürlüğün tercihi, özgür bir irade ile mümkün olabilir. Kendi özgür olmayan, başkasına özgürlük veremez.

İnsanın insana tahakkümü olgusu karşısında, insanın bu tahakküme direnmesini meşru bir talep olarak kabul etmek gerekir. Egemen gücün itaat talebi, meşru direnme hakkı olanın onayına muhtaçtır. İtaat talebi ve direnme hakkı, haklılığın temellendirilmesini gerektirir. Çağdaş değerlere bağlılık, onlara aykırılık durumunda itaat talebinin reddi ile beklenen onayı vermemektir. Ret ve onay vermeme, bazı pozitif normlara aykırı davranmayı, onları çiğnemeyi gerektirecekse, bu hak, öncelikle bir haklılık durumuna işaret eder.⁷

Modern devlet, şiddet araçlarını tekeline almıştır. Kanun, şiddetin araçlarını, derecesini, miktarını, süresini, kullanıcılarını ve yerini organize eden metinlerdir. Kısaca hakların, yükümlülüklerin, yaptırımların ve infazın kanunlar yoluyla tanımlanması şiddetin tekele alınmasıdır. Hâkimler, modern devletin meşru şiddete ilişkin metinlerini yorumlayan ve uygulayan kişiler olarak ister istemez kurumsallaşmış şiddetin bir parçası konumundadırlar. Kanun koyucunun kanun yoluyla başvurduğu şiddet ile hâkimlerin yorum ve uygulama yoluyla uygun bulunduğu şiddet arasındaki tek fark, hukuktur. Hâkimler, hukuka uygun olmak koşulu ile gerektiğinde ve takdir hakları ile sınırlı olmak üzere kararları ile şiddet kullanımına iştirak eder. Modern demokrasilerde ve demokratik toplumlarda hâkimlerden beklenen, hukuk metinlerinin ya da metinlerin hazırlanması sırasında oluşturulan gerekçelerin tavizsiz uygulayıcıları ve köleleri olmak değildir. Kanun hukuka uygun değilse, demokratik toplumun değerlerine ve insan haklarına aykırı ise, adalet içeriğinden yoksunsa, eşitliği ortadan kaldırıyorsa, içerdiği şiddeti benimsemek ve aynen uygulamak, hukukun ve insan haklarının karşısında yer alarak meşru olmayan şiddetin aracı olmaktan başka bir anlam taşımaz.⁸

⁷ Ökçesiz, Sonbahara s. 26-30

⁸ Benzer düşünceler için Bkz Peczenik'ten naklen Ertuğrul Uzun, Akıl Tutkunu Hukuk, İstanbul 2010, s. 40-42

Kanun, kimi zaman yapanın en güvenilir, en haklı ve nezdindeki meşru işbirlikçisi olabilir. Kanunu yapan; kanun yoluyla kendi çıkarlarını, amaçlarını, zaaflarını, gayrı ahlaki emellerini, politik arzularını toplumun talebi gibi göstererek haklılaştırmak isteyebilir. Özü itibarıyla eşitliği ortadan kaldıran, demokratik toplum kurallarını askıya alan, insan haklarına aykırı olan adalet içeriğinden yoksun haklılaştırılmış istekler, süslü paketler içinde sunulan zehir gibidir. Adaleti, eşitliği, insan haklarını öldürme, ortadan kaldırma, askıya alma ya da zaafa uğratma potansiyeli taşıyan bu kanunlar, sadece kanun oldukları için uygulanırsa, araç amacın önüne geçmiş olur. Çünkü kanunlar, adaleti, eşitliği ve insan haklarını sağlamanın sadece aracıdır. Her kanun, bu asil amaçları gerçekleştirmek için vardır ve hiçbir kanunun bizatihi kendisi asla amaç değildir.

Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki uzlaşmazlık; koyma ve güç yoluyla güvenceye alınmış pozitif hukukun, içerik bakımından haksız ve amaca uygunsuz olsa dahi öncelik taşımasıyla çözülebilir, meğer ki pozitif yasanın adaletle olan çelişkisi; "yanlış yasa" olarak, adalet karşısında geri adım atmasını zorunlu kılacak derecede katlanılmaz bir ölçüye varmış olsun. Yasal haksızlık durumları ile yanlış içeriğine rağmen geçerli yasalar arasında kesin bir sınır çizmek olanaksızdır. Ancak bir yerde kesin bir sınır çizilebilir; adaletin amaçlanmadığı, adaletin özünü niteleyen eşitliğin pozitif hukuk yapılırken bilinçli olarak yadsındığı yerde yasa, yalnızca "yanlış hukuk" değil, daha çok her türlü hukuk olma doğasından yoksundur. Çünkü hukuk ve elbette pozitif hukuk da, amaçları bakımından adalete hizmet etmekle belirlenmiş bir düzen ve kural koyma olmaktan başka bir şey olarak tanımlanamaz.⁹

Hâkimin "uygulamama" şeklinde tezahür eden direnme görevi, kanunun yorumundan ve kanuna kayıtsız kalınmasından farklıdır. Yorum, meşru kabul edilen kanunun muhtemel anlamlarından birini tercih etmek, birini benimsemektir. Yorum, kanunun içinde kalan bir faaliyet olduğundan uygulamama anlamına gelmez. Yorum, yüklenen anlama göre kanunun uygulama alanında daralma, genişleme, yön değiştirme gibi etkiler oluşturur. Yorumda kanunun meşru, geçerli ve var olduğu kabul edilir. Uygulanan yorum yöntemine göre kanunun içerdiği anlamlardan en doğru olanı tercih edilerek, yine kanunun içinde kalınarak uygulama yapılır. Direnmede ise kanunun meşruiyetinin

⁹ Ökçesiz, s. 172

olmadığı, hüküm ve sonuç doğurmadığı, uyulmayı hak edecek adalet içeriğinden yoksunluğu ileri sürülerek yok hükmünde olduğu kabul edilir. Kanuna kayıtsız kalma ise bir yönüyle kanunun varlığından haberdar olmama gibi bilgisizliği temsil ederken diğer yönüyle varlığından haberdar olunan kanunu görmezden gelme, üzerini kapatma ve bu şekilde uygulamaktan kaçınmadır. Direnme; varlığı bilinen ancak haklı gerekçelerle uygulanmak istenmeyen bir kanunun bilinçli bir tercihle reddidir. Bilinçli tercihle redde konu olan kanun, demokratik toplum değerlerine aykırıdır, tabii hukukun sağladığı insan haklarına dayanan argümanlarla bu kanuna karşı durulması gerekir.

Genel anlamda direnme hakkı, insan haklarına dayalı demokratik bir toplumda dahi kanunların ahlaken gayrı meşru olabileceği ihtimalinden doğmaktadır. Kanunlara uymak ve uygulamak için var olan haklı sebepler, kanunun açıkça insan haklarını ihlal ettiği durumda uymamak ve uygulamamak için de geçerlidir. Kanun yapma yetkisinin kötüye kullanılması ile oluşan çöküntü zamanları, tabii hukukun önemini ve ölmezliğini bir kez daha gündeme taşımakta,¹⁰ demokratik bir toplumun ortak değerlerini, adalet duygusunu koruma amacıyla kanuna direnmenin en önemli entelektüel silahı haline gelmektedir.

Hâkimin uygulamama şeklindeki direnme hakkını kullanarak, uygulamakla görevli olduğu kanuna itaat etmeyip gereklerini yerine getirmeyerek şekli olarak bir normu (muhtemelen görevde yetkiyi kötüye kullanma) ihlal ettiği ileri sürülebilir. Ancak hakim, normu uygulamayarak daha üstün olan adalet, eşitlik, insan hakları gibi değerleri korumak adına adalet içeriğinden yoksun kanunu uygulamama görevini yerine getirmektedir. Bu nedenle adalet içeriğinden yoksun kanunu uygulamamak değil, uygulamak görevde yetkiyi kötüye kullanma olur. Hak ve özgürlükleri sınırlayan, kaldıran ya da askıya alan kanunlar, zaafa uğrattıkları hak ve özgürlüklerin içeriği, anlamı ve önemi ışığında değerlendirilir.¹¹ “İstisnanın kurala arzı” olarak adlandırabileceğimiz bu yöntem, istisnanın kural karşısında meşruluğunu ve geçerliliğini test etmemize yardım eder. Hâkimin direnme hakkı, istisnanın kurala arzıdır.

¹⁰ Nişancı, s. 257, 262, 263

¹¹ Ökçesiz, Sonbahara s. 34 vd

Direnme hakkı, günümüzde sadece hukuk felsefesi ve siyaset biliminin konusu olmaktan çıkmıştır. Pek çok anayasa ve anayasal metin direnme hakkına yer vermiştir. Direnme hakkı, tarihsel süreç içerisinde, İngiltere’de Büyük Özgürlük Fermanı (Magna Carta Libertatum, 1215 madde. 61); Haklar Dilekçesi (petition of Rights, 1628); Habeas-Corpus ACT (1679); Haklar Bildirgesi (Bill of Rights, 1689) gibi anayasal belgelerde;¹² Amerika Birleşik Devletleri’nde Virginia İnsan Hakları Bildirgesi¹³ (1776 mad. 3), Fransa’da, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi,¹⁴ değişik ifadelerle; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi,¹⁵ Federal Alman Anayasası’nın 20. Maddesinde, Federal Almanya Cumhuriyeti Hessen Eyaleti Anayasası,¹⁶ Federal Almanya Cumhuriyeti Bremen Eyaleti Anayasası,¹⁷ Federal Almanya Cumhuriyeti Berlin Eyaleti Anayasası,¹⁸ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasasında¹⁹ yer almaktadır. 1982 Anayasası ise direnme hakkına yer vermemiştir.²⁰ Anayasa Mahkemesi,²¹ Sosyalist Parti’nin, program ve tüzüğünde direnme hakkına yer vermesini diğerler nedenlerle birlikte kapatma nedeni sayan iddiayı, bu hakkın “bireysel özgürlükler

¹² Anayasa Mahkemesi, SPK, 18.12.1988 tarih ve 2/1

¹³ Madde 3; Herhangi bir yönetim bu göreve layık olmadığını gösterir ya da bu görevi hiçe sayarsa, toplumun çoğunluğunun, kamu yararına en uygun gördükleri biçimde, bu yönetimde islahat getirmek, yapısını değiştirmek ya da ilga etmek hakkı doğar; bu hak vazgeçilemez, devredilemez ve iptal edilemez bir haktır.

¹⁴ Madde 2; Her siyasi toplumun ana amacı, hukuki taahhüt altındaki doğal insan haklarını korumaktır. Bu haklar özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmedir.”

¹⁵ Başlangıç kısmı, 3. ve 5. maddeler; İnsanın istibdat ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmak zorunda kalmaması amacıyla insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunması gerekli olduğu için

¹⁶ Madde 147/1; Anayasaya aykırı olarak icra edilen kamu gücüne karşı direnme herkesin hakkı ve görevidir.

¹⁷ Madde 19: Anayasada yer alan insan haklarına kamu gücü tarafından anayasaya aykırı biçimde dokunulduğunda direnme herkesin hakkı ve görevidir.

¹⁸ Madde 23/3: Anayasada yer alan temel haklar açık bir biçimde ihlal edildiğinde herkesin direnmeye hakkı vardır.

¹⁹ Madde 20/4: Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.

²⁰ 1961 Anayasası, Başlangıç kısmının 2 ve 6. paragraflarında 27 Mayıs Devriminin, direnme hakkı ürünü olduğu “Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti ... Türkiye Cumhuriyeti Kurucu Meclisi tarafından hazırlanan bu Anayasayı kabul ve ilan ve onu, asıl teminatın vatandaşların gönüllüğünde ve iradelerinde yer aldığı inancı ile, hürriyete, adalete ve fazilete aşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet eder” sözleriyle anlatılmıştı.

²¹ Anayasa Mahkemesi, SPK, 18.12.1988 tarih ve 2/1 sayılı kararı

yönünden önemli” olması, “anayasalar ve anayasal belgelerde” yer verilmesi” gerekçeleri ile parti kapatma nedeni olamayacağına karar vermiş, direnme hakkının anayasaların ruhunda bulunduğuna işaret etmiştir.

Hazırlıklarına 1955 yılında başlanan Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının 17. Değişikliğine ilişkin kanun, 1968 yılında kabul edilmiştir. Bu değişiklikle Anayasanın 20 maddesi şu şekildedir;

Madde 20. Devletin ana ilkeleri; direnme hakkı

(1) Almanya Federal Cumhuriyeti, demokratik ve sosyal bir Federal Devlettir.

(2) Egemenlik tümüyle halkındır. Halk, egemenliğini, seçimler ve oylamalar aracılığıyla ve yasama, yürütme ve yargı yetkileriyle donanmış özel organlar eliyle kullanır.

(3) Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdırlar.

(4) Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.

Demokratik hukuk devleti ilkeleri ile dokunulmaz ve devredilmez insan hakları, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olduğundan, günümüzde direnme hakkının en önemli konusunu teşkil eder. Hiçbir yönetim, bu ilkeleri kaldıracak, askıya alacak ya da geciktirecek kanunlar yapamaz. Radbruch formülü, Hitler dönemi Almanya’sında yaşanan insan hakları ihlali temelinde, direnme hakkının hukuki boyutunu gündeme taşıyan önemli bir ilkedir. Pozitif hukuk karşısında tabii hukukun gücünü gösterir.

