

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF  
TURKISH BAR ASSOCIATIONS  
REVIEW

ISSN: 1304-2408

## HAKEMLİ BİR DERGİDİR

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.

# 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. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

## Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department  
Av. Hüseyin Özbek

## Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

## Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı  
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye  
Av. Özlem Bilgilioğlu

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

## Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD  
Araştırma Görevlisi

## Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

## Danışma Kurulu / Board of Advisors\*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fahrettin Demirağ

Yargıtay Onursal Başkanı - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sanem Baykal

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

\*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

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

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

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

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

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

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

## İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8

06520 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: 105 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 Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 25. 09. 2020

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

## YAYIN KURALLARI

1. 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.
2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.  
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, **özeti ve anahtar kelimeleri; 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.
4. **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 İtaliye** 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.
5. 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.
6. Yazıların elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
8. Yazarın; unvan, görev yaptığı kurum, ORCID, telefon numarası, haberleşme adresi ve e-posta adresini göndermesi zorunludur.  
Makalenin ilk sayfasında dipnot olarak belirtilmesi zorunlu olan bilgilerden, “makalenin gönderim tarihi”; yazının yazar tarafından, dergimizin yayın ilkelerine uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, “makalenin kabul tarihi”; yazının dergimizde yayınlanmasının yayın kurulumuzca uygun bulunarak, yazının kabul edildiği ve yazara “hakem raporlarından sonra kesinlik kazanmak üzere yazının hangi sayımızın yayın listesine alındığının” bildirildiği tarihi ifade eder.  
Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar ve her yazı, en az iki hakeme gönderilir.
9. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez.  
Hakem/hakemler tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve “yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği” bildirilir. Bu süreç hakemin/hakemlerin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına/bulmalarına kadar devam eder.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üçer adet, hakemlere birer adet dergi gönderilir.



# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

## HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

### 1 **Burcu ZOĞLAR DURMAZ**

Uzun Tutukluluk Bakımından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kanun/ Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı (Uzun Tutukluluk ve Anayasa 148/3) / The Rule of Exhaustion of Legal Remedy in Individual Application to the Constitutional Court in Terms of Long Time in Pre-Trial Detention

### 51 **Güven YARIMBATMAN**

Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Af Yetkisinin Kullanımı / Exercise of Amnesty Authority in the Light of Turkish Constitutional Court Decisions

### 85 **Dilaver NİŞANCI**

Salgın Hastalıklar ve Salgın Hastalıklar Özelinde Sağlık Hakkına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakış Açısı ile Ulusal Mevzuatın Covid-19 Özelinde Değerlendirilmesi / Evaluation of National Legislation in Covid-19 from the Perspective of the European Court of Human Rights on the Right to Health in Particular on Epidemics and Epidemics

### 123 **Bilgehan ARİFOĞLU**

Türkiye'de Kürtajın Etik Açısından İncelenmesi / An Ethical Review on Abortion in Turkey

### 137 **Berat ÇAMLICA**

İstanbul Sözleşmesi ve Yargısal İçtihatlar Açısından Eş Kavramının Değerlendirilmesi / Evaluation of Spousal Concept in Terms of Istanbul Convention and Case Law

### 157 **Zeynep Naz GÜNEŞ**

Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet / Joint Custody in Turkish Law with Germany and Switzerland Examples

### 179 **Alptekin Burak BOYDAK**

Türkiye'de Uygulanılan Genel Sağlık Sigortasının Salgın Hastalıklar Karşısında Önemi / The Importance of General Health Insurance Application in Turkey Against Epidemics

**197 Asım KAYA**

İş Kazasından Doğan Taksirle Yaralama Suçunda Asıl İşverenin Cezai Sorumluluğu  
/ The Criminal Liability of the Main Employer in Crime of Reckless Injury Arising  
from Occupational Accidents

**MAKALELER / ARTICLES**

**247 Hakan PEKCANITEZ / Oğuz ATALAY / Muhammet ÖZEKES**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun  
Hakkında Değerlendirme / Evaluation on the Code on the Amendments of the  
Code of Civil Procedure, No.7251

# başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Yargı alanında sorunumuz çoktur. Bu sorunların bir anda özölme-  
meyecek olmasını bilmek, hareketsiz kalıp durumu kabulleneceğimiz  
anlamına gelmez. Harekete geçenler, sorunlara çözüm üretenler yol  
alır, kazanım elde ederler.

Geçtiğimiz yıl, hukuk devletinin ve özelde savunma hakkının ge-  
liştirilmesi ve korunması yolunda önemli adımlar atılmıştır. Bunların  
pek çoğu ilgili kurumlar ile Türkiye Barolar Birliği arasında kurulan  
yapıcı ve çözüm odaklı iletişim sayesinde gerçekleşmiştir.

Bildiğiniz üzere Yargı Reformu Strateji Belgesi kapsamında, dü-  
şünce özgürlüğüyle ilgili suç tipinin temyiz denetimine açılmasıyla,  
Yargıtay içtihatları etkili hale gelmiştir. Bir başka düzenleme ile avu-  
katların tüm görev suçları için Yargıtay denetimi yolu açılmış, böylece  
meslektaşlarımızın güvencesi artırılmıştır.

İlk yargı reformu paketi çerçevesinde elde edilen önemli kazanım-  
lardan biri de toplam dava sayısının yaklaşık yarısına tekabül eden  
belli avukatlık hizmeti kalemlerinde KDV'nin %18'den %8'e indirilme-  
si olmuştur. şimdiki çabamız, geri kalan hizmet kalemlerinde de KDV  
indiriminin gerçekleştirilmesine yöneliktir.

Bildiğiniz gibi mesleğin ilk beş yılındaki avukatlardan baro kese-  
neğinin yarı oranında alınmasına yönelik düzenleme kanunlaşmıştır.  
Öte yandan sigortalının alacağının sigorta şirketi nezdinde takibinin,  
sigortalının avukatı tarafından yapılması zorunlu hale getirilmiştir.

Üzerinde ısrarla durduğumuz konulardan biri de, genç meslek-  
taşlarımızın biraz daha rahatlaması için CMK ücret tarifesinin asgari  
ücret tarifesine yükseltilmesinin sağlanmasıdır.

Başkan'dan

Mesleğimizin kalitesinin yükseltilmesi, itibarı ve geleceği açısından önemli bir gelişme Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı'na ilişkin düzenlemedir. Sınav sayesinde inanıyorum ki, başarı seviyesi düşük kalan hukuk fakülteleri tercih edilmeyecek ve giderek kapanmak ya da başka fakültelerle birleşerek kadrolarını zenginleştirmek zorunda kalacaklardır. Aynı çerçevede, hukuk fakültelerine giriş eşiğinin 190.000. sıradan 125.000. sıraya çekilmesi önemli bir adım olmuştur. Dileriz önümüzdeki sene eşik, 125.000'den 100.000'e çekilir.

Öte yandan kamuda çalışan meslektaşlarımızın ek gösterge beklentileri gündemimizdedir.

Çözüm bekleyen bir başka sorun, serbest çalışan avukatların emekli maaşlarının maalesef 2000 TL düzeylerinde olmasıdır. Önerimiz, noterlerin çıkardığı avukat vekaletnamelerinden alınan değerli kâğıt vergisinin Türkiye Barolar Birliği'nin Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonuna aktarılması ve sadece emeklilik fonunda kullanılmasının kanuni düzenlemeye bağlanmasıdır.

Bir diğer düşüncemiz ise, belirli kıdemin üzerindeki tüm avukatların gerekli eğitimi almak şartıyla arabulucu olmasına imkân tanınmasıdır.

Gündemimizdeki bir başka konu, Türkiye Barolar Birliği'nin de kanuni kurucu ortaklarından olduğu İstanbul Tahkim Merkezi'nin, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin ortak yönetimine devredilmesi, hükümetin doğrudan veya dolaylı temsilcilerinin genel kuruldan ayrılması hususudur. Böylece İstanbul Tahkim Merkezi dünyadaki başarılı emsalleri gibi bir yapılanmaya kavuşacaktır. Hepsinden önemlisi, Türkiye'nin bölgemizdeki gücüne "yumuşak güç" olarak büyük katkı sağlayacaktır.

Yeni sorunlara birlikte çözüm üreteceğimiz inancıyla yeni adli yılınızı kutlarım.

Saygılarımla.

**Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu**



**UZUN TUTUKLULUK BAKIMINDAN  
ANAYASA MAHKEMESİNE  
BİREYSEL BAŞVURUDA KANUN/BAŞVURU  
YOLLARININ TÜKETİLMESİ KURALI\*  
(UZUN TUTUKLULUK VE ANAYASA 148/3)  
THE RULE OF EXHAUSTION OF LEGAL REMEDY IN INDIVIDUAL  
APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT IN TERMS OF  
LONG TIME IN PRE-TRIAL DETENTION**

Burcu ZOĞLAR DURMAZ\*\*

**Özet:** Anayasa m. 148/3 düzenlemesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda kabul edilebilirlik incelemesinde gözetilmesi gerekli olan ilk mesele, olağan kanun yollarının tüketilmesidir. Anayasa Mahkemesi, hak ve özgürlüğü ihlal edildiği iddiasında olan herkesin, bu iddiasını layıkıyla ulaştırabileceği ve neticelendirebileceği bir hukuk yoluna başvurmasını garanti altına almak istemektedir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi tarafından başvuru konularıyla bağlantılı olarak tüm kanun yolları, ulaşılabilirlik, etkililik, makul başarı şansı gibi kriterler bakımından ayrıntılı olarak incelenmektedir. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin, örneğin tutuklulukta makul sürenin aşıldığı iddialarına ilişkin tahliye taleplerinde; bireysel başvuru neticesinin, varsa ihlali sonlandıracak bir işlevde olup olmasını gözettiği kararları, bireysel başvurunun etkililiği bağlamında büyük önem taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Etkili Olma, Başvuru Yolu, Tutukluluk Süresi

**Abstract:** Due to article 148/3 of Consitution, the first issue to be considered in the admissibility review in individual applications to the Constitutional Court is the exhaustion of ordinary legal remedies. The Constitutional Court wishes to ensure that all persons who claim that their rights and freedoms have been violated have the right to a legal remedy through which they can properly deliver and assert this claim. For this reason, all legal remedies, accessibility in

\* Bu çalışma İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programı kapsamında 2017 yılı Güz döneminde alınan Usul Hukuku Açısından Türk Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurunun Etkililiği dersi ve 2018 yılı Bahar döneminde alınan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kanun Yolları dersi kapsamında hazırlanan ödevlerin, makale olarak düzenlenmiş hâlidir.

\*\* Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, burcuzoglar@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4976-6448, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.01.2020, Kabul Tarihi: 24.01.2020

connection with the application issues by the Constitutional Court; effectiveness, reasonable chance of success are examined in detail. At this point, in the case of the eviction requests of the Constitutional Court for allegedly exceeding the reasonable period in detention; the decisions taken by the individual application result in a function to terminate the violation, if any, are of great importance in the context of the effectiveness of the individual application.

**Keywords:** Being Effective, Legal Remedy, Period of Time In Pre-trial Detention

## I. GİRİŞ

Anayasa m. 148/3'te ifade edildiği üzere herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurabilmektedir. Bununla birlikte, başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şartı aranmaktadır. Anayasa m. 148/3 düzenlemesi nedeniyledir ki AYM'ye yapılan bireysel başvurularda kabul edilebilirlik incelemesinde gözetilmesi gerekli olan ilk mesele, olağan kanun yollarının tüketilmesidir.

Usul hukuku bakımından kabul edilebilirlik şartı olarak kanun yollarının tüketilmesi, bireysel başvuru yolunun etkililiği bağlamında ve ayrıca uzun tutukluluğa ilişkin başvurular bakımından ele alınacaktır. Başvurucudan tüketmesi beklenen, itiraz kanun yolu ve koruma tedbirleri nedeniyle tazminat yoluna ilişkin genel bilgiler verilmeyle yetinilecektir. Bu noktada, uzun tutukluluğun, maddi hukuk bakımından hak ihlali oluşturup oluşturmadığı (CMK m. 141/1-a bakımından bir değerlendirme) çalışma konumuzun esasını oluşturmamaktadır. Dolayısıyla uzun tutukluluk iddiası bakımından esas incelemesinde yapılacak tartışmalara yer verilmeyecek; kabul edilebilirlik kuralı olarak olağan kanun yollarının tüketilmesi değerlendirilecektir. Konu başlığında yer almakla birlikte, tutuklulukta geçen sürenin hesaplanmasına ilişkin teorik ve içtihatî bilgilere yer verilmeyecek, uzun tutukluluğun ceza muhakemesi hukukunda teknik anlamda irdelenmesi yapılmayacaktır. Çalışmamızda, tutukluluğun makul süreyi ya da azami süreyi aştığı iddiası ile yapılan başvurulara ilişkin olarak AYM'nin, bilhassa CMK m. 141'deki tazminat hükmüne ilişkin kararları ele alınacaktır. Zira CMK m. 142'deki "*Karar veya hü-*

*kümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve herhâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir”* şeklindeki düzenleme, uzun tutukluluk hâlinde şikâyet eden kişi için, son dönem uygulamasından farklı olarak, önceki dönemde, CMK m. 141’i pek çok başvuru bakımından etkisiz bir başvuru yolu hâline getirmekteydi. Nitekim bu konuya ilişkin açıklamalarda bilhassa İHAM, AYM ve Yargıtay tarafından oluşturulmuş içtihatlardan faydalanılacaktır. Bahsi geçen içtihatlar çerçevesinde mevzu açıklanacak olup bireysel başvurularda tüketilmesi gereken başvuru yollarına ilişkin AYM’nin tespitleri görece ön planda olacaktır.

### **I. Usul Hukuku Bakımından Kabul Edilebilirlik Şartı Olarak Kanun Yollarının Tüketilmesi Kuralı**

Kanun yolları, yargılama makamları tarafından verilen, hatalı ya da hukuka aykırı olduğu ileri sürülen hüküm ya da kararların bir başka yargı makamı tarafından tekrar incelenmesini sağlayan yasal yollar olarak tarif edilebileceği<sup>1</sup> gibi kısaca hâkim ya da mahkeme kararlarının denetlenmesi amacıyla başvuru hukuki çareler olarak da ifade edilmektedir.<sup>2</sup>

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ ye ek 7 Numaralı Protokol m. 2’de, cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı, dolayısıyla yargı kararlarının denetimi ile ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre,

“Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dâhil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

*Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargıldığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir”.*

<sup>1</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 793.

<sup>2</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku C. II, 7. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 375.

Bir kanun yolu olarak bireysel başvuru, bireyin devlete karşı özgün itirazıdır.<sup>3</sup> Objektif olarak anayasal düzenin varlığını devam ettirebilmesi için bireylerin sübjektif çıkarlarının korunması, bireysel başvurunun amaçlarından biridir.<sup>4</sup>

Bireysel başvurunun hukuki dayanakları Anayasa m. 148, m. 149 ve geçici m. 18 ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun<sup>5</sup> (AYMK) m. 45-m. 51’de yer almaktadır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nde de bireysel başvuruya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>6</sup>

AYM’nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa m. 148/1 uyarınca, AYM niteliği itibariyle bireysel başvuruları olağan kanun yolu olarak çözecek bir yargı mercii değildir.<sup>7</sup> Zira AYM, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasa’ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemekle ve bireysel başvuruları karara bağlamakla görevli ve yetkilidir.

Bireysel başvurunun konusu, İHAS’da yer alıp Anayasa’da da korunmakta olan hakların kamu otoritesi tarafından ihlal edilip edilme-

<sup>3</sup> Korkut Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 11.

<sup>4</sup> Kanadoğlu, s. 8.

<sup>5</sup> 6216 sayılı Kanun, R.G. Tarih: 03.04. 2011, R.G. No: 27894.

<sup>6</sup> R.G. Tarihi: 12.07.2012, R.G. No: 28351.

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 50/1: “Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.”; Ayrıca bkz. “...Anayasa’nın 148. maddesinde yer verilen bireysel başvuru yolu ... sadece bir hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespiti davası değil, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlalinin önlenmesi ve bir ihlal tespiti durumunda da bu ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıracak veya meydana gelen zararı giderecek şekilde hukuki sonuçlar doğuran bir dava niteliğindedir. Bu nedenle, kanun koyucu bireysel başvurunun niteliğine uygun gerekli usul hükümlerine Kanun’da yer vererek, Anayasa Mahkemesinin görevinin sadece hak ihlallerinin tespiti değil, bu ihlali ortadan kaldıracak nitelikte kararlar verebilmesine imkân tanınması olduğu açıktır. Ayrıca ... Anayasa’nın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurularda yetkisinin sadece bir hak ihlalinin tespitiyle sınırlı olduğu yönünde bir kural bulunmamaktadır ...”, AYM İptal Davası Başvurusu, 01.03.2012, E. 59/2011, K. 34/2012 <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/bae8fd21-ec86-466c-b2df-159dc30b15ee?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>> Erişim, 05.12.2019.

diğidir.<sup>8</sup> Bu bağlamda bireysel başvurunun işlevi, Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlali gerçekleşmişse ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaktır.

Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevi olmakla birlikte; AYM'ye bireysel başvuru ile kanun yollarını ayıran temel bir nokta olarak, hukuka aykırılık söz konusu olduğunda, hukuka aykırılığın salt yargılamayı yapan mahkemede ileri sürülmesi zorunlu değildir.<sup>9</sup> Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esas kabul edilmektedir.<sup>10</sup>

Bireysel başvuru usulü AYMK m. 47'de düzenlenmektedir. Bireysel başvuru incelemesi kabul edilebilirlik ve esas incelemesi olarak yapılmaktadır. Komisyonların yaptığı kabul edilebilirlik incelemesinden geçen kararlar, bölümler tarafından esas incelemesine alınmaktadır.<sup>11</sup>

Kamu makamlarının hakların ihlal edilmesi durumunda etkili bir resmi soruşturma yapması gerekir.<sup>12</sup> Denebilir ki bir hak ihlali söz konusu olduğunda devletin derhal harekete geçmesi gerekirken harekete geçmemesi ya da gecikmesi ihlal olarak değerlendirilebilecektir.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Hüseyin Ekinci/Musa Sağlam, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 3. baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 17.

<sup>9</sup> Fahri Gökçen Taner, "5271 sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2017, s. 56.

<sup>10</sup> Ayşe Zıraman, Cennet Yeşilyurt Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2012/403, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/84fbc3cc-072e-45ec-b6b0-23e5ac42934f?wordsOnly=False>, Erişim 05.12.2019; Bayram Gök Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2012/946 <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/f8dd2aab-7db2-475b-825f-67ce48213b53?wordsOnly=False>>, Erişim 04.12.2019.

<sup>11</sup> Ekinci/Sağlam, s. 24.

<sup>12</sup> Serpil Kerimoğlu v.d. Başvurusu, 07.09.2013, Başvuru No 2012/752, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/926a8e14-56cd-4a15-a4fc-c9a930ad352e?wordsOnly=False>>, Erişim, 14.12.2019.

<sup>13</sup> Ekinci/Sağlam, s. 16.

Anayasa m. 148/3'te ifade edildiği üzere; herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurabilmektedir fakat bunun için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şartı aranmaktadır.

AYMK bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi başlıklı m. 48 uyarınca; bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için, AYMK m. 45, m. 46 ve m. 47' de düzenlenen hükümlere uygun bir başvuru olması gerekmektedir.

Anayasa m. 148/3 haricinde AYMK m. 45/2 de benzer yönde<sup>14</sup> bir düzenleme içermektedir: “İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir”. Anayasa m. 148/3 ve AYMK m. 45/2 hükmü beraber değerlendirildiğinde AYM bireysel bir başvuruyu incelerken öncelikle kanun yollarının tamamının tüketilmiş olup olmadığını değerlendirecektir.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Madde hükmündeki “idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir” ifadesi, Anayasa m.148/3 düzenlemesinden görece genişletici olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir, bkz. Eylem Çakmaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu”, Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Editör: Sevtap Yokuş, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 62.

<sup>15</sup> Uzun yargılama süreleri için yapılan bireysel başvurulara ilişkin olarak, yeni ve geçici bir düzenleme getirilmiştir. 7145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 20 ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun’a geçici bir madde eklenmiştir. Buna göre: “(1) Kanun’un 2’nci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında olup, münhasıran bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi’nde derdest olan bireysel başvurular, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon tarafından incelenir.(2) Komisyona müracaat, müracaat edenin kimlik bilgileri ile Anayasa Mahkemesi’ne başvuru tarihi ve numarasını içeren imzalı bir dilekçeyle yapılır. Dilekçeye, Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvuruya ilişkin form, kabul edilemezlik kararı ve bu kararın tebliğine dair belge ile ihlal iddiasına ilişkin diğer bilgi ve belgeler eklenir...”. Komisyona başvuru düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla derdest olan bireysel başvurular bakımından geçerli olacak olup; 7145 sayılı Kanun m. 7 uyarınca, Komisyon kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Komisyon aracılığıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilecektir. Bu konuda ayrıca bkz. <https://t24.com.tr/haber/fikret-ilkiz-vatandas-aihm-ve-anayasa-mahkemesini-birak-komisyona-gel,677387>, Erişim 16.12.2019.

AYMK m. 47/3'e göre, "Başvuru dilekçesinde... başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir...".

AYM'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa m. 148/1 uyarınca, AYM niteliği itibariyle bireysel başvuruları olağan kanun yolu olarak çözecek bir yargı mercii olarak yetkilendirilmemektedir. Başvuru yollarını tüketme şartına yer verilmesinin temel nedeni, bireysel başvuru yapılmadan önce mahkemelere ve idari makamlara Anayasal hakların ihlalinin önleme ve düzeltme imkânı vermektir.<sup>16</sup> Anayasa ve AYMK hükümlerine göre bireysel başvuru yoluyla AYM'ye başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda AYM'nin içtihatlarına göre, temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup, bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevi olduğundan, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esas kabul edilmektedir.<sup>17</sup> Nitekim bu nedenle de AYM'ye bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince giderilememesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur.<sup>18</sup> Mahkemenin benimsediği ilke uyarınca, başvurucunun AYM önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması beklenmektedir.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Osman Doğru, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 102.

<sup>17</sup> Ayşe Zıraman, Cennet Yeşilyurt Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2012/403, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/84fbc3cc-072e-45ec-b6b0-23e5ac42934f?wordsOnly=False>, Erişim 05.12.2019.

<sup>18</sup> Bayram Gök Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2012/946, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/f8dd2aab-7db2-475b-825f-67ce48213b53?wordsOnly=False>>, Erişim 04.12.2019; İsmail Buğra İşlek Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2013/1177, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/482d8c92-e4ce-4c66-a4c0-b365c25f039d?wordsOnly=False>>, Erişim 05.12.2019.

<sup>19</sup> Şahin Demir Başvurusu, 26.12.2018, Başvuru No 2016/50524, <<https://kararlabilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/50524?KelimeAra%5B%5D=CMK+142>>, Erişim 19.02.2019.



Kanun yollarının tüketilmesi şartının gözetilmesi, Anayasa m. 40/1 ışığında değerlendirildiğinde makul bir sonuçtur. Fakat AYMK m. 45/2' de yer verilen başvuru yolları bakımından şayet yetkili makama başvurma imkânı yoksa kanun yollarının tüketme imkânından söz edilemeyecektir.<sup>20</sup>

Kısaca değindiğimiz mevzuat hükümleri ve kuralın kabul edilebilirlik bakımından önemi gereğince, başvuru yollarının tüketilmesinden ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir.

Anayasa'nın ilgili maddesi "*olağan kanun yollarının tüketilmesi*" hükmüne yer vermiş olup AYMK m. 45/2' de ise "*idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının*" tüketilmesinin düzenleniyor olması, olağanüstü kanun yollarının da tüketilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Kaldı ki olağanüstü kanun yolları aşağıda değineceğimiz, kanun yollarının ulaşılabilir<sup>21</sup> ve etkili olması şartını da karşılamamaktadır.<sup>22</sup> Buna karşın mahkeme, başvuru yolunun olağanüstü kanun yoluna başvurmuş olduğu durumlarda ise somut olayın özel koşullarının geldiği aşamayı değerlendirerek, mevcut hâliyle bireysel başvuru inceleme sürecinde olağanüstü kanun yolu etkili hâle gelmiş ise kanun yolunun sonucunun beklenmesi, bireysel başvurunun ikincilliği ilkesine daha uygun bulmaktadır.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Doğru, s. 102.

<sup>21</sup> "...Öte yandan kanun yararına bozma, kişiler için doğrudan ulaşılabilir bir yol olmayıp olağanüstü bir kanun yolu niteliği taşımakla, tüketilmesi gereken bir yol değildir...", Estaş Kum ve Ticaret Mad. Nak. San. A.Ş. Başvurusu, 05.03.2013, Başvuru No 2012/644, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Bireysel-Karar/Content/0dfa5541-ccfb-4ca9-ba5e-5749b843b053?wordsOnly=False>, Erişim 13.12.2019.

<sup>22</sup> Hüseyin Ekinci, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Sorunu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2012, S.11, Y.3, s. 9; Tolga Şirin, Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 7, Ankara, 2018, s. 15.

<sup>23</sup> "...Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itiraz yetkisi, kişiler için doğrudan ulaşılabilir bir yol olmayıp olağanüstü bir kanun yolu niteliği taşıdığından tüketilmesi gereken bir yol değildir. Somut olayda ise Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı, ilgili Yargıtay Ceza Dairesince incelenerek kabul edilmiştir. Olağanüstü bir kanun yolu olan Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazının -somut olayın özel koşullarında- geldiği aşama dikkate alındığında etkili bir yol olarak görülmesi gerekir...", A. A. Başvurusu, 22.06.2017, Başvuru No 2014/1357, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/1357?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=1357&BasvuruAdi=A>, Erişim 16.12.2019.



Nitekim AYM de kanun yollarının tüketilmesi kuralını olağan kanun yolları ile sınırlı olarak uygulamaktadır. Öyle ki AYM kararlarında<sup>24</sup> olağan kanun yollarının tüketilmesi kuralını bir adım öteye taşıyarak başvurunun Yarg. 22. HD tarafından verilen bir karar ile iddiasına göre benzer bir olayda Yarg. 9. HD tarafından verilen kararın çeliştiği ve bunun keyfi olduğunu iddia ettiği başvurusuyla ilişkin olarak, mevzuat ve mevcut içtihadı tarayarak ve bunun neticesinde başvurunun herhangi bir “hukuki yola” başvurmaması ve dolayısıyla tüketilmesi gerektiğini düşündüğü “hukuk” yolunun tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik yönünde vermiştir.<sup>25</sup> AYM’nin bu kararından da anlaşılacağı üzere, olağan kanun yollarını ihlal iddiasını hukuki çözüme ulaştıracak fakat teknik anlamda CMK’da kanun yolu olarak düzenlenmeyen, örneğin CMK m. 141 gibi hukuki çareleri ya da hukuki yolları da kapsar şekilde değerlendirmek gerekmektedir.

AYM’ye bireysel başvurunun kabul edilebilmesi için olağan kanun yollarının tüketilmesi, olağan kanun yollarının tüketilmesi için kanun yollarına başvurulması ve başvurunun da yapılabilmesi için gerekli prosedürlerin yerine getirilmesi ve nihayete erdirilmesi için gerekli eylem ve işlemlerin yapılması gerekmektedir.<sup>26</sup> Bir başka deyişle, kanun yollarının tüketildiğinden söz etmek için salt şekli başvuru yeterli olmayacaktır. AYM’ye göre, başvurunun AYM önüne getirdiği şikâyetini bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtları zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusu-

<sup>24</sup> A. A. Başvurusu, 22.06.2017, Başvuru No 2014/1357; Ayşe Zıraman, Cennet Yeşilyurt Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2012/403, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/84fbc3cc-072e-45ec-b6b0-23e5ac42934f?wordsOnly=False>, Erişim 05.12.2019.

<sup>25</sup> Aygaz A. Ş. Başvurusu, 13.06.2013, Başvuru No 2013/2428, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/f763e964-c509-4873-bd81-7c450eb5c994?wordsOnly=False>>, Erişim 13.12.2019.

<sup>26</sup> “...öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi...”, Ayşe Zıraman, Cennet Yeşilyurt Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2012/403, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/84fbc3cc-072e-45ec-b6b0-23e5ac42934f?wordsOnly=False>, Erişim 05.12.2019; İsmail Buğra İşlek Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2013/1177, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/482d8c92-e4ce-4c66-a4c0-b365c25f039d?wordsOnly=False>>, Erişim 05.12.2019.

nu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması<sup>27</sup> ile maddi anlamda kanun yollarının tüketilmesinden söz edilebilecektir.<sup>28</sup>

Olağan kanun yollarının tüketildiği iddiası ile bireysel başvuruda bulunulması durumunda bir diğer sorun, kanun yollarının tüketildiği iddiasının ispatı meselesidir. Bu noktada, olağan kanun yollarının tüketilmiş olduğunun, başvuru tarafından ispat edeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi AYM'nin açık bir ilke kararı da bulunmamaktadır. Bu nedenle örneğin bir başvuru yoluna neden başvurulmadığının ispatında belirli bir delil türü gözetilmediği anlaşılmaktadır.<sup>29</sup>

Bir diğer mesele, başvuru kanun yollarını, başvuruda bulunmadan önce mi yoksa kabul edilebilirlik incelemesi anında mı tüketmiş olması gerektiğidir. AYM pek çok kararında<sup>30</sup> kabul edilebilirlik anını değil bireysel başvuru tarihi itibarıyla tüketilmiş olmayı gözetmektedir. Bu yöndeki bir kararında; itiraza tabi olan karara karşı ilk derece mahkemesine itirazını sunmuş ve fakat bu itirazın sonucunu beklemeden AYM'ye bireysel başvuruda bulunulan olayda dosya

<sup>27</sup> Doğan Kasadolcu Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2012/670, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/2ffbb6f3-00df-4acb-98a2-04e669a3aae8?wordsOnly=False>, Erişim 14.12.2019; R. B. Başvurusu, 30.12.2013, Başvuru No 2013/9673, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/d53996df-89e1-42f4-8ebc-4167a9298f6b?wordsOnly=False>, Erişim 15.12.2019.

<sup>28</sup> Doğru, s. 104; Şirin, Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usul Hukuku, s. 179.

<sup>29</sup> "...Somut olayda, başvuru gerek gözaltında gerekse sorgu sırasında maruz kaldığı kötü muamele iddiaları ile ilgili olarak (bkz. § 33, iv) başvuru yollarının tüketildiğine dair belge ve bilgi sunmadığı görülmüştür...", Hidayet Karaca Başvurusu, 14.07.2015, Başvuru No 2015/144, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/a8d4ce21-0d45-40fa-889f-1b8cab707606?wordsOnly=False>>, Erişim 04.12.2019; Zeliha Taşkın ve Aysel Taşkın Başvurusu, 18.06.2014, Başvuru No 2013/8485, <[www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Uploads/2013-8485.doc](http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Uploads/2013-8485.doc)>, Erişim 16.12.2019.

<sup>30</sup> Umit Ata Başvurusu, 06.02.2014, Başvuru No 2012/254, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/803fff28-e5b7-456c-b5b1-4491abeaa969?wordsOnly=False>>, Erişim 04.12.2019; Aynı yönde bkz. Hasan Atilla Uğur Başvurusu, 25.06.2015, Başvuru No 2013/5924, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/5641b6e4-27ad-4a92-a0c8-e2e6058b0773?wordsOnly=False>, Erişim 14.12.2019; M.B.K. ve Diğerleri Başvurusu, 18.06.2020, Başvuru No 2017/15038, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/15038?Dil=>; Mehmet Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, 01.07.2020, Başvuru No 2017/19369, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/19369>; Emel Diril ve Diğerleri Başvurusu, 02.06.2020, Başvuru No 2016/14867, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/14867>, Erişim 10.08.2020.

AYM'de derdest iken ilk derece mahkemesi itirazı ret kararı vermiştir. Ancak AYM, başvuru anında yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmediğini ileri sürerek “başvuru yollarının tüketilmemiş olması” nedeniyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Buna karşılık AYM'nin az sayıda da olsa, başvuru hakkında karar verilmeden önceki ana dikkat çekmek suretiyle, kanun yolunun başvuru tarafından tüketildiğini belirterek başvuruyu kabul ettiği kararları da bulunmaktadır.<sup>31</sup>

Bir ihlal iddiasına ilişkin olarak başvurulabilecek birden fazla etkili başvuru yolunun bulunması durumunda Anayasa m. 148/3 uyarınca kural olarak bu yolların tamamının tüketilmesi gerekmele birlikte bununla kastedilen başvuru aynı amacı taşıyan başvuru yollarının tamamını tüketmesi değildir.<sup>32</sup> Zira temel hak ve özgürlük ihlali sonrasında başvurulabilecek birden fazla kanun yolunun bulunması durumunda, bu kanun yollarının tamamının tüketilmesi mümkün olmayabilir.

Kişilik haklarına veya özel hayata saygı hakkına yönelik bir ihlal söz konusu olduğunda ceza davası dışında, ihlalin hukuk davası yoluyla da giderilebileceğini ve bu kanun yolunun da tüketilmesi gerektiği yönünde kararlar veren AYM ihlal edilen hakkın türüne göre farklı yönde kararlar da vermektedir: AYM yerleşik içtihadı uyarınca üçüncü kişiler tarafından şeref ve itibara yapılan saldırıların ortaya çıkardığı ihlaller ile ilgili olarak başvuru tarafından yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olduğu ve somut başvuru açısından daha etkili bir giderim yolu olan hukuk davası açma imkânı<sup>33</sup> kullanılı-

<sup>31</sup> Sadık Koçak Başvurusu, 23.01.2014, Başvuru No 2013/84, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/31a812dd-869e-4825-a331-9732ab82fa89?wordsOnly=False>>, Erişim 05.12.2019; Gaziler Enerji ve Tic. A.Ş. Başvurusu, 15.10.2014, Başvuru No 2013/1660, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1660?KelimeAra%5B%5D=ba%C5%9Fvuru+hakk%C4%B1nda+karar+verilmeden+%C3%B6nce>, Erişim 11.12.2019.