1) Hukuki Pozitivizmin Egemenliği

Düzen ve istikrar bağlamında yöneten-yönetilen ilişkisi açısından hukuk, her zaman sorunlu bir alan olagelmıştır. Ortaçağda hukuku üreten ve uygulayanlar, istisnasız egemen sınıfın üyeleri idi. Modern öncesi dönemde hukukun üretim ve uygulamasının sınıfsal ve araçsal niteliğini hemen fark etmek mümkündü. Antik Yunanda, Roma’da

ve Ortaçağın derebeyliklerinde hukuk, toplumun yöneticilerine ait bir ayrıcalıktı. Modern devletin, hukuku uygulayan ve üreten güç odakları ile bağlantısını kopartarak kendi bürokratları ve kurumsal yapısı ile kanunlarını oluşturmaya, anayasa hareketleri ile devletin gücünü ve yetkisini sınırlamaya başlaması, hukuku sınıfsal araç olmaktan çıkardı. Modern öncesi dönemde hukukun adalet gibi bir amacı, bireyleri ahlaklı ve erdemli bir yaşam sürmeye yöneltme gibi bir ideali vardı. Hukukun bu amaç ve idealinin, din, gelenek, üretim-yönetim ilişkisi ve ahlâkla bağlantılı olduğu açıktır. Modern dönemde dine bakışın değişmesi, üretim ilişkisinin yeniden tanımlanarak emeğin meta haline getirilip pazarlanabilir kılınması, yönetimin ise yerel egemen güçlerin etkisinden sıyrılmış merkezi niteliğe kavuşması, hukuka bakışı da değiştirdi. Yeni toplum düzeni, makineleşmeye bağlı olarak mekanik bir düzlemde ele alındı. Adalet ve idealler gibi ahlaki kaygılar bir kenara bırakıldı. Siyasetteki paradigma değişimi, hukuka, ahlaki önermelerle olan bağını koparma olarak yansıdı.²²

Modern devlet, devlet hukukunun mutlaklığını ileri sürerek, devletin dışında devlet-dışı hukuk kaynağı olamayacağını ileri sürdü. Hukuk kuralı üretme potansiyeline sahip bütün kaynaklar, modern devlet tarafından rakip olarak görülüp ya ortadan kaldırıldı ya da sıkı şekilde kontrol altına alındı. Modern devlete gelene kadar tarihte hiçbir kurum ya da kişi, hukuk ve normatif düzen üzerinde tekele sahip olduğunu iddia etmemişti. Ehrlich ve kısmen Gurvitch'i takip edersek, devletin ilkin askeri bir örgütlenme olarak ortaya çıktığı, hukuk düzeni ile ilişkisinin başlangıçta zayıf kaldığı, mahkemelerin de devletin değil toplumun organları olduğu görülür. Devletin, yargılama mekanizmalarına egemenliği ile başlayan hukuki işleyişe müdahilliği, geç dönemlere tekabül etmektedir. Kanun yapma yoluyla hukuk üretmesi ise yakın zamanda ortaya çıkmıştır. Üstelik ilk yasama çalışmaları, var olan ve toplumda uygulanan kuralların derlenmesi, kodifiye edilmesinden ibarettir. Yeni kurallar koyma, kural koyma tekeline sahip olma modern zamanlara mahsus bir keyfiyettir. Hukuk sosyolojisi ve hukuk antropolojisi çalışmaları, devlet hukuku dışında, devlet-dışı bir hukukun var olduğunu, bireylerin ve toplumların bu kuralları

²² Berke Özenç, Hukuk Devleti, Kökenleri ve Kürselleşme Çağındaki İşlevi, İstanbul 2014, s. 137, 139, 149, 150

bağlayıcı kabul ederek uyduklarını/uyguladıklarını göstermektedir. Ehrlich'in "yaşayan hukuk" adını verdiği, toplumun içinde oluşmuş, kaynağı devlet olmayan, hayata egemen devlet-dışı hukuk kuralları da vardır. Buna göre kuralların "hukuk" olarak vasıflandırılması için, devlet tarafından yaratılma ve devlet yaptırımlarıyla donatılma kriterleri zorunlu değildir. Kuralları oluşturma devlete de tanınmış bir haktır. Devletin bu hakkı tekelci bir anlayışla sadece kendisine ait görmesi ve kendisi dışında hukuk üreten kaynakları kontrol altına alarak ortadan kaldırması ya da kendisi dışında üretilmiş kurallara hukuk olma vasfı tanımaması, tarihsel süreç nazara alındığında aslında yetki gaspından başka bir şey değildir.²³

Hukuki pozitivizm, modern devletin oluşum sürecinde ortaya çıkan, devleti ve yaptıklarını/ettiklerini kutsallaştıran bir hukuk anlayışıdır. Devlet mekanizmalarının usulüne göre yürürlüğe koydukları bir kanunun geçerliliği, ahlaki içselliğinde aranamaz. Kanun, kanun olduğu için bağlayıcı ve geçerlidir. Hukuk, kanundan bağımsız ve ondan farklı bir şey değildir. Hukuk ile ahlak arasında zorunlu bağıllık yoktur. Hukuku temsil eden kanun olandır, ahlaki kaygılar ise olması gereken. Olan ile olması gerekeni birbirinden ayırmak gerekir.

Hukuki pozitivizmin, olan dururken olmayanı aramayı, gerçek varken ideale yönelme şeklinde hukuk-ahlâk ilişkisini basite indirgeyerek hukuka bakış derinliğini ortadan kaldırmıştır. Başkası tarafından verilmiş, yapılmış, tanımlanmış bir olanla yetinme, daha iyiyi, doğruyu, güzeli, adil olanı aramaya adanmış insanın tabiatına aykırıdır. Üstelik bu kabul, kanun yapanın, en doğruyu, en yararlıyı, en ihtiyaç duyulanı ortaya koyacağını, toplumun ve bireyin haklarını maksimize edeceğini varsayar. Hâlbuki hukuk, bireysel hakların dengelenmesi, toplumsal ihtiyaçların karşılanması için doğru yerine hakikati, yararlı yerine faydalıyı, ihtiyaç yerine kullanışlı olanı tercih edebilir. Verilmiş olanın kutsanması, kilise dogmatığının şekil değiştirmiş halinden başka bir şey değildir. Bireyler, kendi kurdukları demokratik bir düzende, düzenin eseri olan kanunun esiri olamaz.

Hukuku kanunla eşdeğer görmek, devleti de hukukun biricik kaynağı saymak şeklinde basitleştireceğimiz hukuki pozitivizm, hukuk

²³ Saim Üye, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Ankara 2013, s. 1-37

devletine bakışıyla sorunlu bir alanda durmaktadır. Hukuk devletini ihmal eden hatta öteleyen bu bakışı nedeniyle hukuki pozitivizm, totaliter rejimlere katkısı nedeni ile eleştirilmiştir. Kanundan kaynaklanan şiddeti ve haksızlığı önlemede yetersiz kalmıştır. Hukuki pozitivizm, adil olmayan hukuka karşı direnmenin temellerini hazırlamak görevini yerine getirememiştir. Adil olmayan kanunlara itaat sorununu açık bırakıp, otoriter rejimin önemli bir silâhını elinden alması gerekirken bunu yapmamıştır. Hukuki pozitivizm, hukuk kuralının geçerliği ile adaleti birbirinden ayırabilseydi, her türlü hukuk kuralına uymayı ahlâki bir borç haline getiren anlayışı önleyebilirdi. Hukuki pozitivizmin, kanunlara şartsız itaat anlamına geldiği kabul edildiğinde, Almanya'daki hukukçuların Hitler rejime nasıl boyun eğdiğini anlamak mümkün olabilir.²⁴

Hukuki pozitivizmin, hukukun kaynağı olarak pozitif düzenlemeleri görmesi, hukukun haktan değil emretme gücünden çıkacağını ifade etmesi, hukukun kendisinden başka kaynağı olmadığını, kendi kendini var ettiği ve yine kendine dayandığını kabul etmektir. Nazi hukuk sistemi örneğinde görüldüğü gibi adalet içeriğinden yoksun olup olmadığı ya da haksızlık kaynağı haline gelip gelmediğine bakılmaksızın, sadece şeklen var olmanın, bir düzenlemeyi hukuk kuralı yapmaya yeterli olmadığı ortaya çıkmaktadır. Kanun, haksızlığı meşru gösterme amacına yönelmişse, uyulması ve uygulanması gereken bir hukuk olarak kabulü güçtür.²⁵

II) Tabii Hukukun Yükselişi

Modern devlet, kaynağı ve meşruiyet alanı kendi değerler dizisi dışından beslenen tabii hukuku şüphesiz ki kabul etmeyecekti. Felsefe, siyaset bilimi ve sosyolojinin de yardımı ile tabii hukuku gözden düşürmek için iki önemli argüman kullanıldı; felsefesi pozitivizmin do-

²⁴ Selahattin Keyman, "Hukuki Pozitivizm", *AÜHDF*, 1978, c. 35, sy 1-4, s. 35 ; Wacks'a göre, kanunların adalet içeriğinden yoksun olma ihtimali, baskın ve belirleyici karakterine rağmen hukuki pozitivizmde de kabul edilmiştir. Bentham ve Austin gibi hukuki pozitivizmi savunanlar, iyiye doğru değişimi teşvik edecekse kötü kanunlara itaatsizliğin meşru olduğu görüşündedir. Raymond Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*, İstanbul 2013, Tekin Yay, Terc, Engin Arıkan, s. 18

²⁵ Harun Tepe, "Değerlerden Bağımsız Bir Hukuk Mümkün Müdür?, Hukukun Etik Temelleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2006, c. 2, 173

ğurduğu hukuki pozitivizm ve rasyonalizmin tetiklediği ahlaki akıl yürütmelerle akılcı çözüm bulunamayacağı. Tabii hukuk anlayışında derin yaralar açan bu argümanlara göre nesnel olarak neyin doğru neyin yanlış olacağı bilinemezse, tabii hukuk ilkeleri de öznel bir kanaatten ibaret kalacaktır.²⁶ Bu ilkelerin, nesnel olan pozitif düzenlemeler karşısında doğruluğunun sınanması mümkün olamaz.

Her insani düzenin zamanla aşınması gibi hukuki pozitivizm de, yaşanan somut haksızlıklar karşısında kutsallığından, sorgulanamazlığından çok şeyler kaybetmiştir. Kanun yapma yetkisine sahip yöneticilerin, ağır insan hakları ihlallerine neden olacak, adalet içeriğinden yoksun ve kendisi haksızlığın kaynağı olan kanunlar yapmaları, yaptıklarının ve ettiklerinin meşruiyetini de yine bu kanunlarda bulmaları totolojidir. Yetkinin kötüye kullanılması ile yapılanlar yine yetkiyi kötüye kullanmanın gerekçesi olamaz.

20. yüzyılda tabii hukukun yükselişi, kanunun, neyin doğru olduğunun tek belirleyicisi olmadığını göstermesi açısından kayda değer bir başarı göstermiştir. Bu çaba, Nazi devlet adamlarını yargılayan Alman Mahkemelerinin, kanunla ahlak arasında başarılı bir bağlantı kurmasıyla pratiğe aktarılmıştır.²⁷ Mahkemelere kanun-ahlak bağlantısını verecek argüman ise tabii hukuktan beslenen Radbruch formülüdür. Formül sayesinde hukuki pozitivizmin, bireyi kanun karşısında savunmasız bırakması tabii hukukun, insan hakları bağlamında yeniden yorumlanması ile engellenmiştir.

Tabii hukukun yükselişinde Stammler, Del Vecchio ve Radbruch'un önemli katkıları olmuştur. Radbruch formülünün mahkemelerce benimsenip uygulanması, hukuk-ahlak ilişkisine dair yeni tartışma alanları açmıştır. Hart-Fuller tartışması, bunların en meşhur olanıdır. Nazi Almanyasında yaşanan kanuna dayalı hak ihlalleri, II. Dünya savaşı sırasında ve sonrasındaki hukuk dışı uygulamalar nedeniyle Radbruch, görüşlerinde kısmi değişiklik yapma ihtiyacı hissetmiş, 1946 yılında ünlü "Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk" adlı makalesini kaleme almıştır. Makalede ileri sürülen "kanunun adalet içeriğine uygun olması, aksi takdirde hukuk sayılamayacağı, itaat edilmeyi hak

²⁶ Wacks, s. 9

²⁷ Wacks, s. 10

etmeyeceği" fikri, bütün hukuk sistemleri için evrensel ölçekte kanunun meşruiyetinin sorgulanmasının hareket noktası olabilir.

III) Radbruch Formülü ve Direnme Hakkının Sınırı

Radbruch formülü olarak adlandırılan, daha sonra Alman Federal Mahkemesi ve eyalet mahkemelerinin de kabul ettiği hukuki görüşler, Nazi dönemi Almanya'sında yaşanan ağır insan hakları ihlalleri ile geriye dönük mücadele etme imkânı sağlamıştır. Demokratik bir toplumda, kanun yapanlara kanun yapma yetkisinin sınırlarını, hukuku uygulayanlara ise "kanunun, sadece kanun olduğu için uyulmayı hak etmediğini" hatırlatan tabii hukuk ilkesidir. Hukuk devleti, yönetenlerin kanunları adalet içeriğine ve insan haklarına uygun yaparak, bu kurallara bağlı kalacağını varsayar. Radbruch formülü, adalet içeriğinden yoksun, hukuki güvenliği sağlayamayan, ağır insan hakları ihlallerine neden olan kanunlar yapılması suretiyle, hukuk devletinin varsayılan pozisyonundan sapma gösterdiği dönemde devreye girerek, hukuk aracılığıyla geçmişle hesaplaşma imkânı sağlar. Adalet içeriğinden yoksun kanunlarla ağır insan hakları ihlallerine şahit olunan zaman, hukukun askıya alındığı olağanüstü koşulların yaşandığı zamandır. Bu nedenle formül, olağanüstü durumlara özgü olarak hukukun geçmişi unutmamasına izin vermeyerek, olağan bir geleceği inşa eder. Formül, insan haklarının her zaman ve durumda uygulanması gerektiğini esas aldığı için, ağır insan hakları ihlali içeren kanunu yapanlar yetkilerine, zamanaşımına, devlet güvenliğinin zorunlu kılmasına, kamuoyu isteğine, politik tercihlerine dayanamayacakları gibi bu kanunları uygulayanlar da "kanunu uygulamakla yükümlü oldukları, kanunun bağlayıcı ve emredici olduğu" savunmasını ileri süremeyeceklerdir. Hiç kimse, adalet içeriğinden yoksun, hukuki güvenliği ihlal edici, ağır insan hakları ihlalleri içeren kanunları yapmamalı ve uygulamamalıdır.