<sup>32</sup> S.S.A. Başvurusu, 07.11.2013, Başvuru No 2013/2355, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/46fb8e9b-1d8a-4070-9053-04c3e4b12e6b?wordsOnly=False>>, Erişim 10.12.2019; Ali Tezel Başvurusu, 09.06.2016, Başvuru No 2014/411, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/411?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=411&BasvuruAdi=A>, Erişim 25.12.2019.

<sup>33</sup> “...hukuki sorumluluk, ceza hukuku alanında suç diye adlandırılan insan davranışına göre daha geniş bir hukuka aykırı davranış grubunu kapsamakta olup...”, S.S.A. Başvurusu, 07.11.2013, Başvuru No 2013/2355, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/46fb8e9b-1d8a-4070-9053->

maksızın bireysel başvuruda bulunulması durumunda başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermektedir.<sup>34</sup> AYM'nin bir başka kararına konu olayda, başvurucu tarafından, basın yoluyla hakaret, iftira, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme, gizli belgeleri ele geçirme ve açıklama suçlarından ilgililer hakkında işlem yapılması talebiyle İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyetle bulunulmuştur. Yürütülen soruşturma neticesinde ise kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği olaya ilişkin olarak AYM, hakaretin nefret söylemi barındırması noktasında değerlendirme yapmakla birlikte bu olayda da hukuk davası açma yolunun tüketilmesi gerektiği belirtmiştir.<sup>35</sup>

Bahsi geçen kararlara karşın AYM'nin ancak Anayasa m. 17 ile korunmakta olan yaşam hakkının ihlali hâlinde başvurucunun, yalnızca tazminata hükmedilmesinin yeterli olmayacağı, devletin etkili ve önleyici ceza sistemi kurma pozitif yükümlülüğünün bulunduğu şeklindeki iddialarını yerinde bulduğu kararları da bulunmaktadır.<sup>36</sup>

Anayasa m. 17'nin ihlali iddiasıyla yapılan bir başka başvuruda ise etkili soruşturma yapılmaması nedeniyle farklı yönde karar verilmiştir. Başvurucunun vefat eden kızının tedavisini yapan doktorların görevlerini tıp kurallarının gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğü içinde yürütmeyerek ölümüne sebebiyet verdikleri iddiasıyla Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunduğu ve ilgililerin kamu görevlisi olması sebebiyle savcılık tarafından soruşturma izni talep edildiğini, ancak soruşturma sonucunda gerekli izin verilmediğini,

---

04c3e4b12e6b?wordsOnly=False>, Erişim 10.12.2019.

<sup>34</sup> S.S.A. Başvurusu, 07.11.2013, Başvuru No 2013/2355, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/46fb8e9b-1d8a-4070-9053-04c3e4b12e6b?wordsOnly=False>>, Erişim 10.12.2019; Osman Nihat Şen Başvurusu, 09.06.2016, Başvuru No 2014/16517, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-16517.pdf>, Erişim 06.11.2019; Aynı yönde bkz. Adnan Oktar Başvurusu, 02.10.2013, Başvuru No 2013/1123.

<sup>35</sup> Osman Hilmi Özdilbaş Başvurusu, 22.06.2017, Başvuru No 2014/14934, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/k-2014-14934-t-22-6-2017>>, Erişim 07.04.2018.

<sup>36</sup> Mehmet Ali Emir v.d. Başvurusu, 01.11.2013, Başvuru No 2012/850, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/ffa269da-189d-4175-95c9-5ab2ae93887c?wordsOnly=False>>, Erişim 11.11.2019; Serpil Kerimoğlu v.d. Başvurusu, 07.09.2013, Başvuru No 2012/752, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/926a8e14-56cd-4a15-a4fc-c9a930ad352e?wordsOnly=False>>, Erişim, 14.12.2019.

bu işleme karşı açtığı davanın da reddedildiğini ve böylece soruşturmanın bağımsız organlarca etkin bir şekilde yapılmadığını iddia ettiği başvurusunda, AYM, başvurucunun başvurusunu, başvuru yollarının tüketilmemesi gerekçesiyle, kabul edilemez bulmuştur.<sup>37</sup>

AYM'nin kanun yolları arasında yaptığı bu değerlendirmenin ölçütlerini ortaya koymaması eleştirilmektedir.<sup>38</sup> Nitekim 22.06.2017 tarihli vakiada olduğu gibi nefret söylemi söz konusu olduğunda da "hukuk davası" açma yolunun, ceza davası yolundan daha etkili olarak değerlendirilmesinin gerekçelerinin neler olduğu sorusu cevaplandırılmadan sonuca varıldığı anlaşılmaktadır.

## II. Kanun Yollarının Tüketilmesi Kuralının İstisnaları<sup>39</sup>

Anayasa, m. 148/3'te, bireysel başvuruda bulunabilmek için kanun yollarının tüketilmesi kuralına yer vermekle birlikte bu kuralın herhangi bir istisnası Anayasada ya da diğer mevzuatlarda düzenlenmemektedir. Buna karşın AYM, olağan kanun yollarının tüketilmesi kuralını İHAM içtihatlarına uygun olacak şekilde, mutlak yorumlama yolunu tercih etmiştir.

İHAM uygulamasına baktığımızda, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının mutlak bir ilke olmadığı<sup>40</sup> anlaşılmakta ve kabul edilebilirlik kriterlerinin belirli bir kalıptan uzak olarak değerlendirilmesi, otomatik olarak uygulanmaması gerektiği<sup>41</sup> vurgulanmaktadır. Bu tarz

<sup>37</sup> Bilal Turan ve Diğerleri Başvurusu (2), 04.12.2013, Başvuru No 2013/2075, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2075>, Erişim 07.12.2019; Nail Artuç Başvurusu, 03.04.2018, Başvuru No 2013/2839, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/c15e400d-db96-4c27-b702-f1bd021364a3?wordsOnly=False>>, Erişim 07.12.2019; Turgay Çamlı Başvurusu, 17.09.2014, Başvuru No 2012/1266, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/ebab3f47-28da-4e06-a86e-09aa07fac491?wordsOnly=False>>, Erişim 07.12.2019.

<sup>38</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 107.

<sup>39</sup> Bu başlık ve alt başlıklarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, s. 112-134.

<sup>40</sup> Ringeisen/Avusturya, Başvuru No 2614/65, <

<sup>41</sup> Akdivar v.d. /Türkiye, 16.09.1996, Başvuru No 21893/93, p. 69 <

bir yaklaşımın AYM'ye yapılan bireysel başvurularda "olağan kanun yollarının tüketilmesi" meselesi bakımından göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir.<sup>42</sup>

Aşağıda açıklanacağı üzere, kanun yolu ulaşılabilir, etkili ve yeterli olmadığı takdirde kanun yollarının tüketilmesi kuralı mutlak uygulanmayacaktır.<sup>43</sup> AYM, bu şartların söz konusu olması durumunda başvuru yollarının tüketilmesi kuralına istisna getirmek suretiyle "aşırı yükseklikte engeller içeren ve erişilmesi zor olan hukuk yoluna gitme güçlüklerinden başvurucunun korunması"<sup>44</sup> amacı doğrultusunda kararlar vermiştir.<sup>45</sup>

Belirtilmelidir ki AYM istisnaları<sup>46</sup> değerlendirirken, istisnanın kurala dönüşmemesini gözetmeli ve ayrıca bu kavramları "istisna" niteliğine uygun olacak şekilde dar biçimde yorumlamalıdır.<sup>47</sup> Bununla birlikte kanun yollarının tüketilmemesi sonucunun bir şekli şart olarak kabul edilemezlikle sonuçlanması ve başvurunun esasına ilişkin incelemenin dahi yapılamayacak olması göz ardı edilemeyecek öneme sahiptir.

### A. Kanun Yolunun Ulaşılabilir Olmaması

Başvuru yolunun tüketilmesinin kabul edilebilirlik şartı olduğundan söz edebilmek için ulaşılabilir olması gerekmektedir. Bu ise başvurucular tarafından doğrudan doğruya, herhangi bir aracı olmaksızın

---

Türkiye, 12.02.2013, Başvuru No 15380/09, p. 44-45, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22necati%20y%C4%B1lmaz%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22}}>, Erişim 04.04.2018.

<sup>42</sup> Ekinci, s. 17.

<sup>43</sup> Şirin, Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usul Hukuku, s. 163.

<sup>44</sup> Ekinci, s. 9.

<sup>45</sup> "...Ayrıca, başvuru yollarını tüketme kuralı ne kesin ne şekli olarak uygulanabilir bir kural olup, bu kurala riayetin denetlenmesinde münferit başvurunun koşullarının dikkate alınması esastır. Bu anlamda, yalnızca hukuk sisteminde bir takım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulama şartları ile başvurucunun kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir..." , Ayşe Sena Sezgin Arslan Başvurusu, 15.04.2015, Başvuru No 2014/13367, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e3173740-d094-4241-b33a-7253888c8225?wordsOnly=False>, Erişim 13.11.2019.

<sup>46</sup> Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, s. 114.

<sup>47</sup> Hakan Sabri Çelikyay, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, S. 1, s. 49.



zın başvuru yapılmasının mümkün olmasını gerekli kılar. Bir başka ifade ile başvurucu kanun yoluna doğrudan başvurabilmeli; örneğin kanun yoluna başvurmak, bir kamu otoritesinin inisiyatifinde olmalıdır. Aksi durumda kanun yolunun kişinin doğrudan başvurabileceği yani ulaşılabilir kanun yolu olmadığından<sup>48</sup> bu yolun tüketilmesi şartı da aranmayacaktır. Öyle ki AYM, başvurucunun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin itirazının reddedilmesi ardından, kanun yararına bozma yoluna başvurmuş olmasını, CMK m. 309 uyarınca ulaşılabilir bir kanun yolu olmadığından, tüketilmesi gerekli bir başvuru yolu olarak değerlendirmemiştir. Bu nedenle de karara konu olayda diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “süre aşımı” nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.<sup>49</sup>

AYM, bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla tazminat talebinde bulunması için CMK m. 142’deki dava açma süresi geçmiş olan başvuru hakkında, tazminat yolunun başvurucu yönünden ulaşılabilir olmadığı ve dolayısıyla başvurucunun mağduriyetini giderebilecek nitelikte tüketilmesi gereken bir başvuru yolunun bulunmadığına dikkat çekmiştir.<sup>50</sup>

## B. Kanun Yolunun Yetersiz ve/veya Etkisiz Olması

AYM’nin tüketilmesini beklediği kanun yolları başvuru esnasında var olan “etkili” başvuru yollarıdır.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Doğru, s. 103.

<sup>49</sup> Menduh Ataç Başvurusu, 13.06.2013, Başvuru No 2013/1751, <<http://kararlaryeni.anayasa.atgov.tr/BireyselKarar/Content/b5fbc319-ba9a-4e1a-b34d-e97c0543e0db?wordsOnly=False>>, Erişim 23.11.2019.

<sup>50</sup> “...Somut olayda hakkındaki mahkûmiyet hükmü 21/6/2016 tarihinde kesinleşen başvurucunun bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla tazminat talebinde bulunması için 5271 sayılı Kanun’un 142. maddesinde öngörülen dava açma süresi geçmiş bulunmaktadır (bkz. § 22). Bu nedenle söz konusu tazminat yolunun başvurucu yönünden ulaşılabilir olmadığı ve dolayısıyla başvurucunun mağduriyetini giderebilecek nitelikte tüketilmesi gereken bir başvuru yolunun bulunmadığı açıktır...” bkz. Bekir Akkaya Başvurusu, 14.09.2017, Başvuru No 2014/20387, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-20387.pdf>, Erişim 17.12.2019.

<sup>51</sup> Sami Sezai Ural, “Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru”, Doktora Tezi, İstanbul, 2013, s. 260.





yolunu tüketme yükümlülüğünden kurtarmamaktadır.<sup>55</sup> Bununla birlikte, örneğin, şikâyetini özü itibarıyla ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesi önünde ileri sürmüş olan başvuru tarafından, hukuk muhakemesi usulü hükümleri uyarınca olağan bir kanun yolu olduğu kabul edilmekle birlikte etkili görülmeyle karar düzeltme kanun yoluna başvurulmamışsa, temyiz onama kararıyla başvuru yolları tüketildiğinden onama kararının öğrenilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulması gerekmektedir.<sup>56</sup> Dolayısıyla AYM, kanun yollarının tüketilmesi kuralı bağlamında yalnızca hukuk sisteminde bir takım başvuru yollarının varlığını yeterli görmemekte; aynı zamanda bunların uygulama şartları ile başvuru kişinin şartlarının da gerçekçi bir biçimde ele alınması gerektiğinin altını çizmektedir.<sup>57</sup>

Kanun yolunun etkililiği bağlamında cevaplandırılması gereken bir başka önemli soru; kamu denetçiliği makamına yapılan başvurunun, kanun yollarının tüketilmesi kuralı bakımından bir idari başvuru yolu sayılıp sayılmayacağıdır. Kamu Denetçiliği Kurumu, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun'u<sup>58</sup> m. 4'e göre, kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek amacıyla, TBMM Başkanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara'da bulunan Kamu Denetçiliği Kurumu düzenlenmektedir. Kamu Baş denetçisinin TBMM tarafından seçilecek olmasından hareketle, doktrinde Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvurunun bir idari başvuru yolu olarak kabul edilmemesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>59</sup> Nitekim Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvuru sonucunda alınan kararın tavsiye niteliğinde ol-

<sup>55</sup> Sait Orçan Başvurusu, 19.07.2017, Başvuru No 2016/29085.

<sup>56</sup> Şahin Tosun Başvurusu 11.01.2017, Başvuru No 2014/10857, <https://kararlar-bilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/10857?Dil=,> ;Taner Kurban Başvurusu, 07.11.2013, Başvuru No 2013/1582, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Bireysel-Karar/Content/38d560cb-c1ea-4a9a-b267-a1b17ffe9019?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>>, Erişim 11.10.2019.

<sup>57</sup> Ayşe Sena Sezgin Arslan Başvurusu, 15.04.2015, Başvuru No 2014/13367 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e3173740-d094-4241-b33a-7253888c8225?wordsOnly=False>, Erişim 13.11.2019.

<sup>58</sup> 6328 sayılı Kanun, R. G. Tarihi: 29.06.2012, R. G. No: 28338.

<sup>59</sup> Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S. 95, s. 26; Mustafa Kuş, "Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği", *Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)*, Editör: Sevtap Yokuş, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 88.

ması<sup>60</sup> bu yolun etkili olmadığına göstergesidir. Bunun dışında etkili olmayan başvuru yollarına örnek olarak, Cumhurbaşkanlığına, TBMM Dilekçe Komisyonuna yapılan başvurular da sayılmaktadır.<sup>61</sup>

### 1. Makul Bir Başarı Şansı Bulunmaması

Bir başvuru yolunun tüketilmesinin kabul edilebilirlik şartı olduğundan söz edebilmek için, başvuru yolunun söz konusu ihlal için makul başarı şansı sağlayıp sağlamadığı bir diğer ifade ile ihlali giderici bir etkisinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmesi gereken hususlardandır.<sup>62</sup> Nitekim AYM kararları ışığında tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında, telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanıyor olmaları gerekmektedir.<sup>63</sup> Buna göre, mevzuatta kanun yollarına yer verilmiş olsa da ayrıca uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi ya da en azından etkili olmadıklarının kanıtlanmamış olması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır.<sup>64</sup>

Bununla birlikte kanun yolunun etkililiği başvuru konusu olaya ve ihlal edildiği iddia edilen hak ile bağlantılı olarak değişebilmekle birlikte, bir hukuk yolunun etkili olması başarıya ulaştırmasını (makul başarı şansının bulunmasını) zorunlu kılmamaktadır. İhlal iddiası ile yetkili bir makama başvurma ve etkili bir karar alabilme hak ve yetkisi etkili başvuru yolu şartı için gözetilmelidir.<sup>65</sup>

AYM, ihlal iddiaları yönünden makul bir başarı şansı sunmayı genel itibariyle yeterli giderim sağlama kapasitesine sahip olup olmama-

<sup>60</sup> Kamu Denetçiliği Kanunu m. 5/1: "Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir".

<sup>61</sup> İkinci, s. 7.

<sup>62</sup> Ulaş Karan, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 51.

<sup>63</sup> Ramazan Aras Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/239, <<http://kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/728e0e67-eeee-4df0-a57b-ab066fbd6efc?wordsOnly=False>>, Erişim 17.12.2019.

<sup>64</sup> Adem Talas Başvurusu, 16.11.2017, Başvuru No 2014/12143, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-12143.pdf>>, Erişim 14.12.2019; İbrahim Mercan Başvurusu, 23.03.2017, Başvuru No 2014/1513, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-1513.pdf>>, Erişim 13.12.2019; Ramazan Aras Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/239.

<sup>65</sup> Ural, s. 261.

ya göre belirlemektedir.<sup>66</sup> Fakat yine de AYM, makul başarı şansının bulunmadığı sonucuna ulaştığı durumlarda kanun yollarının tüketilmesi kuralı bakımından muafiyet tanısı da başarı şansının seviyesini tarifte başvurduğu “makul” kavramını açıklığa kavuşturmadığı<sup>67</sup> için doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.<sup>68</sup>

Bununla birlikte, daha sonradan oluşturulan ve henüz uygulaması olmayan başvuru yolları söz konusu olduğunda, soyut olarak makul bir başarı sunma kapasitesi bulunan bir yolun uygulamada başarıya ulaşmayacağına dair salt şüphe, ilgili başvuru yolunun tüketilmesi gerekmediği neticesine ulaştırmamalıdır.<sup>69</sup>

## 2. Telafi Kabiliyetini Haiz Olmaması

Mahkeme etkililik bağlamında, başvurucunun durumuna uygun telafi kabiliyetini haiz bir kanun yolunu gözetmektedir.<sup>70</sup> Bu bağlamda tutukluluğun makul süreyi ya da azami süreyi aştığı iddiası ile yapılan başvurulara ilişkin olarak AYM içtihatlarının aşağıdaki başlıklarda ayrıca irdeleneceğini belirtmek isteriz.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere AYM'nin henüz başvuru yolları tüketilmeden bir başvuruyu kabul edip incelemesi kural olarak mümkün değildir. Ancak başvuru yolunun tüketilmesinin başvurucunun hakkına yönelik ihlalin giderilmesi açısından herhangi bir etkisi yoksa bir başka anlatımla, başvurulacak yol etkisizse ya da başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi hâlinde başvurucunun haklarına yönelik ciddi ve geri dönülmesi imkânsız bir tehlike ortaya çıkacak ise anaya-

<sup>66</sup> Murat Emrah Emre Başvurusu, 30.10.2018, Başvuru No 2018/1275, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2018-1275.pdf>, Erişim 13.11.2019.

<sup>67</sup> Ferat Yüksel Başvurusu, 19.10.2018, Başvuru No: 2014/13828, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13828?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=13828>, Erişim 05.01. 2020; Sait Orçan Başvurusu, 19.07.2017, Başvuru No 2016/29085.

<sup>68</sup> Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, s. 118.

<sup>69</sup> Demir/Türkiye Başvurusu, 16.10.2012, B. No. 51770/07, p. 22, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2251770/07%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-114393%22%5D%7D>>, Erişim 13.05.2018; Sait Orçan Başvurusu, 19.07.2017, Başvuru No 2016/29085, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-29085.pdf>>, Erişim 20.11.2019.

<sup>70</sup> Musa Arslan Başvurusu, 07.06.2017, Başvuru No 2014/12211, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-12211.pdf>, Erişim 14.12.2019.

sal haklara saygı ilkesi AYM'nin bu başvuruları incelemesini gerektirebilir.<sup>71</sup> AYM'nin bu başvuruları incelemesi gerekliliği bilhassa bireysel başvurunun amacından kaynaklıdır. Zira bireysel başvuru kurumu Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma amacına hizmet etmektedir; bu nedenle AYM'nin bu yorumunun Anayasa'daki temel haklar ve ödevler kısmındaki düzenlemelerle ilişkili olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

AYM'nin başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi meselesi ile ilgili olarak göz önüne aldığı husus, başvurucunun yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi ve kişiselleşmiş bir riskin varlığının kapsamlı dayanaklar ile ortaya konulmuş olup olmadığıdır.<sup>72</sup> Kanun yoluna başvuruda konu edilen uyuşmazlığın konusunu oluşturan hak ve özgürlükler kategorisi dikkate alınarak bir çözüm üretilmesi gerektiği şeklinde görüş ortaya koyan AYM'ye göre kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike söz konusu değilse, somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle daha sınırlı bir yaklaşım benimsenerek gerekirse başvuru yollarının tüketilmesi beklenmelidir.<sup>73</sup>

Mahkeme, başvuruya konu olmuş bir olayla ilgili incelemesinde İHAM'a atıfta bulunarak, konuya ilişkin belirsizliğin devam etmesine ve bu konuda herhangi bir düzenlemenin hâlen yapılmamış olmasına dikkat çekmektedir. Başvurucunun temyiz başvurusunda bulunmuş ve henüz temyiz başvuru yolunu tüketmemiş olmasına karşın ve fakat on ay süreyle beklediği olayda, başvurucunun haklarına yönelik ciddi ve geri dönülmesi imkânsız bir tehlike ortaya çıkması ihtimalini

<sup>71</sup> Erdal Önder Başvurusu, 22.01.2015, Başvuru No 2014/4777, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/d5849cfa-1716-4a06-af61-8ca1e6591a0a?wordsOnly=False>>, Erişim 14.11.2019; Laura Alejandra Caceres Başvurusu, 16.04.2013, Başvuru No 2013/1243, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/1799531f-bc4f-4472-a70b-e12e757233b7?wordsOnly=False>>, Erişim 18.11.2019; R. B. Başvurusu, 30.12.2013, Başvuru No 2013/9673, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/d53996df-89e1-42f4-8ebc-4167a9298f6b?wordsOnly=False>, Erişim 15.12.2019.

<sup>72</sup> Rıda Boudraa Başvurusu, 21.01.2015, Başvuru No 2013/9673, <<https://kararlar-bilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/9673?KelimeAra%5B%5D=%C5%9Fvurunun+haklar%C4%B1na+y%C3%B6nelik+ciddi+ve+geri+d%C3%B6n%C3%BClmesi+imkans%C4%B1z+bir+tehlike+ortaya+%C3%A7%C4%B1kacaksa>>, Erişim 06.12.2019.

<sup>73</sup> Laura Alejandra Caceres Başvurusu, 16.04.2013, Başvuru No 2013/1243.

gözeterek başvurunun incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir.<sup>74</sup> AYM bu değerlendirmesinde, Yargıtay aşamasında sağlık sorunları gerekçe gösterilerek yapılacak bir tahliye başvurusunun başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi hâlinde başvuru hakkına yönelik ciddi ve geri dönüşümsüz bir tehlike ortaya çıkması ihtimali üzerinde durmaktadır.

Bir başka kararında ise AYM, adil yargılanma hakkı ile ilgili ihlal iddialarının bireysel başvuruya konu edilebilmesi için yargılamanın hakkaniyetinin zedelenecek olması ve bu ihlallerin yargılama sürecinin ileriki aşamalarında telafi edilemeyecek nitelik taşıması şartını gözetmektedir. AYM somut olayda başvuru hakkının ihlali olarak ileri sürdüğü hususların yargılamanın bütünü içinde her zaman telafi edilebilecek nitelikte ihlal iddialarından ibaret olduğunu ve başvuru hakkındaki yargılamanın istinaf kanun yolu aşamasında olup henüz kesinleşmediğine dikkat çekmektedir.<sup>75</sup>

### 3. İhlalin Devam Ediyor Olması

Anayasa m. 125 ile temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasındaki bireylerin, bu iddialarını yetkili mercilere layıkıyla ulaştırabilmesi garanti altına alınmaktadır. Başvuru neticesinde ihlal tespit edildiğinde, mağduriyetin önlenmesi ve mevcut mağduriyetlerin telafi edilmesi ile hakları ihlal edenlerin yaptırımla karşılaşması şeklinde iki sonuç doğmaktadır.<sup>76</sup> Bu nedenle de denilebilir ki bireysel başvurunun mevcut bir ihlale son verecek işlevde olması bireysel başvurunun etkililiği bağlamında belirleyicidir. Mahkeme, bireysel başvuruya konu ihlalin, bireysel başvuru incelemesi esnasında da devam ettiği hâllerde kanun yollarının tüketilmesi kuralına istisna getirmektedir.

Sürece yayılmış olan hak ve özgürlük ihlallerine ilişkin olarak AYM tarafından yapılacak ihlal tespitinin, ihlalin en kısa sürede sona erdirilmesi ve giderim sağlama işlevi göreceği olması, AYM'nin kanun yollarının tüketilmesi şartını kabul edilebilirlik bakımından aramadığı

<sup>74</sup> Erdal Önder Başvurusu, 22.01.2015, Başvuru No 2014/4777, <<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/d5849cfa-1716-4a06-af61-8ca1e6591a0a?wordsOnly=False>>, Erişim 14.11.2019.

<sup>75</sup> A.A. Başvurusu, 09.06.2020, Başvuru No 2016/24235, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/24235>, Erişim 10.08.2020.

<sup>76</sup> Ural, s. 91.

hâllerden biridir.<sup>77</sup> Zira bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespitini yapan ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvence olarak tanımlanmaktadır.<sup>78</sup>

Kabul edilebilirlik şartı bakımından tanınan bu istisna ile ilgili olarak bilhassa İHAS m. 5 ve m. 6 ihlallerinin ileri sürüldüğü başvurular aydınlatıcı olmaktadır. Şöyle ki AYM bu başvurular bakımından, yargılamanın tamamlanmasını aramamaktadır. Örneğin AYM, bireysel başvurunun esastan incelenmesinden önce tutukluluk hâli sona ermediği sürece, kişinin, iddia konusu ihlali sona erdirmeyecek bir hukuk yolunu tüketmesini aramamaktadır. Bir diğer anlatımla, tüketilmesi gereken başvuru yolu başvuruçunun şikâyetiyle ilgili bir çözüm getirmediği ve ihlali sona erdirmeyeceği müddetçe, AYM başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesi ile kabul edilemezlik kararı vermemektedir.<sup>79</sup> Bu kararda AYM, beş yıllık azami tutukluluk süresinin dolması nedeniyle tutukluluğun yasal dayanağının kalmadığı ve tutukluluğun makul ve azami süreyi aşması sebebiyle tahliyesini talep eden başvuruçunun bakımından, CMK m. 141 ve m. 142'deki koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin düzenlemelerin, başvuruçunun şikâyetiyle ilgili bir çözüm getirmediğini; zira tahliyesini talep eden başvuruçunun bakımından yalnızca maddi ve manevi tazminat imkânını sunmakta olduğuna dikkat çekmektedir. Bu konuda daha detaylı açıklama aşağıda yapılacaktır.

### III. Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Tutuklulukta Azami ve Makul Süre Denetimi

Tutuklama koruma tedbirine ilişkin olarak muhakemenin nasıl ilerleyeceğine dair CMK ayrıntılı bir düzenleme içermemektedir.<sup>80</sup> Buna karşın CMK'nın ilgili hükümleri, tutuklama tedbiri bakımından benimsenen yaklaşımı ortaya koymaktadır.

<sup>77</sup> Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, s. 132.

<sup>78</sup> Recep Kaplan, "Bireysel Başvuruda Konu Bakımından Yetki Kriteri", Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, Editör: Muharrem İlhan Koç, Recep Kaplan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 117.

<sup>79</sup> Ramazan Aras Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/239.

<sup>80</sup> Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin Kırıt Saygılar/ Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 314.



Tutuklama, koruma tedbirleri arasında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelmiş en ağır koruma tedbiridir; zira suçsuzluk karnesinden yararlanmakta olan kişinin özgürlüğüne yönelik doğrudan bir kısıtlama söz konusudur.<sup>81</sup> Bu nedenledir ki tutuklamanın ancak ve ancak hâkim kararı ile uygulanabiliyor olması önemli bir güvence olmakla birlikte, hâkim kararlarının da hukuka aykırı olma ihtimali bulunmaktadır.<sup>82</sup> Hukuka uygun olması için CMK m. 101/1'de de düzenlendiği üzere, tutuklamanın şartlarının kanunla düzenlenmesi, bunlara riayet edilmesi ve (CMK m. 100/1) tedbirin ölçülü olması gerekmektedir.

CMK m. 100'e göre kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve tutuklama nedeninin varlığı hâlinde soruşturma ya da kovuşturma evresinde tutuklama tedbirine başvurulabilir. Hükümden anlaşılacağı üzere tutuklama hâlinde şüpheli ya da sanık üzerindeki şüphe, somut deliller vasıtasıyla "kuvvetli suç şüphesi" derecesine ulaşmış olsa dahi, kişi özgürlüğü üzerindeki ağır etkisinden dolayı tutuklama tedbirinin uygulanması zorunlu değildir.<sup>83</sup>

CMK m. 102 tutuklamada geçecek süreye ilişkin azami sınırı öngörmektedir. Azami sürenin aşılmadığı durumlarda dahi somut olay bakımından tutukluluk makul süreyi aşmışsa,<sup>84</sup> anayasal hakkın ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.<sup>85</sup> Zira tutuklama bir yaptırım değil, koruma tedbiridir; dolayısıyla koruma tedbirlerine özgü geçicilik niteliğini haizdir.<sup>86</sup> Bu nedenle de davanın karmaşıklığı ya da kişi hakkın-

<sup>81</sup> Centel, Zafer, s. 364; Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri C. I, 4. baskı İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984, s. 844.

<sup>82</sup> Tosun, s. 864.

<sup>83</sup> Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992 s. 37.

<sup>84</sup> Mustafa Ali Balbay Başvurusu, 04.12.2013, Başvuru No 2012/1271, p. 103., <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/fa075be0-4161-4abf-b90a-bc772518dd12?wordsOnly=False>>, Erişim 23.10.2019.

<sup>85</sup> "...Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası tutuklulukta makul süreyi güvence altına almıştır. Dolayısıyla kanunla tutukluluk süresi için getirilen üst sınırlar makul sürenin aşılmadığı istisnai durumlar için geçerli olabilir ve hiçbir şekilde kişinin bu süre doluncaya kadar tutulabileceği anlamına gelmez. Aksine, üst sınırın aşılmadığı durumlarda dahi, somut olaylarda tutukluluk makul süreyi aşmışsa, anayasal hakkın ihlal edildiği sonucuna varılacaktır..." , Murat Narman Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/1137, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/ba6980c4-170b-4f98-828c-00bac0236770?wordsOnly=False>>, Erişim 20.10.2019.

<sup>86</sup> Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş

da birden çok suça ilişkin muhakeme yürütülmesi gibi sebepler CMK m. 102 bakımından bir istisna oluşturmayacaktır.<sup>87</sup> Bir diğer anlatımla, bir kişinin özgürlüğünden yoksun kalabileceği azami süre belirlenmiş ise bu süreler özellikle gözaltı ve tutuklama koruma tedbirleri bakımından “açık çek” anlamına gelmeyecektir; zira şartlar mevcut ise mevzuatta öngörülen azami sürelerden önce de kişilerin serbest bırakılmaları mümkün olmalıdır aksi ihtimalde tutmanın keyfiliği gündeme gelebilecektir. Nitekim CMK da keyfiliğin önüne geçmek adına tutukluluğun denetimine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Belirlenen azami sürelerin aşıldığı durumlarda ise kural olarak ihlal oluşacağı noktasında herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.<sup>88</sup>

Tutuklama kararına itiraz hâlinde, tutuklama kararının verildiği andaki koşulların değiştiği ve tutuklama nedeninin ortadan kalktığı ileri sürülebilmektedir.<sup>89</sup> Tutuklama kararı verildikten sonra, tutuklamanın koşullarının ortadan kalktığı gerekçesi ile tutukluluğa son verilmesi talebi, tahliye talebidir. Bununla birlikte, soruşturma ya da kovuşturma evresinde henüz tutuklama kararı verilmediği dönemde, CMK m. 101/4'e göre, Cumhuriyet savcısının tutuklama talebi reddedildiğinde şüpheli veya sanık, derhal serbest bırakılacaktır.<sup>90</sup>

Tutuklama bir koruma tedbiri olması sebebiyle süreklilik arz ede-

7. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 251.

<sup>87</sup> “...Tutuklama tedbiri, bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki her bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez. Suç ve sanık sayısı, davanın karmaşık olması gibi etkenler tutukluluk süresinin malul olup olmadığı konusundaki değerlendirmede ele alınabilecek faktörler olup kanuni tutukluluk süresinin belirlenmesinde esas alınmaları mümkün değildir. Normun lafzı ve amacı, tutuklama tedbirinin ceza adalet sistemi içerisindeki yeri ve 5271 sayılı Kanun’un 102. maddesindeki düzenleme ile kişi özgürlüğüne yönelik sınırlamaların dar yorumlanması hususları birlikte değerlendirildiğinde aksine bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir...”, Murat Narman Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/1137.

<sup>88</sup> Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1, 2018, s. 78.

<sup>89</sup> Centel/Zafer, s. 386.

<sup>90</sup> Ancak uygulamada, tutuklu yargılanmakta olan şüpheli veya sanık hakkında tahliye kararı verildikten sonra dahi derhal serbest bırakılmadığı örnekler rastlanmaktadır. Şüpheli veya sanığın, tahliye kararına rağmen cezaevi işlemleri gibi nedenlerle bir süre daha özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı örnek davalarda İHAM söz konusu tutma işleminin keyfi olup olmadığını değerlendirmektedir, ilgili kararlar için bkz. Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 82.



mez, geçicidir.<sup>91</sup> Bunun dışında, ağır nitelikte bir müdahale içerdiğinden ki hakkında muhakeme yürütülen kişiye yönelik tutuklamanın, takdiri olarak uygulanması düzenlenmektedir.<sup>92</sup> Daha doğru ifade ile tutuklama, şartları oluşmuş olsa bile mutlak uygulanacak bir koruma tedbiri değildir. Zira CMK m. 100'e bakıldığında, "...tutuklama kararı verilebilir" şeklinde bir ifadesi yer almaktadır. Bunun yanı sıra, tutuklama şartları oluşmuş olması halinde alternatif bir başka tedbir olarak adli kontrol tedbiri CMK'da yer alması da önemli bir husustur.<sup>93</sup> Bu nedenlerle de bağlantılı olarak tutukluluğun düzenli aralıklarla incelenmesi ile salıverilme taleplerine ilişkin düzenlemeler, şayet hukuka uygun bir tutuklama kararı verilmiş olsa dahi tutukluluğun azami süreye varmadan sonlandırılmasını amaçlamaktadır.

Tutuklulukta geçecek süreye ilişkin olarak CMK m. 102 her ne kadar azami sınırları belirlemişse de tutuklama koruma tedbiridir geçicidir dolayısıyla asli sınır, azami süreden ziyade "anlaşılabilir, akla uygun olan"<sup>94</sup> yani "makul süredir". Bu sebeptir ki tutuklama şartları oluştuğunda m. 100 ve m. 101'e göre tutuklama kararı verilebilirse de tutuklama nedeni olan şartlar ortadan kalktığında da herhangi bir talep beklenmeden tutukluluk sona erdirilmelidir.

Özetlemek gerekirse, CMK m. 103 gereğince mümkün olan ilk zamanda Cumhuriyet savcısı tutuklama kararını resen geri alabileceği gibi hâkimden bu kararın kaldırılmasını da isteyebilir. Bunun dışında CMK m. 104'de, şüpheli veya sanığın her zaman tutukluluğun sonlandırılmasını talep etme hakkı ve CMK m. 108'de ise hâkim veya mahkeme tarafından tutukluluğun belli sürelerde incelenmesi düzenlenmek-

<sup>91</sup> Hasan Sınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 301; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 220; Öztürk/Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Kırıt Saygılar, Özyayın, Alan Akcan, Erden Tütüncü, s. 442; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku C. I, 8. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 449.

<sup>92</sup> Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 239; Tosun, s. 870.

<sup>93</sup> Öyle ki kanun koyucu tutuklama kararında adli kontrol tedbirinin yetersiz kalmasındaki fiili ve hukuki gerekçelere yer verilmesi gereğini CMK m. 101/1'de düzenlemektedir. Ayrıca tutuklama yasağı düzenlemesi olduğu haller dışında, tutuklama şartları oluşmuş olsa dahi, tutuklama yerine adli kontrol tedbirine başvurulabileceği düzenlemesi için bkz. CMK m. 109/1: "Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100'üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir".

<sup>94</sup> <https://sozluk.gov.tr/?kelime=>, Erişim 18.12.2019.

tedir. Yargı organlarının tutukluluğun her aşamasında gerek kişinin serbest bırakılma talebi üzerine, gerekse resen yapılan incelemelerde tutulmanın meşru nedenlerinin açıklanması kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının düzenlendiği Anayasa m. 19/7'nin doğrudan bir gereğidir.<sup>95</sup> İHAM da benzer şekilde tutuklulukta geçen sürenin azami süreyi aşip aşmadığını değil sürenin makul olup olmamasını nazara almaktadır. Bu konuda İHAM olayın kendine özgü şartlarına göre değerlendirme yapılması gerektiğini, suçsuzluk karinesinden faydalanan kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanmasını gerektirecek bir kamu yararı bulunduğuna dair belirtilere önem vermektedir.<sup>96</sup>

İstemlerle ilişkin usul CMK m. 105'te belirlenmektedir. Hükme göre, yalnızca salıverilme değil; adli kontrol istemi bakımından da bu düzenleme uygulanacaktır. Tutukluluk taleplerine ilişkin olarak hükmün getirdiği bir diğer önemli usul kuralı ise Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafinin görüşünün alınması<sup>97</sup> (*dinlenilmesi şartı getirilmemiş*) ve istemin kabulüne, reddine veya adli kontrol uygulanmasına üç gün içinde karar verilmesidir.<sup>98</sup> CMK m. 105/1 ilk cümlede her ne kadar görüş alınmasından bahsediyor olsa da hükmün devamında "...Duruşma dışında bu karar verilirken Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafinin görüşü alınmaz..." demek suretiyle, taleplerin duruşma dışında incelendiği hallerde görüş alınmasının zorunlu olmadığına dikkat çekmektedir; fakat duruşma dışında CMK m. 103 ve m. 104 uyarınca verilen kararlara itiraz edilebilir.

Tutuklamaya, tutukluluğun devamına, savcının tutuklama talebinin reddine, tutukluluğun kaldırılmasına veya tutuklama yerine adli kontrol uygulanmasına ilişkin kararlara karşı gidilebilecek kanun yolu, itirazdır.<sup>99</sup> AYM'nin, bu zamana kadar oluşturduğu ve aşağıda da zikredilecek pek çok içtihadı göz önüne alındığında, itiraz kanun

<sup>95</sup> Halas Aslan Başvurusu, 16.02.2017, Başvuru No 2014/4994, <http://www.karar-laryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-4994.pdf, Erişim 16.10.2018.

<sup>96</sup> W./ İsviçre Başvurusu, 26.01.1993, Başvuru No 14379/88, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:%22w.%20v.%20switzerland%22,%22sort%22:%22EMPTY%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-57817%22}>, Erişim 16.10.2018.

<sup>97</sup> CMK m. 105/1: "...Duruşma dışında bu karar verilirken Cumhuriyet Savcısı, şüpheli, sanık veya müdafinin görüşü alınmaz. Bu kararlara itiraz edilebilir".

<sup>98</sup> Şahin, s. 250.

<sup>99</sup> Nur Centel, "Tutuklama Uygulamasında Sorunlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, 2013, S. 1, s. 201.

yolunu etkili olağan kanun yolu olarak kabul ettiği noktasında tereddüt yoktur.

Ceza muhakemesi hukukumuzda itiraz kanun yolu, maddi gerçeğe ulaşma faaliyeti sırasında verilen hâkim kararları ile kanunda açıkça gösterilen hâllerde mahkeme kararlarına karşı başvurulmuş denetim muhakemesi yoludur.<sup>100</sup> CMK m. 268'in "*Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir*" hükmü uyarınca itiraz, yargılama makamı kararlarına karşı yapılacak olup örneğin Cumhuriyet savcısının kararına karşı itiraz, olağan kanun yolu olarak itiraz değildir, itiraz kanun yoluna ilişkin hükümler burada uygulanmaz.<sup>101</sup>

CMK'da itiraz kanun yoluna hangi nedenlerle gidileceği açıkça düzenlenmemektedir. Bununla birlikte itiraz kanun yolunun düzenlendiği hükümlerden yola çıkıldığında, hâkim veya mahkeme kararlarının dayandığı delillerin yetersizliği veya yanlış yorumlanması gibi sebeplerle hukuka aykırılık ileri sürülmelidir.<sup>102</sup>

CMK m. 268/2 gereğince, kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir. Bu noktada itiraz kanun yolunun tutuklama bakımından hızlı bir denetim imkânı sunduğu yadsınamayacaktır.<sup>103</sup> Zira itirazı inceleyecek asıl mercii, itiraza konu kararı veren hâkim veya mahkemedir.<sup>104</sup> Tutukla-

<sup>100</sup> Ahmet Gökçen/Murat Balcı/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 s. 398; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 825.

<sup>101</sup> Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 241.

<sup>102</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Kırıt Saygılar/Özaydın/Alan Akcan/Erden Tütüncü, s. 687.

<sup>103</sup> Tosun, s. 869.

<sup>104</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 827; "...Uygulamada ortaya çıkabilecek bir sorun, tutmaya karar veren bir kişinin, sonradan tumanın kanuniliğini incelemesi durumu olabilir. Böyle bir durumda, söz konusu hâkimin, tutmanın kanuniliğinin denetimi için başvuru hakkının gerektirdiği tarafsızlığı karşılayamayacağı söylenebilir. Bu bakımdan tutuklama kararının altında imzası bulunan bir asliye ceza hâkiminin, bu kararı verdikten sonra aynı yargı çevresinde ağır ceza yargıcı olarak atanması halinde, söz konusu tutukluluk kararına karşı itirazı incelemesi, tarafsızlık ilkesiyle uyumlu olmayacaktır. CMK'nın 23'üncü ve 24'üncü maddelerinin bu çerçevede yorumlanması önem taşır..." , bkz. Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 214, 215.

ma kararı CMK m. 101'e uygun bir şekilde alınmamış olabilir; fakat ilk kez verilen tutuklama kararında bazı eksikliklerin bulunması, tutuklama kararını doğrudan temel hak ihlal eden bir karara dönüştürmeyecektir. Zira tutuklama kararına karşı kanun yolu olarak kabul edilen itiraz üzerine maddi ve hukuki inceleme yapacak olan itiraz mercii bu eksiklikleri giderebilecektir.<sup>105</sup> Ancak itiraz kanun yolunun, kanun yollarının tüketilmesi mevzusu bakımından ne zaman tüketilmiş kabul edileceğinin de belirlenmesi gerekmektedir.

CMK m. 104/2 son cümlede; soruşturma ve kovuşturma evrelerinde şüphelinin veya sanığın salıverilmesinin istenebileceği, tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkeme tarafından karar verilmesi hâlinde, ret kararları dışında kabul kararlarına da itiraz edilebileceği belirtilmektedir.<sup>106</sup>

Bireysel başvurunun kabul edilebilirliği için olağan kanun yollarının tüketilmesi gerektiğinden bahsedildi. Bu noktada, uzun tutukluluk hâli bakımından, itiraz sürecinin hangi aşamada başlayıp tamamlanacağını belirlemek önem arz etmektedir. Tutukluluk hâline özgü olarak, itiraz kanun yoluna ilişkin hükümler değerlendirilmelidir:

Şüpheli veya sanık CMK m. 104'e göre, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmeyi talep edebilmektedir. Dolayısıyla bireysel başvurudan önce salıverilme talebi imkânına sahip sanığın, bu talebi hakkında mahkeme karar vermektedir. Şayet sanığın tutukluluğu hakkında devamına ya da uzatılmasına karar verilmişse bir başka hukuki imkân olarak, CMK m. 268/1'e göre, ilgililer kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie<sup>107</sup> bir

<sup>105</sup> Feridun Yenisey, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama", *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 33, 2016, s. 221.

<sup>106</sup> 696 sayılı KHK (R.G. Tarihi: 24.12.2017, R.G. No: 30280) m. 93 ile "Ret kararına" ibaresi "Bu kararlara" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 01.02.2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun m. 88 ile aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

<sup>107</sup> "Uygulamada, tutuklama kararını veren hâkime itiraz dilekçesi verilmekte, ancak dilekçenin incelenmesi sırasında nöbetçi hâkim görevde olduğundan onun tarafından incelenerek itiraz üzerine karar düzeltilmekte veya incelemeye yetkili mercie gönderilmektedir. Bu uygulamaya yönelik olarak, kararı veren hâkimin incelemesinin kanun tarafından öngörülmüş olduğu, kararını düzeltecek kişinin de ancak bu hâkim olabileceği eleştirisi yöneltilmektedir. Kanaatimizce, bu konuda kanuna bir aykırılık söz konusu değildir. Burada hâkim, makam itibarıyla süjüdedir. Geri alma/gözden geçirme talebi makama yapılır, inceleyen ise nöbetçi hâkim olabilir", görüş için bkz. Ünver/Hakeri, s. 516.

dilekçe vererek veya zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle, tutanağa itiraz geçirilerek itirazda bulunmaktadırlar. Tutukluluk hâlinin devamına karar verilmesi durumunda ise CMK m. 268/2'e göre, kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse itirazı bir başka merciine göndermeksizin<sup>108</sup> kararını düzeltir, yerinde görmezse sanığın talebi aranmaksızın en çok üç gün içinde itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderilmektedir.<sup>109</sup> CMK m. 271/4'e göre, mercii, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Hükümden yola çıkıldığında iki aşamalı itirazın söz konusu olduğu söylenebilir.

CMK m. 271/4'deki, "*Merciiin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir*" hükmünden yola çıkıldığında, itiraz merciiinin verdiği kararın kesin olduğu ve fakat Cumhuriyet savcısının tutuklama talebinin reddi kararı üzerine yaptığı itiraz neticesinde itiraz mercii tarafından ilk defa verilen tutuklama kararına şüpheli veya sanığın itiraz hakkının olduğu anlaşılmaktadır.<sup>110</sup>

Yine CMK m. 271/2 uyarınca, itiraz merciiin, kararı veren makama, dosyayı göndermesi mümkün olmamalıdır. Bir diğer ifade ile itirazı kabul eden merciiin, CMK m. 270 uyarınca yapmış olduğu araştırma sonucunu nazara alarak itiraz konusunda karar vermesi, örneğin tutukluluğa itirazı kabul ettikten yani hukuka aykırılığı tespit ettikten sonra aynı zamanda şüpheli veya sanığın tahliyesine de karar vermesi gerekmektedir.<sup>111</sup> Bununla birlikte itiraz hakkında karar verecek olan mercii bakımından CMK m. 271/1, tutuklamaya ilişkin karara yapılan itiraz hakkında duruşma yapmaksızın, dosya üzerinden inceleme

<sup>108</sup> Ünver/Hakeri, s. 516.

<sup>109</sup> "...Tutuklama kararını veren hâkim, dayandığı tutuklama nedenini itiraz makamının değerlendirilmesine imkân tanıyacak ölçüde ayrıntılı bir şekilde kaleme almak zorundadır. Kaçma veya delil karartma şüphesinin dayanağı olan somut olguların kararda yer alması gerekir. Örneğin, isnat edilen suçun türü, somut olayda hükmedilmesi beklenen ceza miktarı, şüphelinin kişilik yapısı ve sürdürdüğü yaşam tarzı, ikametgâhının sabit olup olmadığı, mesleki ve kişisel ilişkileri, yurt dışı ile olan ilişkileri ile şüphelinin suç öncesi ve suçtan sonra o ana kadar sergilediği davranış, kaçma şüphesi veya delil karartma şüphesi gerekelendirilirken tartışılmış olmalıdır..." bkz. Yenisey, s. 226.

<sup>110</sup> Şahin, s. 246.

<sup>111</sup> Centel/Zafer, s. 813.

yaparak karar verme tercihi sunmaktadır. Bir başka anlatımla, itiraz merciinin itirazı taraflara bildirme ve tarafları dinleme noktasında bir takdir yetkisine sahip olması doktrinde de eleştirilmektedir.<sup>112</sup> Bununla birlikte AYM, silahların eşitliği ilkesi gözetildiği müddetçe özgürlüğü kısıtlanan kişinin, salıverilme talebine ilişkin karar veren ilk derece mahkemesi huzurunda hazır bulunması, ancak itiraz incelemesinin yapıldığı mahkemenin önüne çıkmaması ve burada duruşma yapılmasını Anayasa m. 19/8'e doğrudan aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmesini yapmamaktadır. Anayasa m. 19/8'den hareketle yapılan her itirazda başvurunun dinlenilmesinin gerekmediğini belirten AYM, buna karşın tutuklu kişinin makul aralıklarla dinlenilmeyi talep etme hakkına da dikkat çekmektedir.<sup>113</sup>

Cumhuriyet savcısının itirazı söz konusu olduğunda CMK m. 271/4'de bahsi geçen itiraz mercii ile alakalı olarak, itiraz kanun yolunun etkililiği ayrıca değerlendirilmelidir. Şöyle ki CMK m. 101/4 uyarınca şüpheli veya sanığın serbest bırakıldığı ihtimalinde, Cumhuriyet savcısı CMK m. 268'e dayanarak itirazda bulunabilecektir. Ne var ki şüpheli veya sanık serbest olduğundan ve ceza muhakemesi hukukumuzda giyabi tutuklama artık söz konusu olmadığından,<sup>114</sup> yeni bir

<sup>112</sup> Centel, s. 201.

<sup>113</sup> Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir Başvurusu, 27.10.2016, Başvuru No 2014/2626, <<http://www.kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-2626.pdf>>, Erişim 01.12.2019; Firas Aslan ve Hebat Aslan Başvurusu, 21.11.2013, Başvuru No 2012/1158, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2012-1158.pdf>>, Erişim 31.10.2019.

<sup>114</sup> Sınar, s. 223; "...uygulamada, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılarının, yakalama taleplerine sorgu ve tutuklama taleplerini de ekledikleri görülmektedir (CMK m. 162). Böyle bir talep üzerine verilen yakalama kararı aslında şüphelinin yokluğunda (giyapta) verilmiş bir tutuklama kararı özelliği göstermektedir. Yakalama emri ile yakalanan şüpheli, kararı veren sulh ceza hâkiminin önüne getirildiğinde sulh ceza hâkimi talebe uygun olarak sorgu yapabilmekte ve tutuklama talebine uygun bir karar verebilmektedir." karşı. Centel/Zafer, s. 373; "Yasa'nın 103. maddesinde, tutuklama kararının geri alınmasından söz edilmektedir. Bu nedenle, bu hal, vicahi ve giyabi tutukluluk için geçerlidir... her ne kadar yeni yasanın sisteminde giyabi tutuklamanın söz konusu olmadığı söylenmekte ise de bu doğru değildir. Savcının istemi üzerine, sulh yargıcının verdiği yakalama emri aslında bir tutuklama emridir. Bunun da bir tutuklama kararına dayanması gerektiği mutlaktır. Bu durum karşısında, 103. madde giyabi ve vicahi tutuklamalarda uygulanabilir" şeklinde karşı. Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliği Çerçevesinde CMK Değişiklikleri Tasarısı 7035 sayılı u Hükümleri 696 sayılı KHK ile birlikte güncelleştirilmiş 15. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 334-335.



yakalama kararı çıkartılması gerekecektir ki bu kararı, tutuklamayı reddeden makam değil, itiraz mercii verecektir.<sup>115</sup> Yakalama kararı çıkartan makamın tutuklama kararı vermesi elbette şart değildir; CMK m. 100 ve m. 101 göz önüne alınarak kararın verileceği andaki şartlar değerlendirilmelidir.<sup>116</sup>

Yukarıda bahsedilen, CMK m. 105'teki usul ve tutuklama kararının verilme usulü hakkındaki CMK m. 101'e ilişkin olarak CMK m. 270 hükmü önemlidir. Öyle ki itirazı inceleyecek mercii, yazı ile cevap verilebilmesi için itirazı Cumhuriyet savcısına ve karşı tarafa bildirebileceğini düzenleyen bu hükmün devamındaki fıkraya göre: *"101 ve 105 inci maddeler uyarınca yapılan itiraz üzerine Cumhuriyet savcısından görüş alınması durumunda, bu görüş şüpheli, sanık veya müdafiiye bildirilir."*<sup>117</sup> Şüpheli, sanık veya müdafii üç gün içinde görüşünü bildirebilir". Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının, itiraz mercii kararını vermeden önce görüş bildirme yetkisi bulunmaktadır ki bu yetkisi bakımından Cumhuriyet savcısının itiraz merciiye bildirdiği görüşünün içeriği ile bağlı olduğu ve itiraz üzerine yapılacak incelemede, görüşünü bildiren savcılık makamının; karardan sonra, ilk kez tutukluluk kararı verilmesi haricinde, yeniden görüş bildirmesi veya kesin nitelik taşıyan karara itiraz etmesi mümkün olmayacağı yönündeki görüşe biz de katılmaktayız.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> "...Yakalama emri üzerine yakalanan kişinin, yakalama emrini düzenleyen itiraz mercii yerine, Cumhuriyet Savcısının tutuklama istemini reddetmiş olan hâkim veya mahkeme önüne çıkarılması, şüpheli veya sanığın itiraz hakkını etkisiz kılacak olması bakımından da sakıncalıdır. Şöyle ki; şüpheli veya sanık, yakalama emri düzenlemiş olan itiraz mercii önüne çıkarılıp hakkında tutuklama kararı verildiğinde, bu karara karşı da bir başka merci nezdinde itiraz da bulunabilecektir. Oysa şüpheli veya sanığın tutuklama istemini ilk başta reddetmiş olan hâkim veya mahkeme tarafından tutuklanmasına karar verilmesi halinde, şüpheli veya sanığın bu karara itirazını, daha önce bu konuda görüşünü beyan etmiş ve kişinin tutuklanması gerektiğine karar vermiş olan aynı itiraz mercii inceleyecektir. Bu durumda şüpheli veya sanığın itirazdan bir sonuç elde edemeyeceği baştan bellidir. Kaldı ki böyle bir yaklaşım, sorunun bir başka merci tarafından yeniden değerlendirilmesi esasına dayanan kanun yolu mantığı ile de bağdaşmaz...", görüş için bkz. Şahin, s. 246-247.

<sup>116</sup> Şahin, s. 247.

<sup>117</sup> "Bu düzenlemenin aksinden, tutuklamaya ve tahliye talebinin reddine ilişkin kararların dışındaki kararlara itiraz halinde Cumhuriyet savcısından görüş alınması halinde bunun ilgisine bildirilmeyeceği anlamı çıkmaktadır. Düzenlemenin daha genel olması gerekirdi"; bkz. Centel/Zafer, s. 812.

<sup>118</sup> Ersan Şen, "Tutukluluğa İtirazın Sınırları", <<http://www.hukukihaber.net/tutukluluk-itirazin-sinirlari-makale,5887.html>>, Erişim 30.11.2019.

Uzun süre tutuklu kalan kişi, CMK’da, tutukluluk bakımından öngörülen kanun yollarını tükettikten sonra yani, tutuklamaya ilişkin karara yapılan itirazın itiraz mercii tarafından reddedilmesinin ardından tutuklama kararı için olağan kanun yolları tükenmiş olacak<sup>119</sup> ve bu nedenle otuz gün içerisinde, AYM’ye bireysel başvuruda bulunulabilecektir.<sup>120</sup> Bununla birlikte konumuz özelinde uzun tutukluluklar bakımından tutuklanan kişinin tutukluluğa itirazı bir üst yargı merci tarafından reddedildiğinde, karar kesinleşmiş olmakta ve anılan karara karşı başka bir itiraz imkânı bulunmamaktadır. Buna karşın, ayrıntılarından aşağıda bahsedilecek olan uzun tutukluluk hâllerinde, tutukluluk makul süreyi veya azami süreyi geçtiği andan itibaren, kanun yollarının tüketilmesi kuralına istisna getirilmesi ve uzun tutukluluk iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulabilmesi gerekmektedir.<sup>121</sup> Aksi ihtimalde İHAS m. 5 ve Anayasa m. 19 ile düzenlenmekte olan hak ve özgürlüklerin özü korunmamış olacaktır.

AYM, tutukluluğa itiraz ve itirazın reddine dair kararlarda, ilk aşamada CMK m. 100’deki tutuklama nedenleri, CMK m. 102’de düzenlenen uzatma kararından önce karar verilen süreler bakımından yeterli kabul edilse de tutuklamanın uzatılmasına karar verildiğinde tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerektiğine işaret edilmektedir. AYM gerekçeleri incelemekte ve bu gerekçelerin tutukluluğun devamını haklı gösterecek içerikte olup olmadığını irdelemektedir. Makul süreyi aşan tutukluluk hâlinin devamına karar verildiği durumlarda gerekçelerin ilgili ve yeterli olmasını gözetmektedir.<sup>122</sup>

Son olarak, AYM, birçok kez tutukluluğun devamı kararlarına itiraz edilip sonuç alınmadığı durumlarda, en son verilen tutukluluğun devamı kararına itiraz edilmemesinin başvuru yollarının tüketilmesi olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindedir.<sup>123</sup>

<sup>119</sup> Sınar, s. 298.

<sup>120</sup> Hasan Tunç, “Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 2013, S. 1-2, s. 1653.

<sup>121</sup> Yusuf Solmaz Balo, “Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi’nin İmtihani”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, S.1, s. 19.

<sup>122</sup> Murat Narman Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/1137.

<sup>123</sup> “... ilk derece mahkemesinin başvuruçunun tutukluluk hâlini resen veya baş-



#### IV. Tazminat İstemi

Tutuklama hâlinde CMK m. 141'deki tazminat düzenlemesi, bir kanun yolu olmamakla birlikte; bir tazmin şekli ve bir başvuru yoludur. Nitekim İHAM da aynı hususu ifade etmektedir.<sup>124</sup>

Görünüşte haklılık özelliği nedeniyle kesin bir hükme dayanılmaksızın ve fakat muhakemenin maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet edebilmek amacıyla koruma tedbirlerine başvurulabilecektir. Bununla birlikte, "görünüşte" haklı olan koruma tedbirinin haksızlığı ya da hukuka aykırılığı ortaya çıkabilir ki bu durumda da bir zarardan söz edilecektir.<sup>125</sup> Yine İHAS m. 5/5 düzenlemesinde de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işlemi neticesinde mağdur olan herkesin tazminat hakkına sahip olduğunu koruma altına alınmaktadır.

Tutukluluğun makul süreyi ya da azami süreyi aştığı iddiası ile yapılan başvurulara ilişkin olarak AYM'nin CMK m. 141'deki koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hükmü değerlendirmesi önem arz etmektedir. CMK m. 141/1-d'nin lafzına bakıldığında, "*Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen*" ifadesi ile kanun koyucu, tutuklu olup da makul sürede hakkında hüküm verilmeyen kimseler için tazminat olanağı tanımaktadır.<sup>126</sup> Bu noktada ifade etmek

---

vrucunun talebi üzerine incelemiş olduğu ve her defasında başvuruçunun tutukluluk hâlinin devamına karar verdiği, bu kararlara karşı yapılan itirazların (Ulusal Yargı Ağı Projesi Bilişim Sistemi [UYAP] üzerinden yapılan incelemede başvuruçunun altı kez itiraz ettiği görülmüştür) da reddedildiği anlaşılmıştır. Tutukluluğun devamına karar verilen bir davada başvuruçunun yaklaşık üç yıl süren bir tutuklulukta verilen son tutukluluğun devamı kararına karşı itiraz yoluna başvurmaması nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesi aşırı şekilci bir yaklaşım olacaktır...", Cüneyt Karataş Başvurusu, 09.06.2016, Başvuru No 2014/2069, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/2069>, Erişim Tarihi 19.12.2019; Doğan Anğay Başvurusu, 01.02.2017, Başvuru No 2014/3178, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-3178.pdf>, Erişim 19.12.2019.

<sup>124</sup> "...Firstly, as regards the complaint concerning the lawfulness and duration of the applicant's detention in police custody, the Court observes that the Turkish legal system provides applicants with two remedies in this respect, namely an objection aimed at securing release from custody (Article 91 § 5 of the CCP) and a compensation claim against the State...", Mehmet Hasan Altan/Türkiye, 20.03.2018, Başvuru No 13237/17, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-181862%22>>, Erişim 27.05.2018.

<sup>125</sup> Ünver/Hakeri, s. 667.

<sup>126</sup> Ünver/Hakeri, s. 674.

gerekir ki; CMK m. 141/1-d ve İHAS m. 5/3 tutukluluğun makullüğü ile ilgili düzenlemelerdir.

CMK m. 141 ve devamı düzenlemelerinde, her durumda değil; hükümde düzenlenen tazminat nedenlerinden birisinin söz konusu olması hâlinde tazminat ödenmesi öngörülmektedir.<sup>127</sup> Dolayısıyla hükümde yer almayan koruma tedbirleri hakkında ve hükümde yer almayan nedenlerle tazminat gündeme gelmeyecektir. Bununla birlikte CMK m. 142/1'e göre başvuru koruma tedbiri bakımından tazminat isteminde bulunulabilmesi için, hakkındaki karar ya da hükmün kesinleşmesi gerekmektedir. Ne var ki Yargıtay'a göre belirli hâller bakımından bu kurala istisna getirilmelidir<sup>128</sup>; zira mevcut düzenleme ile tazminat yolu kısmen etkisiz bir hâle getirilmiştir.<sup>129</sup> Zira İHAS m. 5'te koruma altına alınan hakkı ihlal edildiği iddiasında olan kişi kovuşturmayaya yer olmadığı kararını ya da kovuşturma söz konusu ise kovuşturmanın kesinleşmesini beklemek zorundadır.

## V. Uzun Tutukluluk Hâli Bakımından Bireysel Başvurunun Önemi

Tutuklama kararları aleyhine AYM'ye bireysel başvuru hakkının, tutuklama koruma tedbiri uygulamasındaki hak ihlallerini gidermede önemli bir rolü bulunmaktadır; zira sınırlamaya uğrayan, suçsuzluk karinesi korumasından faydalanan ve fakat yargılanan şüpheli veya sanığın kişi özgürlüğü ve güvenliğidir.<sup>130</sup> Anayasa m. 148/3 gereğince,

<sup>127</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Kırt Saygılar/Özaydın/Alan Akcan/Erden Tütüncü, s. 394.

<sup>128</sup> "...kişilerin tazminat istemleri konusunda, asıl davada hüküm verilmesinin veya verilen hükmün kesinleşmesinin beklenmesine gerek bulunmamaktadır. Zira bu talepler, asıl davanın sonucunu etkileyici veya asıl davanın sonucuna bağlı talepler değildir...", bu yöndeki bazı kararları için bkz. Yarg. 12. CD, 07.09.2012, E. 20227/2012, K. 18818/2012, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2012-20227-k-2012-18818-t-17-9-2012>>, Erişim 16.04.2018; Yarg. 12. CD, 09.03.2015, E. 15450/2014, K. 4363/2015, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-15450-k-2015-4363-t-9-3-2015>>, Erişim 15.04.2018; Yarg. 12. CD, 14.12.2015, E. 19906/2014; K. 19237/2015, <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7581#>>, Erişim 15.04.2018.

<sup>129</sup> M. Nedim Bekri, "Yakalama ve Tutuklama Nedeniyle Tazminat Düzenlemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara, 2012, S.1, s. 50-51.

<sup>130</sup> Ersan Şen, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/979810-anayasa-mahkemesine-bireysel>

İHAS m. 5 ve Anayasa m. 19 ile korunmakta olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bireysel başvurunun kapsamına girmektedir.

İHAS m. 5'te kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı düzenlenmektedir. Öyle ki; İHAS m. 5/3'e göre: "...derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir...."

İHAS m. 5/4: "Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir".

İHAS m. 5/5: "Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir".

İHAS m. 5 ile uyumlu şekilde Anayasa m. 19' da önce özgürlük ve güvenlik hakkı tanınmakta, ardından kişi özgürlüğünün "hukuka uygun olarak" ve "belirli sebeplerle" sınırlanabileceğine ilişkin ve ayrıca özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin haklarını düzenlemek suretiyle güvenceler getirmektedir. Tutukluluk nedeniyle yapılan bireysel başvurunun temel amacı, özgürlükten yoksun bırakmanın hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebeplerin bulunmadığının tespitidir.<sup>131</sup>

Anayasa ve İHAS'daki bu düzenlemelerin amacı, bireylerin keyfi uygulama ve kararlarla özgürlüklerinin kısıtlanmasının engellenmesidir.<sup>132</sup> İHAS m. 5/3 ve Anayasa m. 19/7 ile ise tutuklunun makul sürede yargılanma ve serbest bırakılma hakkı düzenlenmektedir.

basvuru-hakki>, Erişim 11.10.2019.

<sup>131</sup> Mehmet Emin Kılıç Başvurusu, 07.03.2014, Başvuru No 2013/5267, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140425-19.pdf>, Erişim 25.12.2019.

<sup>132</sup> "...Anayasa'nın 19. maddesinin amacı bireyi keyfi bir şekilde özgürlüğünden alıkoymaya karşı korumak olup, maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların maddenin amacına uygun olması ve keyfi uygulamaya yol açmaması gerekir. Bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan hürriyetten yoksun bırakmanın şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi kuralı gereğince, başvuruçunun tutukluluk durumunun "kanuni" dayanağının bulunup bulunmadığının, kanunun özgürlükten yoksun kılmaya izin verdiği hâllerde ise, hukuk devleti ilkesi gereği, keyfiliği önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup olmadığının Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerekir...". Murat Narman Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/1137; Emrah Ergün Başvurusu, 21.02.2018, Başvuru No 2014/4651, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4651>, Erişim 25.12.2019.