1) Makaledeki Üç Olay

Gustav Radbruch, formülünü açıkladığı "Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk" isimli makalesinde üç olaydan bahseder. Bunlardan ilki şudur; Puttfarken isimli bir adliye kalem memuru, Götting adındaki taciri, tuvalet duvarına "Hitler bir seri katildir ve savaşın sorumlusu-

dur" yazdığı için ihbar etmiştir. Götting, hem bu suçtan hem de yabancı radyo dinlemekten suçlu bulunmuş, vatana ihanete hazırlanmaktan idam edilmiştir. Puttfarken, ihbarı nedeniyle daha sonra Thüringen Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanmış ve ömür boyu hapse mahkûm edilmiştir. Puttfarken'in mahkûmiyetine dair kararda cevaplanması gereken ilk soru, eyleminin hukuki olup olmadığıdır. Puttfarken, Götting'i Nasyonal Sosyalist inançları nedeniyle ihbar ettiğini söylemiştir. Hâlbuki Nazi döneminde bile böyle bir ihbar yükümlüğü yoktur. Dönemin ceza kanunu, vatana ihanet planı hakkında güvenilir bilgiye ulaşip bunu resmi makamlara bildirmemeyi suç olarak düzenliyordu. Götting'in eylemi, cesur bir beyandı ve sadece gerçeğin ifadesiydi. Devleti ve devlet güvenliğini tehdit edecek boyutta değildi. Puttfarken, adaletin işlemesine yardımcı olmamıştır. Zira ihbarda bulunurken, Götting'i, adil bir karara varacak ve gerçeği belirleyecek hukuki teminatlardan yoksun, keyfi bir iktidara teslim ettiğini biliyordu. Savaşın üçüncü yılında hesap vermeye çağrılan bir kişinin asla sağ bırakılmayacağını da biliyordu. Adli teşkilat içinde çalışan Puttfarken, bu teşkilatın hukuku kötüye kullanacağını görmezden gelemezdi. Bu nedenle eylemi hukuki değildi.

Olayda cevaplanması gereken ikinci soru, Puttfarken'in eyleminde, kendisine atfedilebilecek kusur olup olmadığıdır. Puttfarken, esasen Götting'i ölüme gönderme niyetinde olduğunu açıklamış, bazı tanıklar da bunu doğrulamıştır. İdam kararını mahkeme vermiş ise de Puttfarken, amacına ulaşmak için mahkemeyi araç olarak kullanmıştır. Radbruch'a göre Puttfarken dolaylı fail olduğu halde, cinayete yardımdan (iştirakten) ceza almıştır.²⁸

Radbruch'un açıkladığı ikinci olay, iki cellat yardımcısının ölüm cezasına çarptırılmasıdır. Kleine ve Rose isimli iki cellat yardımcısı, aktif olarak ücret karşılığı pek çok idamda yer almıştır. Bu eylemlerden, sağlık ya da başka nedenlerle her zaman kaçınabilecekleri halde kendi dehşet verici ticaretlerini yapmayı tercih ederek insanlığa karşı suç işlemişlerdir.²⁹

²⁸ Gustav Radbruch, "Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk", Metin Sevtap-Heper Altan, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul 2014 isimli eser içinde s. 75-85

²⁹ Radbruch, s. 85

Son olay ise; muhtemelen savaş esirlerine yapılan insanlık dışı muamelelerden ya da Hitler'in ordusuna hizmet etmekten yılan bir asker, firar etmiş, eşinin yanına gitmiştir. Askeri fark eden bekçi, askeri gözaltına alarak geri götürmek istemiştir. Asker ise bekçiyi tabancası ile öldürmüştür. Asker hakkında insan öldürmekten iddianame hazırlanmış ise de başsavcılık takipsizlik kararı ile davayı sonlandırmıştır. Başsavcılık şu gerekçeye dayanmıştır; Hitler ordusundan firar etmek, askeri onursuz kılmaz ve firar eylemi suç değildir. Öldürme eyleminde ise ıztırar hali bulunmaktadır. Kanun olarak isimlendirilen o günkü düzenleme, bu gün artık yoktur.³⁰

2) Radbruch Formülü

Radbruch'a göre Nasyonal sosyalizm, "emir emirdir, kanun kanundur" şeklindeki temel kural ile askerleri ve hukukçuları kendine bağlamanın yolunu bulmuştu. "Emir emirdir" kuralı, emrin içeriğinin suç olması ile sınırlanmışken, "kanun kanundur" ifadesi hukuki pozitivizm vasıtasıyla sınırlamaya tabi tutulmamış, Alman hukukçuların itirazına da konu olmamıştı. Adalet için var olan kanunlar, bazen haksızlığın kaynağı olabilir. Sadece kanun olması, adil olduğu anlamına gelmez.³¹

Formül iki kısımdan oluşur. Tahammül edilemezlik ve yadsıma. Tahammül edilemezlik; kanun olarak adlandırılan pozitif düzenlemenin, adalete aykırılığı, kabul edilemezliği ve tahammülünün mümkün olamayacağı o denli açıktır ki, bu pozitif düzenleme hukuki olma vasfı kazanamamıştır, yok hükmündedir ve hukuki geçerliliği bulunmamaktadır.³² Yadsıma, ilk ilkenin somutlaştırılmış halidir ve hukuk olanı hukuk olmayandan ayıran bir ölçüdür. Eşitlik adaletin özüdür. Hiç kimse adına, sanına, şöhretine, ırkına, inancına, rengine göre sınıflandırılmaz. Hukuk, herkesi aynı değerlerle ölçer. Yasama faaliyetinde bilinçli olarak eşitlik reddedilmiş, insan haklarını sağlamakta keyfilik esas alınmışsa adalet de bilinçli olarak reddedilmiştir.

³⁰ Radbruch, s. 87

³¹ Radbruch, s. 75

³² Sevtap Metin- Altan Heper, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul 2014 ; Bernhard Schlink, Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk, Ankara 2012, Terc Reyda Ergün, s. 42

Böyle bir kanun, hukuki karakterini kaybetmiştir. Adalet içeriğinden, dolayısıyla hukukun doğasından yoksun kanuna itaat edilmez ve uygulanamaz. Formülün ilk kısmı Alman Federal Mahkeme kararlarında uygulama alanı bulurken, ikinci kısmın uygulanmasına çekince ile yaklaşmıştır.³³

Radbruch'a göre kanuna dayanan haksızlıklara karşı kanun üstü hukuk perspektifinden mücadele başlatılmalıdır. "Kanun kanundur" inancıyla gerçekte keyfi olan ve suç içeren kanunlar, adaletten bağımsız ele alınıp, sadece kanun oldukları için uygulanmaları nedeniyle Almanya'yı Nazizme karşı savunmasız bırakmıştır.³⁴ Tabii hukukun yok olduğu yüzyıldan beri hukukçular, kanunların geçerliliğine ve ona kanun olduğu için itaat edilmesi gerektiği fikrine istisna tanımamaktadır. Kanuna, kanun olduğu için kayıtsız şartsız itaat, hem bireyleri, hem de hukukçuları kanun karşısında savunmasız bırakmıştır. Bu davranış, hukuk ile kanunu, kanun ile onu yapanın gücünü eş tutmaktır. Güç nerede ise hukuk da oradadır.³⁵ Hukuki pozitivizm, kendi öz gücüyle kanunların geçerliliğini temellendirme olanağına sahip değildir. Hukuki geçerlilik ve yükümlülük, kanuna içkin değere dayanır. Her kanun, şüphesiz ki bir değeri yansıtır ve hukuki güvenlik oluşturur. Bu nedenle kanunun olması, olmamasından yeğdir. Ne var ki hukuki güvenlik, hukukun yegâne ve belirleyici değeri değildir. Bundan başka amaca uygunluk ve adalet gibi iki değere dayanmalıdır.³⁶

Hukuk, halka yararlı şeydir. Kanun yapma yetkisine sahip olan egemenin aklına gelen her fikri, her hevesi kanun haline getirmesi, hukuk devletini haksızlık devleti haline getirir. Egemen, kendi çıkarlarını kanun kılıfına sokarak kamusal çıkar haline getiremez. Halka yararlı olan hukuk değildir. Yalnızca hukuk halka yararlı olandır.³⁷ Bir hâkim, adaletsiz olduğu açık bir kanuna dayanarak adaleti asla yerine getiremez. Bütün yazılı kanunların üstünde, insan haklarına dayanan, insanlık dışı tiranların aslında suç oluşturan emirlerini geçersiz kılan,

³³ Metin-Heper, s. 21, 22 : Gustav Radbruch, "Beş Dakikada Hukuk Felsefesi", Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, İstanbul 1997 içinde, Terc Hayrettin Ökçesiz, s. 67 (Radbruch Beş Dakika)

³⁴ Radbruch, s. 87 ; Metin-Heper, s. 23

³⁵ Radbruch, Beş Dakika s. 66

³⁶ Radbruch, s. 87; Metin-Heper, s. 23 ; Radbruch, Beş Dakika s. 67

³⁷ Radbruch, Beş Dakika s. 66

yok hükmünde sayılmasını sağlayan kendisine yabancılaşmamış bir hukuk vardır; tabii hukuk.³⁸

Kanun koymadan önce var olan ve kendisiyle çelişen kanunların geçerliliğini ortadan kaldıran ilkeler vardır. Bu ilke tabii hukuk ya da aklın hukuku olarak adlandırılır.³⁹

Radbruch formülü, bütün hukuk sistemleri için uygulanması mümkün, teorik olmaktan çok pratik ihtiyaçların motivasyonu altında şekillenmiş bir çözümdür. Formül, Nazi döneminde işlenen suçlarla baş edebilmenin önemli bir argümanı olmuştur. Formül, pozitif düzenlemelerin normal durumlarda varlığını ve uygulamasını kabul ederek, haksızlığın, insan hakları ihlalinin ağır ve aşırı olduğu durumda tabii hukuku yardıma çağırarak norma müdahale eder ve onu yok sayar.⁴⁰ Bu yaklaşımda norma ve uygulamaya dair iki yaklaşım ortaya çıkar. İlki, bir pozitif düzenlemenin var olabilmesi, saygıyla karşılanıp uygulanabilmesi için taşıması gereken şartlar, diğeri de direnmenin sınırıdır.

Toplumların ve bireylerin, egemene karşı sahip olduğu hakları koruyabilmesi için Radbruch formülüne her zaman ihtiyacı vardır. Çünkü hukuk devleti ilkeleri ve insan hakları, istisnai durumların bulunduğu varsayımı ile askıya alınamaz, uygulanmasından vazgeçilemez. Modern dünya, Hitler'den sonra seksen küsur yıldır demokrasi ve insan haklarında epey yol aldı. Halklar ve egemenler bilinçlendi. Hukuk ve kavramları saydamlaştı. AİHM, içtihatlarıyla insan hakları uygulamalarını yaygınlaştırdı. Hukuk devleti kavramı, teorisyenlerin çabaları ile inceden inceye işlendi. Mahkemeler, insan haklarına dost yorumları benimsemeye başladı. Formülün her ne kadar, adaletin ve insan haklarının yaygın ve sistematik şekilde askıya alındığı olağanüstü dönemler ve durumlar için geçerli olacağı ileri sürülebilirse de formülün günümüzde uygulanabilmesi için, Hitler dönemindeki gibi ağır ve olağanüstü şartların oluşmasını beklemek, hesaplaşılan tarihin tekrarını arzu etmektir. Hukuk, yaşanmış haksızlıkların tekrarlanmaması için vardır. Radbruch formülü, aşağıda değinileceği üzere geriye

³⁸ Radbruch, s. 85

³⁹ Radbruch, Beş Dakika s. 67

⁴⁰ Metin-Heper, s. 67

yürümezlik ilkesine istisna getirerek, hukukun af ya da zamanaşımı yoluyla unutmaya izin vermemiş, bilakis haksızlıkları cezalandırarak geçmişle hesaplaşabilme adına hatırdan tutmayı benimsemiştir. Bu nedenle egemen güçlerin, insan hakları ihlaline dair bilinçli, yaygın, sistematik tavır ve uygulamaları, formülün canlandırılması için yeterli sayılmalıdır.