Bu düzenlemelerden yola çıkıldığında, yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan bir kişi hakkında, şayet bir mahkûmiyet kararı yoksa ilgili mevzuatta düzenlenen azami süreleri aşan özgürlükten yoksun bırakma tedbirleri Anayasa'ya, aykırılık oluşturacaktır.<sup>133</sup> Bununla birlikte, mahkûmiyet kararı söz konusu olduğunda tutuklamanın niteliğinin değiştiği ve hükme bağlı olarak tutukluluğun devam ettiği kişi hakkında herhangi bir azami süre sınırı olmadan tutuklama tedbirinin uygulanabileceği şeklindeki Yargıtay içtihadı<sup>134</sup> AYM kararlarına da yansımıştır. Öyle ki AYM'deki bireysel başvuru incelemelerinde, tutuklulukta sürenin başlangıcı, kişinin ilk kez yakalandığı tarih veya doğrudan tutuklandığı durumlarda tutuklama tarihi olarak kabul edilmektedir. Tutukluluk süresinin sonu kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarih olarak kabul edilmektedir.<sup>135</sup> Hâlbuki kişinin özgürlüğünden mahrum olması gerçeği sabit iken, bunun teknik anlamda "tutuklama" olarak adlandırılıp adlandırılmamasının önemli olmamalıdır.<sup>136</sup> Zira hükme bağlı-ismada bağlı tutukluluk hükme-ismada bağlı olmayan tutukluluk ayrımı her ne kadar uygulamada devam etse de CMK kapsamında, bu uygulamaya kaynak olarak gösterilebilecek bir hüküm söz konusu değildir. Kaldı ki İHAS m. 5/3'ün koruması da ilk derece mahkemesi ya da temyiz mahkemesi ayrımı yapmadan şartlara uygun bir şekilde yakalanan ya da tutulan herkesin yine de "serbest bırakılma" hakkına sahip olduğu bu noktada önemli bir vurgu olarak ileri sürül-

<sup>133</sup> Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 81.

<sup>134</sup> Hükmen tutukluluk ve isnada bağlı tutukluluk şeklinde tartışmalı kavramlar ortaya çıkaran YCGK kararı için bkz. YCGK, 12.04.2011, E. 1-51/2011, K. 42/2011, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2011-1-51-k-2011-42-t-12-04-2011>>, Erişim 11.04.2018; Ayrıca bkz. Ersan Şen, "Temyizde Geçen Tutukluluk Süresi Açmazı", <<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1532433-temyizde-gecen-tutukluluk-suresi-acmazi>>, Erişim 12.10.2019.

<sup>135</sup> Mehmet Emin Kılıç Başvurusu, 07.03.2014, Başvuru No 2013/5267.

<sup>136</sup> "...AİHM, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. paragrafının d) bendinde, makul sürede hakkında hüküm verilmeyen bir tutuklu için tazminat talebinde bulunabilme imkânının öngörüldüğünü hatırlatmaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme bu hukuk yolunun, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. paragrafı anlamında uzun süren bir tutukluluk haline son vermeyi amaçlamadığını (bkz. Diğerleri arasında, Barış v. Türkiye, no. 26170/03, § 17, 31 Mart 2009) fakat tek amacının sonuçta bir tazminat elde edilebilmesi olduğunu saptamaktadır. Dolayısıyla söz konusu hukuk yolu, ilgilinin salıverilmesine imkân tanımamaktadır..." , Demir/Türkiye Başvurusu, 16.10.2012, B. No. 51770/07, p. 25.

melidir. Belli bir zamandan sonra, örneğin ilk derece mahkemesinde mahkûmiyet hükmü verilmesi sebebiyle, halihazırda özgürlüğünden mahrum olan birey bakımından m. 5/3 ve m. 5/4'de yer alan "serbest bırakılma hakkı" ortadan kalkmayacaktır. Bu nedenle de İHAM ya da AYM tarafından "hükme bağlı" tutukluluk hâlinde, bireyin serbest kalması imkanının artık bulunmadığı şeklinde bir sonucun hiçbir hukuki açıklaması bulunmamaktadır; zira kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmamaktadır ve kişinin serbest bırakılması asıldır.

Tutuklulukta azami süreleri düzenleyen CMK m. 102'nin lafzına bakıldığında yer alan sürelerin, soruşturma, kovuşturma ya da istinaf-temyiz aşaması ayrımı yapmaksızın ceza muhakemesinin tamamı için geçerli olduğu açık bir şekilde ortadadır.<sup>137</sup> Buna karşın AYM, mahkûmiyetle birlikte verilen "tutukluluğun" devamına ilişkin kararları, tutukluluğun sona ermesi olarak değerlendirmeye devam etmektedir.<sup>138</sup>

Belirtmek gerekir ki CMK m. 108 kapsamında, her ay yapılan tutukluluk incelemesi sonucu verilen hâkim veya mahkeme kararları hakkındaki bireysel başvurularda AYM, İHAS m. 5/4 ve Anayasa m. 19/8'in incelemesinde, kabul edilemezlik kararları vermektedir. Kararlarda tutukluluğun resen incelenmesi durumunda, özgürlüğü kısıtlanan kişiye tanınan yargı merciine başvurma hakkı kapsamında bir değerlendirme yapılmadığı gerekçesi ile CMK m. 108 kapsamındaki bu incelemeler Anayasa m. 19/8 kapsamında değerlendirilmemektedir.<sup>139</sup>

<sup>137</sup> Abdullah Batuhan Baytaç, "Hükme Bağlı Tutukluluk", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, İstanbul, 2018, S.2, s. 143.

<sup>138</sup> "...Somut olayda başvurunun 2/9/2016 tarihinde tutuklandığı, hazır bulunduğu duruşmada Adana 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 29/9/2017 tarihli kararı ile mahkûmiyetine ve tutukluluk hâlinin devamına karar verildiği anlaşılmıştır. Buna göre ilk derece mahkemesinin 29/9/2017 tarihli mahkûmiyet ve tutukluluğun devamı kararı ile başvurunun tutukluluk hâli sona ermiştir. ...", Mustafa Kökten Başvurusu, 09.10.2019, Başvuru No 2018/5774, <https://kararlarbilgiban-kasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/5774?BasvuruNoYil=2018&BasvuruNoSayi=5774&BasvuruTarihiBaslangic=26%2F02%2F2018>, Erişim 25.12.2019.

<sup>139</sup> "...İstanbul 15. Ağır Ceza Mahkemesi, yargılama boyunca 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesi uyarınca yirmi iki kez resen dosya üzerinden tutukluluk incelemesi yaparak başvurunun da aralarında olduğu tutuklu sanıkların tutukluluk hâllerinin devamına karar vermiştir. Bununla birlikte anılan incelemeler, talep üzerine gerçekleştirilmediğinden bu incelemeler Anayasa'nın 19. maddesinin kapsamına dâhil değildir...", Cihan Karabay Başvurusu, 08.11.2017, Başvuru No

## VI. CMK m. 141'in Etkili Bir Başvuru Yolu Olup Olmadığı Meselesi

Tutukluluk hâlinin gözden geçirilmesi istenip salıverilme talepleri reddedildikten sonra, bir diğer ifade ile itiraz olağan kanun yolu tüketilince bireysel başvuru yoluna gidilebilir. Ancak itiraz kanun yolu tüketilmiş olsa da CMK m 141'deki tazminat yolunun ne zaman etkili olduğu ya da etkili olup olmadığı meselesi de açıklanmaya muhtaçtır.

CMK m. 141'in etkili bir kanun yolu olarak değerlendirilmesi, tutukluluğun makul süreyi ya da azami süreyi aştığı iddiası ile yapılan başvurularda yani uzun tutukluluk hâllerinde tüketilmesi gerekli bir yol olacaktır. Ne var ki CMK m. 142 uyarınca, uzun tutukluluktan şikâyet eden kişi için *"Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden itibaren üç ay ve herhâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir."* şeklindeki düzenleme, CMK m. 141'i birçok ihtimal bakımından etkisiz bir başvuru yolu hâline getirmektedir. Ancak son dönemde ilgili hükümlerle alakalı İHAM, AYM ve Yargıtay içtihatları gelişmiştir.

İHAM'ın Türkiye'ye karşı açılan davalarla ilgili kararlarına bakacak olursak, örneğin 13.09.2016 tarihli bir kararında<sup>140</sup> Yargıtay içtihatlarını<sup>141</sup> nazara aldığı anlaşılmaktadır. Öyle ki İHAM, normal şartlarda

---

2014/2906, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/2906>, Erişim 25.12.2019;" 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesine göre yapılacak değerlendirme resen (ex officio) yapılmakta olup Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası ile hürriyeti kısıtlanan kişiye tanınan yargı merciine itiraz edebilme hakkı kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle başvurucuların, 31.10.2012 tarihinde 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesine göre mahkemece resen yapılan incelemenin duruşmasız olduğu ve çelişmeli yargılama ilkesine uyulmadığı yönündeki şikâyetlerinin "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir", Firas Aslan ve Hebat Aslan Başvurusu, 21.11.2013, Başvuru No 2012/1158, p. 32.

<sup>140</sup> A. Ş./Türkiye, 13.09.2016, Başvuru No 58271/10, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-166490%22%5D%7D>>, Erişim 11.05.2018; Ayrıca Mustafa Avcı/Türkiye, 23.05.2017, Başvuru No 39322/12, p. 40 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-183396%22%5D%7D>>, Erişim 03.08.2018.

<sup>141</sup> Yargıtay'ın "...tazminat istemi" başlıklı 141. maddesi incelendiğinde, bir kısım tazminat nedenleri konusunda karar verilmesi için, davanın esasıyla ilgili bir kararın verilmesi zorunluluğunun bulunmadığı, dolayısıyla bu nedenlere dayalı istemlerde, davanın sonuçlanmasına gerek bulunmadığı yasal düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin, gözaltı süresi yasadaki açıkça belirtilmiş olup, yasadaki bu süre içinde hâkim önüne çıkarılıp, çıkarılmadığının saptanmasının davanın esasıyla herhangi bir ilgisi bulunmadığı gibi bu konudaki talep ile ilgi-



CMK m. 142 düzenlemesi sebebiyle çoğu durumda CMK m. 141'in özellikle de hâlihazırda tutulmakta olan başvuru bakımından yeterli ve etkili olmayacağını yinelemekle beraber; Yargıtay'ın geliştirdiği içtihadı da dikkat çekmektedir. İHAM, yeni içtihadı gelişmenin bu başvurunun ceza yargılamasının sonucundan önce yapılabilmesine imkân tanıdığına dikkat çekerek CMK m. 141/1-d'nin, özel bir amaçla kabul edilen ve bu türden şikâyetlere çözüm getirmeye elverişli nitelik taşıyan yeni düzenlemeye işlerlik kazandırdığını ifade etmiştir.<sup>142</sup>

İHAS m. 5/3 bakımından Türkiye aleyhine açılan davalarda, CMK m. 141'i etkili bir iç hukuk yolu olarak değerlendiren Mahkeme, bu yola başvurulmamış olmasını iç hukuk yollarının tüketilmemesi olarak değerlendirmekte ve başvuru tarihi itibarıyla yargılaması sonuçlanmayan başvuru tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiasıyla CMK m. 141/1-d kapsamında tazminat talebinde bulunma imkânı bulunduğu takdirde ki - İHAM bunun için tutukluluk sonlandırılmış olmasına vurgu yapmaktadır - tazminat elde edilmesinin uygun bir telafi yolu olduğunu belirtmektedir.<sup>143</sup> Burada, CMK m. 141'in etkili bir başvuru yolu olması hususunda İHAM'ın dikkat çektiği mevzu, başvuru ihlal iddiasının tazminat ile telafi edilebilir olup olmamasıdır.<sup>144</sup> Zira

---

li olarak karar verilmesi için davanın esası hakkında karar verilmesine de gerek bulunmamaktadır. ...kişilerin tazminat istemleri konusunda, asıl davada hüküm verilmesinin veya verilen hükmün kesinleşmesinin beklenmesine gerek bulunmamaktadır. Zira bu talepler, asıl davanın sonucunu etkileyici veya asıl davanın sonucuna bağlı talepler değildir..." , bu yöndeki bazı kararları için bkz. Yarg. 12. CD, 07.09. 2012, E. 20227/2012, K. 18818/2012, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2012-20227-k-2012-18818-t-17-9-2012>>, Erişim 16.04.2018; Yarg. 12. CD, 09.03.2015, E. 15450/2014, K. 4363/2015, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-15450-k-2015-4363-t-9-3-2015>> Erişim 15.04.2018; Yarg. 12. CD, 14.12.2015, E. 19906/2014; K. 19237/2015, <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7581#>>, Erişim 15.04.2018.

<sup>142</sup> A. Ş./Türkiye, 13.09.2016, Başvuru No 58271/10, p. 94, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-166490%22%5D%7D>>, Erişim 11.05.2018.

<sup>143</sup> A. Ş./Türkiye, 13.09.2016, Başvuru No 58271/10, p. 90, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-166490%22%5D%7D>>, Erişim 11.05.2018

<sup>144</sup> "...The Court reiterates that for a remedy in respect of the lawfulness of an ongoing deprivation of liberty to be effective, it must offer a prospect of release ... It notes, however, that the remedy provided for in Article 141 of the CCP is not capable of terminating the applicant's deprivation of liberty....", Şahin Alpay/Türkiye, 20.03.2018, Başvuru No 16538/17, p. 82, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22sahin%20alpay%22%22%22collectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-181866%22%5D%7D>>, Erişim 30.07.2018.



İHAM'a göre CMK m. 141'in etkili bir iç hukuk yolu olması, kişilerin dava sonuçlanmamış olsa bile başvurabilmeleri haricinde ayrıca tutukluluk hâlinin sona ermiş olmasını da gerekli kılmaktadır. Bir diğer ifade ile başvuru hâlen tutuklu olduğu başvurular bakımından, CMK m. 141'in etkili olmadığı sonucuna ulaşmaktadır. İHAM'a göre İHAS m. 5/3 anlamında tutukluluk süresiyle ilgili bir hukuk yolunun etkili olabilmesi için, söz konusu yolu kullanan kişiye, özgürlükten yoksun bırakılmasına bir son verme imkânı sunması gerekmektedir.<sup>145</sup> Mahkemenin CMK m. 141'in başvurana salt bir tazminat elde edilebilmesi imkânı sunduğu ve söz konusu başvuru yolunun salıverilmeye imkân tanımadığı vurgusu önemlidir.

Konu ile ilgili AYM içtihatları da İHAM ve Yargıtay içtihatlarının seyrindedir. Bununla birlikte bizce AYM kararlarında, uzun tutukluluk mevzuu makul süreyi aşan tutukluluk ve azami süreyi aşan tutukluluk<sup>146</sup> şeklinde ayrı ele alınmaktadır. Şöyle ki başvuru dile getirdiği uzun tutukluluk iddiası ile CMK m. 141'de öngörülen tazminat yolunun bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olup olmadığını değerlendirirken<sup>147</sup> önceki dönemlerde son dönemdeki kararlarından farklı kararlar vermekteydi. AYM, bu konudaki bireysel başvurularda, CMK m. 142 hükmü sebebiyle, asıl davanın sonuçlanmadığı hâllerde CMK m. 141'de öngörülen tazminat yolunun bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olmadığı görüşü<sup>148</sup> ile tazminat davası açılmamış

<sup>145</sup> Demir/Türkiye Başvurusu, 16.10.2012, B. No. 51770/07, p. 22.

<sup>146</sup> Burak Döner Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/521, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e8877531-f03a-4138-a02e-4e518968284a?wordsOnly=False>, Erişim 19.12.2019; Ramazan Aras Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/239.

<sup>147</sup> "5271 sayılı Kanun'un 141. ve 142. maddelerinde öngörülen tazminat yolunun başvuru açılışından tüketilmesi gereken bir yol olup olmadığının incelenmesi gerekir...", Ali Erden Başvurusu, 12.03.2015, Başvuru No 2013/1913, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/8350e2dd-e0a6-4efe-845d-bbd6784d7ad8?wordsOnly=False>, Erişim 13.12.2019.

<sup>148</sup> "...5271 sayılı Kanun'un 141. ve 142. maddelerinde belirtilen yolun hüküm kesinleşmeden önce tutukluların hukukiliği ve tutukluluğun makul süreyi aştığı şikâyetleri açısından etkili olduğuna yönelik uygulamada bir örnek bulunmamaktadır..." şeklindeki görüşü dayanak noktalarındandır, bkz. Hamit Kaya Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/338, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e477b094-aca-4929-abe9-fe424a7bf118?wordsOnly=False>>, Erişim 17.11.2019.

olsa da kabul edilemezlik kararı vermemekteydi.<sup>149</sup> Bununla birlikte, AYM'nin CMK m. 141'i etkili başvuru yolu olarak değerlendirmedeği kararlarındaki dikkat çeken ortak nokta, başvuru konusu tutukluluk süresinin makullükten uzak oluşu değil; tutuklama süresinin CMK'da öngörülen azami sürelerle uygun olmamasıdır. Dolayısıyla tutuklama koruma tedbirinin uygulanabileceği azami süre dolduğu takdirde<sup>150</sup> her hâlükârda Anayasa m. 19'a yönelmiş bir ihlal söz konusu olacak ve CMK m. 141 bu noktada etkili olmayacaktır. Ancak tutuklulukta geçen süre azami süreyi aşmış olsa da kişinin mahkûmiyetine hükmedildiği hallerde tahliye olanağı bulunmadığından ihlale ilişkin giderimin tazminat yoluyla sağlanması mümkün olacağına ilişkin kararları bulunmaktadır.<sup>151</sup>

AYM'ye göre, hâlihazırda başvuru hakkında mahkûmiyet hükmü verilmişse, bu takdirde serbest bırakılma ihtimali ortadan kalkmaktadır. Bu durumda talep, hukuka aykırılığın tespiti ve gerekiyorsa belli bir miktar tazminata hükmedilmesiyle sınırlı kalacaktır. Dolayısıyla bu tür ihlal iddiaları bakımından varsa olağan kanun yollarına başvurulduktan sonra ve gerekiyorsa bireysel başvuru yapılmalıdır.<sup>152</sup>

<sup>149</sup> Burak Döner Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/521; Ramazan Aras Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/239.

<sup>150</sup> AYM'nin Yargıtay içtihatlarına bağlı kalmak suretiyle, tutukluluk süresinin hesabında, yerel mahkemenin verdiği hükümden sonra da devam etmekte olan tutukluluk süresini, azami tutukluluk süresi hesabında dâhil etmemesi eleştirilmektedir, "... AYM'nin, hükümlerle birlikte hakkında tutukluluğunun devamı yönünde karar verilen kişinin ceza muhakemesindeki statüsü ile ilgili olarak kendini Yargıtay'ın yaklaşımı ile sınırlandırması yerinde olmamıştır. Çünkü bu suç bakımından kişinin suçu işlediği yönünde şüphede artış bulunmakta ise de bu şüphe henüz kesin hüküm ile sonuçlandırılmış değildir. Kişi hakkındaki kovuşturma evresi devam etmektedir ve kişinin beraat etme imkânı her zaman için bulunmaktadır. Ve bu kişi, bireysel başvuru hak arama yoluna müracaat ile, hak ihlalinin tespiti veya tazminat peşinde değil, tahliyesinin sağlanması arayışındadır..." , bkz. Balo, s. 38.

<sup>151</sup> A.A. Başvurusu, Anayasa Mahkemesi tutukluluğun kanunda öngörülen azami süreyi veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurular bakımından bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvuru tahliye edilmiş veya hükümlü hâle gelmiş ise asıl dava sonuçlanmamış da olsa -ilgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak- 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır, "...Somut olayda 8.3.2018 tarihinde mahkûmiyetine karar verilen başvuru yönünden anılan içtihatlardan ayrılmayı gerektirir bir durumun olmadığı anlaşılmıştır..." Hanım Büşra Erdal Başvurusu, 09.06.2020, Başvuru No 2017/35344, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/35344>, Erişim 10.08.2020.

<sup>152</sup> Korcan Pulatsü Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/726, <<http://ka->

AYM, CMK m. 141'in etkili bir iç hukuk yolu olmadığı içtihadından ayrılarak, tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiası bakımından CMK m. 141'de öngörülen başvuru yolunun etkili bir başvuru yolu olabileceğini, belli şartlar dâhilinde kabul etmektedir.<sup>153</sup> Zira AYM son dönem kararlarında, İHAS m. 5 ve m. 6 ihlallerinin ileri sürüldüğü başvurular bakımından, önceki kararlarının aksine yargılamanın tamamlanmasını aramamaktadır. Tutukluluğun makul süreyi aştığına ilişkin iddianın, CMK m. 141 kapsamında açılacak davada da incelenebileceği ve tutukluluğunun makul süreyi aştığının tespiti hâlinde başvurucu lehine tazminata hükmedileceği değerlendirmesinde bulunmuş ve CMK m. 141'deki dava yolunun başvuru yolunun durumuna uygun telafi kabiliyetini haiz etkili bir hukuk yolu olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

Aynı yöndeki bir başka kararında, bireysel başvuruda bulunmadan önce tahliyesine karar verilen başvuru yolunun, tutukluluğun makul süreyi aştığına ilişkin iddiasının CMK m. 141 kapsamında açılacak davada incelenebileceği belirtilerek, başvurunun bu kısmını, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.<sup>154</sup> Belirtmek gerekir ki AYM de İHAM gibi başvuru yolunun tahliye edilmiş olup olmamasını, bireysel başvurunun etkililiği bağlamında göz önünde bulundurmaktadır. Öyle ki tutukluluğun kanunda öngörülen

---

rarlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/abba624a-1965-40c1-bf85-16630f13e966?wordsOnly=False>, Erişim 11.12.2019; Muammer Koçan Başvurusu, 26.09.2019, Başvuru No 2016/56282, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/56282>, Erişim 25.12.2019.

<sup>153</sup> Cihan Karabay Başvurusu, 08.11.2017, Başvuru No 2014/2906; Nevzat Çakar Başvurusu, 21.06.2017, Başvuru No 2014/5083, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basivurular/tr/pdf/2014-5083.pdf>, Erişim 14.12.2019.

<sup>154</sup> Abdurrahman Yemiş Başvurusu, 28.11.2019, Başvuru No 2017/29347, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2017-29347.pdf>, Erişim 25.12.2019; C. A. (2), 09.10.2019, Başvuru No 2017/84, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2017-84.pdf>, Erişim 24.12.2019; Doğan Yüksekbağ v.d. Başvurusu, 13.09.2017 Başvuru No 2014/1197, <http://www.kararlar yeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-1197.pdf>, Erişim 11.12.2019; İsmail Çitak Başvurusu, 28.11.2019, Başvuru No 2016/78629, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-78629.pdf>, Erişim 25.12.2019; Ömer Çapın Başvurusu, 19.07.2017, Başvuru No 2014/2814, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-2814.pdf>>, Erişim 11.12.2019; Aynı Yönde bkz. Süleyman Akın Başvurusu, 21.09.2017, Başvuru No 2014/3484, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3484?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=3484>, Erişim 11.12.2019.

azami süreyi veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurular bakımından bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvurucu tahliye edilmiş ise AYM, asıl dava sonuçlanmamış da olsa CMK m. 141’de öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğunu ifade etmektedir. AYM de bu yöndeki kararına Yargıtay’ın bu yöndeki içtihatlarına<sup>155</sup> atıfta bulunmak suretiyle ulaşmaktadır.<sup>156</sup>

Bu açıklamalardan sonra AYM’nin içtihat değişikliğini tercih etme nedeninin, başvuruçunun mahkûmiyetinin söz konusu olmadığı, buna karşın tutuklu yargılanmasına karar verilen durumlarda AYM’nin bireysel başvuruya dair kararının, kişinin tahliyesini sağlayacak olma-

<sup>155</sup> Yargıtay’ın “...tazminat istemi” başlıklı 141. maddesi incelendiğinde, bir kısım tazminat nedenleri konusunda karar verilmesi için, davanın esasıyla ilgili bir kararın verilmesi zorunluluğunun bulunmadığı, dolayısıyla bu nedenlere dayalı istemlerde, davanın sonuçlanmasına gerek bulunmadığı yasal düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin, gözaltı süresi yasada açıkça belirtilmiş olup, yasadaki bu süre içinde hâkim önüne çıkarılıp, çıkarılmadığının saptanmasının davanın esasıyla herhangi bir ilgisi bulunmadığı gibi bu konudaki talep ile ilgili olarak karar verilmesi için davanın esası hakkında karar verilmesine de gerek bulunmamaktadır. ...kişilerin tazminat istemleri konusunda, asıl davada hüküm verilmesinin veya verilen hükmün kesinleşmesinin beklenmesine gerek bulunmamaktadır. Zira bu talepler, asıl davanın sonucunu etkileyici veya asıl davanın sonucuna bağlı talepler değildir...”, bu yöndeki bazı kararları için bkz. Yarg. 12. CD, 07.09.2012, E. 20227/2012, K. 18818/2012, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2012-20227-k-2012-18818-t-17-9-2012>>, Erişim 16.04.2018; Yarg. 12. CD, 09.03.2015, E. 15450/2014, K. 4363/2015, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2014-15450-k-2015-4363-t-9-3-2015>>, Erişim 15.04.2018; Yarg. 12. CD, 14.12.2015, E. 19906/2014; K. 19237/2015 <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=7581#>>, Erişim 15.04.2018.

<sup>156</sup> “5271 sayılı Kanun’un 141. maddesinde düzenlenen tazminat yolu da başvuruçulara bu imkânı sağlamaktadır. Nitekim başvuruçular tarafından açılan tazminat davalarında Yargıtay 12. Ceza Dairesinin verdiği bozma kararlarında tutuklamanın uzun sürmesi nedeniyle açılacak tazminat davalarında dayanak Mahkeme kararının kesinleşmesinin beklenmeyeceği ve davacının beraat etmesi koşulunun da aranmayacağı belirtilmiş ve İlk Derece Mahkemelerince bu bozma kararları doğrultusunda başvuruçuların açmış oldukları davaların esastan görüşüldüğü anlaşılmıştır. Dolayısıyla 5271 sayılı Kanun’un 141. maddesi ile öngörülen hukuk yolunun, başvuruçuların şikâyetleri açısından erişilebilir ve elverişli bir çözüm olanağı ve makul ölçüde bir başarı imkânı sunduğu görülmektedir. Bu yol bir yandan başvuruçuların maruz kaldığı tutukluluk süresinin tespiti, diğer yandan da bu tutukluluk nedeniyle uğradıkları zararın tazmini imkânını sağlamaktadır”, Murat Çiftçi v.d. Başvurusu, 26.06.2016, Başvuru No 2014/2257, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-2257.pdf>>, Erişim 09.12.2019.

sıdır. Bir diğer anlatımla, CMK m. 141'in tüketilmesi gerekip gerekmediği noktasında, bireysel başvuruya dair kararın, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından ihlali sona erdirecek nitelikte olması belirleyici olmuştur. Tutukluluk hâli devam ettiği sürece serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacı da bulunmaktadır. CMK m. 142 ile ilgili yeni içtihat geliştirilmesi nihayet bu sonuca ulaştırmıştır. Ancak bu içtihat gelişimini geriletmemek adına, burada tutukluluk hâlinin ilk derece mahkemesinin verdiği mahkûmiyet kararı ile de devam ediyor olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

## SONUÇ

AYM'ye bireysel başvuru yolu aracılığıyla herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurabilmektedir. Bu noktada bireysel başvuru yöntemi, başvuru bakımından İHAS kapsamındaki hak ve özgürlükleri de korumayı garanti etmektedir.

Mahkemelerin de idarenin de hukuka uygun eylem ve işlemlerde bulunma sorumluluğu ve bu kapsamda birtakım yetkileri bulunmaktadır. Bu bağlamda her türlü hak ihlalinin diğer yargı organları önüne getirilmeksizin AYM önüne taşınması, en basit tarifile ihlalin giderilmesi noktasında çözüm üretmekten ziyade hukuki çözüm yollarını kilitler vaziyete getirecektir. Bu nedenle, incelediğimiz kararlarda da vurgulandığı üzere, AYM'ye bireysel başvuru herkesin hakkı olarak tanınmış olmakla birlikte "olağan kanun yollarının tüketilmesi" şeklinde bir usul hukuku şartı gözetilmektedir.

Olağan kanun yollarının tüketilmesi kuralı, bireysel başvuru yönteminin ikincil niteliğini vurgulamaktadır.<sup>157</sup> Bununla birlikte AYM olağan kanun yollarının tüketilmesi şartını, İHAM içtihatlarına uygun olarak; katı bir şekilde değil, esnek ve başvuru konusu olaya özgü nitelikleri göz önüne alarak uygulamaktadır. Bu şekildeki özgü değerlendirme neticesinde Anayasa m. 148/3'te yer almayan fakat AYM'nin içtihatları sonucunda geliştirdiği birtakım şartlarda istisna tanındığı;

<sup>157</sup> Ayşe Kırallı v.d. Başvurusu, 19.09.2018, Başvuru No 2015/13946 <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2015-13946.pdf>> Erişim 21.11.2019.

kuralın mutlak uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Denilebilir ki AYM, hak ve özgürlüğü ihlal edildiği iddiasında olan herkesin, bu iddiasını layıkıyla ulaştırabileceği ve neticelendirebileceği bir hukuk yoluna başvurusunu garanti altına almak istemektedir. Bu sebeple AYM tarafından başvuru konularıyla bağlantılı olarak tüm kanun yolları, ulaşılabilirlik; etkililik, kriterler bakımından ayrıntılı olarak incelenmektedir. Tutuklulukta makul sürenin aşıldığı iddialarına ilişkin tahliye taleplerinde;<sup>158</sup> bireysel başvuru neticesinin, varsa ihlali sonlandıracak bir işlevde olup olmamasını gözettiği kararları, bireysel başvurunun etkililiği bağlamında büyük önem arz etmektedir.

Kanun yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurunun esasına ilişkin inceleme dahi yapılamayacak olması bu usul şartının özenle uygulanması gereğini ortaya çıkartmaktadır. Zira AYM ya da İHAM'ın ikincil niteliği önemlidir; fakat bundan daha önemli olan ise bu kurumlara yapılan bireysel başvuruların etkililiğidir. Oysaki Anayasa ve İHAS'daki temel insan haklarının kullanılabilmesi ve korunmasındaki önemi ortadan kaldıracak şekilde bir "başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik" kararı, yeri geldiğinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerden yararlanmamasının sebebi hâline dönüşebilecektir.<sup>159</sup> Bir diğer yakın ihtimal ise İHAS m. 18'in ihlalidir.<sup>160</sup>

Bahsi geçen durumun büyük bir çelişki teşkil edeceği, insan hakları doktrininin bu zamana kadarki tüm birikimi göz önüne alındığında, açıktır. Hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ilkelerinin kabulü, yürütme, yasama ve yargı ayrımı ve konumuz özelinde ise AYM'nin varlığı (ve AYM'ye bireysel başvuru imkanı) en genelde sadece insana yöneliktir, insanın suç işlemiş de olsa onuru ve hakları ile yaşaması için vardır. Bu ilkeler günümüzde evrenseldir; tüm insanlığa aittir ve bunlar insan olarak yaşayabilmek, sanığın insan olduğu unutulmadan yargılanabilmesini gerektirir. Bu noktada kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak her bir kuvvetin sahip olduğu "kamu gücünün" denetimi önem-

<sup>158</sup> Murat Narman Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/1137.

<sup>159</sup> Selahattin Demirtaş Başvurusu, 21.12.2017, Başvuru No 2016/25189, p. 119, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-25189.pdf>, Erişim 31.12.2019.

<sup>160</sup> Demirtaş/Türkiye, 20.11.2018, 14305/17, p. 258 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2214305/17%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-187961%22%5D%7D>, Erişim 31.12.2019; Kavala/Türkiye Başvurusu, 10.12.2019, 28749/18, p. 232, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-199515%22%5D%7D>, Erişim 31.12.2019.



lidir. Hukuk devleti ilkesi çatısı altında toplayabileceğimiz pek çok evrensel hukuk ilkesi ve suçsuzluk karinesinin temel insan haklarının var olması ile asla çelişmeyeceğini, çelişecek şekilde yorumlanmaması gerektiğini vurgulamak isteriz. Bu nedenle yargılama başlamış olsa dahi suçsuzluk karinesi kovuşturmada da devam etmektedir. Bununla birlikte tutuklama tedbiri yargılamada ancak istisnai bir niteliğe sahip olduğundandır ki tutukluluk hâli devam ettiği sürece serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacı da gündemde kalacaktır. Bir başka anlatımla, devam etmekte olan tutukluluk hâllerinde itiraz yoluna başvurulması ve bundan sonuç alınamaması durumunda artık kesinleşen ve emredici ve bağlayıcı kamu gücü işleminden söz edilecektir; böylece hakkındaki suç isnadına ilişkin yargılama henüz sonuçlanmamış bireyin AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilme imkânının önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

Tutuklama kararları aleyhine AYM'ye bireysel başvuru hakkı bu yöndeki hak ihlallerini gidermede büyük bir öneme sahiptir. Zira tutuklamada müdahaleye doğrudan maruz kalan, suçsuzluk karinesi koruması altında yargılanan şüpheli veya sanığın kişi özgürlüğü ve güvenliğidir. Bireysel başvuru neticesinde verilen kararlar kişinin serbest kalmasını sağlayabileceğinden bireysel başvuru yolu, İHAS m. 5/3'ten kaynaklanan ihlalleri giderebilecek bir hukuki yoldur. Bu nedenle tüketilmesi gereken başvuru yollarının, somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi ve bu şekilde kuralın, mutlak ve katı şekilde uygulanmaması bireysel başvurudan beklenen hukuki yararı da sağlayacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar/Tezler

- Centel Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, Beta Yayınevi, İstanbul, 1992.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Doğru Osman, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Gökçen Ahmet/Balcı Murat/Alşahin M. Emin/Çakır Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.