3) Radbruch Formülü'nün Yargı Kararlarına Yansıması

Alman Federal Mahkemesi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi birçok ilke kararında “Radbruch formülü” olarak anılan ölçütü benimsemiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 14.2.1968 tarihli, vatandaşlık ile ilgili bir kararında (Başka ülkelere sığınan Yahudilerin Alman Devleti yurttaşlığı ırksal nedenlerle ellerinden alınmıştı) bu ilke şöyle ifade edilmiştir;

1. Nasyonal sosyalist hukuk kurallarının hukuk olarak geçerliliği, bunları uygulamak ya da sonuçlarını tanımak isteyen yargıcın hukuk yerine bir haksızlık hükmü vermiş olacağı derecesinde adaletin temel ilkelerine açık biçimde ters düşmesi durumunda reddedilebilir.
2. İmparatorluk Vatandaşlık Yasası'nın 11.11.1941 tarihli (RGB 1 I, 772) on birinci kararnamesinde adaletle olan çelişki öylesine katlanılamaz bir dereceye ulaşmıştır ki bu kuralın başlangıçtan beri yok sayılması zorunludur.
3. Hukukun kurucu temel ilkelerine açıkça ters düşen bir yasal haksızlık uygulanmakla ve kendisine uyulmakla hukuk olmak özelliğini kazanmaz.⁴¹

Federal mahkeme, ilkeleri ile hukuki güvenliği koruma altına almıştır. Mahkemeye göre adalet içeriğinden açıkça yoksun kanunun hala geçerli bir kanun olarak kabul edilip uygulanması, açık bir keyfilik ve acımasızlıktır.⁴² Kanunun hukuk olma niteliğini yitirdiği tezi, hukuki pozitivistlerin, pozitif hukukun dışında olduğunu iddia

⁴¹ Altan Heper, “Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki”, HFSA 12. Kitap, İstanbul 2005, s. 67 ; Ökçesiz s. 170 ; Ökçesiz, Sonbahara s. 43 ; Metin-Heper, s. 53 ; Tepe, s. 171

⁴² Ökçesiz, Sonbahara s. 44

ettikleri bir alana, adalete ve hakka dayanmaktadır. Adalet ve hak, pozitif düzenlemelerin daha üstündedir ve bunların korunması, kurala geçerlilik kazandıran iki önemli referans olmakta, “adil olmayan ya da sürekli haksızlığa yol açan bir kural, hukuk olamaz” şeklindeki formüle ulaşmaktadır.⁴³

Formülünün uygulandığı, hukuk-ahlak ilişkisine dair Hart-Fuller tartışmasının çıkış kaynağı sayılabilecek bir dava literatüre “kin-ci muhbir” (grunde informer) olarak geçen davadır. 1944 yılında bir asker, ordudan izin alarak evine gelir. Başka bir erkekle ilişkisi olan ve eşinden kurtulmak isteyen kadın, Nazi rejimini eleştirdiği, Hitler hakkında hakaret içerikli sözler söylediği gerekçesiyle *eşini şikayet eder. Yürürlükteki kanuna göre Hitler ve rejimi hakkında hakaret içeren sözler söylemek suçtur. Asker kişi, askeri mahkemede yargılanır ve idam cezasına çarptırılır. Bir süre hapiste yatan askerin cezası infaz edilmez. Tekrar cepheye gönderilir. Nazi rejimi sona erdikten sonra asker, eşi hakkında şikayetçi olur.* Kadın, kocasını haksız yere ihbar ederek hapisyanede kalmasını sağladığı gerekçesiyle yargılanır. Kadın, savunmasında, kocasını ihbar etmesinin 1934 ve 1938 tarihli iki kanuna göre meşru olduğunu, dolayısıyla hakkını kullandığını ileri sürer. İstinaf Mahkemesi ise 1871 tarihli Alman Ceza Kanununa göre kadını, bir kimseyi kanuna aykırı şekilde özgürlüğünden yoksun bırakmak suçundan mahkum eder. İstinaf mahkemesi, Nazi dönemi ihbar yasalarını adalet ve vicdana aykırı bularak dikkate almamıştır. Şayet bu kanunların geçerli olduğu kabul edilseydi, kadının ihbarı hukuka uygun bulunacaktı ve 1871 tarihli kanuna göre mahkum edilemeyecekti.⁴⁴

Radbruch formülü, sınırı geçmeye çalışanlara ateş edip öldüren sınır muhafızları ve onlara ateş etme emri veren üstlerinin yargılandığı davada da kullanılmıştır. Mahkemeler, formülün içeriğini, insan haklarını kullanarak yeniden tanımlamıştır. Sanıklar, yargılandıkları davada sınır kanununun kendilerine tanıdığı ateş etme yetkisini kullandıklarını savunmuşlardır. Berlin Eyalet Mahkemesi ve Federal Mahkeme, sanıkların cezalandırılmasına karar vermiştir. Mahkemeler

⁴³ Tepe, s 171 ; Heper, s. 67

⁴⁴ Sururi Aktaş, Prosedürel Doğal Hukuk, Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı, İstanbul 2011, s. 92 ; Metin-Heper, s. 37-38

iki gerekçeye dayanmıştır. Fiilin gerçekleştiği zamanda benimsenmiş olan haklı neden, adaletin ve insanlığın temel ilkelerine açık ve ağır bir aykırılık taşıyorsa daha üst normu ihlal ettiğinden dikkate alınmaz. Aykırılık o kadar ağır olmalıdır ki, bütün halkların ortak insani değerlerine dayanan hukuki kabulleri zedelenmelidir. Mahkeme bu yorumdan sora Radbruch'ün "kanunun adalete aykırılığı o denli kabul edilemez olmalıdır ki, kanun artık hukuk olamayacak kadar adaletten uzaklaşmış sayılmalıdır" formülüne yer vermiştir. Dayanılan diğer gerekçe ise şudur; Hâkim, öldürme fiilinin gerçekleştiği zamanda yürürlükte olan kanun ve kanunun içerdiği şartların araştırılmasında, fiilin gerçekleştirildiği devletin (Doğu Almanya) pratiğindeki yorumla değil, orantılılık ölçüsünde yapılmış, doğru yorumlanmış "insan hakları dostu yoruma" dayanmalıdır.⁴⁵

4) Dolaylı Faillik

Hukuki pozitivizm anlayışına göre hâkimler, beğenmeseler bile kanunları uygulamak zorundadır. Pozitivizmin bu katı anlayışı nedeniyle kanunun, adalete aykırılığı, kabul edilemezliği ve tahammülünün mümkün olamayacağına çok açık olduğu durumda ihbarcılar, iftiracılar adalet mekanizmasını araç olarak kullanmaktan çekinmez. Çıkarlarına ve amaçlarına, kanuna uygun bir eylemde bulduklarını iddia ederek ulaşırlar. Mahkemeler de böyle bir kanunu uygulayarak, ihbarcının, iftiracının aleti haline gelir.

Radbruch'a göre her kim, suç işleme maksadıyla kendisine itaat etmekle yükümlü olanlar üzerindeki emretme yetkisini kötüye kullanıyorsa dolaylı faildir. Yargısal mekanizmaları araç olarak kullanan da dolaylı faildir. Dolaylı faillik, dönemin siyasi fanatizmini, iktidarın var olan baskısını, ceza hâkimliği makamının siyasi eğilimini bilen kişi açısından daha nettir.⁴⁶ İhbar yoluyla bir kişiyi Hitler'in politikleşmiş ceza yargısına teslim eden kişi, adil karara varacak ve hakikati belirleyecek hukuki teminatlara sahip bir yargılama sürecine değil, keyfi bir uygulamaya teslim ettiğini bilir.⁴⁷

⁴⁵ Schlink, s. 41 ; Metin-Heper, s. 54

⁴⁶ Radbruch, s. 97

⁴⁷ Metin-Heper, s. 46

Radbruch'a göre insanlık dışı yargı kararları, "görevim gereği kanunu uyguladım, kanunu uygulamak zorundaydım" mazereti ile hâkimin sorumluluğunu kaldırmaz. Çünkü hâkim, istifa ederek, adalete aykırılığı, kabul edilemezliği ve tahammülü mümkün olmayan kanunları uygulamaktan kaçınabilir. Hâkimlerin, bahsedilen kanunlara direnmesi hem hak hem görevdir. Haklarını kullanmaz, görevlerini yerine getirmezlerse, koşulsuz itaati mesleki yükümlülük kabul ederlerse, kanun karşısında özgür kalamazlar. Hâkim, bütün bireylere, haksız kanun karşısında özgürlük sağlamalıdır. Kendi özgür olamayanın, başkasına özgürlük vermesi beklenemez. Hukuk istikrar demektir. Adaleti ağır biçimde ihlal eden her istikrar düşüncesi, kendisinden sakınılmak istenilen istikrarsızlıktan daha vahim bir istikrarsızlığa yol açar. Kanunun üstünde olan hukuk kavramının, bilerek adaletsiz kanunları uygulayan devlet görevlileri ve hâkimleri, geriye yürürlüğü bulunan kanunlarla mahkûm edilme imkânı tanıyarak, geç de olsa aşırı adaletsizliğin giderilmesini mümkün kılar.⁴⁸

Mahkemeye göre her devlet tarafından saygı gösterilmesi gereken insanlık ve adaletin temel ilkelerine dayanılmaz ölçüde tecavüz eden kanunlar hükümsüzdür. Silahsız kaçakların yaşamları pahasına kaçmalarını engellemek için ateş edip öldürmelerine izin veren kanun, olaydan daha sonra yürürlüğe giren, Doğu Almanya'nın taraf olmadığı Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine aykırı bulunmuştur.⁴⁹ Mahkeme, yorumu, fiilin gerçekleştiği tarihte benimsenmiş olana değil, daha iyi ve adil olan sonrakine izafe etmesi, geçmişe uygulama yasağıyla çelişmez görülmüştür. Çünkü geçmişe uygulama yasağının amacı, güvenin korunmasıdır. İnsan haklarına düşman bir yorumun, hukuken güven sağlaması mümkün değildir.⁵⁰

5) Radbruch Formülü ve Kanunun/İçtihadın Geriye Yürümezliği

Kişilerin suç işledikleri tarihte yürürlükte bulunan kanunlara göre ve o kanunların düzenlediği cezalarla cezalandırılması, ceza yargıla-

⁴⁸ Radbruch, s. 85 ; Metin-Heper, s. 51, 70

⁴⁹ Metin-Heper, s. 55

⁵⁰ Schlink, s. 42

masının temel ilkesidir. Suçta ve cezada kanunilik olarak adlandırılan bu ilkeye göre, ceza kanunları geriye yürümez.

Nasyonal Sosyalist hukukun, geçmişteki hukuk dışı uygulamaları ile ceza hukuku kurallarının yardımıyla hesaplaşabilme, zamanaşımı ve geçmişe yürüme sorununun çözümüne bağlıydı. Bulunan çözüm, politik nedenlerle ceza takibinin felç olduğu yerde zamanaşımı da işlemeyecektir. Radbruch formülüne göre geçmişe uygulama yasağı, sadece olağan hallerde uygulama alanı bulur.⁵¹

Bireylerin güveni, fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan kanunun, adaletle karşıtlık içinde olması halinde korunur. Kanun, adalete katlanılmaz şekilde aykırı ise, doğru olmayan kanun olarak pozitif düzenleme adalete boyun eğmek zorundadır. Hukukun, fiilin gerçekleştiği tarihteki devlet pratiğinde olduğu gibi gelecekte de insan haklarına aykırı bir nedenin tanınmasını sağlayacak şekilde uygulanacağı beklentisi, korunmaya değer değildir. Demokratik Almanya hukukunun doğru yorumunun, geçmişe taşınması keyfilik değildir.⁵²

“Olması gerekeni, geriye dönerek olana üstün tutma” tabii hukuk açısından tutarlıdır. Ancak böyle bir yorum, Radbruch formülünün de ötesine geçmektir. Ceza hukuku ve anayasal açıdan sorunlu olduğu açıktır.⁵³ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Takibat Kanununda olduğu gibi henüz dolmamış zamanaşımı sürelerinin uzatılması ya da kaldırılmasını hukuka uygun bulmuş, anayasaya ve ceza kanunlarının geçmişe yürümeyeceği ilkesine dair eleştirilere katılmamıştır.⁵⁴

Kanunun geriye yürümezliğinin askıya alınması, insan haklarına dayalı hukuki güvenliğin geriye doğru inşasıdır. Belli bir dönemde yapılmış ağır, katlanılamaz ve tahammülü mümkün olmayan hukuk uygulamalarının, bugünkü doğru yorumla yeniden tartışılması, değerlendirilmesidir. Bireyin hukuki güvenliği sağlanırken, kanunu yapanların, haksız uygulamalara imza atanların, sorumluluktan kurtulamayacakları mesajı verilir. Geçmişle bugünün uyumlulaştırılması sağlanır. Hukuk düzeninin zamanaşımı, geçmişe yürümeme,

⁵¹ Schlink, s. 85 , 91

⁵² Schlink, s. 46, 92 ; Metin-Heper, s. 58

⁵³ Schlink, s. 84, 88 ; Metin-Heper, s. 58

⁵⁴ Schlink, s. 86

af çıkartılmış olması gibi bazı kuralları, ağır insan hakları ihlalinin üzerinin örtülmesi gerekçesi olamaz. Tabii hukuka uygun olan bu yorum tarzı, gelecekteki olası ağır haksızlıkları, gaddarlıkları önlemek, yetkinin kötüye kullanılmasına engel olmak, yargı bürokrasisini ve halkı, ortak bir tarihe karşı bilinçlendirmektir. Hukuk, yaşanmış olanın tekrarlanmaması için unutmayı ortadan kaldırarak hatırlamayı gündemde tutar.⁵⁵

IV) İnsan Haklarına Dost Yorum

Radbruch formülü, bir kanunun sadece kanun olduğu için uygulanmayı hak etmediğini gösteren, hukuk ile ahlak arasında bütün toplumların taraf olduğu üstün değerler olan insan hakları ile bağlantı kuran bir yaklaşımdır. Kabul ve tahammül edilemeyecek kadar ağır insan hakları ihlali içeren bir kanuna direnme hâkimin görevidir. Hâkim böyle bir kanunu uygulamamak zorundadır. Uyguladığı takdirde ne hâkimlik teminatı, ne anayasal yargı bağımsızlığı ne de pozitif norma uyma yükümlülüğü onu sorumluluktan kurtarmayacaktır. Çünkü adalete katlanılmaz derecede aykırı olan kanun, doğru hukuk olmadığından yok hükmündedir. Yok hükmünde bir kanununa uyulmaması sorumluluk doğurmayacak, uygulanması ise keyfi ve maksatlı davranıldığı için sorumluluk gerektirecektir.

Pozitif düzenlemelere karşı direnme, istisnaen başvurulabilecek, olağanüstü durumlara mahsus bir uygulamadır. Olağanüstü şartlar, zorunluluk olarak beraberinde olağanüstü yorum kurallarını getirmektedir. Olağan zamanlarda ise norma bağlılık esastır. Olağan zamanlarda bağlı kalınacak normlar, hak ihlalleri içerebilmektedir. Normun iptali için hukuki mekanizmaların harekete geçirilmesi yanında, normun, toplumların üstün ortak değeri olan insan haklarına göre yorumlanması gerekir. Yorum kurallarından faydalanılarak normun anlamı açığa çıkartılırken, varılacak sonuç kimi zaman norm kadar hak ihlallerine yol açabilir. Bu durumda yorum kuralına, insan hakları ile derinlik kazandırmak gerekir. İnsan hakları ilkeleri, her norma içkindir. Normun yorumunda ulaşılabilecek doğru anlam, insan hakları ile uyumlu olmalıdır. Nasıl ki kanun, sadece kanun olduğu için uy-

⁵⁵ Metin-Heper, s. 62

gulanamaz, yorumda varılan sonuç o olduğu için kabul edilebilecek yorum olamaz. Normu geçerli yapan gibi yorumu da kabul edilebilir kılan, insan hakları dostu olup olmadığıdır.

Hangi yöntem ya da araç benimsenirse benimsensin, yorum, metindeki söz dizinleri ile çizilen sınırın içindedir. Bu kabul, sadece fiziki bir sınıra işaret eder. Varılan anlamın doğru ve meşru olduğunu test etmek için metne içsel olan, yorumun insan haklarına dost olup olmadığı gibi bir argüman kullanmamız gerekir. Ancak bu şekilde yorumu hukuk devleti ilkelerine uygun hale getirmek mümkündür.

V) Hukuk-Ahlak İlişisine Dair Hart-Fuller Tartışması

Hukuki pozitivistizmin genel kabul gören ayrılabilirlik tezine göre hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantı yoktur, hukuk ile ahlak iki ayrı kavramdır. Hukuk ile ahlakın iki ayrı kavram olması, hiç bir şekilde ilişkili olmadıkları anlamına gelmez. Hiç bir hukuki pozitivist, hukuk-ahlak kavramlarının bağlantılı olmadığını ileri sürmez. Hukuki pozitivistizmin ayrılabilirlik tezi, hukuk-ahlak ilişkisine dair tam olarak şunu savunur; bir normun hukuk sayılabilmesi ya da hukuken geçerli olması için bir dizi ahlaki norma dayanmasına gerek yoktur. Hukuk normları, ahlakın belli gereklerini karşılamak ya da yeniden üretmek zorunda değildir.⁵⁶ Ahlaka ve adalete aykırı hukuki normlar, var oldukları hukuk sistemine göre geçerli ise, ahlaka ve adalete aykırı olmaları ya da içeriklerinin adaletsiz/haksız olması, geçerli bir norm olmalarını engellemez. Önemli olan biçimsel geçerliliğidir. Normun geçerliliği, meziyetine ve içeriğine göre değil, kaynağına göre belirlenir. Yetkili bir kaynağın oluşturduğu hukuki norm, "olan" normdur ve geçerlidir. Hukuki pozitivistizm, olan normla ilgilenir.⁵⁷ "Olan norm" dururken "olması gereken" normu aramak, hukukun dışına çıkmaktır.

Aralarında farklılıklar olsa bile bütün hukuki pozitivistizm savunucuları, bir kuralın hukuk olarak kabul edilebilmesi için iki unsurun varlığında birleşir; a) kurallara uygun şekilde bir otorite tarafından yürürlüğe konma b) toplumsal etkililik. Kuralın hukuk olması için

⁵⁶ Kenneth Einar Himma, Hukukun Ahlaki Kriterleri, Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma, Ankara 2010, Terc. Saim Üye, s.30-33

⁵⁷ Aktaş, s. 89-90

içeriğinin doğru olup olmamasının önemi yoktur. Hukukla ahlak arasında zorunlu kavramsal bağlantı yoktur.⁵⁸

Hukuki pozitivizmin bağdaşım tezine göre bir normun geçerliliği, onun içeriğinin ahlaki niteliklerle ilişkili olması gerektiği görüşüne dayanır ve yeterlilik ve geçerlilik şeklinde iki bileşeni vardır. Yeterlilik bileşenine göre bir normun hukuken geçerli olabilmesi için ahlaki ilkelerin içeriğini yeniden üretiyor olması yeterli koşuldur. Buna göre yeterlilik bileşeni, resmen onaylanmamış bir normun ahlaki içeriği itibarıyla hukuken geçerli olabilmesinin yolunu açar. Gereklik bileşene göre bir normun hukuken geçerli olabilmesi için içeriğinin bir dizi ahlaki ilkeyle uyumlu olması gerekir. Gereklik bileşeni ise, resmi onay görmüş hukuk kuralın ahlaki sınır getirmeyi mümkün kılar. Bir normun geçerli olabilmesi için, bazı ahlaki ilkelerin içeriğiyle mantıksal bağlantısının olması gerekir.⁵⁹

Bağdaşım tezinin gereklik bileşeni, Hart-Fuller tartışmasında Fuller tarafından ileri sürülmüştür.⁶⁰ Fuller'e göre hukuki pozitivistler, hukuku yetkili kaynaktan çıkıp vatandaşa dayatılan bir yapı olarak algılar. Oysa hukuk, yönetenle yönetilen arasındaki işbirliğidir. İşbirliğinin olmadığı hukuk zorbalıktır. Hukukun genel amacı, insan davranışlarını genel kuralların yönetimine, rehberliğine bırakmaktır. Bu genel amaç, insanların birbiri ile iletişim kurmaları ve işbirliği yapmaları şeklindeki diğer amaçlara hizmet eder. Bu amaçların gerçekleşebilmesi için hukuk kurallarının insan davranışlarına rehberlik edecek kadar öngörülebilir ve güvenliği sağlayıcı niteliklere sahip olması gerekir. Bir hukuk sistemi, hukuk devleti idealini gerçekleştirebilmek için anlaşılabilir amaçlara ve bu amaçları gerçekleştirebilecek araçlara sahip olmalıdır. Bir hakim, kanunun amacını dikkate almadan onu doğru yorumlayamaz. Bir kural, anlaşılabilir amaçlar içermezse ve asgari yeterli araçlara sahip olmazsa hukuk sayılamaz. Amaç, olan hukuk ile olması gereken hukuk arasındaki mesafeyi kapatan bir standarttır.⁶¹

Fuller'e göre hukuk, amaçsal bir faaliyettir. Hukuk, insan davra-

⁵⁸ Heper, s. 66, 67

⁵⁹ Himma, s. 31

⁶⁰ Himma, s. 32

⁶¹ Aktaş, s. 63, 81, 103

nışlarına rehberlik edecekse kendi içinde ahlaki bazı ilkelere uygun olmalıdır. Hukukun içsel ahlakı (inner morality of law) olarak adlandırılan bu ilkeler, insan davranışlarını kuralların yönetimine bırakarak öngörülebilirliği, dolayısıyla hukuki güvenliği sağlar. İnsan davranışına rehberlik edecek kurallar, bir süreç içinde kendi içsel ahlaki kurallar sistemi oluşturur.⁶²

Fullerin, hukukun içsel ahlakı olarak sıraladığı ilkeler şunlardır;⁶³

- Kurallar genel terimlerle ifade edilmelidir (genellik). Genellik kuralın kapsamı ile ilgili değildir. Kural, belirli bir süre aynı/benzer sorunların aynı şekilde çözülmesine imkan tanınmalıdır. Hukuken öngörebilmek ve hukuki güvenliğe sahip olmak için kuralın, benzer durumlar için benzer standartlar geliştirebilme özelliği bulunmalıdır.
- Kurallar ilan edilmeli, alenen yayımlanmalıdır (ilan edilme). Kurallar, uygun araçlarla ilan edilmeli, halka duyurulmalıdır.
- Kural, geleceğe dönük olmalı ve geçmişe yürümemelidir (geriye yürümezlik). Fuller açısından bu kuralın istisnaları olabilir. Bu istisnalar, haksızlığı haklı çıkarma girişimleri için değil, bireylere hakkını almak için tanınmış istisnalardır.
- Kural açık ve anlaşılabilir terimlerle ifade edilmelidir (belirlilik). Kuralların rehberlik edebilmesi için, herkes tarafından anlaşılabilir açıklıkta olması gerekir.
- Kurallar birbiri ile tutarlı olmalıdır (bağdaşabilirlik). Birbiri ile bağdaşmayan kurallar, birbirine rakiptir ve biri diğeri ile mücadele içindedir. Bu nedenle bağdaşmayan kurallar, kendilerine itaat edilmeyi güçleştirir.
- Kurallar, onlardan etkilenecek kişilerden, güçlerini aşan davranışlar istememelidir. (imkânsız istememe) Kurallar, onlardan etkilenecek kişilerden yapabilecekleri şeyleri istemelidir. İnsandan, gücünün ötesinde şeyler talep etmek ahlaka ve özgürlüğe aykırıdır. Örneğin sorumluluğun kusurla sınırlanması, güç yetirilebilecek bir talep ileri sürmektir.

⁶² Aktaş, s. 9-10

⁶³ Aktaş, s. 16-32 ; Himma, s. 32

- Kurallar, onlardan etkilenecek kişilerin güvenini sarsacak şekilde sık sık değiştirilmemelidir (süreklilik/istikrar). Kuralların, insanların davranışlarını ayarlayamayacak kadar sık değiştirilmemesi gerektiğini ifade ederken, hiç değişmemesi gerektiğini ya da uzun bir süre değişmemesi gerektiğini ileri sürmez. Kuralların, zaman içinde istikrar sağlamaya elverişli olmasını ifade eder.
- Kurallar, dile getirilişlerine uygun biçimde uygulamaya dökülmelidir (resmî eylemler ile ilan edilen kuralların örtüşmesi). Kurallar ile kuralların fiilen uygulaması arasında uyum olması gerekir. Yorum yanlışlıkları, hukuka erişememe, hukuk sisteminin bütününe ilişkin kavrayış yokluğu, rüşvet, önyargı, kayıtsızlık, vurdumduymazlık ve kişisel güç, kuralın içeriği ile uygulaması arasındaki uyumu bozan, hukukun içsel ahlakına zarar veren bazı durumlardır.

Kural ile uygulama arasında uyumu sağlamanın en önemli aracı, yorumdur. Hakimler, kuralları kendi beğenilerine ya da kuralların anlamsız lafzına göre değil, uygun yorum ilkelerine sadık kalarak uygulamalıdır. Uygun yorumu yapmak için tarafsızlığın sağlanması gerekir.

Fuller'in hukukun içsel ahlakı olarak savunduğu ilkeler, ahlakla ilgisi olmadığı, hukuk devleti/hukukun üstünlüğü ilkeleri, amaçları gerçekleştirme açısından hukuku iyi-kötü şeklinde niteleyebilmek için geliştirilmiş etkililik kuralları olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. H.L. Hart'a göre *bu ilkeler, iyi zanaatkarlığın ilkeleri gibidir*. Marangozluğun ilkeleri, marangozun ne yaptığı ile ilgilenmez. Sadece nasıl yapması gerektiği ile ilgilenir. Marangozluğun ilkeleri, marangoza sandalye ya da işkence aleti yapıp yapmaması gerektiğini söylemez. Ancak yapması gereken aletleri nasıl yapması gerektiğini söyler. Fuller, amaçsal faaliyetler ile ahlaki ilkeleri birbirine karıştırmıştır. Yapılacak şeyin amaçsal ilkeleri, ahlaki ilkeler olarak nitelendirilemez. Birisini zehirleyerek öldürme de amaçsal bir faaliyettir. Bu faaliyetin başarıya ulaşabilmesi için kendine özgü bir kısım ilkelerin takip edilmesi gerekir; *zehirin güçlü olması, kokusunun bulunmaması gibi*. *Bu ilkeler, faaliyeti başarıya ulaştıracak ilkelerdir. Bu ilkeler, bir amacı başarıya ulaştırmada etkili ise de, ahlaki ilkeler olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir.*⁶⁴

⁶⁴ Aktaş, s. 43

Kinci muhbir davasında Hart, Alman mahkemelerinin kanunu yok sayan uygulamasını benimsemez. Hart'a göre *kinci muhbir cezalandırılmalıdır ancak bunun yöntemi, bir kuralı yok saymakla mümkün olamaz. Bunun yerine geçmişe yürüyen bir kanun çıkartmaktır. Bu durumda iki kötünden daha hafif olanı benimsenir ve belirlilik ilkesi ihlal edilmiş olunmaz. İlk kötülük, kadının cezasız kalmasıdır. İkinci kötülük ise geçmişe yürüyen kanun yapmaktır. İlki çok daha kötü olduğundan daha az kötü olan geçmişe yürüyen kanun yapmak suretiyle sorunun çözümü, daha uygundur.* Hart, bu görüşü ile hukuki pozitivizmin ayrılabilirlik tezine sadık kalmıştır. Fuller de tıpkı Hart gibi geriye yürürlüğü olan kanun yapılması fikrine itiraz etmez. Fuller'in Hart'la örtüşen bu düşüncesi, ceza hukuku yoluyla geçmişle acilen hesaplaşılabilmesi, normal kurallara göre devam eden bir yapıya dönülmesi ve hukuksal ahlakın içeriklerinin saygı gördüğü bir ortamın geri getirilmesi içindir. Fuller, Radbruch'un yanında yer alarak Nazi dönemindeki bazı kuralların hukuk sayılamayacağı fikrine katılır. Hakimlerin, adalet içeriğinden yoksun ve haksızlık üreten kanunu, "bu hukuk değildir" diye yok saymak yerine "bu hukuktur ancak o kadar kötüdür ki uygulamayı reddediyoruz" demeleri, ahlaki bulanıklığı en üst düzeye çıkartır. Fuller'e göre hart, Nazi dönemi kanunlarını sorgulamaksızın hukuk olarak kabul etmektedir. Ahlakla hukuk arasındaki zorunlu bağın koparılması, diktatörlüğe elverişli bir zemin hazırlamıştır. Alman hukukçuları hukukun içsel ahlakına duyarsız kalarak, yapılan her kanunu hukuk adına kabul ve uygulamaya razı olmuştur. Bu durum ise Nazizme yardım etmekten başka bir anlam taşımaz.⁶⁵

VI) Kanunun "Kanun" Olması ya da Kanunun Meşruiyeti

Bir kanunun meşruiyetinden söz ederken, kanunun sadece kanun olduğu için uyulmayı ve uygulanmayı hak etme özelliğinden bahsetmekteyiz. Bir vatandaş ya da hâkim, norm olarak var olmuş, şeklen yürürlüğe girmiş ve içerdiği anlam itibariyle doğrudan beşeri davranışlara hitap eden, müeyyide ile donatılmış bir düzenlemenin meşru olup olmadığını sorgularken, uymayı ve uygulanmayı hak edip etmediğini tartışmaya açmış demektir. Bu tartışma, demokratik bir ülkede,

⁶⁵ Aktaş, s. 93-98 ; Metin-Heper, s. 39-40

meşru ve seçilmiş bir parlamentonun, usulüne uygun şekilde kabul ederek resmi gazetede yayımladığı, adı kanun olan metnin hukuk düzeninde sonuç doğurmaya elverişli olup olmadığını sorgulamaktır.