- Ekinci Hüseyin/Sağlam Musa, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 3. baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Kanadoğlu Korkut, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Kaplan Recep, "Bireysel Başvuruda Konu Bakımından Yetki Kriteri", Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, Editör: Muharrem İlhan Koç, Recep Kaplan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Karan Ulaş, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.
- Kuş Mustafa, "Örnek Uygulamalar Işığında Bireysel Başvuru ve Geleceği", Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Editör: Sevtap Yokuş, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 77-115.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Gezer Sırma Özge/Kırıt Saygılar Yasemin/Özaydın Özdem/Alan Akcan Esra/Erden Tütüncü Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Sınar Hasan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Şahin Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Şirin Tolga, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Şirin Tolga, Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 7, Ankara, 2018.
- Şirin Tolga, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1, Ankara, 2018.
- Tosun Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri C. I, 4. baskı İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1984.
- Ural Sami Sezai, "Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru", Doktora Tezi, İstanbul, 2013.
- Ünver Yener/Hakeri Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku C. I, 8. baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku C. II, 7. baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliği Çerçevesinde CMK Değişiklikleri Tasarısı 7035 sayılı Yasa Hükümleri 696 sayılı KHK ile birlikte güncelleştirilmiş 15. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

## Makaleler

Balo Yusuf Solmaz, "Tutuklama Koruma Tedbirinin Bireysel Başvuruya Konu Olması ve Anayasa Mahkemesi'nin İmtihanı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, S. 1, s. 19.

Baytaç Abdullah Batuhan, "Hükme Bağlı Tutukluluk", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2018, S.2, s.133-153.

Bekri M. Nedim, "Yakalama ve Tutuklama Nedeniyle Tazminat Düzenlemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2012, S.1, s. 37-58.

Çakmaz Eylem, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu", *Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)*, Editör: Sevtap Yokuş, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 43-73.

Centel Nur, "Tutuklama Uygulamasında Sorunlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, 2013, S.1 s. 193-206.

Çelikyay Hasan Sabri, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, S. 1, s. 21-62.

Ekinci Hüseyin, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Sorunu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2012, S.11, Y.3, s. 1-20.

Feyzioğlu Metin/Okuyucu Ergün Güneş, "Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, S. 1, s. 35-59.

Göztepe Ece, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S. 95, s. 13-40.

Taner Fahri Gökçen, "5271 sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2017, s. 47-78.

Tunç Hasan, "Türk Hukukunda Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Hakkı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1-2, 2013, s. 1643-1653.

Yenisey Feridun, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama", *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 33, 2016, s. 213-229.

## İnternet Kaynakları

Şen Ersan, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/979810-anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuru-hakki>, Erişim 11.10.2019.

Şen Ersan, "Temyizde Geçen Tutukluluk Süresi Açmazı" <<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1532433-temyizde-gecen-tutukluluk-suresi-acmazi>>, Erişim 12.10.2019.

Şen Ersan, "Tutukluluğa İtirazın Sınırları" <<http://www.hukukihaber.net/tutuklulu-ga-itarazin-sinirlari-makale,5887.html>>, Erişim 30 Kasım 2019.

**AYM ve İHAM Kararları**

1. A. Başvurusu, 22.06.2017, Başvuru No 2014/1357.
2. A.A. Başvurusu, 09.06.2020, Başvuru No 2016/24235.
3. Abdurrahman Yemiş Başvurusu, 28.11.2019, Başvuru No 2017/29347.
4. Adem Talas Başvurusu, 16.11.2017, Başvuru No 2014/12143.
5. Adnan Oktar Başvurusu, 02.10.2013, Başvuru No 2013/1123.
6. Ali Erden Başvurusu, 12.03.2015, Başvuru No 2013/1913.
7. Ali Tezel Başvurusu, 09.06.2016, Başvuru No 2014/411.
8. Aygaz A. Ş. Başvurusu, 13.06.2013, Başvuru No 2013/2428.
9. Ayşe Kırallı v.d. Başvurusu, 19.09.2018, Başvuru No 2015/13946.
10. Ayşe Sena Sezgin Arslan Başvurusu, 15.04.2015, Başvuru No 2014/13367.
11. Ayşe Zıraman, Cennet Yeşilyurt Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2012/403.
12. Bayram Gök Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2012/946.
13. Bekir Akkaya Başvurusu, 14.09.2017, Başvuru No 2014/20387.
14. Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir Başvurusu, 27.10.2016, Başvuru No 2014/2626.
15. Bilal Turan ve Diğerleri Başvurusu (2), 04.12.2013, Başvuru No 2013/2075.
16. Burak Döner Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/521.
17. Cihan Karabay Başvurusu, 08.11.2017, Başvuru No 2014/2906.
18. Cüneyt Karataş Başvurusu, 09.06.2016, Başvuru No 2014/2069.
19. Demir/Türkiye Başvurusu, 16.10.2012, B. No. 51770/07.
20. Doğan Anğay Başvurusu, 01.02.2017, Başvuru No 2014/3178.
21. Doğan Kasadolu Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2012/670.
22. Doğan Yüksekbağ v.d. Başvurusu, 13.09.2017 Başvuru No 2014/1197.
23. Emrah Ergün Başvurusu, 21.02.2018, Başvuru No 2014/4651.
24. Erdal Önder Başvurusu, 22.01.2015, Başvuru No 2014/4777.
25. Erkam Abdurrahman Ak Başvurusu, 28.09.2016, Başvuru No 2014/8515.
26. Estaş Kum ve Ticaret Mad. Nak. San. A.Ş. Başvurusu, 05.03.2013, Başvuru No 2012/644.
27. Ferat Yüksel Başvurusu, 19.10.2018, Başvuru No: 2014/13828.
28. Firas Aslan ve Hebat Aslan Başvurusu, 21.11.2013, Başvuru No 2012/1158.
29. Halas Aslan Başvurusu, 16.02.2017, Başvuru No 2014/4994.
30. Hamit Kaya Başvurusu, 02. 07. 2013, Başvuru No 2012/338.
31. Hanım Büşra Erdal Başvurusu, 09.06.2020, Başvuru No 2017/35344.
32. Hasan Atilla Uğur Başvurusu, 25.06.2015, Başvuru No 2013/5924.
33. Hidayet Karaca Başvurusu, 14.07.2015, Başvuru No 2015/144.
34. İbrahim Mercan Başvurusu, 23.03.2017, Başvuru No 2014/1513.
35. İrfan Gerçek Başvurusu, 29.09.2016, Başvuru No 2014/6500.
36. İsmail Buğra İşlek Başvurusu, 26.03.2013, Başvuru No 2013/1177.

37. İsmail Çıtak Başvurusu, 28.11.2019, Başvuru No 2016/78629.
38. Laura Alejandra Caceres Başvurusu, 16.04.2013, Başvuru No 2013/1243.
39. Mehmet Ali Emir v.d. Başvurusu, 01.11.2013, Başvuru No 2012/850.
40. Mehmet Emin Kılıç Başvurusu, 07.03.2014, Başvuru No 2013/5267.
41. Mehmet Hasan Altan/Türkiye, 20.03.2018, Başvuru No 13237/17.
42. Menduh Ataç Başvurusu, 13.06.2013, Başvuru No 2013/1751.
43. Murat Çiftçi v.d. Başvurusu, 26.06.2016, Başvuru No 2014/2257.
44. Murat Emrah Emre Başvurusu, 30.10.2018, Başvuru No 2018/1275.
45. Murat Narman Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/1137.
46. Musa Arslan Başvurusu, 07.06.2017, Başvuru No 2014/12211.
47. Mustafa Avcı/Türkiye, 23.05.2017, Başvuru No 39322/12.
48. Mustafa Ali Balbay Başvurusu, 04.12.2013, Başvuru No 2012/1271.
49. Nail Artuç Başvurusu, 03.04.2018, Başvuru No 2013/2839.
50. Necati Yılmaz/Türkiye, 12.02.2013, Başvuru No 15380/09.
51. Nevzat Çakar Başvurusu, 21.06.2017, Başvuru No 2014/5083.
52. Osman Hilmi Özdilbaş Başvurusu, 22.06.2017, Başvuru No 2014/14934.
53. Osman Nihat Şen Başvurusu, 09.06.2016, Başvuru No 2014/16517.
54. Ömer Çapın Başvurusu, 19.07.2017, Başvuru No 2014/2814.
55. R. B. Başvurusu, 30.12.2013, Başvuru No 2013/9673.
56. Ramazan Aras Başvurusu, 02.07.2013, Başvuru No 2012/239.
57. Rıda Boudraa Başvurusu, 21.01.2015, Başvuru No 2013/9673.
58. S.S.A. Başvurusu, 07.11.2013, Başvuru No 2013/2355.
59. Sait Orçan Başvurusu, 19.07.2017, Başvuru No 2016/29085.
60. Sadık Koçak Başvurusu, 23.01.2014, Başvuru No 2013/841.
61. Serpil Kerimoğlu v.d. Başvurusu, 07.09.2013, Başvuru No 2012/752.
62. Süleyman Akın Başvurusu, 21.09.2017, Başvuru No 2014/3484.
63. Şahin Alpay/Türkiye, 20.03.2018, Başvuru No 16538/17.
64. Şahin Demir Başvurusu, 26.12.2018, Başvuru No 2016/50524.
65. Şahin Tosun Başvurusu 11.01.2017, Başvuru No 2014/10857.
66. Taner Kurban Başvurusu, 07.11.2013, Başvuru No 2013/1582.
67. Turgay Çamlı Başvurusu, 17.09.2014, Başvuru No 2012/1266.
68. Ümit Ata Başvurusu, 06.02.2014, Başvuru No 2012/254.
69. W./ İsviçre Başvurusu, 26.01.1993, Başvuru No 14379/88.
70. Zeliha Taşkın ve Aysel Taşkın Başvurusu, 18.06.2014, Başvuru No 2013/8485.

# TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA AF YETKİSİNİN KULLANIMI

## EXERCISE OF AMNESTY AUTHORITY IN THE LIGHT OF TURKISH CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

Güven YARIMBATMAN\*

**Özet:** Anayasa'nın 87. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkilerinden biri de genel ve özel af ilanına karar vermektir. Af yetkisine sahip olan Türkiye Büyük Millet Meclisi bu yetkisini ancak bir kanunla kullanabilecektir. Tüm kanunlar gibi af kanunları da Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabidir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin farklı adlar altında çıkarılsa da af kanunları hakkında vermiş olduğu kararlar ve bu kararların sonuçları incelenmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Af, Anayasa Mahkemesi, Af Kanunlarının Yargısal Denetimi

**Abstract:** One of the powers of the Grand National Assembly of Turkey according to Article 87 of the Constitution is to decide on the general and special amnesty announcement. Grand National Assembly of Turkey, has the authority of amnesty but this authority can only be used by an amnesty law. Like all laws, amnesty laws are subject to judicial review by the Constitutional Court. In this study, the decisions of the Constitutional Court on amnesty laws and the results of these decisions are tried to be examined, even if they were issued under different names.

**Keywords:** Amnesty, Supreme Court, Judicial Review of Amnesty Laws

## GİRİŞ

Daha ziyade ceza hukuku alanında değerlendirilen “af” konusu, anayasa hukuku alanında pek işlenmemiştir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi'nin hangi adla düzenlenmiş olursa olsun “af” kanunu olarak değerlendirilen bu kanunlara ilişkin vermiş olduğu iptal kararları “af” konusuna bambaşka bir boyut kazandırmış, konu doktrinde olduğu kadar siyasal alanda da tartışmalara neden olmuştur.

\* Öğr. Gör., Muş Alparslan Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, guvenyarimbatman@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4774-9724, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.02.2020, Kabul Tarihi: 06.02.2020

Özellikle 1961 Anayasası döneminde çıkarılan 15.05.1974 tarihli *Cumhuriyetin 50. yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkındaki 1803 sayılı Kanun'un* 5. maddesinin A bendinin şekil yönünden iptal edilmesiyle Kanun'un kapsamı kanun koyucunun iradesi dışında genişlemiştir. Bu durum, eleştiri oklarını Anayasa Mahkemesi'ne yöneltmiş, Mahkeme'nin, Meclis'in yasama yetkisini gasp ettiği yorumlarına neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi benzer tutumunu sonraki "af kanunlarında" da sürdürmüştür. İtiraz veya iptal davasıyla önüne gelen bu türden kanunların bazı hükümlerini bazen esastan bazen ise şekil yönünden iptal etmiştir.

## I. AF KAVRAMI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

Devletin cezalandırma yetkisinden feragat etmesi anlamına gelen af, bazen kamu davasını düşüren veya kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetini bütün kanuni sonuçlarıyla ortadan kaldıran, değiştiren veya hafifleten, bazen mahkûmiyeti bütün neticeleriyle ortadan kaldıran yasama ya da yürütme organının yaptığı kamu hukuku tasarrufudur.<sup>1</sup>

Yasama ya da yürütme organı tarafından kullanılacak af yetkisinin kaynağı Anayasa'dır. Zira bu yetkinin hangi organca ve ne şekilde kullanılacağını Anayasa belirlemiştir. Ceza hukuku ise meseleyi teknik boyutları ile ele almaktadır.<sup>2</sup>

Her ne kadar yargısal sonuçları da olsa af işlemi bir yargısal tasarruf olarak nitelendirilemez. Yargılama, bir hukuki uyumsuzluğun yargılama usullerine uyularak yargı organlarınca çözümlenmesi iken af yetkisi suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan ceza veya infaz ilişkisini ortadan kaldırmakta<sup>3</sup> ya da söz konusu bir genel af yargılamanın yapılmasını engellemektedir. Kaldı ki az önce belirttiğimiz veçhile 1982 Anayasası, af yetkisinin TBMM'ye ve Cumhurbaşkanı'na ait olduğunu açıkça düzenlemiştir.

<sup>1</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 902; Adem Sözüer, "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 223.

<sup>2</sup> Selâhattin Keyman, *Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:199, Ankara, 1965, s.1.

<sup>3</sup> Sözüer, s.223; Keyman, s. 3.

Anayasa Mahkemesi de itiraz yoluyla incelediği bir kararında “Af, yargısal sonuçlar doğursa da niteliği itibariyle bir yargı işlemi değildir; yasama ya da devlet başkanı tarafından tesis edilen bir yürütme işlemidir.”<sup>4</sup> demektedir, bu suretle affın yargısal bir faaliyet olmadığını, yasama ve yürütme erkine ait bir tasarruf olduğunu kabul etmektedir.

Af yetkisinin kullanılmasının yargı organları açısından önemli bir sonucu da affın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ile yakından ilişkisidir. Pozitif hukuk açısından Anayasa’da düzenleme bulan af yetkisinin meşruluğu konusunda bir tereddüt olmamakla birlikte, mahkemelerin bağımsızlığının, af yetkisini özellikle hiçbir sınırlamaya tabi olmadan kullanabilen Meclis tarafından ihlal edilmemesi de önemlidir.<sup>5</sup> Nitekim geçmişte Meclis’in af yetkisini kullanırken adeta yüksek mahkeme gibi davrandığı, mahkemenin takdir yetkisine müdahale ettiği de bir vakıadır.<sup>6</sup>

Affin türleri olan genel af ve özel affın bazı ortak özellikleri vardır. Bunlar affın zorunluluğu ve geri alınmazlığıdır. Affın her iki türü olan genel af ve özel af işlemleri tamamlandıktan sonra geri alınmazlar. Ancak af bozucu bir şarta bağlanarak dolaylı da olsa bu kural aşılabılır.<sup>7</sup> Bu takdirde bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde kişi aftan yararlanamayacaktır. Af geciktirici koşula da bağlanabilir. Geciktirici koşulun varlığı halinde aftan yararlanmak isteyen kişi ancak öngörülen koşulun gerçekleşmesi halinde aftan yararlanabilecektir. Nitekim failin belirli bir süre içinde teslim olmasını<sup>8</sup> ya da müsadereye tabi eşyanın belirli bir süre de teslimini<sup>9</sup> öngören af kanunları vardır. Benzer bir düzenleme 15.05.1974 tarihli *Cumhuriyetin 50. yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkındaki 1803 sayılı Kanun’un* 18. maddesinin A bendinde de yer almaktadır. Bu hükme göre “Fırar halinde olup yurt içinde bulunanlar bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay, yurt dışında bulunanlar bir yıl içinde resmi mercilere müracaatla teslim olmadıkları takdirde bu kanun hükümlerinden yararlanamazlar”.

<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 18.03.1986 tarih ve 1985/30 Esas ve 1986/10 Karar sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>. (E.T. 27.11.2018).

<sup>5</sup> Keyman, s.5-6, Ayhan Döner, “Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM’nin Af Yetkisi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 3-4, s.35; Sibel Can, “Türk Hukukunda Af Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s.1295.

<sup>6</sup> Keyman, s. 40.

<sup>7</sup> Sözüer, s. 225.

<sup>8</sup> 5677 sayılı Kanun’un 3. maddesi, 113 sayılı Af Kanunu’nun 4. maddesi.

<sup>9</sup> 28.06.1960 tarih ve 5 sayılı Kanun, 25.09.1980 tarih ve 2305 sayılı Kanun.



Bahse konu hüküm Anayasa'ya aykırılık iddiası ile itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş, Anayasa Mahkemesi, "1803 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yer alan itiraz konusu kural, firar halinde olup da yurt içinde bulunanların, kanunun yürürlük gününden itibaren üç ay içinde resmi mercilere müracaatla teslim olmamaları halinde bu kanun hükümlerinden yararlandırılmamalarını öngörmektedir. Aynı nitelikteki kural, daha önce çıkarılmış olan 113, 218, 780 sayılı Af Kanunları'nda da yer almıştır. Öte yandan, Anayasa'nın yasama organını affın kapsamını belli etmeye, aftan yararlanmayı kimi koşulların gerçekleşmesine bağlı tutmaya da yetkili kıldığı açıktır. Kaldı ki itiraz konusu kuralla teslim olma ve üç aylık süre koşullarının saptanmış olmasından da Anayasa'ya aykırı bir yön yoktur. Bu nedenlerle itiraz reddedilmelidir"<sup>10</sup> demek suretiyle bahse kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı bulmamış, af kanunlarının şarta tabi kılınabileceğini belirtmiştir.

Affin zorunluluğu ise doktrinde oldukça tartışılmıştır. Konu özellikle genel affı kişinin reddedip reddedemeyeceği hususunda toplanmaktadır. Kesin hüküm halini almış mahkûmiyetlerde mahkûmun genel affı reddedip, cezanın infazını talep hakkı olamayacağı açıktır. Zira kimsenin cezanın çekilmesi konusunda müktesep hakkı olduğu iddia edilemez.<sup>11</sup> Buna mukabil hükmün kesinleşmesinden önce çıkarılan genel affa gelince, kişilerin genel affı reddemeyeceğini ileri sürenler olduğu kadar kişilerin affı ret hakları olması gerektiğini savunanlar da vardır. Affın mecburi olduğunu savunanlara göre genel af kamu yararı ile ilgilidir ve kamu düzeninden sayılır. Ayrıca kanun biçiminde çıkarılan af bir yasama işlemidir. Bu nedenlerle çıkarılan bir affı kişinin ret hakkı yoktur.<sup>12</sup> Bunun tam aksini savunanlar ise genel affın her ne kadar kamu davasını bütün neticeleri ile ortadan kaldırırsa da beraat kararı gibi olamayacağını, kişilerin yargılamaları devam ederken çıkacak bir genel affın kişilerin aklanma hakkını elinden aldığını, bu nedenle kişinin affı reddedebileceğini ileri sürmektedirler.<sup>13</sup> Odyakmaz da aftan

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 16.03.1976 tarih ve 1975/193 Esas ve 1976/16 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/3d840631-535b-4ab1-83c8-f7a557222ed4?exclude=Gereke=False&wordsOnly=False> (E.T. 04.12.2018).

<sup>11</sup> Keyman, s. 46-47; Sözüer, s. 224.

<sup>12</sup> Keyman, s.46-52.

<sup>13</sup> Döner, s. 37; Sözüer, s. 224; Keyman, s. 48-49; Zehra Odyakmaz, "1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 365; Mesude Atilla, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku'nda

faydalanmayı reddetme hakkının Anayasal bir hak olduğunu ve çıkarılacak af kanunlarında bu hakka muhakkak yer verilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>14</sup>

Türk Hukuku'nda ise Anayasa'da ve Ceza Kanunu'nda kişinin affı reddedebileceğine ilişkin pozitif bir düzenleme yoktur. Mamafih 26.10.1960 tarih ve 113 sayılı *Af Kanunu* ile bu Kanun'a ek 18.11.1960 tarih 134 sayılı "113 sayılı *Af Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Hükümler Eklenmesine Dair Kanun*" da af kapsamına alınanların affı kabul etmemeye hakları olduğu açıkça düzenlenmiştir. Yine 03.08.1966 tarih ve 780 sayılı *Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun*'da "bu fıkra hükmünden istifade edecek olanların, affı kabul etmemeye hakları vardır" şeklinde bir düzenleme yaparak kişilere affı ret hakkını tanımıştır. Ayrıca üç kez çıkarılan disiplin cezalarının affına ilişkin kanunlarda da affı kabul etmeme hakkı yer almaktadır.<sup>15</sup>

4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'da bu hakka ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Ne var ki konu, itirazla Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Mahkeme, "Altıncı bentte, 'şartla salıverilme hükümlerinden yararlananlar' bakımından ayrıca yeniden suç işleyerek hüküm giyme koşulu aranırken, 'daha önce çıkarılmış bir aftan yararlananlar' Kanun'un kapsamı dışında bırakılmışlardır. Böylece hakkında mahkûmiyet kararı olmaksızın ve kendilerine affı ret hakkı da tanınmaksızın daha önce çıkarılmış bir aftan yararlananların beraat etme olasılıkları gözetiilmemiştir. İtiraz konusu kuralın neden olduğu bu adaletsizlikler, adil bir hukuk düzeni kurmak ve kişilere hukuk güvenliği sağlamakla yükümlü bir hukuk devletinde kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir" demek suretiyle Kanun'un 6. maddesi hükmünü iptal ederken "affı ret hakkının" gözetiilmemesini gerekçe olarak belirtmiştir.<sup>16</sup>

Af Kurumu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 68, Sayı 2010/1, s. 280-281; Çetin Özek, Umumi Af, s.171, <http://www.istanbul.dergipark.gov.tr/download/article-file/96209> (E.T. 04.12.2018); Uğur Alacakaptan, 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun, s. 32 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/337/3424.pdf> (E.T. 04.12.2018).

<sup>14</sup> Odyakmaz, s. 374.

<sup>15</sup> Odyakmaz, s. 374-376.

<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 18.07.2001 tarih ve 2001/4 Esas ve 2001/332 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/026ce2eb-3a61-4c2c->

## II. AF KURUMU HAKKINDA GÖRÜŞLER

Af yetkisinin meşruluğu konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Affın zorunlu olduğu ve olması gerektiğini savunanlar olduğu gibi aleyhinde olanlar da mevcuttur. Affın lehinde olanlara göre, ceza kanunları soyut ve geneldir. Bu kanunların somut olaya uygulanmasında kanun koyucunun öngörmediği sonuçlar doğabilir. İşte bu haksızlığı tamir edebilmenin yolu af kurumudur. Ayrıca af, geçmişte yaşanan ihtilafların ve düşmanlıkların unutulması ve böylece yeni ve huzurlu bir sosyal hayatın başlaması işlevi görür. Af adli hataların düzeltilmesinde de önemli bir fonksiyon icra eder. Kimi zaman ceza kanunlarının toplumsal hayatın gereklerine uyum sağlamada yetersiz kaldıkları bir vakiydir. Bu yetersiz kalmadan kaynaklanan adaletsizliğin giderilmesi de ancak af kurumuyla mümkün olabilmektedir.<sup>17</sup>

Af kurumunun aleyhinde olanlar ise şu gerekçelerle affa karşı çıkmaktadırlar: Öncelikle suçların işlenmesini önleyen, suçu işleyenin mutlaka ceza çekeceğine olan inançtır. Cezanın muhakkak çekileceğine olan inanç insanları korkutur. Veleve ki verilecek ceza hafif dahi olsa. Hâlbuki af suçlularda cezasız kalma umuduna yol açar ki bu husus toplumsal düzen açısından son derece sakıncalıdır.<sup>18</sup> Ceza zorunlu ise affedilmemeli, zorunlu değilse verilmemelidir. Şu hâlde yapılacak en iyi şey, iyi kanunlar yapmak ve affa olan ihtiyacı ortadan kaldırmaktır. Af yetkisi ise ancak zorunlu hallerde belirli sınırlamalarla kullanılmalıdır. Aksine davranış devletin çözülmesine ve nihayet politik toplumun dağılmasına yol açacaktır.<sup>19</sup> Af yetkisine karşı çıkanların ileri sürdüğü görüşlerden biri de suçlunun yaptığı kötülüğün kefaretini mutlaka çekmesi gerektiğidir. Af ise cezanın kefaret oluşuna manidir.<sup>20</sup> Ayrıca af çıkarılırken gerekli incelemeler yapılmamakta, böylece suçlular arasında affa layık olup olmamak bakımından bir ayrıma gidilememektedir. Bu durum ise cezadan beklenen ıslahın gerçekleşmesine

a482-66547bb109be?exclude Gerekece=False&wordsOnly=False. (E.T. 04.12.2018).  
<sup>17</sup> Faruk Erem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 931-932; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.903.

<sup>18</sup> Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev. Sami Selçuk), İmge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 218-219.

<sup>19</sup> Elif Çağla Yıldız, Jeremy Bentham'ın Ceza Teorisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s. 124; Keyman, s.19; Erem, s. 932.

<sup>20</sup> Keyman, s. 19; Sözüer, s.222.

engel olmaktadır. Yine veriler göstermektedir ki affa uğrayan suçlular, daha sonra tekrar suç işlemektedirler.<sup>21</sup> Ancak af, aleyhine serdedilen birçok görüşe rağmen tarih boyunca vazgeçilmez bir kurum olarak varlığını sürdürmüştür.

### III. AFFIN TÜRLERİ

Af tasarrufu kimi zaman kesinleşmiş cezaları kaldırır, hafifletir veya değiştirir. Kimi zaman ise kamu davasını düşürür veya mahkûmiyeti bütün neticeleriyle ortadan kaldırır. Bu şekilde tanımlanan af yetkisi hem genel affı hem de özel affı tazammun eder. Genel af, mahkûmiyeti ve kamu davasını ortadan kaldırırken, özel af sadece cezaya tesir eder. Böylece özel af, kesinleşmiş ceza mahkûmiyetini ortadan kaldırır, hafifletir veya başka bir cezaya dönüştürür. Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde var olan bu fark bizim hukuk sistemimizde de caridir.<sup>22</sup> TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 87. maddesi genel ve özel af ayrımı yapmıştır. Benzer bir ayrım 5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu'nun* (TCK) 65. maddesinde de vardır.

#### A. Genel Af

TCK'nın 65. maddesinin 1. fıkrası genel affı şöyle tanımlamıştır: "*Genel af hâlinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar*". Şu haliyle genel af, kamu davasını ve kesinleşmiş bir cezayı bütün sonuçları ile ortadan kaldırır.<sup>23</sup> Buna göre bir affı genel af olarak nitelendirmek için affın sayıca kaç kişi hakkında çıkarıldığına değil, sonuçlarına bakmak gerekir. Geçmişini unutarak toplumsal huzur ve sükûnu sağlamak mülahazasıyla çıkarılan genel af, hükmün kesinleşmesinden önce veya hükmün kesinleşmesinden sonra çıkarılabilir.<sup>24</sup> Kesin hükümden önce çıkarılan genel af, eğer açılmamışsa kamu davasının açılmasına engel olduğu gibi, var olan kamu davasını da düşürür.<sup>25</sup> Kesin hükümden sonra çıkarılan af ise in-

<sup>21</sup> Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.794; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 903.

<sup>22</sup> Keyman, s. 42.

<sup>23</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.906; Doğan Soyaslan, "*Af*", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 416; Keyman, s.54.

<sup>24</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 907.

<sup>25</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 907; Soyaslan, s. 418-419; Sözüer, s. 243-245.

fazı durdurduğu gibi mahkûmiyete ilişkin bütün neticeleri de ortadan kaldırır. Genel affa uğrayan mahkûmiyet tekerrüre esas olmaz. Adli sicil kayıtları silinir. Önceki vaki mahkûmiyet affa uğradığı için kişi hakkında tecil hükümleri uygulanır. Af sonrası yeni bir suç işlemesi halinde ise fail mükerrer sayılmaz.<sup>26</sup>

## B. Özel Af

Özel af, kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetini ortadan kaldırır, azaltır veya daha hafif bir cezaya çevirir.<sup>27</sup> Özel af TCK'nın 65. maddesinin 2. fıkrasında şöyle düzenlenmiştir. "*Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adlî para cezasına çevrilebilir.*" Özel af kesin hüküm sonrası cezanın infazına etkili olarak çıkarılır. Bu nedenle aftan önce açılmış davalar devam eder ve kesin hükme bağlanır. Ancak kesin hükümden sonra af kanunu hükümleri tatbik edilir.<sup>28</sup> Cezanın infazına etki eden özel afta, mahkûmiyet hükmü varlığını koruduğu için mahkûmiyetten doğan her türlü sonuç devam eder. Nitekim TCK'nın 65. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre "*Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir*". Genel af ile özel af arasındaki fark, affın sonuçları bakımındandır. Genel af, kesin hükümden önce veya sonraya ilişkin olarak ceza mahkûmiyetinin tüm hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldırırken, özel af, kesin hüküm sonrası cezanın infazına etki eder. Anayasa Mahkemesi iki af türü arasındaki ayrımı şu şekilde ifade etmiştir: "*Özel af, kesinleşmiş bir cezayı kaldıran, hafifleten veya daha hafif olmak koşuluyla başka bir cezaya çeviren bir atıfet kurumudur. Bu niteliğiyle haklarında henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş olanlar için özel af söz konusu olmaz. Genel af, sosyal düşüncelerle tüm ya da kimi suçları ve hükmedilmiş ise cezaları, bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırır. Kapsamına giren ve haklarında henüz dava açılmamış suçlar hakkında kamu davası açılmasını önler*".<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya , s. 907; Soyaslan, s. 419; Sözüer, s. 245-246.

<sup>27</sup> Sözüer, s.250; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 906.

<sup>28</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.907.

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 18.03.1986 tarih ve 1985/30 Esas ve 1986/10 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/341c0b89-3990-41c3-900d-a384b5e670ed?exclude=Gerekce=False&wordsOnly=False> (E.T. 10.12.2018).

Bir başka kararında Anayasa Mahkemesi affı tanımlamış, her iki af türü arasındaki farkı açıklamıştır. Bu karara göre “*Af, suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, yetkili mercilerce yapılmış hukuki tasarruflardır. Af yetkisinin kullanılması, netice itibariyle devletin cezalandırmak hakkından geçici olarak feragat etmesi anlamına gelmektedir. Af bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, hafifleten veya değiştiren, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir kamu hukuku tasarrufudur. Bu genel tanım affın iki şekilde ortaya çıktığını göstermektedir. Bunlardan biri mahkûmiyet ve kamu davasını ortadan kaldıran genel af, diğeri de sadece cezaya etki eden özel aftır*”.<sup>30</sup>

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise affın hukuki niteliği ve türlerine ilişkin şöyle demektedir: “*Ceza hukukunda, kamu davasını ve cezayı düşüren bir neden olarak kabul edilen ‘af’, nesnel ceza kanunları öznel durumlara uygulanırken ortaya çıkabilecek kimi uygunsuzlukların giderilme-*

<sup>30</sup> “...Genel af, sosyal fayda düşünceleri ile bütün veya belirli bazı suçları ve hükmedilmiş ise cezaları bütün neticeleriyle birlikte düşüren bir yasama işlemidir, fiile yöneliktir ve çıkarılacak bir Kanun ile gerçekleştirilir. Türk Ceza Kanunu’nun 97. maddesine göre, genel af henüz kesin mahkûmiyetle sonuçlanmayan suçları kapsamına almışsa kamu davasını, kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunan suçları kapsamına almışsa hükmedilen cezaları bütün neticeleriyle birlikte ortadan kaldırır. Affa tabi olan fiiller; hukuki tavsifleri, kanun hükümleri, belirli bir cezayı gerektirmeleri veya belirli suç kategorisi gözetilmek suretiyle belirtilir ve af kanunlarının uygulanması bu dört ihtimale göre değişen yönler gösterir. Genel affın şarta bağlı olarak düzenlenmesi mümkündür. Şahsi hakların tazmin edilmesi veya belirli bir süre içerisinde başvurulması şeklinde bir mükellefiyeti yerine getirmeye mecbur tutularak taliki şartlar söz konusu olabileceği gibi, sanık veya hükümlünün aftan yararlandıktan sonra belli bir süre ile suç işlememesi şeklinde infisahi şartlar da genel af tasarruflarında yer alabilir. Genel af, kapsamı içerisinde bulunan suçlar bakımından mahkûmiyetin cezai neticelerini ortadan kaldırdığından kural olarak şahsi hakka yönelik taleplerin ileri sürülmesine engel olmaz. Özel af ise, Türk Ceza Kanunu’nun 98. maddesine göre cezayı ortadan kaldıran, azaltan veya değiştiren, başka bir cezaya çeviren aftır. Özel af, işlenmiş olan fiilin suç niteliğini kaldırmaz; ancak hükmedilmiş ve kesinleşmiş olan cezalarda söz konusu olur. Bu sebeple kamu davasının açılması, devamı ve kesin hükme bağlanması gerekir. Kamu davasına ve mahkûmiyete etkisi olmaması, yalnız ceza üzerine etkili olması nedeniyle özel af sadece cezayı kısmen veya tamamen düşüren bir sebeptir. Özel af bundan faydalanacaklar bakımından ferdi ve toplu özel af olmak üzere ikiye ayrılır. Anayasa’nın 87. ve 104. maddelerine göre ferdi özel af çıkarma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı’na, toplu özel af çıkarma yetkisi ise Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir. Genel afta olduğu gibi özel af tasarruflarında da geciktirici (taliki) veya bozucu (infisahi) şartlara yer verilebilir. Özel affın mahkûmiyete tesir etmemesi nedeniyle mahkûmiyete bağlı ehliyetsizlikler devam eder”. Bkz. 16 numaralı dipnottaki karar.