Meşruiyet, hukuki pozitivizm açısından, yapılan işin, ortaya konulan neticenin bir hukuk normuna uygun olmasıdır. Hukuki pozitivizmin kanunu yücelten anlayışına uygun düşen bu yaklaşım, kanunu meşruluğun yegâne kıstası yaparken, kendi meşruluğunu perdelemektedir. Cevabını aradığımız soru, kanun meşruiyetini nereden alır olunca Kelsen'in, "hukuk ilkesi meşruiyetini normlar hiyerarşisinde kendinden bir yukarı mevkide olan normda bulmaktadır" cevabı yeterli olmamaktadır. Çünkü daha aşağıdaki norma meşruiyet veren üst norm, kendi meşruiyetini nereden alır sorusu cevapsız kalmaktadır. Sonradan oluşturulan kural, kurum ve olgular, totolojik anlayışla birbirinin meşruiyetine kefil olamaz. Meşruiyet, daha o kural ve kurumlar yokken var olan üstün bir değeri, geçerlilik referansını ifade eder.

Pozitivist teoriye göre (Kelsen) normatif düzen, normlarının geçerliliği aynı ve tek bir temel norma (Grundnorm) dayandırılan normlar düzenidir. Bu temel norm, diğer normların geçerliliğinin kaynağını oluşturur. Bir norm, üst norma uygunsa geçerlidir. Üst normun, onun da üstünde bulunan normun geçerliliği nedir sorusu, sonsuza kadar uzatılamaz. Kaçınılmaz olarak bir normda durmak gerekir. Bu norm ise temel normdur. Temel normun geçerliliği ise sadece bir varsayım, kabul ve hipotezdir. Kelsen'e göre temel normun geçerliliği, başka bir norma dayanmaz, geçerliliği bir soru konusu yapılamaz.⁶⁶ Pozitivistlerin anlayışına göre egemen güç tarafından kurallara uygun olarak yürürlüğe konulan kural hukuktur. Hukuk olan kural ise meşrudur. Bu durumda kanun, meşruluğunu egemen gücün buyurmasından alır.

Hukuki realizme göre normun geçerliliği, etkililiği ile belirlenir. Bir norm, nedeni ne olursa olsun, muhatapları tarafından kabule ve itaat edilmeye mazhar oluyorsa, mahkemeler tarafından uygulanıyorsa etkilidir.⁶⁷

⁶⁶ Gözler, s. 73-77

⁶⁷ Gözler, s. 64-72 ; Ender Ethem Atay, "Hukukta Meşruiyet Kavramı", GÜHFD, Aralık 1997, Cilt 1, Sayı 2, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_10.pdf, (Erişim 15.11.2014), s.47 vd (Not : sayfalandırmalar, PDF metne göre yapılmıştır)

Tabii hukuk açısından ise geçerlilik, olan ile olması gereken arasındaki uyumlulukta aranır. Olması gereken, ideal, ahlak, din gibi değerlerle ilgilidir. Olan, bu değerlere uygun ise kural geçerli, aksi halde geçersizdir. Hukukun geçerliliğinin, ahlak, adalet, refah, ortak iyilik, hak ve özgürlükler, sosyal dayanışma gibi değer yargılarına dayalı hukuk dışı kaynaklarda aranması, değer yargılarının objektif olmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Örneğin bir normun, adalet içeriğinden yoksun olması gerekçesi ile geçersiz sayılması durumunda hangi adalet içeriğinden yoksunluk sorusu yanında adalet içeriğinden yoksunluğa kimin karar vereceğinin belirlenmesi de önem kazanmaktadır.⁶⁸

Kanunun meşruiyeti sorunu, teorik olarak tartışıldığında, herkesi tatmin edecek cevaplar üretilmesi mümkün olmayan, içinden çıkılmaz bir durum gibi görünmektedir. Hukuki pozitivizmin tabii hukuk karşısındaki en önemli avantajı, belirli ve somut normlar sistemine sahip olması ve hukuk düzeninin bu normlara göre işlemesidir. Elle tutulan, gözle görülen bir somutluğa karşı, varlığı bilinen ancak içeriğinde anlaşılabilen değerlerin yarışında somutluk, bir adım önde görünmektedir.

Hukuki pozitivizmin, kanunların rasyonel, eşitlikçi, soyut, adalet içerikli olacağı varsayımının, Hitler ve Pol Pot örneğinde görüldüğü gibi her zaman doğru olamayacağı açıktır. Bu nedenle hukuk ve felsefenin işbirliği yaparak, kanunun meşruluğunu, buna bağlı olarak da vatandaşın uymama, hâkimin ise uygulamamak suretiyle direnme hakkını formüle etmesi gerekir. Demokratik bir düzende yönetsel meşruluk, yönetime talip olanların davranışlarını belirlemede nasıl önemli bir işlev üstlenmiş ise kanunun meşruluğu da yönetenin yapacağı kanunların asgari içeriğini belirlemede aynı işlevi üstlenecektir. Kanunun meşruluğunu temellendirmede ne kadar eleştirilirse eleştirilsin, tabii hukukun rolü diğerlerine göre belirleyici olacaktır. Tabii hukuk, içerik belirleme işlevine sahip değil ise de, sahip olduğu değişmez değerler dizisi yardımı ile içeriğin hukukiliğini, meşruiyetini dolayısıyla geçerliliğini tartışabilir.

Meşruiyet kavramı, değerlendirmeye esas olan kurum veya kuralın üstünde, kurum ve kural olmadan oluşmuş, ahlak, insan hakları,

⁶⁸ Gözler, s. 56-63

etik, adalet, eşitlik ve hukuk gibi değerlere dayanan, genellikle toplumun kabulü ile sınanan bir durumdur. Kısacası “hukukun”, “ahlakın” ve “geçerliliği olan bir değer” üzerine kurulmuş olan kurum veya kural meşrudur. Bu nedenle meşruiyet, yetkili organlar tarafından konulmuş olan bir kanuna uygun olmayı belirten hukukilik kavramından farklıdır. Zira hukuk kuralları meşruiyete doğrudan doğruya bir kıstas oluşturma niteliğine her zaman sahip değildir. Çünkü var olan hukuk normları, varlıklarının meşruluğunu muhtelif esaslara göre ispat etmekle yükümlüdür.⁶⁹

Kanunun meşruluğu, şekli geçerliliği (pozitif ulusal normlara uygun yürürlüğe girişi) ve egemen gücün onu kanun olarak ortaya koyma iradesinden bağımsızdır. Bu yaklaşım, hukuki pozitivistlerin “kanunilik eşittir meşruluk” formülünü reddeden bir bakıştır. Kanunun meşru olup olmadığı tartışmaya açılırken ilk başvurulacak argüman, kanunun yöneldiği amacın belirlenmesidir. Her kanunun bir amacı vardır. Radbruch’un, somut tarihi gerçekliğe dayanan ve henüz çürütülmemiş “adalet içeriğinden yoksun ve bizatihi kendisi adaletsizlik kaynağı olan kanunun, bu özelliği nedeniyle uyulmayı ve uygulanmayı hak etmediği, hukuk vasfı almadığı dolayısıyla yok hükmünde olduğu” tezinden hareketle kanun, adalet içeriğinden yoksun ise, eşitliği dışlayıcı bir karaktere sahipse, katlanılamaz biçimde insan haklarını kaldırıyor, askıya alıyor ya da yok sayıyorsa meşru değildir.⁷⁰ Meşruluğun değerlendirilmesinde ilk kalkış noktası olan insan hakları hukukuna göre kanuna içerden bakış, kanunun amacı kadar kanun koyucunun amacını da sorgular. Kural olarak kanunun amacı, kanunun metniyle ifade edilen nesnel iradesine göre belirlenir. Ancak meşruluk tartışmasında ister istemez kanunun amacıyla kanun koyucunun amacının birlikte ele alınması gerekir. Çünkü açıkça adalet içeriğinden yoksun kanun yapma eylemi, yetkinin kötüye kullanımı olarak bir sıradışılığa, farklılığa, genelden ayrılmaya işaret eder. Kanunun araçsallaştırılarak insan hakları karşıtlığının hizmetine açılması, açıkça bir kötülüğün talebidir.

⁶⁹ Atay, s. 3

⁷⁰ Benzer yaklaşım için Bkz, Levent Köker, “Kanunilik ve Meşruluk; Türk Hukuk Kültürüne Eleştirel bir Yaklaşım için Notlar”, http://leventkoker.blogspot.com.tr/2013/12/kanunilik-ve-mesruluk-turk-hukuk_12.html, (Erişim, 30.01.2015)

Peczenik'e göre demokratik bir toplumda da gayrı adil kanunlar olabilir. Kanunun gayrı ahlaki/gayrı adil içeriği apaçık değilse, uygulayıcılar, yorum yoluyla adaletsizliği giderme imkanına sahiptir. Hitler ya da Pol Pot'un kanunları örneğinde görüldüğü üzere hukukun aşırı gayrı ahlakiliği/gayrı adillliği o kadar apaçıktır ki yorumcuya hareket alanı bırakmaz. Bir normun geçerli hukuk olarak vasıflandırılabilmesi için diğer koşulların yanında ahlaki bir ölçüye de ihtiyaç vardır. Bir normatif sistem, ancak çok fazla ve ağır gayrı ahlaki/gayrı adil norm ve uygulama içermiyor ve üretmiyorsa toplumsal olarak yerleşmiş hukuktur. Neyin çok ağır ve çok fazla olduğuna karar verecek olan ise ahlaki muhakemedir. Aşırı gayrı ahlaki/gayrı adil kanunlar, geçerli değildir ve yükümlülük yaratacak bir sistem doğurmaz. Demokratik yöntemler kullanılsa bile her ülkede yasama süreci mükemmel ve ideal bir tarzda işlemez. Bu nedenle kanunların aşırı gayrı ahlaki/gayrı adil olduğu iddiasının genişletilmemesi gerektiğini savunur.⁷¹

Peczenik, bir hukuk sistemini ahlaki açıdan kabul etmemize imkan sağlayacak bazı olgusal ilkelerden bahseder. Bunlar özetle şöyledir; normatif bir sistemin uygulanması, a) aşırı acıya neden olmamalı, b) çok sayıda insanın önemli tercihleri ile aşırı derecede çelişmemeli, d) beşeri kabiliyetlerin inkişafını aşırı derecede engellememeli, e) önemli toplumsal pratikleri karakterize eden hedeflerle açıkça çelişmemeli, f) eşitlik ilkesi ile aşırı derecede çeliştiğinde aşırı adaletsizliklere yol açmamalı, g) toplumun zayıf üyelerinin korunması ilkesi ile aşırı derecede çeliştiğinde aşırı adaletsiz olmamalı h) bireylerin kendi emeklerinin ürünleri hakkında karar verebilecekleri ilkesi ile aşırı derecede çeliştiğinde, aşırı adaletsiz olmamalıdır.⁷²

Radbruch'tan bu yana demokratik toplumlarda da adalet içeriğinden yoksun kanunların olduğu kabul edilerek bunların meşruiyeti ve geçerliliği/bağlayıcılığı sorununa yaklaşımda adalet ve ahlak gibi metafizik kavramlar yanında insan hakları ve eşitliğin kalkış noktası yapıldığı görülmektedir.

Kanunun meşruluğu tartışmaya açılırken, ortak kalkış noktası olan metafizik kavramların, norma içerden bakış yanında, prosedürel

⁷¹ Peczenik'ten naklen Uzun, s. 122, 125, 135, 219

⁷² Peczenik'ten nakleden Uzun, s. 136

yönünü de sorgulayan araçlar olduğu anlaşılmaktadır. Radbruch formülü, norma içeriden bakış imkânı sunarken Peczenik'in olması gereken olguları ile Fuller'in "hukukun içsel ahlakı" olarak sıraladığı ilkeler ise meşruluk testinde prosedürel bakışa olanak sağlamaktadır.⁷³ Bu durumda kanunun meşruluğu açısından önce Radbruch formülü, daha sonra da Peczenik ve Fuller'in belirlediği ilkelerin yol göstericiliğine razı olmak, pozitif metnin tabii hukuk ve ahlak süzgeçlerinden geçirilmesi demektir.

Kanunun adalet içeriğinden yoksun olması nedeni ile uyulmayı ve uygulanmayı hak etmediği, dolayısıyla yok hükmünde olduğu tespiti ancak bir yargısal kararla mümkün olacağından, bu tespit, politik düzene yönelmiş en ağır söylemdir. Üstelik erkler ayrılığının geçerli olduğu bir düzende yargı erkinin doğrudan yasamayı dolaylı olarak da yürütmeyi hedef almasıdır. Bu nedenle yokluk tespitinin, ancak olağan üstü dönemlere mahsus ve sıkı şartlara tabi olduğunu tekrarlamak gerekir. Kural olarak yasama, politik tercihlerine göre yeni kanunlar yapar, var olanları değiştirir ya da yürürlükten kaldırır. Yargı, yasamaya nasıl ve hangi içerikte kanunlar yapması gerektiğini söyleyemez. Yapılan kanunların pozitif üst normlara uygunluğunu denetlemek suretiyle gerekirse iptallerine karar vermek, metafizik ilkelere dayanarak yokluk tespitinden farklıdır. Pozitif üst normlara uygunluk denetimi yapmak, politik düzenin bir kısım tercihlerinin (kanun, yönetmelik, vs.), yine politik düzenin daha üst ve önemli tercihlerine (Anayasa, AİHS) uyumluluğunu sağlamak, bu şekilde çatışmayan ve çelişmeyen normatif düzen inşa etmektir. Metafizik denetim ise, muhtemelen üst norm denetiminden geçmiş politik düzenin bir kısım tercihlerinin ideallere uygunluğunu sınamaktır. Bu sınamada kuşkusuz ki hakimler, kendi politik görüş, düşünce, inanç ve dünya görüşlerine, haklı bile olsa endişelerine göre değil, sınamaya tabi tutulan kanunun fiilen ortaya çıkardığı somut durum ve olguların halkın zararına işlediği gerçeğine dayanmalıdır.