*sinde, başka bir deyişle cezanın, kanun koyucunun öngörmediği ya da öngörülenden daha şiddetli bir sonuç verdiği durumlarda gerekli olabilir. Af, böylece, cezanın istenmeyen etkisini azaltarak ceza adaletine yardımcıdır. Af, kimi zaman ceza siyasetinin uygulama aracı olarak da düşünülebilir: Toplumdaki çatışmaların unutulması, kin duygularının kökleşmesinin önlenmeye çalışılması gibi. Ayrıca, cezaevlerinin durumları ve adlî hataların giderilmesi gibi nedenler affı gerekli kılabilir. Genel af, kamu davasını ve hükmolunan cezaları bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırır (Türk Ceza Kanunu, madde 97). Özel af ise yalnızca cezaya etkili olan aftır. Hükmolunmuş cezayı kaldırır, azaltır ya da başka bir cezaya çevirir (Türk Ceza Kanunu, madde 98)”<sup>31</sup>*

#### IV. AFFIN BENZER KURUMLARDAN FARKLARI

Af kurumu ceza hukukunda kimi zaman erteleme ve şartlı salıverme kurumu ile karıştırılmaktadır. Nitekim af niteliği taşıyan kanunlar “erteleme” ve “şartlı salıverme” adı altında da çıkarılmaktadır. Bu nedenle af kurumunun, erteleme ve şartlı salıvermeden ayrılması önem kazanmaktadır. Burada değinilmesi gereken bir başka konu da şudur ki Anayasa Mahkemesi, yasama organının kanunu nasıl tanımladığı ile bağlı değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu hususu şöyle ifade etmektedir. “*Şu hale göre bir kanunla kabul edilmiş olan affin niteliğini belli etmek bakımından, kanun başlığında, metninde veya gerekçelerde kullanılan ‘özel af’ veya ‘genel af’ terimlerinin bir etkisi bulunmamakta kanunla kabul edilmiş bulunan hükümlerin kapsamının bu hususu ortaya koyacağı anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bir metnin Anayasa’ya uygunluğunu denetlerken, o metnin meclislerce şu veya bu nitelikte sayılmış olmasıyla bağlı tutulamaz. Anayasa denetiminin amacı, ancak, Anayasa Mahkemesi’nin incelemesi için önüne getirilen metni kendi hukuk anlayışına göre nitelendirebilmesini zorunlu kılar; aksi takdirde, meclislerin yanılarak nitelendirdikleri bir metnin, Anayasa Mahkemesi’nin denetimi dışında kalması kabul edilmiş bulunur ki bu da Anayasa koyucusunun Anayasa’ya uygunluk denetimini koymakla güttüğü amaca aykırı düşer”<sup>32</sup>*

<sup>31</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 19.07.1991 tarih ve 1991/22 Esas ve 1991/25 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/97cd7949-9330-4c6f-a607-b23b4528f96e?exclude=Gereke=False&wordsOnly=False> (E.T. 11.12.2018).

<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 19.12.1966 tarih ve 1966/7 Esas sayılı ve 1966/46 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/12b29a34-ef8-4598-83f6-ef9a7fe67e3d?exclude=Gereke=False&wordsOnly=False> (E.T. 12.12.2018).



### A. Erteleme ve Af

Erteleme, işlediği suçtan mahkûm olan failin cezasının, belirli bir süre için kendisine öngörülen koşulları yerine getirmesi, özellikle de yeni bir suç işlememesi halinde infazının gerçekleşmemesi halidir. Hükümlü, öngörülen süre zarfında kendisine yüklenen mükellefiyetleri yerine getirir ve iyi hal gösterirse cezanın infazından tamamen ve kesin olarak kurtulacaktır.<sup>33</sup> Af ile erteleme benzer sonuçlar doğuran kurumlar olmakla beraber ikisi birbirinden farklıdır. Af, yasama ve yürütme işlemi iken erteleme, yargısal bir işlemdir. Genel af sonrası yeni bir suç işlenmesi halinde affa uğrayan suçun cezası çekilmez. Oysa erteleme süresi içinde yeni bir suç işlenmesi halinde hem önceki suçun hem de yeni işlenen suçun cezası faile çektirilir. Erteleme, kanunun öngördüğü şartlar halinde ve yargıcın gerekçeli kararıyla mümkün iken af koşula bağlı olmayıp yetkili organın takdirine bırakılmıştır. Cumhurbaşkanı'nın bireysel özel af yetkisi bundan istisnadır.<sup>34</sup> Zira Cumhurbaşkanı özel af yetkisini ancak Anayasa'nın öngördüğü koşullarda kullanabilecektir.

Erteleme adı altında çıkarılan kanunlardan biri 4454 sayılı *Basın ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'dur*. Dava ve Cezaların Ertelenmesi kenar başlıklı 1. maddesine göre "23 Nisan 1999 tarihine kadar sorumlu müdür sıfatı ile işlenmiş suçlar dahil, basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçları ile işlenmiş olup ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı on iki yılı geçmeyen suçlardan dolayı on iki yıl veya daha az şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmiş bulunan kimselerin cezalarının infazı ertelenmiştir. Halen cezalarını çekmekte olanlar hakkında da birinci fıkrada hüküm uygulanır. İlgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı on iki yılı geçmeyen suçlardan dolayı birinci fıkrada sayılanlar hakkında henüz takibata geçilmemiş veya hazırlık soruşturmasına girilmiş olmakla beraber dava açılmamış veya son soruşturma aşamasına geçilmiş olmakla beraber henüz hüküm kurulmamış veya verilmiş hüküm kesinleşmemiş ise, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelenir".

<sup>33</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 738; Mustafa Ruhan Erdem, "Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 17.

<sup>34</sup> Türkan Yalçın Sancar, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunun Hukuksal Niteliği ve Sonuçları" *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 171, Sözüer, s.227; Erdem, s.33-36.

Kanun'un bu hükmü, suçun "basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olmasını" erteleme nedeni saymış, buna karşılık basit yolla suç işlemiş olanların para cezalarını dahi ertelememiştir. Şu haliyle suçun birkaç kişi önünde işlenmesi ertelemeye tabi değilken, basın yoluyla birçok kişi huzurunda işlenmesi erteleme tabidir. Oysaki suçun basın yoluyla işlenmesi ağırlaştırıcı nedendir.<sup>35</sup>

Bahse konu kanun hükmü iptal davası ile Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Dava dilekçesinde itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülmüşse de Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti açısından da bir değerlendirme yapmıştır. Böylece eşitlik ilkesi ve hukuk devleti ilkelerini ölçü norm olarak kullanan Mahkeme devamlı şu şekilde karar vermiştir. "*Kanun koyucu, kuşkusuz, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın türü ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabileceği gibi kimi suçları işleyenler için 'erteleme' adı altında bir düzenleme de öngörebilir. Ancak böyle bir düzenleme yapılması durumunda, eşitlik ilkesi, bundan aynı durumda bulunan herkesin eşit olarak yararlandırılmasını gerektirir. Farklı düzenleme yapılabilmesi ise millî güvenlik, kamu yararı, kamu düzeni gibi haklı nedenlerden birinin bulunmasına bağlıdır. Dava konusu düzenlemeyle düşünceleri açıklama özgürlüğü bağlamında basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenen suçlar yönünden erteleme adı altında bir olanak getirilmiş, ancak aynı tür suçların daha az cezayı gerektiren basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmemiş olanları kapsam dışı bırakılmıştır. Aynı tür suçu işleyenler için farklı uygulama öngören bu düzenlemenin haklı bir nedeni bulunmadığı açıktır. Öte yandan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devletinde, yalnız suç ve cezaların saptanmasında adil ölçülerin gözetilmesiyle yetinilemez; bunların kaldırılması, değiştirilmesi ya da kimi olanaklar tanınması söz konusu olduğunda da aynı ölçülerin esas alınması zorunludur. Dava konusu düzenlemeyle aynı tür suçun daha ağırını erteleme kapsamına alıp, hafif olanını bu olanaktan yararlandırmamanın adil olduğu ileri sürülemez. Açıklanan nedenlerle kural,*

<sup>35</sup> Burhan Kuzu, "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 278-279; Sözüer, s.227.

*Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir*"<sup>36</sup> demek suretiyle oy çokluğu ile hükmü iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptali üzerine 21.12.2000 tarih ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 2. maddesi ile yeniden düzenleme yapılmıştır.

Her ne kadar 4454 sayılı Kanun erteleme adı altında çıkmış dahi olsa içerik olarak bir erteleme değil, koşullu bir af kanunudur.<sup>37</sup> Nitelik ertelemenin hangi koşullar altında verileceği TCK'da ve Mülga 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'da (CİK) düzenlenmiştir. 4454 sayılı Kanun'da ise bu koşulların hiçbiri yoktur. Ayrıca erteleme yargı organları tarafından kullanılması gereken bir kurumdur. Yasama organının bu yetkiyi kullanmasının kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkinin kullanılması niteliğinde olduğu, bu nedenle de kanun koyucunun erteleme adı altında düzenleme yapabileceğini öngören bahse konu Anayasa Mahkemesi kararı eleştirilmiştir.<sup>38</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararına yazılan karşı oylar da dikkat çekicidir. Zira karşı oy gerekçelerinde de haklılık payı vardır. Karşı oy yazılarının birinde şöyle denilmektedir. "... Yani Kanun'un uygulama alanının genişletilmesini sağlamak amacıyla, Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmeyen bir kanun kuralının iptali istenilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırı bulunduğu kanunları iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Kanun koyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm kuramaz. Anayasa'nın öngördüğü ve mutlak düzenlemesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışındaki, kanunun isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi iptal nedeni olamaz. İsterse yer verip isterse yer vermeyeceği bu tür noksanlıklar kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Kanun maddesine içindeki kimi sözcükleri ayıklayarak yeni bir kural niteliği vermek Anayasa'ya uygunluk denetimiyle bağdaşmaz. Bir kuralın, uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için de iptali istenilemez. Kanun koyucunun dilediği zaman giderebi-

<sup>36</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.2000 tarih ve 1999/39 Esas ve 2000/23 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d619c377-0895-4e9a-915b-568d693d3e8f?exclude=Gerekce=False&wordsOnly=False> (E.T. 12.12.2018).

<sup>37</sup> Sözüer, s. 228; Erdem, s. 37.

<sup>38</sup> Erdem, s. 37.

leceği noksan düzenleme, Anayasal zorunluluk dışında, Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz... Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı gibi kanun önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir... Kanun koyucunun takdir alanı içine giren bir konuda getirilen kuralın denetimi yerindelik denetimi olur ki, Anayasa Yargısı'nda yerindelik denetimine yer yoktur. Eşitlik ilkesine aykırılığı ileri sürülen dava konusu kural, failin konumundan doğan farklılığa ve farklı nedene dayalı olduğundan Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı değildir."<sup>39</sup> Bu karşı oy gerekçesinde Anayasa Mahkemesi'nin yerindelik denetimi yapamayacağı vurgulanmış, bu nedenle iptal davasının reddi savunulmuştur.

Bir diğer karşı oy yazısının gerekçesi ise şöyledir. "... Dava konusu Kanun ile Anayasamızın 87. maddesinin, 14. maddeye yaptığı gönderme sebebiyle getirdiği af yasağı adına 'erteleme' denilerek örtülü biçimde aşılma istenmiştir. Anayasa'nın af yasağı getirdiği kimi suçlar bu arada, düşünce suçları için af getirilmek isteniyorsa, bunun yolu Anayasa'ya aykırı kanunları değişik biçim ve isimlerle kamufla edilerek örtülü biçimde Anayasal engelleri göz ardı etmek değil, Anayasa'nın kimi suçlar için af yasağı getiren kurallarının yasama organınca değiştirilerek amaca uygun bir düzenleme yapmaktır. Bu yola gidilmeden yapılan düzenleme açıkça Anayasa'ya aykırıdır. ...Esasen Anayasa'nın getirdiği af yasağına aykırı olarak yasak alandaki suçlar ayrılmadan tüm suçlar için getirilen bu erteleme (şartlı af) iptali istenen bölümün iptali halinde tüm suçlar için genel af mahiyetine dönecektir. Bu ise kanun koyucunun öngördüğü amaca ve iradesine tamamen aykırıdır. ...Bu nedenle, Kanun'un iptali istenen bölümünün Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu göz ardı edilemez. Bütün bu açıklamalardan sonra, Kanun'un tümü için iptal isteminde bulunulsa idi, oyumun duraksamaya yer vermeyecek biçimde iptal yönünde olacağı doğaldı. Ancak böyle yapılmayıp sadece birinci maddenin belli bölümünün iptali ile ortaya çıkacak durum, yasak alana girsin girmesin yukarı haddi on iki yıla kadar cezayı gerektiren tüm suçların şartlı af (erteleme) kapsamına alınması sonucunu doğurur. Bu da Anayasa'ya aykırılığı daha büyük ve daha vahim boyutlara getirir".<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.2000 tarih ve 1999/39 Esas ve 2000/23 Karar sayılı kararı. Mustafa Bumin, Mahir Can Ilıcak, Ali Hüner, Ertuğrul Ersoy karşı oy yazısı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d619c377-0895-4e9a-915b-568d693d3e8f?exclude=Gereke=False&wordsOnly=False> (E.T. 12.12.2018).

<sup>40</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.2000 tarih ve 1999/39 Esas ve 2000/23 Karar sayılı

## B. Şartlı Salıverme ve Af

Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında hem bireyselleştirme vasıtası, hem de cezaya seçenek bir kurum olan şartlı salıverme, kişinin mahkûm edildiği hürriyeti bağlayıcı cezadan, kanunun belirlediği bir kısmını iyi hal ve kurallara tam uyarak geçirmesi halinde, konulmuş olan şartlara her bakımdan riayet etmediği takdirde geri alınması şartıyla, mahkûmiyet süresini tamamen bitirmeden, merciince alınacak bir kararla salıverilmesini ve böylece serbest hayata dönmesini ya da bu hayata geçişinin kolaylaştırılmasını sağlayan bir kurumdur.<sup>41</sup>

Mahkûmun şartlı salıvermeden yararlanması için cezasının bir kısmını cezaevinde infaz edilmiş olması ve cezaevindeki sürenin iyi halle geçirilmiş olması gerekir. Bu şartların varlığı halinde şartlı salıverilen mahkûm, cezasının kalan kısmını cezaevi dışında tamamlayacaktır. 5275 sayılı *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un* m.107/12'ye göre şartlı salıverilen kişinin kasıtlı bir suç işlemesi ve mahkûm olması halinde şartlı salıverme kararı geri alınacaktır. Şartlı salıverme kararı ancak cezanın belirli bir kısmının iyi halle geçirilmiş olması halinde mümkündür. Buna karşılık affın uygulanabilmesi için cezanın infaz edilmesine gerek olmadığı gibi kişi hakkında soruşturmaya veya kovuşturmayaya başlanması da aranmaz. Şartlı salıverme, koşulların gerçekleşmesi halinde mahkûm için bir haktır ve böyle bir durumda mahkeme şartlı salıvermeye karar vermelidir. Buna karşılık yapılan yargılama sonucunda suçluluğu sabit görülenler affedilmelerini bir hak olarak isteyemezler. Şartlı salıverme mahkeme kararıyla olurken, af, yasama organınca bazı hallerde ise Cumhurbaşkanı tarafından kullanılan bir yetkidir. Şartlı salıvermede deneme süresinin kanundaki koşullara uygun geçirilmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılır. Ancak mahkûmiyetin sonucu olan ehliyetsizlikler ortadan kalkmaz. Mahkûmiyet tekerrür ve ertelemeye de etkilerini göstermeye devam eder. Buna karşılık genel af, ceza mahkûmiyetini bütün sonuçları ile ortadan kaldırır. Özel afta ise mahkûmiyetin neticeleri ortadan kalkmamakla birlikte, cezanın infazı yerine geçen bir deneme süresi kural

kararı. Yalçın Acargün karşı oy yazısı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d619c377-0895-4e9a-915b-568d693d3e8f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E.T. 12.12.2018).

<sup>41</sup> Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, C. III, s.64.

olarak yoktur. Af kanunlarında belli bir süre suç işlemek gibi birtakım şartlar öngörülebilir. Ancak bu hallerde dahi af kurumu ile şartlı salıverme karıştırılmamalıdır. Zira şartlı salıverme, 5275 sayılı *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da* düzenlenen genel bir hüküm iken af kanunlarında buna ilişkin özel bir hüküm olmalıdır.<sup>42</sup>

Şartlı salıverme ile af arasındaki tüm bu farklılıklara rağmen yasa- ma organının zaman zaman şartlı salıverme adı altında çıkardığı kanunların, niteliği itibariyle af kanunu olduğu görülmektedir. 3713 sayılı *Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) Geçici 1. maddesi* buna örnek olarak gösterilebilir. Kanun'un bahse konu hükmü şöyledir: “08.04.1991 tarihine kadar işlenen suçlar sebebiyle; a) Verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu durumda olanlar 647 sayılı *Cezaların İnfazı Hakkında Kanununun 19 uncu maddesi hükmüne göre çekmeleri gereken cezalarının on yılını, b) Müebbet ağır hapis cezasına hükmümlü olanlar çekmeleri gereken cezalarının sekiz yılını, c) Diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmiş olanlar hükümlülük süresinin beşte birini, çektikleri takdirde iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartla salıverilirler”.*

Mezkûr kanun maddesinde iyi hal aranmamaktadır. Oysa şartlı salıvermenin şartlarından biri de hükümlünün kanunda belirtilen süreleri iyi halle geçirmesidir.

Anayasa Mahkemesi 3713 sayılı *TMK'nın* bazı hükümlerinin iptali istemiyle önüne gelen davalarda konuyu tartışmış, söz konusu düzenlemelerin “kendine özgü bir nitelik taşıdığına” karar vermiştir. Bahse konu kararlarının birinde “Geçici maddelerin ortak özelliği, bu hükümlere göre şartla salıverilmek için ‘iyi hal’in aranmamasıdır. ‘İyi hal’ koşulunun yokluğu, 4. maddenin itiraz konusu edilen (a) ve (b) bentleriyle getirilen düzenlemeye bir yönüyle şartlı af görünümünü vermekte ise de; istemle bağlı olmadan şartla salıverilmeden söz edilmesi, cezanın bir bölümünün çektirilmesinin gerekliliği ve daha önemlisi, Türk Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde koşulların oluşması durumunda şartla salıverme kararının geri alınması olanağının bulunması, öngörülen düzenlemenin, aftan çok şartla salıvermeye benzediğini, kendisine özgü bir nitelik taşıdığını göstermektedir”.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Artuk, s. 904; Sözüer, s. 231.

<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 19.07.1991 tarih ve 1991/22 Esas ve 1991/25 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/97cd7949-9330-4c6f-a607-b23b4528f96e?exclude=Gereke=False&wordsOnly=False>. (E.T. 12.12.2018).



Benzer düşünce Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararının karşı oy yazısında da mevcuttur. *"Anayasa'nın 87. maddesi, 14. maddedeki fiillerden ...suç işleyen ve hüküm giyenler hakkında genel ve özel af çıkarılamayacağını hükme bağlamıştır. Bununla beraber TBMM bu gibi suçlular hakkındaki af çıkarma yasağını aşabilmek için 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na ithal ettiği geçici 1, 2, 4. maddelerle şartlı tahliyelerini sağlamak istemiştir. Bu sonucun alınabilmesi için de **şartlı tahliyede cezaların bir kısmının çekilmiş olması şartı yanında, ayrıca iyi halli hükümlü olma şartı da kaldırılmıştır. Bu suretle şartlı tahliye benzeri ve af niteliği de taşımayan sui generis bir düzenleme ortaya çıkmıştır**"*.<sup>44</sup>

Anayasa Mahkemesi benzer yorumu 3713 sayılı TMK'nın bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddialarıyla önüne gelen itiraz ve iptal davalarında da yapmıştır.<sup>45</sup>

Bu nitelikteki bir düzenleme 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin 2. bendinde de yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi Kanun'un mezkûr hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasına ilişkin davada şu kararı vermiştir. *"Başvuru kararlarında 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. bendinde yer alan itiraz konusu bölümle ilgili olarak Kanun'un 2. maddesinde öngörülen ceza indiriminin 12 yıl olmasına karşın, 1. maddede 10 yıllık indirimle yetinilmesinin, 1. maddenin 4. bendine göre şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı 10 yılı geçmeyen suçlardan dolayı yapılacak ertelemede her suç için ayrı ayrı 10 yılın dikkate alınmasına karşın 2. bent uyarınca kesinleşmiş hürriyeti bağlayıcı cezalarındaki indirimin toplam hükümlülük süresinden bir kez ve sadece 10 yıl olarak uygulanmasının ve para cezalarının kapsam dışı bırakılmasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür. 2. bent ile Kanun kapsamına giren cezalarda indirim yapılmakta 10 yıldan az cezaya mahkûm kimi*

<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 19.07.1991 tarih ve 1991/22 Esas ve 1991/25 Karar sayılı kararı. Karşı oy yazısı Servet Tüzün, Erol Cansel, Haşim Kılıç. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/97cd7949-9330-4c6f-a607-b23b4528f96e?excludeGereke=False&wordsOnly=False>. (E.T. 12.12.2018).

<sup>45</sup> Anayasa Mahkemesi'nin benzer kararları 19.07.1991 tarih ve 1991/17 Esas ve 1991/23 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9cbd2ae0-665c-4541-8fdd-5245bdc62c4e?excludeGereke=False&wordsOnly=False>. (E.T. 12.12.2018); 31.03.1992 tarih ve 1991/18 Esas ve 1992/20 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/56b80f44-5320-4b0d-9449-506abae14385?excludeGereke=False&wordsOnly=False>. (E.T. 12.12.2018).



*hükümlülerin diğer koşullarında varlığı halinde hiç cezaevine girmeksizin cezalarının infazına olanak tanınmakta ise de bu olanak genel affın tanımında belirtildiği gibi ceza mahkûmiyetini bütün neticeleri ile kaldırmamaktadır. Düzenlemenin hükümlülere getirdiği yarar cezaevinde kalma süresini belirli koşullarla kısaltması veya hiç cezaevine girmeden cezanın infazını sağlamasıdır. Şartla salıverilmenin en önemli unsurları, cezanın belirli bir süresinin cezaevinde çekilmiş olması ve hükümlünün bu süre içerisinde iyi hal göstermesidir. Oysa 2. bent ile 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın salıverilmelerinin sağlanması bu düzenlemenin şartlı salıverilme olmayıp kendine özgü bir müessese olduğunu göstermektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesine göre cezayı ortadan kaldıran veya azaltan ya da değiştiren bir düzenleme olarak adlandırılan özel affın, toplu ve şartlı olarak getirilmesinin de olanaklı bulunduğu dikkate alındığında, 2. bentte yer alan kuralın, müebbet ve 10 yıldan fazla süreli hükümlülükler bakımından cezadan indirim öngören, tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından veya toplam hükümlülük sürelerinden on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi veya hükümlülük süresi dolmuş olanlar bakımından ise, belirli bir süreyle suç işlememe bozucu (infisahi) koşuluna bağlanmış, toplu özel af niteliğindedir".<sup>46</sup>*

## V. TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA AF

Af yetkisi umumiyetle Anayasa'larda düzenlenir ve bu yetki çoğunlukla yasama organına veya devlet başkanına tanınır.<sup>47</sup> Gözler, 22 ülkeyi konu alan incelemesinde genel af yetkisinin çoğunlukla yasama organına verildiğini gözlemlemektedir. Gerçekten de Türkiye, Finlandiya, Fransa, İsviçre, İtalya, Portekiz ve Yunan Anayasa'ları genel af yetkisini parlamentolarına vermişken, Danimarka ve Japonya bu yetkiyi Kral'a; İzlanda ise Cumhurbaşkanı'na vermiştir. Özel af yetkisi ise İsveç, İsviçre ve Türkiye hariç incelenen tüm ülkelerde sadece devlet başkanlarına aittir.<sup>48</sup> İsviçre'de hem genel af hem de özel af yetkisi parlamentoya verilmişken İsveç'de özel af yetkisi hükümete verilmiştir.

<sup>46</sup> Bkz. 16 numaralı dipnotta yer alan karar.

<sup>47</sup> Servet Armağan, "Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 347.

<sup>48</sup> Kemal Gözler, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 329.

Türkiye’de ise özel af yetkisi Cumhurbaşkanı’nın yanı sıra parlamentoya da verilmiştir.<sup>49</sup>

Osmanlı dönemi Türk hukukunda af yetkisi genel olarak padişaha tanınmıştır. Ne var ki suçlar konusunda İslam ceza hukukunda bir ayırım vardır. Şahıs hakkına yönelik suçlar mağdurun veya mirasçılarının affıyla düşmektedir. Buna karşılık İslam kamu haklarına ilişkin suçlar olarak tavsif edilen had suçlarında ise esas itibariyle af cezayı düşürmez. Devlet başkanına ve hâkime geniş bir takdir yetkisi veren ve İslam ceza hukukunun önemli bir kısmını oluşturan ta’zir suçlarında ise af mümkündür.<sup>50</sup> Affa ilişkin ilk yazılı düzenleme, bu yetkiyi padişaha veren 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu’nun 47. maddesidir.<sup>51</sup> Anayasal bir düzenleme ise ilk kez 1876 Anayasası’nda yapılmıştır. Daha sonra yapılan tüm Anayasalarda da af yetkisi ya açıkça düzenlenmiş ya da açık olmasa da af yetkisini içeren hükümler Anayasalarda yer almıştır.<sup>52</sup> 1876 Kanun-u Esası’nın 7. maddesinde af, padişaha tanınmış bir yetkidir.<sup>53</sup> 1909 Anayasa tadiliyle umumi af tabiri ilk kez Anayasa’ya girmiş, özel af doğrudan padişaha verilirken, genel af yetkisi ise Meclisi Umumi’nin onayı şartıyla padişaha verilmiştir.<sup>54</sup>

1921 tarihli Teşkilât-ı Esasiye Kanunu’nda affa ilişkin açık bir hüküm yoktur. Ancak Anayasa’nın 7. maddesi hükmünden Meclis’in af yetkisine sahip olduğu çıkarılabilir. Meclis hükümeti sistemi kuran bu Anayasa’nın bahse konu maddesine göre “...ahkamı şeriyenin tenfizi, umumi kavaninin vazı, tadili, feshi gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisi’ne aittir”. Bu hükme göre Büyük Millet Meclisi af yetkisine de sahiptir. Nitekim bu dönemde çıkarılmış af kanunları da mevcuttur.<sup>55</sup>

1924 Anayasası’nın 26. maddesinde “... genel ve özel af ilan etmek, cezaları hafifletmek ve değiştirmek, kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek... gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar” demek suretiyle genel af, özel af, takibat ve cezanın tecili kurumlarını

<sup>49</sup> Gözler, s.327.

<sup>50</sup> Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 154-157, 178.

<sup>51</sup> Soyaslan, s. 414; Dönmezer/Erman, s. 212.

<sup>52</sup> Soyaslan, s. 415; Armağan, s. 349.

<sup>53</sup> Tarhan Erdem, Anayasalar ve Belgeler 1876-2012, Doğan Kitap, İstanbul, 2012, s. 29.

<sup>54</sup> Soyaslan, s.415; Keyman, s.85-86.

<sup>55</sup> Keyman, s. 86; Armağan s. 349.

düzenlemiştir. Anayasa'nın 42. maddesi ise Cumhurbaşkanı'na daimî malullük veya yaşlılık ile sınırlı özel af yetkisi vermiştir.

1961 Anayasası'nın 64. maddesi genel af ve özel af ilan yetkisini TBMM'ye vermiştir. 1970 değişikliğiyle orman suçlarına ilişkin kısıtlama da kaldırılarak Meclis'in af yetkisinin önünde hiçbir sınır kalmamıştır. 1961 Anayasası, 97. maddesiyle Cumhurbaşkanı'na sürekli hastalık, sakatlık ve kocama halleriyle sınırlı olarak özel af yetkisi vermiştir.<sup>56</sup>

1982 Anayasası'nda ise af yetkisi TBMM'ye ve Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. TBMM'nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 87. maddede sayılan hallerden biri de "*genel ve özel af ilanına karar vermek*" yetkisidir. Anayasa'nın ilk hali TBMM'nin af yetkisini "*Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere*" şeklindeydi. Bahse konu hüküm yasama organının takdir yetkisini sınırlandırması nedeniyle doktrinde eleştirilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 14. maddesinin TCK'da bir karşılığı da bulunmamakta, bu durum ise tereddütlere yol açmaktaydı.<sup>57</sup> Af yetkisine getirilen bu sınırlama 03.10.2011 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklik sonrası TBMM, devlet aleyhine işlenen suçlar dahil her suçluyu affedebilecektir.<sup>58</sup> Ancak orman suçları bundan istisnadır.

Anayasa'nın 169. maddesine göre, "*münhasıran orman suçları için genel af ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanları yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar, genel ve özel af kapsamına alınamaz*". 4709 sayılı Kanun TBMM'nin af yetkisini genişletmiş buna mukabil af yetkisinin kullanılmasını zorlaştırmıştır. Düzenlemeye yapılan eklemeye TBMM'nin genel ve özel af ilanı için çıkaracağı kanunlar ancak üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla kabul edilebilecektir. Şu haliyle bu çoğunluğa ulaşamayan iktidar partisi ancak muhalefetin desteğini alarak bir af kanunu çıkarabilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki Anayasa'nın 87. maddesinde aranan beşte üç çoğunluk genel ve özel af ilanına ilişkindir. Bunun dışında örneğin erteleme ve şartlı salıver-

<sup>56</sup> Dönmezer/Erman, s. 213; Döner, s. 41; Atila, s. 276.

<sup>57</sup> Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 312-313.

<sup>58</sup> Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 711.

meye ilişkin kanunlarda bu nitelikli çoğunluk aranmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin 21.05.2002 tarihli ve 4758 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen 2. bendinin bir af kanunu olduğu, bu nedenle de nitelikli çoğunlukla kabul edilmesi gerektiğine ilişkin kararı şu şekildedir: "Anayasa'da, kanunlaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir....Şartla salıvermenin en önemli unsurları, cezanın belirli bir süresinin cezaevinde çekilmiş olması ve hükümlünün bu süre içerisinde iyi hal göstermesidir. Dava konusu 2. bent ile 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın salıverilmelerine olanak tanınması ise, bu düzenlemenin şartla salıverilme olarak kabulünü engellemektedir....Anayasa'nın 3.10.2001 günlü 4709 sayılı Kanun ile değiştirilen 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. **Buna göre, "af" niteliğindeki yasama işlemlerinin TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile kanunlaşması gerektiği açıktır. Dava konusu kural ise bu oran gözetilmeyerek 174 oyla kanunlaşmıştır.** Açıklanan nedenlerle, 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 4758 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen 2. bendi Anayasa'nın 87. maddesine aykırıdır. İptali gerekir".<sup>59</sup>

1982 Anayasası af yetkisini TBMM'nin yanı sıra Cumhurbaşkanı'na da vermiştir. Anayasa'nın 104. maddesine göre Cumhurbaşkanı "sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır". Cumhurbaşkanı'na verilen bu yetki özel af yetkisidir. Toplu özel af çıkarma yetkisi münhasıran TBMM'ye aitken kişiye özgü af çıkarma yetkisi TBMM'nin yanı sıra Cumhurbaşkanı'na da aittir.<sup>60</sup> Mafih TBMM'nin af yetkisi sebep itibarıyla sınırlandırılmadığı halde Cumhurbaşkanı'nın af yetkisi sürekli hastalık, sakatlık ve kocama se-

<sup>59</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 28.05.2002 tarih ve 2002/99 Esas ve 2002/51 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/395ede4e-e84c-4327-91c6-d9360348a956?exclude=Gerekce=False&wordsOnly=False> (E.T. 16.12.2018).

<sup>60</sup> Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 794.

bepleriyle sınırlıdır. Cumhurbaşkanı kendisine ait olan bu af yetkisini tek başına kullanacaktır. Ayrıca TBMM'nin af yetkisine orman suçları açısından getirilen sınırlamanın Cumhurbaşkanı'nun bireysel özel af yetkisi bakımından cari olmadığı kabul edilmektedir.<sup>61</sup>

## VI. AF KANUNLARI VE ANAYASA MAHKEMESİ

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148. maddesine göre, "Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler...". TBMM'nin affa ilişkin iradesi ise bir parlamento kararıyla değil kanunla gerçekleşecektir. Şu haliyle af kanunları diğer tüm kanunlar gibi Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olacaktır. Anayasa Mahkemesi bu denetimi soyut norm denetimi (iptal davası) veya somut norm denetimi (itiraz yolu) yoluyla yapacaktır. Af kanunlarının Anayasa'ya aykırılığı iddiaları her iki şekilde de Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluk denetimi ise "şekil" ve "esas" yönünden olmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin şekil denetimi "...son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı...hususlu ile sınırlıdır."

Türk Anayasa Mahkemesi önüne gelen af kanunlarını şekil yönünden incelemeye tabi tutmuştur. Özellikle 15.05.1974 tarihli 1803 sayılı Cumhuriyetin 50. yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun'a ilişkin başvurularda şekil yönünden denetim yaparak iptal kararları vermiştir. Anayasa Mahkemesi bir kararında öncelikle af kanunlarını inceleme görev ve yetkisinin olup olmadığını tartışmıştır. Bahse konu kararda şöyle demiştir: "... Burada esas sorun, Anayasa kurallarına göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin genel ve özel af ilân etmek yetkisini kanunla mı, yoksa kararla mı kullanmakta oluşudur. ...Kaldı ki, 'genel ve özel af ilânı' konusu öteden beri kanunlarla düzenlenmekte, Anayasa Mahkemesi de bunları, 147. maddedeki 'Kanun' deyiminin kapsamı içinde görmekte ve Anayasa'ya uygunluk denetimlerini böylece yapmaktadır. Özetleyecek olursak; bir kuralı itiraz konusu yapılan 1803 sayılı Kanun,

<sup>61</sup> Döner, s. 41.

*Anayasa'nın değişik 147. maddesindeki 'Kanun' deyiminin kapsamına girmektedir: Anayasa'nın Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında bıraktığı kanunlardan da değildir ve şu duruma göre, itiraz yoluyla gelen bu işe bakmanın Anayasa Mahkemesi'nin görevi içinde bulunduğu ortadadır". Af kanunlarını inceleme görev ve yetkisine sahip olduğunu bu gerekçelerle ve oy çokluğu ile kabul eden Anayasa Mahkemesi daha sonra "Dava konusu 15.05.1974 tarihli ve 1803 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (A) işaretli bendindeki kuralın (Türk Ceza Kanunu'nun 127. ve Askerî Ceza Kanunu'nun 56. maddelerinin olayla ilgili hükümleri yönünden) Anayasa'nın 92. maddesinde öngörülen biçim kurallarına aykırı olarak kabul edilmiş olması nedeniyle iptaline oyçokluğu ile dava konusu Kanun kuralı biçim yönünden iptal edilmiş olduğuna göre esas yönünden aykırılık konusu üzerinde ayrıca durulmasına yer olmadığına oybirliğiyle" karar vermiştir.<sup>62</sup>*

Anayasa Mahkemesi bahse konu 1803 sayılı Kanun'un bazı hükümleri hakkında önüne gelen Anayasa'ya aykırılık iddialarında da şekil yönünden denetim yaparak iptal kararları vermiştir.<sup>63</sup>

1803 sayılı Kanun'un özellikle bir hükmünün şekil yönünden Anayasa Mahkemesi tarafından iptali önemli sonuçlara yol açmıştır. Şöyle ki: 1803 sayılı Kanun'un, 5. maddesinin (A) bendiyle bazı suçlar af kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi iptal istemiyle önüne gelen başvuruda "Anlaşmazlık konusu maddelerin ayrı ayrı oylanmasının 5. maddenin A bendini biçim yönünden Anayasa'ya aykırı kıldığına ve dava konusu kuralın iptaline, Dava konusu kural biçim yönünden, Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edildiğine göre esas yönünden aykırılık konusu üzerinde durulmasına yer olmadığına"<sup>64</sup> karar vermiştir. Böylece af kanununun kapsamı kanun koyucunun arzusu hilafına genişlemiş, kapsam dışı bırakılan TCK'nın 141, 142, 146 ve 149. maddelerinde düzenlenen suçlardan mahkûm olanlar da aftan yararlanır hale gelmişlerdir.

<sup>62</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 28.11.1974 tarih ve 1974/34 Esas ve 1974/50 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cf324704-0fa3-4412-b5df-6beefb1fb60d?exclude=Gerekce=False&wordsOnly=False> (E.T. 17.12.2018).

<sup>63</sup> Benzer kararlar Anayasa Mahkemesi'nin 07.01.1975 tarih ve 1974/40 Esas ve 1975/4 Karar sayılı kararı. 28.01.1975 tarih ve 1974/48 Esas ve 1975/10 Karar sayılı kararı. 05.03.1975 tarih ve 1975/3 Esas ve 1975/35 Karar sayılı kararı. 03.04.1975 tarih ve 1975/34 Esas ve 1975/70 Karar sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>. (E. T. 17.12.2018).

<sup>64</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 02.07.1974 tarihli ve 1974/19 Esas ve 1974/31 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e47c00ea-68f8-4a9f-9f31-e1b09f65c8c2?exclude=Gerekce=False&wordsOnly=False>. (E.T. 17.12.2018).



Bu karar sonrası Anayasa Mahkemesi'ne, TBMM'ye ait olan yetkileri kullandığı eleştirileri yapılmış,<sup>65</sup> nihayet "*Anayasa Mahkemesi bir kanun(un) ...tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez*" (m.153/2) kuralı Anayasa Mahkemesi'nin bu ve buna benzer bazı kararlarına bir tepki olarak Anayasa koyucu tarafından 1982 Anayasası'na getirilmiştir.<sup>66</sup>

Anayasa Mahkemesi, af kanunlarını esas yönünden de denetlemiştir. Önüne gelen hukuki tasarrufun niteliğini belirleme hakkına sahip olan Mahkeme'nin<sup>67</sup> esasa ilişkin denetimlerinde özellikle Anayasa'da düzenlenen eşitlik ilkesi dikkate değerdir. Anayasa Mahkemesi kişilerin aftan yararlanma diye bir haktan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle kanun koyucunun düzenlemelerinde eşitlik ilkesine mutlak bağlı olması gerekmediğini eski tarihli bir kararında şöyle ifade etmiştir. "*Anayasamızda fertlerin temel hak ve hürriyetleri arasında aftan yararlanma diye bir hak gösterilmiş değildir. Bu sebeple suçlular, affedilmelerini bir hak olarak isteyemezler. Anayasa'nın affa yetkili kıldığı merci affın kapsamını da belli etmeye yetkilidir. Yukarıdan beri Anayasa'ya aykırı bulunmadığı belirtilen itiraz konusu fıkra hükmü de bu merci tarafından sosyal yarar ve gereği açıklanarak kabul edilmiştir. Mahkeme'nin benimsediği düşünceler, bir af kanununun kabulünde yasama organının takdirine ilişkin konular olup itiraz konusu fıkranın Anayasa'nın sözüne ve özüne aykırı bulunduğunu kabule yeterli nitelikte değildir.*"<sup>68</sup> demek suretiyle affın kapsamını belirlemede yasama organının takdir yetkisine sahip olduğuna vurgu yapmıştır. Yine Anayasa Mahkemesi benzer bir kararında şöyle demektedir. "*Anayasa'da, bu sayılan kurallar dışında ayrıca buyurucu veya yasaklayıcı bir kural bulunmadığından, suçlar ve cezalar hakkında gerekli gördüğü önlemleri almak kanun koyucunun yetkisi içinde kalmaktadır.... Şu halde kanun koyucu, Anayasa'ya göre kendi yetki alanına giren bu konularda*

<sup>65</sup> Kuzu, s. 273.

<sup>66</sup> Yekta Güngör Özden, "Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?", *Anayasa Yargısı*, Cilt 2, 1985, s. 41-90; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.1155

<sup>67</sup> Bkz. 32 numaralı dipnot.

<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 09.06.1964 tarih ve 1964/12 Esas ve 1964/47 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/51f0e578-a91a-47e3-a5fb-e346a85def49?exclude Gereke=False&wordsOnly=False> (E.T. 18.12.2018).



*takdir hakkına sahiptir... Kanun koyucu, şartla salıverilmenin koşullarını, örneğin, yararlanma sürelerini, kimi suçlardan mahkûmların bundan yararlanıp yararlanamayacaklarını, ya da farklı biçimde yararlanabileceklerini, zaman içerisinde toplumun gelişmesine göre, serbestçe takdir edilebilecektir.....Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da vurgulandığı gibi, kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalara olanak veren bir ilkedir. ....kanun koyucunun, müebbet ağır hapis cezasının özelliklerini gözeterek, bu cezaya mahkûm edilenlerin düzelmeleri ve topluma yeniden uyum sağlayabilmeleri amacıyla cezaevinde geçirmeleri gereken süreyi toplum için daha iyiyi bulma nedeni ve arayışı içinde yeniden takdirinde Anayasanın 2. maddesine aykırılık yoktur".<sup>69</sup>*

Buna mukabil Anayasa Mahkemesi her zaman bu yönde kararlar vermemiştir. Anayasa Mahkemesi 1803 sayılı Kanun'a ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddialarında, çoğunlukla şekil yönünden iptal kararları vermiş, esasa girmeye gerek görmemiştir. Mamafih Mahkeme bazı kararlarında "eşitlik" ve "hukuk devleti" ilkesini ölçü norm olarak kullanarak iptal kararları da vermiştir. Örneğin, 1803 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrası hükmünün Anayasa'ya aykırılığına ilişkin itirazın incelenmesinde şekil yönünden Anayasa'ya aykırılık görmeyen Mahkeme, esas yönünden yaptığı inceleme sonucunda şu gerekçelerle iptal kararı vermiştir. "....Böylece bir suçu bir kez işleyenin aynı suçu iki kez işleyenden daha çok ceza görmesi sonucunu veren söz konusu kanun kuralı, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, Anayasa'nın 12. maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine de aykırı düşmektedir. Bu nedenlerle 15/5/1974 tarihli, 1803 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının esas yönünden iptaline karar verilmelidir".<sup>70</sup>

Anayasa Mahkemesi aynı Kanun'un 7 (A) maddesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasına ilişkin incelemesinde şu tespitlerde bulunmuştur. "Kuşkusuz, kanun koyucu, suçların özelliğini ve cezaların

<sup>69</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 19.07.1990 tarih ve 1989/35 Esas ve 1990/22 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2456dd6a-9ce1-4787-9960-5c19a0e1ba76?exclude Gereke=False&wordsOnly=False>. (E.T. 18.12.2018).

<sup>70</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 24.06.1976 tarih ve 1976/7 Esas ve 1976/35 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c88c09d7-de11-436f-b212-77689c4f3175?exclude Gereke=False&wordsOnly=False>. (E.T. 18.12.2018).

*ağırlığını göz önünde bulundurarak, çıkaracağı af kanunları ile değişik türde suç işleyenlerin ya da değişik cezalara çarptırılanların aftan değişik ölçülerde yararlanmalarını, üstelik haklı nedenler varsa, bir kesiminin hiç yararlanmamasını sağlamaya yetkilidir. Bu tür düzenlemelerin kanun önünde eşitlik ilkesini zedelediği de öne sürülemeyecektir. Ancak, itiraz konusu kural yönünden bu durum da söz konusu değildir. Gerçekten, kanun koyucu, bir yandan müebbet ağır hapis cezasına çarptırılanları ceza indiriminden en üst düzeyde yararlandırmakta, öte yandan, itiraz konusu kuralla, müebbet ağır hapis hükümlülerinin dört yıllık bir gecikme ile şartla salıverilmelerine yol açmaktadır. Böylece, af indirimi yönünden sağladığı eşitliği şartla salıverilmenden yararlanma yönünden bozmaktadır...af kanunlarıyla, ceza kanunlarının tecil, tekerrür, şartla salıverilme gibi temel kurumlarına geçici değişiklikler getirilerek suçlular arasında ayırım gözetmek ve temel kanunların suçlara ve cezalara göre kurduğu dengiyi bozmak, af kurumunun geleneksel hukuki yapısına da uygun düşmemektedir... Anayasa'nın 12. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesi uyarınca, benzer durumlarda bulunan kişilerin benzer hukuk kurallarına bağlı tutulmaları gerektiği gibi, benzer durumda bulunan kişilerin başka başka kurallara bağlı tutulmaları için de haklı bir nedenin var olması zorunludur...Belirtilen nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 12. maddesine aykırı bulunmakta ve iptaline karar verilmesi gerekmektedir".<sup>71</sup>*

Anayasa Mahkemesi bu tavrını sonraki tarihli kararlarında da sürdürmeye devam etmiştir. "Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarına göre, kanun önünde eşitlik, herkesin, her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Anayasa'nın öngördüğü eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalara olanak veren bir ilkedir. Ancak, aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme Anayasa'ya aykırılık oluşturur... Ancak, cezanın infazı, suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçlar. Bu amacın gerçekleştirilmesi, suça bağlı kalmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirir. Tüm çabalar, suçlunun uyumsuzluğuna neden olan psikolojik, çevresel, sosyal ve kişisel etkenlerin belirli bir infaz programı içinde giderilerek, suça yeniden yönelmesini önlemektir. Bu program, suça göre değil, suçlunun infaz süresince gösterdiği davranışlarına ve gözlenen iyi durumuna göre düzenlenecektir. Bu da infazın, mahkûmların işledikleri suçlara göre bir ayı-

<sup>71</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 13.03.1979 tarih ve 1978/67 Esas ve 1979/14 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/290e1567-186e-4745-8691-8cc82eba72ce?exclude=Gereke=False&wordsOnly=False>. (E.T. 18.12.2018).

*rıma gidilmeden, aynı esaslara ve belirli bir programa göre yapılmasını ve sonuçlarının gözlenmesini gerektirir. Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin, sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra şartla salıverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mahkûm arasında eşitsizliğe neden olur... Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkûmlar arasında şartlı salıverme bakımından ayrı uygulama, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır... ceza infaz hukukunun temel ilkelerine ve Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesine de ters düşer. Dava konusu kuralların bu yönden de iptali gerekir."*<sup>72</sup>

Anayasa Mahkemesi, şartla salıverme niteliğindeki kanunlarda suç türüne göre ayırım yapılmasını doğru bulmamakta, bunun şartlı salıverme kurumunun doğasına aykırı olacağını belirtmektedir. Bu nedenle haklı bir neden yokken yapılacak ayırımın eşitlik ilkesine aykırı olacağını kararlarında vurgulamaktadır.<sup>73</sup>

Anayasa Mahkemesi, 21.12.2000 tarihli 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile önüne gelen itiraza ilişkin vermiş olduğu kararda da 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde düzenlenen "hukuk devleti" ilkesi ile 10. maddede düzenlenen "eşitlik" ilkesini ölçü norm olarak kullanmaya devam etmiş, bahse konu kanunun bazı hükümlerini iptal etmiştir.<sup>74</sup>

Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen son düzenlemeyse 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dur. Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), Kanun'un şekil ve esastan iptali amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne yürürlüğün durdurulması istemiyle dava açmıştır. CHP başvurusunda, Kanun'un özel af niteliğinde olduğunu, bu nitelikte bir kanunun ise ancak Anayasa'nın 87. maddesinde öngörülen TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla çıkarılabileceğini, oysa düzenlemenin bu çoğunluğa ulaşmadan kanunlaştığını iddia et-

<sup>72</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.1979 tarih ve 1991/18 Esas ve 1992/20 Karar sayılı kararı. <http://kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/56b80f44-5320-4b0d-9449-506abae14385?exclude=Gerekce=False&wordsOnly=False>. (E.T. 18.12.2018).

<sup>73</sup> Sancar, s.193.

<sup>74</sup> Bkz. 16 numaralı dipnottaki karar.

miştir. Ancak Anayasa Mahkemesi gerekçesi hâlâ açıklanmamış kararında oy çokluğuyla şekil yönünden yapılan başvuruyu reddetmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi, 7242 sayılı Kanun'un af niteliğinde bir kanun olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme esasa ilişkin kararını ise henüz vermemiştir.

Ceza infaz kurumlarının kapasitelerinin çok üzerinde doluluk oranlarına sahip olması ve Covid-19 salgınının infaz kurumlarında yayılabileceği endişesi nedeniyle çıkarılan torba Kanun, 4675 sayılı *İnfaz Hâkimliği Kanunu*, *Türk Ceza Kanunu* ve *Ceza Muhakemeleri Kanunu*'nda da değişiklikler öngörmekte, ancak asıl önemli değişiklikleri 5275 sayılı *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun*'da yapmaktadır.

7242 sayılı Kanun'un, 5275 sayılı Kanun'da yaptığı en önemli değişiklik koşullu salıverilmeyi düzenleyen 107. maddede yaptığı değişikliklerdir. Buna göre süreli hapis cezasına mahkûm edilen kişilerin koşullu salıvermeden yararlanabilmeleri için infaz kurumunda geçirmeleri gereken süre, hükmedilen cezanın üçte ikisinden yarısına indirilmiştir. Ancak bu düzenlemeden *TCK'nın*; a) Kasten öldürme suçlarından (madde 81, 82 ve 83) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, b) Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan (madde 87, fıkra iki, bent d) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, c) İşkence suçundan (madde 94 ve 95) ve eziyet suçundan (madde 96) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, d) Cinsel saldırı (madde 102, ikinci fıkra hariç), reşit olmayanla cinsel ilişki (madde 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve cinsel taciz (madde 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, e) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan (madde 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar, f) Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, g) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (madde 188) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar, h) Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (madde 326 ilâ 339) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile *Terörle Mücadele Kanunu* kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1.1.1983 tarihli ve 2937 sayılı *Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu* kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar yararlanamayacak, öte

deyişle bahse konu suçlardan mahkûm olanlar daha önce olduğu gibi infaz kurumunda üçte ikisini geçirdikten sonra koşullu salıverilmeden yararlanabileceklerdir.

Kanun'un getirdiği bir başka önemli değişiklik geçici 6. maddede yer almaktadır. Bahse konu düzenleme 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinde denetimli serbestlik için öngörülen süreyi bir yıldan üç yıla çıkarmış ancak yine bazı suçlar bakımından istisna getirmiştir. Dolayısıyla Kanun, burada da tıpkı 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinde yaptığı gibi suçludan değil suçtan giderek bir ayırım yaratmıştır.

Kanun'un getirdiği bu düzenlemeler ve yarattığı istisnalar, Kanun'a yönelik eleştirilerin de odağında yer almaktadır. Eleştiriler ise Kanun'un infazda eşitliği gözetmemesi noktasında toplanmaktadır. Gerçekten de Kanun'da yapılan bu değişikle aynı cezayı alan iki mahkûmdan biri Kanun'daki koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik hükümlerinden yararlanarak tahliye olabilecekken, bir diğeri sadece mahkûm olduğu suç türü nedeniyle cezasını çekmeye devam edecektir.

Kanun'un tutukluları kapsamına almaması da bir başka eksiklik olarak değerlendirilebilir. Zira ceza infaz kurumlarındaki doluluğu azaltma ve Covid-19 salgınının infaz kurumlarında yayılmasını engellemeyi amaçlayan Kanun, cezası mahkeme kararıyla sabit olan mahkûmları kapsadığı halde, ceza infaz kurumlarındaki mevcudun yaklaşık üçte birini teşkil eden ve suçu sabit olmayan tutukluları kapsamamaktadır.

Şu haliyle Kanun'un Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceği söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle iptal ettiği çok sayıda kararı mevcuttur. Mahkeme daha önce de açıkladığımız veçhile özellikle şartla salıverme niteliğindeki kanunlarda haklı bir neden yokken suç türüne göre ayırım yapılmasını doğru bulmamakta ve iptal kararları verebilmektedir. Buna mukabil Anayasa Mahkemesi'nin, eşitlik ilkesine her zaman dayanmadığı, kanun koyucunun takdir yetkisine vurgu yaptığı kararları da vakidir.

## SONUÇ

Cezalandırmanın tarihiyle aynı olan “af” kurumu bidayetinden bugüne kadar siyasal, felsefi, sosyolojik, hukuksal tartışmalara konu olmuştur. Ancak af, aleyhinde serdedilen tüm görüşlere rağmen vazgeçilmez bir kurum olarak varlığını sürdürmüştür. Nitekim af sosyal çatışmaların ve adalet mekanizmasının ortaya çıkardığı sorunların giderilmesinde hayati bir işlev icra etmektedir.

Türkiye’de af yetkisinin kullanılması yargısal sonuçlara yol açmaktadır fakat bu yetki yargı organları tarafından değil yasama ve yürütme organı tarafından kullanılmaktadır. Özellikle yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin bu yetkinin kullanılmasında daha titiz olması gerekmektedir. Zira TBMM tarafından kullanılacak olan af yetkisi sonuçları itibariyle daha kapsamlı olmaktadır.

Af yetkisini kullanan TBMM’nin bu yetkisini bir “kanun” biçiminde kullanacağı tartışmadan uzaktır. Bu kanun ise tüm kanunlar gibi Anayasa’ya uygunluğu bakımından Anayasa Mahkemesi’nin yargısal denetimine açıktır. Anayasa Mahkemesi bu denetimi şekil ve esas bakımından yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla önüne gelen uyumsuzluklarda, TBMM’nin kanunu nasıl tavsif ettiğine bakmaksızın kendisi kanun metninin içeriğine bakarak nitelendirme yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, af kanununa ilişkin olarak itiraz ve iptal davası yoluyla önüne gelen Anayasa’ya aykırılık iddiasını gerek şekil gerekse de esas yönünden denetlemekte, şekil veya esastan kanun hükmünü iptal edebilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin bu yönde çok sayıda kararı vardır.

Anayasa Mahkemesi’nin af kanunlarına ya da infaz veya şartlı salıverme gibi adlarla çıkarılan ancak doğurduğu sonuçlar bakımından affa benzeyen kanunlara yönelik iptal kararları önemli sonuçlara yol açmaktadır. Bu türden kanunların bazı hükümlerinin iptal edilmesi, kanun koyucunun kapsam dışı bıraktığı suçların da af kapsamına alınmasına neden olmakta ve böylece kanunun şümulü kanun koyucunun arzusu hilafına genişlemektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin, esas bakımdan yaptığı denetimlerde, kimi zaman af kanunlarında kanun koyucunun, affın kapsamını be-



lirlemeye yetkili olduğu savıyla eşitlik ilkesini ölçü norm olarak kullanmadığı fakat bazı kararlarında ise eşitlik ilkesini ve hukuk devleti ilkesini ölçü norm olarak kullandığı ve iptal kararları verdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu uygulamasının 7242 sayılı *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* hakkında da uygulaması beklenebilir.

Geçmişte, özellikle 1991 tarihinden sonra çıkan af kanunlarında, kanun koyucunun Anayasa'nın 14. maddesindeki sınırlamanın etkisiyle bu engeli aşmak amacıyla "şartlı salıverme" ve "erteleme" adı altında kanunlar çıkardığı vakidir. Ancak af yetkisine getirilen bu sınırlama 03.10.2011 tarihli ve 4709 sayılı *Kanun*'la yapılan Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Hal böyle olunca kanun koyucunun artık dolanmak zorunda olduğu bir Anayasa hükmü de kalmamıştır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Aydın Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev. Sami Selçuk), İmge Yayınevi, Ankara, 2016.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Yayınları, C. III, İstanbul, 1997.
- Erdem Tarhan, Anayasalar ve Belgeler 1876-2012, Doğan Kitap, İstanbul, 2012.
- Erem Faruk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2018.
- Keyman Selâhattin, Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:199, Ankara, 1965.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Özen Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

### Makaleler, E-Makaleler, Diğer Kaynaklar

- Alacakaptan Uğur, 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun, s. 21-33. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/337/3424.pdf>, (ET: 04.12.2018).
- Armağan Servet, "Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 347-362.



- Atila Mesude, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku'nda Af Kurumu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 68, Sayı 2010/1, s. 275-284.
- Can Sibel, "Türk Hukukunda Af Kurumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s.1291-1312.
- Döner Ayhan, "Ceza ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 3-4, s.33-54.
- Erdem Mustafa Ruhan, "Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 17-39.
- Kuzu Burhan, "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 254-296.
- Gözler Kemal, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 298-329.
- Odyakmaz Zehra, "1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, Ankara, 2001, s. 364-377.
- Özden Yekta Güngör, "Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?", *Anayasa Yargısı*, Cilt 2, 1985, s. 41-90.
- Özek Çetin, Umumi Af, s.118-175, <http://www.istanbul.dergipark.gov.tr/download/article-file/96209> (E.T. 04.12.2018).
- Sancar Türkan Yalçın, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanununun Hukuksal Niteliği ve Sonuçları" *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 149-195.
- Soyaslan Doğan, "Af", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, Ankara, 2001, s. 412-436.
- Sözüer Adem, "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartlı Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", *Anayasa Yargısı*, Sayı 18, 2001, s. 219-252.
- Yıldız Elif Çağla, Jeremy Bentham'ın Ceza Teorisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.

### **Mahkeme Kararları**

- Anayasa Mahkemesi'nin 02.07.1974 tarihli ve 1974/19 Esas ve 1974/31 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e47c00ea-68f8-4a9f-9f31-e1b09f65c8c2?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 17.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 09.06.1964 tarih ve 1964/12 Esas ve 1964/47 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/51f0e578-a91a-47e3-a5fb-e346a85def49?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 18.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 13.03.1979 tarih ve 1978/67 Esas ve 1979/14 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/290e1567-186e-4745-8691-8cc82eba72ce?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 18.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 16.03.1976 tarih ve 1975/193 Esas ve 1976/16 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/3d840631-535b-4ab1-83c8-f7a557222ed4?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 04.12.2018).

- Anayasa Mahkemesi'nin 18.03.1986 tarih ve 1985/30 Esas ve 1986/10 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/341c0b89-3990-41c3-900d-a384b5e670ed?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 10.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 18.07.2001 tarih ve 2001/4 Esas ve 2001/332 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/026ce2eb-3a61-4c2c-a482-66547bb109be?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 04.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 19.07.1990 tarih ve 1989/35 Esas ve 1990/22 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2456dd6a-9ce1-4787-9960-5c19a0e1ba76?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 18.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 19.07.1991 tarih ve 1991/17 Esas ve 1991/23 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9cbd2ae0-665c-4541-8fdd-5245bdc62c4e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>. (E.T. 12.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.1992 tarih ve 1991/18 Esas ve 1992/20 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/56b80f44-5320-4b0d-9449-506abae14385?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>. (E.T. 12.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 19.07.1991 tarih ve 1991/22 Esas ve 1991/25 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/97cd7949-9330-4c6f-a607-b23b4528f96e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 11.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 19.07.1991 tarih ve 1991/22 Esas ve 1991/25 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/97cd7949-9330-4c6f-a607-b23b4528f96e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 12.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 19.07.1991 tarih ve 1991/22 Esas ve 1991/25 Karar sayılı kararı. Karşı oy yazısı Servet Tüzün, Erol Cansel, Haşim Kılıç. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/97cd7949-9330-4c6f-a607-b23b4528f96e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 12.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.2000 tarih ve 1999/39 Esas ve 2000/23 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d619c377-0895-4e9a-915b-568d693d3e8f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 12.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.2000 tarih ve 1999/39 Esas ve 2000/23 Karar sayılı kararı. Mustafa Bumin, Mahir Can Ilıcak, Ali Hüner, Ertuğrul Ersoy karşı oy yazısı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d619c377-0895-4e9a-915b-568d693d3e8f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 12.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.2000 tarih ve 1999/39 Esas ve 2000/23 Karar sayılı kararı. Yalçın Acargün karşı oy yazısı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d619c377-0895-4e9a-915b-568d693d3e8f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 12.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1966 tarih ve 1966/7 Esas sayılı ve 1966/46 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/12b29a34-ef8-4598-83f6-ef9a7fe67e3d?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 12.12.2018).
- Anayasa Mahkemesi'nin 24.06.1976 tarih ve 1976/7 Esas ve 1976/35 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c88c09d7-de11-436f-b212-77689c4f3175?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 18.12.2018).

Anayasa Mahkemesi'nin 28.05.2002 tarih ve 2002/99 Esas ve 2002/51 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/395ede4e-e84c-4327-91c6-d9360348a956?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 16.12.2018).

Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.1979 tarih ve 1991/18 Esas ve 1992/20 Karar sayılı kararı. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/56b80f44-5320-4b0d-9449-506abae14385?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (E.T. 18.12.2018).

Anayasa Mahkemesi'nin, 18.03.1986 tarih ve 1985/30 Esas ve 1986/10 Karar sayılı kararı. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, (E.T. 27.11.2018).

# **SALGIN HASTALIKLAR VE SALGIN HASTALIKLAR ÖZELİNDE SAĞLIK HAKKINA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN BAKIŞ AÇISI İLE ULUSAL MEVZUATIN COVID-19 ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ**

**EVALUATION OF NATIONAL LEGISLATION IN COVID-19  
FROM THE PERSPECTIVE OF THE EUROPEAN COURT  
OF HUMAN RIGHTS ON THE RIGHT TO HEALTH  
IN PARTICULAR ON EPIDEMICS AND EPIDEMICS**

Dilaver NİŞANCI\*

**Özet:** Salgın, bir enfeksiyon hastalığının belirli bir toplumda, bölgede veya mevsimde beklenen normal sıklığından net biçimde fazla olarak görülmesi olup bu hastalıklar, tarihin her döneminde toplumların sosyal, kültürel, siyasal, bilimsel, ekonomik ve askeri yapılarını etkileyecek nitelikte sonuçlar üretmiştir. Hastalık kavramının gündeme gelmesi pek tabiidir ki sağlık hakkını da beraberinde getirecektir. Sağlık hakkı; temel bir insan hakkı olup kişinin sağlığının korunması ve geliştirilmesini sağlayan haklar olarak tanımlanabilir. AİHM, sağlık hakkıyla ilgili sorunları, AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan haklar bağlamında değerlendirmiştir ki yaşam hakkı, işkence-insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, ayrımcılık yasağı bu haklar arasında sayılabilir. Türk Anayasası da 17'nci maddesi ile yaşam hakkını ve 56'ncı maddesi ile de sağlık hakkını güvence altına almaktadır. Yaşanan pandemi karşısında bireylerin yaşam hakkı ve sağlık hakkı başta olmak üzere temel haklarının korunması noktasında devletlerin çeşitli tür ve seviyelerde tedbirler almaları kaçınılmazdır. Hukuk devletinin var olduğu bir sistemde alınan bütün kararların, yapılan tüm işlemlerin hukuki bir gerekçeye oturtulması gereklidir. Ne yazık ki hali hazırda alınan önlemlerin çoğu bu kısıtları taşımayan, kanunilik unsurunu göz ardı eden düzenlemelerle ve özellikle de genelgelerle oluşturulmaktadır. Türk hukukunda salgın hastalıklara yönelik esaslar, dağınık halde bulunmakta olup buna yönelik hükümler taşıyan başlıca mevzuat; Anayasa, Olağanüstü Hal Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve İl İdaresi Kanunu olarak sayılabilir.

\* Yrd. Doç. Dr., Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Girne, KKTC, dilaver.nisanci@final.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0427-432X, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.08.2020, Kabul Tarihi: 09.08.2020

**Anahtar Kelimeler:** COVID-19, Salgın Hastalık, Pandemi, Sağlık Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

**Abstract:** Plague of a disease in a given population, region or season is to be seen as clearly more than the expected normal frequency; these diseases throughout history, societies social, cultural, political, scientific, economic and military structures that affect results it has produced. The concept of disease is hardly subject to the agenda, which will bring about the right to health. The right to health is a fundamental human right and can be defined as the rights that enable the protection and development of one's health. These rights include the right to life, the Prohibition of torture, inhuman and degrading treatment, freedom and security of persons, the right to a fair trial, the right to respect for private and family life, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression, freedom of assembly and association, and non-discrimination. The Turkish Constitution guarantees the right to life with Article 17 and the right to health with Article 56. In the face of the pandemic, it is inevitable that states will take measures at various levels and types to protect the fundamental rights of individuals, especially the right to life and health. In a system where the state of law exists, all decisions taken and all actions taken must be based on a legal justification. Unfortunately, most of the measures already taken are created by regulations that do not meet these criteria, and especially circulars that ignore the legality element. The principles of epidemic diseases in Turkish law are scattered and the main legislation carrying provisions for them can be considered as the Constitution, the Emergency Law, the Public Hygiene Law, the Turkish Penal Code and the Provincial Administration Law.

**Keywords:** COVID-19, Epidemic Disease, Pandemic, Right to Health, European Court of Human Rights

## GİRİŞ

2019'un Aralık ayında gündemi, yaşamı ve gelecekle ilgili beklentilerimizi değiştiren yeni bir salgınla tanıştık: Yeni Koronavirüs (COVID-19) olarak adlandırılan bu yeni salgın, Aralık 2019'da Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkan ve solunum yolu belirtileri (ateş, öksürük, nefes darlığı) gelişen bir grup hastada yapılan araştırmalar sonucunda 13 Ocak 2020'de tanımlanan bir virüstü. Salgın, başlangıçta bu bölgedeki deniz ürünleri ve hayvan pazarında bulunanlarda tespit edilmişti. Daha sonra insandan insana bulaşarak Wuhan başta olmak üzere Hubei eyaletindeki diğer şehirlere ve Çin Halk Cumhuriyeti'nin diğer eyaletlerine ve diğer dünya ülkelerine yayılmış olup<sup>1</sup> Dünya Sağlık

<sup>1</sup> "Q&A on Coronaviruses (COVID-19)" (World Health Organization, 23 March

Örgütü tarafından<sup>2</sup> 12 Mart 2020 tarihinde pandemi olarak kabul edilmiştir. Bu büyük felaket, 19 Ağustos 2020 tarihi itibarıyla 216 ülkede 22.471.259 vakada tespit edilmiş ve 787.676 kişinin ölümüne yol açmıştır ki<sup>3</sup> bu rakamlar sürekli olarak büyümektedir. Aşısı da bulunabilmiş değildir. 11 Mart 2020 tarihinde söz konusu virüsün ilk defa görüldüğü açıklanan Türkiye’de 19 Ağustos 2020 tarihi itibarıyla devletin rakamlarına göre tanı konulan hasta sayısı 253.108, bu hastalıktan ölen kişi sayısı ise 6.039’dur.<sup>4</sup>

Koronavirüsler (CoV), 21’inci yüzyılda keşfedilmiş olup tüm dünyada yaygın olan virüslerdir. Yaşadığımız bu salgın da koronavirüslerin neden olduğu ilk salgın değildir. 2002 yılında Çin’in Guandong eyaletinde ortaya çıkıp bütün dünyayı tehdit eden bu enfeksiyon, bir yıl içinde 30 ülkeye yayılarak, aralarında sağlık çalışanlarının da bulunduğu 8373 kişide hastalığa ve 774 kişinin ölümüne yol açmıştı. Yüksek mortalite ile seyreden ağır zoonotik pnömoni tablosuyla tüm dünyayı tehdit eden bu hastalığa “*Severe Acute Respiratory Syndrome*” (SARS) adı verilmişti.<sup>5</sup>

Koronavirüslerin insanlarla olan macerası bu kadarla da kalmamış; on yıl sonra, yeni bir koronavirus, daha korkutucu bir senaryo ile sahneye çıkmıştır. 2012 yılının Haziran ayında, Suudi Arabistan’da pnömoni ve böbrek yetmezliği ile kaybedilen bir viral pnömoni ol-

2020) <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses> E.T. 23.03.2020.