Bir kanunun meşruiyetinin bulunmadığı, uyulmayı ve uygulamayı hak etmeyecek kadar adalet içeriğinden yoksun olduğu, dolayısıyla yok hükmünde olduğu sonucuna varmak için diğer düşünürler gibi

⁷³ Benzer yaklaşım için Bkz Köker,

kalkış noktamız adalet ve ahlak gibi metafizik değerler ise de, bunların somutlaştırılabileceği düşüncesindeyiz. Kanunun meşruiyetinin sorgulanmasında içsel ve prosedürel olmak üzere iki aşamalı bir yöntem takip etmek gerekir.

Aynı içerikli kanunun değişik hukuk düzeni içinde ifade ettiği anlamın ve dolayısıyla uygulamasının birbirinden farklı olması gibi meşruluğu da öncelikle yerel bir sorundur. Kanunun anlamı ve uygulaması ya da muhtemel sonuçları o hukuk düzeni içinde hukuk camiasında oluşan, belirli bir uzlaşmayı yansıtan öngörüye konu olabilir. Bahsedilen öngörü, kanunun meşru olup olmadığı için de geçerlidir

1) Kanunun Meşruiyetinin Tespitinde İçsel Yöntem

Kanunun meşruiyetinin tespitindeki içsel yöntem, amacının sorgulanmasıdır. Kanunun amacına ilişkin araştırma, adalet ve ahlak gibi metafizik ilkeleri somutlaştırmanın yanında insan hakları ve eşitlik gibi ilkeleri sağlamayı hedefleyip hedeflemediğini test etmenin en somut yöntemidir.

Hangi hukuk sistemi olursa olsun, kanun adaletsizliğin aracı olmaz. Kanun, belirli durumlar ve ihtiyaçlar için ortaya konulan politik bir tercihin ürünüdür. Halka faydalı olan, halkın iyiliğini, düzeni ve istikrarı sağlamayı hedeflemiş bir kanun, kabul edilebilir meşru amaçlara yönelmiştir. Kanunun gerekliliğine ilişkin kanun koyucuda beliren sebep ve saikler, meşru amaçlara hizmet edip etmeyeceği konusunda fikir verir. Kanunun varlık nedenini oluşturan bu gerekçeler, meşruiyetinin de ilk işaretleridir.

Kanunun var oluş nedeninin sorgulanması, arkasında yatan düşüncenin açığa çıkartılması, haklı ve kabul edilebilir amaçlara hizmet edip etmediğini ortaya koyacaktır. Amaç araştırması, politik tercihlerin ya da politik tercihlerin neden o yönde kullanıldığının sorgulanmasına dönüştürülemez. Amaç araştırması, sadece kanunun adalete hizmet edip etmeyeceği, yerleşik ve genel kabul görmüş ahlaki değerlere uygunluğu, eşitliği ihlal edip etmeyeceği ve nihayet insan haklarına uygunluğun sorgulanması ile sınırlıdır. Aksi halde amaç araştırması, hakimlerin kanun şeklinde belirilmiş politik tercihler üzerinde denetimi halini alır. Amaç araştırması, adalet ve ahlak gibi me-

tafizik değerler yanında eşitlik ve insan hakları gibi ilkelerin korunup korunmadığına dair saf hukuksal bir faaliyettir. Amaç araştırmasının saf hukuksal bir faaliyet olabilmesi için tamamen hukuk kural ve ilkelere dayanması gerekir. Karşı politik tercihler, ciddi ve haklı bile olsa kaynağı siyasi olan kaygılar, farklı dünya görüşlerine dayanan endişeler, bu değerlendirmede yer alamaz.

Kanunun amacı, kanun koyucunun amacını da ele verir. Çünkü kanun koyucu, amacını kanunla ifade etmektedir. Kanunun amacı meşru değilse, kanun koyucunun amacı da meşru değildir. Politik tercihler, genel eğilimi yansıtır. Meşru olmayan kanunun içine gizlenen ya da meşru olmayan kanunla vasıtasız ifade edilen haklılaştırılmış talepler ise kanun koyucunun doğrudan amacıdır. Kanun koyucu, meşru olmayan bir kanun ile doğrudan hukuk sistemine müdahale etmekte, meşru olmayan amacına yine meşru olmayan bir kanunla ulaşmak istemektedir. Bu şekilde kanun, meşru olmayan amacı perdeleyen, meşruiyet görüntüsü verilen bir araca dönüşmektedir. Halbuki amaçların meşruiyeti, araçların meşruiyeti ile mümkündür.

Amacın sorgulanmasının nasıl saf hukuksal faaliyet olduğunu göstermek için şu soruya cevap aramak gerekir; Kanun yapma yetkisine sahip olan bir çoğunluğun, sorumlu oldukları iddia edilen soykırımdan kurtulmak için işledikleri suça ilişkin af kanunu çıkartmaları halinde bu kanun uygulanır mı?

Sorunun cevaplanması için iki ilkeden yararlanmak gerekir. Hiç kimse kendi davasının hâkimi olamaz (*Nemo iudex in sua casa*) ve hiç kimse kendisinin çıkarı olan bir konuda hâkimlik yapamaz (*Nemo debet esse iudex in propria casa*). Bu kurallar, bir uyuşmazlığın tarafı olanların, uyuşmazlığı sonuçlandırma yetkisine sahip olamayacağını ifade etmektedir. Ahlak ve adalet, hak ve menfaatlerin çatışması durumunda bağımsız ve tarafsız bir mercii önünde yargılanmayı gerektirir. Kanun yapma yetkisine sahip olanların, işledikleri iddia edilen soykırım suçuna ilişkin af kanunu çıkartmaları, çıkartılan kanunun, kanunu yapanlar açısından sonuç doğurmayacağını gösterir. Çünkü af kanunu çıkartmanın amacı, kanun yapma yetkisine sahip olanların kendi suçlarını hukuk düzeni dışına taşımak, yargılama yoluyla suçlu olup olmadıklarının tartışılmasına olanak sağlamamaktır. Suçun

mağdurlarının etkin şekilde haklarını aramalarına engel olan bu kanun, insan haklarına da uygun olmayacaktır. Haklı ve kabul edilebilir bir amaca hizmet etmeyen, var olan bir yetkinin kötüye kullanılması suretiyle oluşturulmuş, taraf olunan uyuşmazlığı sonlandıran bu kanunun meşru olduğu, kanunu çıkartanlar açısından hüküm ve sonuç doğuracağı iddia edilemez. Hiçbir hukuk sistemi haksızlığı korumaz. Açıkça haksızlığı korumak, adalete ve ahlaka aykırıdır. Saf hukuk ilkelerine dayalı bu yaklaşım, politik tercihlerin ya da politik tercihlerin neden o yönde kullanıldığının sorgulanmasını içermediğinden erkler ayrılığına da uygundur.

Kanunun amacının sorgulanması, her ne kadar saf hukuksal bir faaliyet ise de, bu sorgulama, politik tercihlere etkili olacağından, değerlendirmede politik tercihlerin dışarıda tutulduğunun gösterilmesi açısından objektif bir teyide ihtiyaç duyulabilir. Objektif teyit, kanunun uygulaması ve somut sonuçları ile birlikte ele alınması ile mümkündür. Başka bir deyişle kanunun uygulaması ve ortaya çıkardığı somut sonuçlar, amacın objektifliğini teyit eder. Kanun yürürlüğe konulmuş ancak hiç uygulanmamış olabilir. Bunun yanında uygulanmak istenmiş ancak hukukçuların çaba ve gayretleri sonucunda, kanundan umulan hukuk dışı sonuçlar alınamamış olabilir. Kanunun meşru olmadığı, yargı organları tarafından kabul ve ilan edilen bir sonuç olduğundan en azından bir davada uygulanma ihtimali taşıması gerekir.

Kanunun, amacından hareketle meşruluğunu sorgulamak, ilk aşamada muhtemel sonuçlarını sorgulamak, ikinci aşamada ise somut uygulamasını gözlemlemektir. Kanunun muhtemel sonuçları eşitliği ortadan kaldırma, hak ve özgürlükler açısından mevcut anayasal ve anayasa üstü hukuk düzeninden sapma, adalet içeriğinden yoksunluk, insan haklarını ortadan kaldırma ya da askıya alma gibi tehlikeler içeriyorsa, hukuk düzenince haklı ve kabul edilebilir bir amaca hizmet etmediği söylenebilir. Kanunun somut uygulaması da öngörülen tehlikeleri teyit etmişse amacın meşru olmadığı açıkça ortaya çıkacaktır.

Amacın meşruluğunun ortaya çıkartılması için kanunun uygulaması ve somut sonuçlarının olması her durumda şart değildir. Adalet içeriğinden yoksunluk, insan haklarına aykırılık, eşitliği ortadan

kaldırma apaçık belli ise, uygulama ve somut sonuca bakmaya gerek yoktur. Bir ülkedeki kadın nüfusu % 80 iken erkek nüfusunun % 20 olduğunu varsayalım. Kanun koyucu, kadın-erkek nüfusunun dengelenmesi amacıyla, beş yıl boyunca kız çocuğu doğurmayı yasaklayan, kız çocuklarının ana rahminde iken tahliyesini zorunlu kılan bir kanun çıkartsa, bu kanunun adalet içeriğinden yoksunluğu o kadar açıktır ki, ne uyulmayı ne de uygulanmayı hak eder.

Amacın meşru olup olmadığını tespit edebilmek için kanunun uygulanmasını ve ağır insan hakları ihlallerinin doğmasını beklemek, adeta Nazi dönemi tarihi şartlarını yeniden çağırarak ya da bu şartların tekrarını arzu etmek demektir.

Adalet içeriğinden yoksun ve bizatihi kendisi haksızlık üreten kanun, bireylere ve hukuk düzenine yönelmiş bir saldırıdır. Böyle bir saldırı karşısında bireyler ve hukuk düzeni meşru savunma altındadır. Fiilen gerçekleşmiş bu haksız saldırının bertaraf edilerek bireylerin ve hukuk düzeninin korunması için başvurulabilecek tek etkin savunma, kanunun meşru olmadığının ilanıdır.

2) Meşruiyetinin Tespitinde Prosedürel Yöntem

Kanunun meşruluğunu test eden iki aşamadan ilki, yerel pratiklerle bilinmesi mümkün bir durumdur. Meşruluğu test edecek ikinci aşamada başvurulacak hukuki araçlar kanunun içeriğiyle değil, varlık alemine çıkışı ve hukuki süreci ile ilgilidir. Bu konuda Peczenik ve Fuller'in birbirini tamamlayan, benzer anlamlar içeren tezlerini kabul ettiğimizi, yokluk yaptırımına mahsus olarak sadece iki ilavede bulunduğumuzu ifade etmemiz gerekir.

Kanunun prosedürel eksiklikleri, tek başına meşru olmadığının kabulü için yeterli değildir. Prosedürel eksiklikler, içsel yöntemi destekleyen unsurlardır.

A) Kanun, Şekli Olarak Kanun Olmalı

Yokluk yaptırımına konu olacak kanunun, şekli olarak iç hukukta kabul edilen prosedüre uygun olarak kanun sıfatını alması gerekir. Kanun olarak kabul edilmesine imkan olmayan sakatlıkla malul ka-

nun, zaten kanun olamayacağından adalet içeriğinden yoksunluk nedeniyle yokluk yaptırımına başvurmaya gerek yoktur. Ancak kanun, iptal edilinceye kadar geçerli bir kanunun hüküm ve sonuçlarını doğuruyorsa, şartlarının olduğu durumda adalet içeriğinden yoksunluk nedeniyle yokluk yaptırımı mümkündür.

B) Kanun, Üst Norm Denetiminden Geçmiş Olmalıdır.

Meşru olduğundan şüphelenilen kanunun, üst norm denetiminden geçemeyerek iptal edilmiş olması halinde sorun yoktur. Sorun, meşru olmadığı iddia edilen kanunun üst norm denetiminden geçmiş olması ve çeşitli nedenlerle iptal edilmemiş olmasıdır.

Kanunun meşru olmadığına tespiti, Nazi dönemi kanunları örneğinde görüldüğü üzere gelecekte yapılan ve geçmişe etkili olan bir tespittir. Bunun nedeni, dönemin ağır havası içinde kanunların meşruiyetinin tartışmaya açılmasının mümkün olmamasıdır. Ceza hukuku yoluyla geçmişle hesaplaşılarak daha temiz bir gelecek inşa etmenin zorunluluğuyla başvuru bu yöntem, geçmişte hukuki kurumların sağlıklı şekilde işletilmesinin mümkün olamayacağı tezine dayanır. Bu nedenle bir kanunun, üst norm değerlendirmesinde geçerek varlığını devam ettirmesi, meşru kabul edilmesine yetmez. Buna karşın kanun, üst norm denetiminden geçmemişse, yokluk tespitinden önce üst norma aykırılık yorumunu yapacak mercilere başvurulması gerekir.

Kanunun meşru olmayışı, anayasal düzende üst norma aykırılığından farklıdır. Açıkladığımız meşruiyet ölçülerin dışında olup meşru olan bir kanun, anayasaya ya da anayasa üstü normlara aykırı olabilir. Bu kanun, hukuk sistemi içindeki yöntemlerle (anayasa mahkemesinin iptali ya da parlamentonun kanunu kaldırması gibi) ortadan kaldırılincaya kadar geçerlidir. Meşru olmayan bir kanun ise yok hükmündedir. Hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Hukuk düzeninin bu kanunu dikkate alması, üzerine hüküm bina etmesi mümkün değildir. İptali gerekmez, yokluğunun tespiti yeterlidir. Meşruiyeti olmayan bir kanunun yokluğunu tespit görevi mahkemelere aittir. Bu mahkeme, yerel ya da yüksek mahkemelerden herhangi birisi olabilir.⁷⁴

⁷⁴ Kanunların geçersizlik sorununa ilişkin ayrıntılı açıklamalar için Bkz Gözler, s. 101-119

Kanunun yokluk yaptırımına maruz bırakılması, kanunun hiç var olmadığı anlamında değil, hukuki anlamda değer ifade etmediği, hukuk düzenince tanınmadığı, hüküm ve sonuç doğurmadığının kabul edilmesi anlamındadır.

VII) Direnme Hakkına Dair Yargıtay Örneği

Hâkimin direnme hakkı, yürürlükteki kanunu, içerdiği emre rağmen uygulamamasıdır. Direnme hakkının meşruiyeti, kanunun, ağır insan hakları ihlaline neden olma şeklindeki meşruiyet temelinden yoksun olmasından kaynaklanır. Kanundaki meşruiyet eksikliği, direnme hakkını davet eder.

Hukuk sistemimiz içinde hâkimin, kanuna direnmesinden önce kanunun anayasaya ve AİHS'ne aykırılı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapması gerekir. Bu yol tüketilmeden direnme hakkı uygulanamaz. 6216 sayılı Kanun'un 40/5 maddesine göre Anayasa Mahkemesi, iptal başvurusunun kendisine eksiksiz olarak gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse ilgili mahkeme davayı yürürlükteki hükümlere göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır. Direnme hakkı, Anayasa Mahkemesinin süresinde karar vermemesi ya da kanunu iptal etmemesinden sonra başlar.

Yargıtay'ın, tam olarak kanunu uygulamamak suretiyle direnme hakkını kullandığını söyleyemesek de aşağıda göstereceğimiz örnek kararları, direnme hakkının kullanımına yaklaşmaktadır. Uygulamanın açıkça ortaya konulabilmesi ve anlaşılabilmesi için bir dizi kanun hükmünü sıralamak gerekir.

- a) AİHS'nin adil yargılanmayı düzenleyen 6/3-c maddesine göre sanık "Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali imkânlardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece tayin edilecek bir avukatın parasız yardımından yararlanabilmek" hakkına sahiptir.
- b) 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13/1. maddesi şu şekildedir;

“Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafii ve vekile, avukatlık ücret tarifesiyle ayrı olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır”

- c) CMK'nın 324/1 maddesi “Harçlar ve tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla Devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yargılama giderleridir” şeklinde, 325/1. maddesi ise “Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir” şeklindedir.
- d) CMK'nın 150/2 maddesine göre ise müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir.

Ulusal düzeydeki kanunlarda yer alan düzenlemelere göre şüpheli çocuk ise ve müdafii yoksa istemi olmaksızın baroca müdafii atanır (CMK md 150/2). Yargılama sonunda mahkûmiyet kararı verilirse (CMK md 325/1) baroca atanan müdafie ödenen ücret (5320 sk md 13), yargılama gideri olarak (CMK md 324/1, 5320 sk md 13) sanıktan tahsil edilir (CMK md 325/1).

Sorun, 5320 sayılı Kanun'un 13/2 maddesinin, zorunlu müdafii için ödenecek ücreti yargılama gideri olarak tanımlamasından kaynaklanmaktadır. Bu tanımlama nedeniyle mahkemeler, müdafie ödenen ücretin, mahkûm olması halinde sanıktan geri alınmasına karar vermektedir.

Hukuk sistemimize uygun olarak 5320 sayılı Kanun'un 13. maddesinin Anayasaya ve AİHS'ne aykırı olduğu gerekçesi ile iptal başvuruları yapılmıştır. Alt normun Anayasaya ya da Anayasanın 90. maddesi gereğince uluslararası sözleşmelere uygun olup olmadığına ilişkin otantik yorum yapma yetkisi, münhasıran Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasa Mahkemesi, 12.03.2009 tarihli, 43/51 ve 14/48 sayılı kararları ile 5320 sayılı Kanun'un 13/1 maddesini Anayasanın 36 ve

AİHS'nin 6/3-c maddesine aykırı bulmamış ve iptal etmemiştir. Anayasa Mahkemesinin gerekçesi şöyledir;

Anayasanın 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir.

Buna paralel olarak düzenlenen Ceza Muhakemesi Kanununa göre, yargılama sürecinde hüküm kesinleşinceye kadar şüpheli veya sanıktan müdafî ücreti istenmemektedir. Hüküm kesinleştikten sonra ise kendisinden yargılama giderleri içerisinde müdafî ücreti istenen kimse şüpheli veya sanık değil artık hükümlü sıfatını taşımaktadır. Düzenleme ile amaçlanan sanığa adil bir şekilde savunma imkânlarının sağlanmasıdır. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde bu imkân sağlandıktan sonra, yardım kapsamında ödenen ücretin yargılama gideri olarak hükümlüden tahsilinin öngörülmesinin Anayasanın adil yargılanma hakkına aykırılığında söz edilemez.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde, her sanığın "kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek" hakkına sahip bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Buna göre, Sözleşmede ücretsiz müdafî yardımından yararlanma koşula bağlı tutulduğundan bu hak mutlak bir hak niteliğinde değildir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı görülmüştür. İptal isteminin reddi gerekir."

Hukuk sistemimize göre Anayasa Mahkemesi kararı, sorunu çözen son karardır. Ancak Yargıtay, direnme hakkı argümanını kullanmadan doğrudan AİHS'nin 6/3-c maddesine dayanarak, mali imkânlardan yoksun olan çocuğa atanan müdafî ücretinin, mahkûm olsa bile geri alınmasına karar verilemeyeceğini benimsemiştir. Yukarıda da değindiğimiz üzere Yargıtay, konuyu tamamen Sözleşme hukuku kapsamında değerlendirmektedir ve uygulaması direnme kavramı ile ilgili değildir. Ne var ki üst norma aykırılık şeklindeki otantik yorum, Yargıtay'a değil, Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Anayasa Mahkemesi ise, düzenlemeyi üst norma aykırı görmemiştir. Yargıtay ise Anayasa Mahkemesine ait olan otantik yorum hakkını kullanarak, üst norma aykırılık iddiası

ile belirli bir kanuni düzenlemeyi uygulamaktan kaçınmaktadır. Tekrar etmek gerekir ki Yargıtay'ın uygulamama şeklindeki tavrı, açıkça direnme hakkına dayanmasa bile, sonuç olarak bir normun insan hakları içeriğinden yoksun oluşu nedeniyle kısmen direnmeye örnek gösterilebilir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları şöyledir.

T.C. Anayasası'nın 90. maddesi son fıkrası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-c maddesi uyarınca, 5271 sayılı CMK'nun 150, 234 ve 239. maddeleri ile 5320 sayılı Yasanın 13. maddesine dayanılarak hazırlanan Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin 8. Maddesi gereğince, sanık için baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafii ücretlerinin sanıktan alınmasına hükmedilemeyeceği, bu ücretlerin Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla ayrılan ödenekten karşılanacağı gözetilmeksizin, yazılı şekilde zorunlu müdafii ücretlerinin sanıktan tahsiline karar verilmesi, yasaya aykırı ... **1. CD., 17.03.2014, 933/1598**

5320 sayılı Yasanın 13/1.maddesinde, CYY gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafii ve vekile ücret ödeneceği, bu ücretin yargılama giderlerinden sayılacağı, CYY'nın 324.maddesinde yargılama giderlerinin neleri kapsayacağı ve aynı Yasanın 325 maddesinde de, bütün yargılama giderlerinin cezaya ya da güvenlik tedbirine mahkûm edilen sanığa yükleneyeceğinin düzenlenmiş olmasına karşın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesinde, her sanığın kendi kendini savunmaktan başka, kendisinin seçeceği ya da mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanma hakkına da sahip olduğu belirtilmiş ve Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin yasa gücünde olduğu, anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerle yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Anılan maddeye göre, Hâkim, uyuşmazlıklarda, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ulusal yasalarla, uluslararası sözleşmelerin çelişmesi durumunda şüphesiz ki uluslararası sözleşme hükümlerine göre hareket etme durumundadır. Bu açıklamalar ışığında; CYY'nın 150/2. maddesi uyarınca, Baroya yazı yazılarak 15-18 yaş grubunda bulunan suçta sürüklenen çocuğun savunmasını yapmak üzere

zorunlu müdafii görevlendirilmesi nedeniyle, *müdafii* için ödenen avukatlık ücretinin, dosyadaki bilgilerden mali geliri bulunmadığı anlaşılan suça sürüklenen çocuğa yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırı olduğunun gözetilmemesi, 2. CD., 24/02/2014, 16810/4816

5320 sayılı Yasanın 13/1. maddesinde, Ceza Muhakemeleri Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafii ve vekile ücret ödeneceği, bu ücretin yargılama giderlerinden sayılacağı, 5271 sayılı CMK'nın 324. maddesinde yargılama giderlerinin neleri kapsayacağı ve aynı Yasanın 325. maddesinde de bütün yargılama giderlerinin cezaya ya da güvenlik tedbirine mahkum edilen sanığa yükleneyeceğinin düzenlenmiş olmasına karşın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesinde, her sanığın kendini savunmaktan başka, kendisinin seçeceği ya da mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemesiz yardımından yararlanma hakkına da sahip olduğu belirtilmiş ve TC. Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasında usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin yasa gücünde olduğu, Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerle yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Anılan maddeye göre, hâkim uyuşmazlıklarda, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ulusal yasalarla, uluslararası sözleşmelerin çelişmesi durumunda şüphesiz ki uluslararası sözleşme hükümlerine göre hareket etme durumundadır.

Bu açıklamalar ışığında;

Mahkemece 5271 sayılı Yasa'nın 150/3. maddesi uyarınca, sanıkların savunmalarını yapmak üzere zorunlu savunman görevlendirilmesi nedeniyle, savunmana ödenen avukatlık ücretinin, dosyadaki bilgilerden mali geliri bulunmadığı anlaşılan sanıklara Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesine aykırı şekilde görevlendirilmesi yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi,

3-Suçtu birlikte işleyen sanıkların neden oldukları yargılama giderlerinden ayrı ayrı sorumlu tutulmaları yerine 5271 sayılı CMK'nın 326/2. maddesine

aykırı biçimde oran belirtilmeksizin alınmasına karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 326/2. maddesine aykırı davranılması, 6. CD., 24.04.2013, 18536/8853

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırı olarak suça sürüklenen çocuk savunmanı olarak 5271 sayılı CMK'nun 150/2. maddesi uyarınca atanan zorunlu müdafii için suça sürüklenen çocuktan vekalet ücreti alınmasına karar verilmesi, 8. CD., 21.01.2013, 18089/1989

Yargılama aşamasında sanık için Baro tarafından ayrıca müdafii görevlendirilmediğinin ve fakat sanığın 20.05.2009 tarihli genel vekaletname ile vekil tayin ettiğinin ve kendisinin hazır ettiği vekilini 29.09.2010 tarihli celsede yaptığı savunması sırasında hazır bulundurduğunun anlaşılması karşısında; sanığa yargılama gideri olarak 295.00 TL vekalet ücretinin yükletilmesine karar verilmesi suretiyle TC Anayasasının 90. maddesinin son fıkrası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesi ışığında, 5271 sayılı CMK'nın 150, 234 ve 239. maddeleri ile 5320 sayılı Yasanın 13. maddesine dayanılarak hazırlanan, Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin 8. maddesine aykırı davranılması, 13. CD., 05.03.2014, 10739/7547

Yargıtay ile Anayasa Mahkemesi arasındaki anlaşmazlık, AİHS'nin 6/3-c bendinin yorumundan kaynaklanmaktadır. Yargıtay tam olarak Radbruch formülüne uygun olmasa da insan hakları bağlamında değerlendirme yapmakta, 5320 sayılı Kanununun 13. maddesine direnmektedir.

Kaynakça

- Aktaş Sururi, Prosedürel Doğal Hukuk, Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı, İstanbul 2011
- Atay Ender Ethem, Hukukta Meşruiyet Kavramı, *GÜHFD*, Aralık 1997, Cilt 1, Sayı 2, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_10.pdf, (Erişim 15.11.2014),
- Candan Kadir-Bilgin Murat, Sivil itaatsizlik, *Yasama Dergisi*, Aralık 2011
- Gözler Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, US-A yayıncılık
- Heper Altan, Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki, HFSA 12. Kitap, İstanbul 2005,
- Himma Kenneth Einar, Hukukun Ahlakı Kriterleri, Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivist-

- ler Arasındaki Tartışma, Ankara 2010, Terc Saim Üye
- Keyman Selahattin, Hukuki Pozitivizm, AÜHDF, 1978, c. 35, sy 1-4
- Köker Levent, Kanunilik ve Meşruluk; Türk Hukuk Kültürüne Eleştirel bir Yaklaşım için Notlar, http://leventkoker.blogspot.com.tr/2013/12/kanunilik-ve-mesruluk-turk-hukuk_12.html, (Erişim, 30.01.2015)
- Metin Sevtap-Heper Altan, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul 2014
- Nişancı Şükrü, Sivil İtaatsizlik, İstanbul 2003
- Ökçesiz Hayrettin, Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı "Radbruch Formülü", TBBD, yıl 2005, sayı 56
- Ökçesiz Hayrettin, Sonbahara Eylem Kitabı, Ankara 2013, (Ökçesiz, Sonbahara)
- Özenç Berke, Hukuk Devleti, Kökenleri ve Kürselleşme Çağındaki İşlevi, İstanbul 2014
- Uzun Ertuğrul, Akıl Tutkunu Hukuk, İstanbul 2010
- Radbruch Gustav, Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk, Metin Sevtap-Heper Altan, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul 2014 isimli eser içinde
- Radbruch Gustav, Beş Dakikada Hukuk Felsefesi, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, İstanbul 1997 içinde, Terc Hayrettin Ökçesiz, (Radbruch Beş Dakika)
- Schlink Bernhard, Geçmişe İlişkin Suç ve Bugünkü Hukuk, Ankara 2012, Terc Reyda Ergün
- Üye Saim, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Ankara 2013
- Sağlam Rabia, Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Vicdani Ret, HFSA 16. Kitap, İstanbul 2007
- Tepe Harun, Değerlerden Bağımsız Bir Hukuk Mümkün Müdür?, Hukukun Etik Temelleri, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2006, c. 2
- Wacks Raymond, Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş, İstanbul 2013, Tekin Yay, Terc, Engin Arıkan