<sup>2</sup> Uğur Samancı, “Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi” (2016) 18, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 62-64, 83-84.

Kurucu anlaşması 22 Temmuz 1946’da 61 devlet tarafından imzalanmak suretiyle oluşturulan Dünya Sağlık Örgütü’ne Türkiye 9 Haziran 1947 tarih ve 5062 sayılı Kanun’la dâhil olmuştur. Birleşmiş Milletler’in sağlık alanında faaliyet gösteren uzmanlık kurumu olan Örgütün amacı, herkesin mümkün olan en yüksek sağlık düzeyine ulaşmasıdır. Örgütün kurumsal yapısı, sağlık alanında üye devletlerde ortaya çıkabilecek sorunların yakından izlenmesini olanaklı kılacak şekilde tasarlanmıştır. Dünya Sağlık Örgütü’nün tasarrufları üye devletler için mutlak bağlayıcılık vasfı taşımasa da önemli bir referans niteliğindedir.

<sup>3</sup> “Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak Situation” (World Health Organization, 20 August 2020)

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> E.T. 20.08.2020.

<sup>4</sup> <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/> E.T. 20.08.2020.

<sup>5</sup> Seza İnal, “Middle East Respiratory Syndrome-Coronavirus (MERSCoV) Infection” (2016), *The Medical Journal of Okmeydani Training and Research Hospital* 37-38 <http://www.okmeydanitipdergisi.org/jvi.asp?pdire=okmeydanitip&plng=tur&un=OTD-38258&look4=> E.T. 28.03.2020.

gusunda yeni bir koronavirus tespit edildiği bildirilmiş olup bu virüs Katar'da ve Ürdün'de de rapor edilmiştir. Kısa sürede Arap Yarımadası'nda ortaya çıkan bu gizemli ve ölümcül viral pnömoni salgınından sorumlu olan bu yeni koronavirüse Türkçede "*Ortadoğu solunum yetmezliği sendromu koronavirüsü*" olarak dile getirilebilen, "*Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus*" (MERS-CoV) adı verilmiştir.<sup>6</sup>

## I. SALGIN TERİMİ, DÜNYANIN YAŞADIĞI BAŞLICA SALGIN FELAKETLERİ VE TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN SALGIN HASTALIKLARLA MÜCADELESİ

Salgın, bir enfeksiyon hastalığının belirli bir toplumda, bölgede veya mevsimde beklenen normal sıklığından net biçimde fazla olarak görülmesidir.<sup>7</sup> Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde de salgın, "*Bir hastalığın veya başka bir durumun yaygınlaşması ve birçok kimseye birden bulaşması*" olarak tanımlanmaktadır.<sup>8</sup> Salgınlarda vaka sayıları çeşitli etkenlere bağlı olarak değişmekte olup enfeksiyona yol açan etkenin tipi, bulaştırma gücü, bu etkenin enfeksiyon oluşturduğu toplumun özellikleri bu bağlamda sayılabilir. Hastalıklar toplum içerisinde standart olarak kabul edilen oranlar dâhilinde ise "*endemik*", bu standardın üzerinde ise "*hiper endemik*", salgının birden fazla ülke veya kıtaları içerecek şekilde yaygınlaşması ise "*pandemi*" olarak adlandırılmaktadır. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü de pandemiyi, "*dünyada eşzamanlı olarak çok yaygın bir şekilde çok fazla sayıda insanı tehdit eden bulaşıcı hastalıklara verilen isim*" olarak tanımlamakta ve bir hastalığın pandemi olabilmesi için üç kriterin mevcut olması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>9</sup> Yeni bir virüs olması, insanlara kolayca geçebilmesi ve insandan insana kolay ve sürekli bir şekilde bulaşması.

<sup>6</sup> ibid 38.

<sup>7</sup> Mustafa Hacımustafoğlu, "Enfeksiyon Hastalıkları Pratiğinde Salgın Tanımlanması" (24 November 2018) <http://www.cocukenfeksiyondergisi.org/upload/documents/2018-04/2018-12-4-172-173.pdf> E.T. 23.03.2020.

<sup>8</sup> "Güncel Türkçe Sözlük" <https://sozluk.gov.tr/> E.T. 23.03.2020

<sup>9</sup> "Pandemi Nedir, Ülkeleri Nasıl Etkiler? - Dünya Sağlık Örgütü Koronavirüsü Pandemi İlan Etti" (12 March 2020) <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51614548> E.T. 23.03.2020.



Salgın hastalıklar, tarihin her döneminde toplumların sosyal, kültürel, siyasal, bilimsel, ekonomik ve askeri yapılarını etkileyecek nitelikte sonuçlar üretmiş felaketler olup veba, çiçek, sıtma, tifüs, frengi, grip, dizanteri, tifo, kolera bunların başlıcalarıdır.<sup>10</sup>

Tarihte yaşanmış ve günümüzde yaşamaya devam eden salgınlara ve tahmini ölüm sayılarına kısaca bakacak olursak: Atina Veba Salgını (M.Ö. 430-427) 1.000 ölüm, Jüstinyen Veba Salgını (541-542) on milyonlarca ölüm, Kara Veba (1346-1350) 50 milyon ölüm, Amerika yerlilerinin salgın hastalıkları (1492-1900) 1,5 milyon ölüm, Büyük Londra Vebası (1665-1666) 100.000 ölüm, Birinci Kolera Pandemisi (1817-1823) 110.000 ölüm, İkinci Kolera Pandemisi (1829-1849) 200.000 ölüm, Tifüs Epidemisi (1847) 20.000 ölüm, Dördüncü Kolera Pandemisi (1860-1879) 705.000 ölüm, Beşinci Kolera Pandemisi (1881-1896) 990.000 ölüm, Rus Gribi (1889-1890) 1 milyon ölüm, Modern Veba (1894-1903) 10 milyon ölüm, Altıncı Kolera Pandemisi (1899-1923) 1,5 milyon ölüm, İspanyol Gribi (1918-1920) 20 milyon ölüm, Asya Gribi (1957-1958) 2 milyon ölüm, HIV/ AIDS (1960'tan günümüze) 40 milyon ölüm, Yedinci Kolera Pandemisi (1961'den günümüze) 570.000 ölüm, Hong Kong Gribi (1968-1969) 1 milyon ölüm, SARS Salgını (2002-2003) 774 ölüm, Domuz Gribi (2009) 284.000 ölüm, Batı Afrika Menenjit Salgını (2009-2010) 1.210 ölüm, Haiti Kolera Epidemisi (2011-2017) 6.700 ölüm, Kongo Kızamık Epidemisi (2011'den günümüze) 4.600 ölüm, Batı Afrika Ebola Epidemisi (2014'ten günümüze) 4.900 ölüm. Görüldüğü üzere insanlık tarihi salgın hastalıklar konusunda sürekli felaketler yaşamış olup görünen odur ki yaşamaya da devam edecektir.<sup>11</sup>

Cumhuriyetin kuruluşundan hemen önce Osmanlı Devleti'nin geçirdiği 1'inci Dünya Savaşı ve ardından da Kurtuluş Savaşı nedeniyle Türkiye'nin içinde bulunduğu durum salgın hastalıkların artışına sebep olmuş olup 1920'li yıllarda Anadolu'da 3 milyon trahomlu ve nüfusun yarısında da sıtma hastalığı mevcuttu.<sup>12</sup> Genç Cumhuriyetin

<sup>10</sup> Engin Kurt, "Savaşların Sonuçlarını Etkileyen Salgın Hastalıklar" (2010) 18, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 113-119.

<sup>11</sup> Erhan Uysal, "Sırada Virüs Salgınları mı Var?" (Kocaeli Barış Gazetesi, 31 January 2020) <https://www.kocaelibarisgazetesi.com/sirada-virus-salginlari-mi-var-makale,61577.html> E.T. 24.03.2020.

<sup>12</sup> Hilal Özkaya, "Fight against Contagious Diseases during the Period of the Republic" (2016) 20, *Türkiye Aile Hekimliği Dergisi*, 77.

Adnan Adıvar'dan sonraki ikinci Sağlık Bakanı olan Refik Saydam, bakanlığı döneminde bulaşıcı hastalıklarla mücadele ve halk sağlığı konularında öncülük yapmış; sıtma, verem ve trahom ile mücadele etmiştir. 17 Mayıs 1928'de Umumi Hıfzıssıhha Kurumu Kurulmasına Dair Kanun çıkarılmış, Hıfzıssıhha Kurumu oluşturulmuştur. 24.04.1930 tarihinde kabul edilen ve halen yürürlükte olan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, halk sağlığını korumaya yönelik kapsamlı ilk kanundur.<sup>13</sup>

Cumhuriyetin kurulduğu yıllarda sıtma ve verem en yaygın hastalıklardı. Bunlarla savaşmaya yönelik olarak İstanbul'da ilk verem savaş dispenseri, Büyükkada ve Heybeliada Sanatoryumları açılmıştır. Behçet Uz, Tevfik Sağlam gibi isimler veremle savaşta etkin rol üstlenmişlerdir.<sup>14</sup> Öte yandan Cumhuriyetin ilk yıllarında Denizli ve Ankara başta olmak üzere nüfusun %90'ına kadar varan oranda sıtma görülen yerler mevcuttu. Toplumun sıtmadan korunması için yasal düzenlemeler gerektiği gerçeğinden hareketle 26 Nisan 1926 tarihinde 826 sayılı Sıtma Kanunu çıkarılmış, eksik görülen bazı hususlar ise 13 Mayıs 1926 tarihli 839 sayılı Sıtma Kanunu ile düzenlenmiştir. 826 ve 839 sayılı Kanunların amacı sıtmanın tamamen ülkeden çıkarılmasıydı ki bu sıtmalı hastaların kanlarının tedavisi edilmesi, mikrop yayan anofellerin üremesinin engellenmesi ve bataklıkların kurutulması ile sağlanabilecekti.<sup>15</sup> 1928'de Adana'da Sıtma Enstitüsü kurulmuş ve asker ve sivil tüm doktorlar burada eğitim görmüştür. Daha sonra Adana dışında başka enstitüler de açılmak suretiyle bunların sayısı 11'e çıkarılmıştır. Hastalığa yönelik ilaçların üretimi, temini ve halka dağıtımını amacıyla 6 Haziran 1935 tarihinde 2767 sayılı Sıtma ve Frengi İlaçları Hakkında Kanun kabul edilmiştir.<sup>16</sup> Yürütülen amansız mücadele ile 1940 yılına gelindiğinde sıtmalı oranı %11'e kadar düşürülmüş, 1946 yılında da 4871 sayılı Sıtma Savaş Kanunu yürürlüğe girmiştir.<sup>17</sup>

Dünya genelinde çok büyük oranda ölümlere neden olan bir diğer bulaşıcı hastalık da çiçek hastalığı olup Türkiye'de aşılama hizmetle-

<sup>13</sup> ibid 78.

<sup>14</sup> ibid 79.

<sup>15</sup> Söhrab Mustafayev, "Cumhuriyet Döneminde Sıtma İle Mücadele ve Yasal Düzenlemeler (1923-1946)" (2019) 6, *Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi*, 1118-1121.

<sup>16</sup> ibid 1122-1124.

<sup>17</sup> Özkaya, 79-80.

rinin rutin olarak verilmesine 1930 yılında başlanmış, 1950-1960 yılları arasında toplam 14.431.000 çiçek aşılması yapılmış ve 1957 yılından sonra çiçek vakası görülmemiştir. Görüldüğü üzere Cumhuriyetin ilk yıllarında ülke genelini tehdit eden salgın hastalıklarla mücadele çok etkin olarak yürütülmüş ve dünyaya örnek olacak sonuçlar da alınmıştır.<sup>18</sup>

## II. SALGIN HASTALIKLAR ÖZELİNDE İNSAN HAKLARI DÜZLEMİNDE SAĞLIK HAKKI KAVRAMI, AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE DÜZENLENİŞİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN BAKIŞ AÇISI

Sağlık, sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruha ve sosyal yönden tam iyilik halidir. İlk defa İngiliz yazar ve hukuk adamı Thomas More tarafından Ütopya adlı eserinde değinilen sağlık hakkı, kişinin sağlığının korunması ve geliştirilmesini sağlayan haklar olarak tanımlanabilir ki bu durumda sağlık hakkı, mevcut sağlık sisteminde kişinin hasta olmadan önceki süreçte sağlığının korunması ve her kişiye nitelikli, eşit tıbbi bakım ve tedaviye ulaşabilme imkânının sağlanması anlamına gelmektedir.<sup>19</sup>

Sağlık hakkı, sağlıklı olma hakkı şeklinde anlaşılabilir; bu hak kimi hak ve hürriyetleri içerir ki bunlar; (1) Sağlığını ve vücudunu kontrol ettirme hakkı, (2) İşkenceden uzak olma, rızası dışında tıbbi tedavi ve deneylere tabi olmama hakkı gibi müdahaleden uzak olma hakkı, (3) En yüksek düzeyde sağlığa erişebilmede eşitlik fırsatını sunan sağlık sistemine sahip olma hakkı.<sup>20</sup>

Sağlık hakkı, ulusal ve uluslararası hukuk belgelerinde geleneksel olarak sosyal haklar arasında düzenlenmekte ve sosyal haklar için öngörülen korumadan yararlanmaktadır. Bu haklar, kişilere isteme hakkı veren, devlete de mali kaynakları ölçüsünde yerine getirebileceği pozitif yükümlülükler yükleyen haklar olarak kabul edilmektedir.<sup>21</sup> Geleneksel sosyal hak görüşü etkisiyle nasıl ki sağlık hakkı Birleşmiş

<sup>18</sup> ibid 82-83.

<sup>19</sup> Kâmil Alptekin, "Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme" (2004) 12, *Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History*, 134,136.

<sup>20</sup> Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku* 2. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2009) 295.

<sup>21</sup> Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı -1" (2016) 3, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 169.

Milletler sisteminde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de düzenlenmiş ise<sup>22</sup> Avrupa Konseyi sisteminde de Avrupa Sosyal Şartı'nda yer almıştır.<sup>23</sup> <sup>24</sup> Oysaki sağlık hakları, sosyal haklar içinde değerlendirilemeyecek kadar çok yönlü haklar içermekte olan temel bir insan hakkı olup sağlık ve insan hakları disiplinleri arasındaki diyalog sayesinde anlam kazanabilecek, insan haklarına sahip olabilmek için önce sağlık hakkına sahip olmak gerekecektir.<sup>25</sup> Bu düşünce, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde "*insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı*" olarak formüle edilmiştir.

Uluslararası, bölgesel ve ulusal insan hakları hukuku dikkate alındığında, sağlık hakkının kapsamına giren haklar şu şekilde sıralanabilir: (1) Elde edilebilir en yüksek sağlık standardı hakkı (ki bunun

<sup>22</sup> Muharrem Balcı/Gülden Sönmez, Örnekli-Açıklamalı-Karşılaştırmalı Temel Belgelerde İnsan Hakları (Danışman Yayınları, 2001) 112.

Sağlık Standardı Hakkı (Madde 12): 1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin erişilebilir en yüksek bedensel ve ruhsal sağlık standardından yararlanma hakkını tanır.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerce bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek üzere yapılacak girişimler:

a) Ölü doğum oranı ve çocuk ölümlerinin azaltılması ve çocuğun sağlıklı gelişmesi için önlemler alınması,  
b) Çevre ve endüstri sağlığının her bakımdan iyileştirilmesi,  
c) Salgın ve yöresel hastalıklarla, meslek hastalıkları ve öteki hastalıkların önlenmesi, sağaltımı ve denetlenmesi,  
d) Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve bakım sağlayacak koşulların yaratılması için gerekli olan önlemleri içerir.

Türkiye bu Sözleşmeyi 04.06.2003 tarih ve 4867 sayılı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylamıştır.

<sup>23</sup> ibid 379-380.

Sağlığın Korunması Hakkı (Madde 11): Sağlığın korunması hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere Sözleşmeciler Taraflar ya doğrudan ya da kamusal ya da özel kuruluşlarla iş birliği içinde, öteki önlemlerin yanı sıra,

1. Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak,  
2. Sağlığı geliştirmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluğu artırmak üzere danişsal ve eğitsel kolaylıklar sağlamak,  
3. Salgın hastalıklarla yöresel başka hastalıkları olabildiğince önlemek,  
Üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı üstlenir.

Türkiye bu Sözleşmeyi 27.06.2006 tarih ve 5547 sayılı Avrupa Sosyal Şartının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylamıştır.

<sup>24</sup> Gülnur Erdoğan, "Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı" (2008) 77, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 123. "AİHS, birinci kuşak haklar olarak bilinen temel hakları güvence altına alırken, ikinci kuşak haklar olarak kabul edilen sosyal ve ekonomik hakları ise Avrupa Sosyal Şartı koruma altına almıştır".

<sup>25</sup> Karakul, 171,173.

gerçekleştirilebilmesi sağlık hizmetlerinin elverişli, ulaşılabilir, kabul edilebilir ve belirli bir kalitede olmasını zorunlu kılar), (2) Analık, çocuk ve üreme sağlığı hakkı, (3) Sağlıklı, doğal ve çalışılabilir çevre hakkı, (4) Hastalıkları önleme, tedavi ve kontrol hakkı, (5) Sağlık imkân ve fırsatları, mal ve hizmetleri hakkı.<sup>26</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sağladığı temel hak koruması, bireylerin özgürlük alanlarını devletin müdahalesine karşı korumakla sınırlı olmayıp devletlerin pozitif tedbirler almak suretiyle bu hakları kullanılabilir hale getirmesi ve güvence altına alması da gerekmektedir.<sup>27</sup> Nitekim gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "*pozitif yükümlülükler*" kavramını geliştirmişlerdir.<sup>28</sup> İfade etmek gerekir ki, AİHM'nin bu yaklaşımı uluslararası insan hakları hukukunun genel yaklaşımıdır ve bölgesel başka enstrümanlar tarafından da benimsenmiştir, Inter Amerikan Sözleşmesi de buna örnek olarak gösterilebilir.<sup>29</sup>

Pozitif yükümlülükler kavramı müelliflerce farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Nitekim Harris, O'Boyle ve Warbrick, sosyal gerçeklikte insan haklarının etkinliğini sağlamak, temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilmesini önlemek ve haklardan etkili şekilde yararlanabilmek için devlet tarafından alınması gereken önlemler şeklinde bir tanım getirirken; Schutter, uyulmaması halinde yalnızca başvurunun veya küçük bir grubun değil, aynı zamanda geniş bir kesimin, hatta bütün toplumun etkileneceği her türlü yükümlülük şeklinde bir sonuca ulaşmaktadır.<sup>30</sup>

AİHM, pozitif yükümlülük kavramına yönelik olarak bir tanım vermemekte, temel bir hakkın kapsamı dâhilinde yapılacak her tür-

<sup>26</sup> Kalabalık, 297-299.

<sup>27</sup> Durmuş Tezcan/M.Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu 2. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2004) 205.

<sup>28</sup> Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler" (2010) 7, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 112. <https://www.uidergisi.com.tr/yazilar/avrupa-insan-haklari-sozlesmesinin-yasamin-ve-sagligin-korunmasi-ile-ilgili-olarak-taraf-devletlere-yuklediği-pozitif-yukumlulukler> E.T. 20.08.2020.

<sup>29</sup> Kemal Şahin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı" (2013) 19, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 77-78.

<sup>30</sup> Metin, 113.

lü talebi pozitif yükümlülük olarak değerlendirmektedir. Bu yükümlülük iç hukukta mevcut olmasa da Sözleşme bağlamında mevcuttur ve her şeyden önce devletin yaşam hakkına yönelik her türlü tehdide karşı yasal ve idari bütün düzenlemeleri gerçekleştirmesi anlamına gelmektedir.<sup>31</sup> Literatürde pek çok yazar da pozitif yükümlülükleri AİHM'nin yaklaşımına paralel olarak algılamakta ve bireylerin savunma hakları dışında yer alan ve devlete karşı ileri sürülebilecek isteme hakları olarak kabul etmektedirler. Hal böyle olunca da kavram, çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir.<sup>32</sup>

AİHM, devletin pozitif yükümlülüklerinin hukuki temelini Sözleşme maddelerinin hakları tanıyan hükümlerinde bulmuş; Sözleşme'nin insan haklarına saygı yükümlülüğünü getiren 1'inci maddesini ve etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı getiren 13'üncü maddesini pozitif yükümlülüğü güçlendirici bir zemin olarak kullanmıştır.<sup>33</sup>

AİHM, AİHS'yi yaşayan bir belge olarak nitelemekte; oluşturduğu içtihatlarda Sözleşme'nin amacını dikkate almak suretiyle insan haklarının etkin olarak korunmasını sağlayacak şekilde maddeleri yorumlamaktadır. Mahkeme, vermiş olduğu kararlarda yeni haklar yaratmamakta, zaman içinde değişen koşullara uygun olarak mevcut hakların kapsamını genişletmektedir. AİHM, mükerrer olarak Belçika Dil Hakları Davası'ndan beri belirttiği üzere, toplumun genel menfaatinin korunması ile temel insan haklarına saygı arasında bir denge bulmaya çalışmaktadır ki bu yönüme "*adil denge*" adı verilmektedir.<sup>34</sup>

Burada amaç, Sözleşme kapsamındaki hakların bireyler tarafından etkin şekilde kullanılmasını garanti altına almaktır.<sup>35</sup> Nitekim Assanidzé/Gürcistan kararı bunu çok açık şekilde ifade etmektedir:<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Budayeva ve Diğerleri/Rusya [2008] AİHM 15343/02. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-119358 E.T. 20.08.2020>.

<sup>32</sup> Metin, 114.

<sup>33</sup> ibid 118.

<sup>34</sup> Jean François/Akandji Kombe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları No.7, Çev. Heval Çınar, Abdülcelil Kaya (Avrupa Konseyi, 2008) 18-19 [http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019112811poizitif\\_yukumluluk.pdf E.T. 20.08.2020](http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019112811poizitif_yukumluluk.pdf E.T. 20.08.2020).

<sup>35</sup> ibid 6.

<sup>36</sup> Assanidzé/Gürcistan [2004] AİHM 71503/01. <http://hudoc.echr.coe.int/>



Sözleşme sadece Yüksek Sözleşmeci Devletleri Sözleşme'nin somutlaştırdığı insan hak ve özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlü kılmamaktadır; ayrıca sonuç olarak, bu hak ve özgürlüklerin kullanımının güvence altına alınması için bu makamların herhangi bir ihlali ilk aşamada engellemesi veya bunlara karşı hukuk yolu oluşturması gerekmektedir. Devletin yüksek makamları atlarından Sözleşme'nin yerine getirilmesini isteme görevine sahiptirler ve bu konuda bunu güvence altına alamama ehliyetsizliğinin arkasına sığınamazlar.

AİHM, Sözleşme'ye ilişkin yorumlarında, Sözleşme'de yer alan çoğu güvencenin devletin keyfi müdahalelerine karşı bireyi koruma amacı taşıdığını belirtmekle birlikte her geçen gün Sözleşme'deki hakların etkili şekilde korunmasını sağlamak için klâsik özgürlük haklarından pozitif yükümlülükler de çıkarmaktadır. Mahkeme bu konuda özellikle 2, 3, 8, 10 ve 11'inci maddelerin pozitif yükümlülükler içerdiğini belirtmektedir.<sup>37</sup>

Yukarıdaki paragraflarda da ifade edildiği üzere esas itibarıyla AİHS, devletin müdahalelerine karşı bireyleri koruyacak özgürlükleri içermektedir. Sözleşme'de yaşamın ve sağlığın korunması ile ilgili olarak ilk planda göz önünde tutulacak iki norm bulunmaktadır. Bunlar yaşama hakkını güvence altına alan 2'nci madde ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8'inci maddedir. Yaşamın ve sağlığın korunması söz konusu olduğunda bu iki maddedeki özgürlük haklarının göz önünde tutulması gerekir. Bu haklara yönelik müdahaleler devlet organlarından gelebileceği gibi devlet dışı organlardan veya devletin ihmalinden de doğabilmektedir.

AİHM önüne gelen davalarda sağlık hakkıyla ilgili sorunları, AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan haklar bağlamında değerlendirmiştir ki; yaşam hakkı, işkence-insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, ayrımcılık yasağı bu haklar arasında sayılabilir. Bu yaklaşım AİHM'nin sağlık hakkının hangi yönüyle ilgilendiğini tam olarak ortaya koymaktan uzaktır.<sup>38</sup>

---

tur?i=001-61875 E.T. 20.08.2020.

<sup>37</sup> Metin, 120.

<sup>38</sup> Karakul, 174.



AİHM'ye göre, AİHS'nin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşam hakkı, taraf devletlere bir taraftan bir kimsenin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermekten kaçınma yükümlülüğünü yüklerken diğer taraftan da yargı yetkisi altındaki kişilerin yaşamını korumak için uygun önlemler almasını gerektirmektedir. Bu yükümlülük, devletlerin yasaları düzenlerken ve uygulamaları alması gereken önlemlere ek olarak getirilen bir yükümlülük olup en önemli sonucu devletlerin şahısların hayatına zarar verici fiilleri suç olarak kabul edecek ceza yasalarını çıkarmaları gerekliliğidir.<sup>39</sup> Devletin yaşamı koruma yükümlülüğü, ister kamusal olsun ister özel olsun yaşama hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyete uygulanabilecek şekilde yorumlanmalıdır ki yaşamı tehlikeye atabilecek riskleri bir listeyle sınırlandırmak da mümkün değildir. Ancak bunları sınıflandırmak istersek; ilk grubu yaşama yönelik şiddet eylemleri oluşturur. İkinci grubu devletin tehlikeli faaliyetleri, üçüncü grubu ise doğal afetler oluşturmaktadır. Son olarak da bireyin sağlığı için ihtiyaç duyduğu sağlık hizmetlerine erişim sorunları ve bu hizmetlerin verilmiş tarzı ile teşhis ve tedavi alanında gerçekleşen çeşitli düzeydeki ihmaller söz konusu olabilir.<sup>40</sup>

AİHM bu yükümlülüğü, modern toplumlarda güvenliği sağlamanın zorluğu, insan davranışlarının her zaman önceden tahmin edilemeyeceği, öncelikler ve kaynaklar arasından yapılması gereken seçimlerin de göz önünde bulundurulmak suretiyle yetkili makamların üzerine imkânsız ya da orantısız bir yük bindirilemeyeceği biçiminde yorumlamaktadır.<sup>41</sup> AİHM'nin Türkiye'ye karşı 10.10.2000 tarihli Akkoç kararında<sup>42</sup> da vurgulandığı üzere eğer kamusal makamlar, bir veya birden fazla kişinin yaşamına yönelik tehlikenin varlığını biliyorlarsa veya bilmeleri gerekiyorsa, buna rağmen kendilerinden beklenebilecek makul tedbirleri almamışlarsa ancak bu takdirde ta-

<sup>39</sup> Gilles Dutertre, *Extraits clés de jurisprudence: cour européenne des droits de l'homme* (Ed de Conseil de l'Europe, 2003) 26-27.

<sup>40</sup> Osman Doğru, *Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 5* (Conseil de l'Europe, 2018), 131-132.

<sup>41</sup> Osman/Birleşik Krallık [1998] AİHM 23452/94. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58257 E.T. 20.08.2020>.

<sup>42</sup> Akkoç/Türkiye [2000] AİHM 22947/93, 22948/93. file:///C:/Users/drdiril/Downloads/CASE%20OF%20AKKOC%20v.%20TURKEY%20-%20 [Turkish%20 Translation] %20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf E.T. 20.08.2020.

raf devletlerin sorumluluğu söz konusudur.<sup>43</sup> Diğer taraftan alınacak önlemlerin Sözleşme'nin diğer maddelerinin ihlalini doğurmaması da gerekmektedir. Enhorn/İsveç davası<sup>44</sup>, eşcinsel olan başvuranın HIV pozitif olduğunun tespit edilmesinin ardından, bölge sağlık görevlisi tarafından kendisine verilen muayene randevularına icabet etmemesi üzerine, Bulaşıcı Hastalıklar Kanunu doğrultusunda, idare mahkemesi kararıyla her seferinde altı ayı geçmemek üzere toplam yedi yıl süren ve başvuranın her seferinde firar etmesi nedeniyle fiilen bir buçuk yıl uygulanan hastanede zorunlu izolasyon tedbirleriyle ilgilidir. AİHM'ye göre HIV virüsünün kamu sağlığı ve güvenliği yönünden tehlikeli olduğu tartışmasız olmakla birlikte, daha hafif tedbirler uygulanması mümkünken, başvuranın kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının virüsün yayılmasını önlemek için son çare olup olmadığı araştırılması gerekmektedir. Mahkeme'ye göre somut dava koşullarında başvuranın HIV virüsünü yaymasını engelleyici diğer önlemler araştırılmadan, zorunlu izolasyona tabi tutulması son çare olarak kabul edilemez. Diğer yandan AİHM, toplam yedi yıl süren ve fiilen bir buçuk yıl başvuranın iradesi dışında hastanede tutulması şeklinde uygulanan zorunlu izolasyonun, HIV virüsünün yayılmasının önlenmesi amacı ile başvuranın kişi özgürlüğünün korunması arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozduğu kanaatiyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>45</sup>

İstanbul'da Ümraniye çöplüğünün patlaması sonucu hayatını kaybeden kişilerin yaşam hakkına ilişkin Öneriyıldız/Türkiye davasında<sup>46</sup> Mahkeme, tehlike doğuran faaliyetler sonucu kişilerin ölümünü ve devletin yaşamı koruma yükümlülüğü konusunu ele almıştır. Bu davada başvuru, şehir çöplüğünde metan patlamasından mütevellit kayma neticesinde evinin yıkıldığını ve aile üyelerinden dokuz kişinin öldüğünü, çöpün patlayabileceğine ilişkin mevcut raporlara karşın devletin gerekli tedbirleri almadığını ve bunun sonucunda yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, vermiş olduğu

<sup>43</sup> Tezcan/Erdem/Sancakdar, 208-209.

<sup>44</sup> Enhorn/İsveç [2005] AİHM 56529/00. <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2014/04/Enhorn-v.-Sweden.pdf> E.T. 20.08.2020.

<sup>45</sup> Karakul, 186-187.

<sup>46</sup> Öneriyıldız/Türkiye [2004] AİHM 48939/99. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-162089> E.T. 20.08.2020.

kararda, 2'nci maddenin yalnızca devleti temsil eden kişilerin kuvvet kullanması sonucunda meydana gelen ölümleri kapsamadığını aynı zamanda devletlere, topraklarında yaşayan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli önlemleri almaya yönelik pozitif bir yükümlülük yüklediğini vurgulamıştır ki bu yükümlülük her şeyden önce, devletin yaşama hakkını tehdit eden durumlara karşı etkin bir caydırma mekanizması oluşturacak yasal ve idari çerçeveyi oluşturmasını gerektirmektedir. Mahkemeye göre, yetkililer dikkatlerine sunulan tehlikeyi ortadan kaldırmak için pozitif ödevlerinin gerektirdiği tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır. Bu tehlike ölümcül hale gelmeden önce Ümraniye çöplüğüne gaz tahliye sistemlerinin yerleştirilmesi etkin bir önlem olabilirdi. Bu şekilde bir önlem Türk Anayasası'nın 65'inci maddesine aykırı bir şekilde kaynakların aşırı kullanımını teşkil etmeyeceği gibi hükümetin iddia ettiği siyasal sorunlara da yol açmazdı. Bu Türk hukukuna aykırı olmayacağı gibi hükümetin Mahkemenin önünde dile getirdiği insani kaygıların da daha iyi bir göstergesi olurdu.<sup>47</sup>

Mahkemeye göre Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan devletin pozitif yükümlülüğü, halk sağlığı alanında da uygulanır. Bu yükümlülük devlet hastanelerini kapsadığı gibi özel hastaneleri de kapsamına alır ve bu kurumların hastalarının yaşam haklarını korumak için tedbirler almasını gerektirir. Kuşkusuz ki bu tedbirlerin denetlenmesi devletlerin etkili bir bağımsız adli sistem kurmalarını da zorunlu kılar.<sup>48</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi zorunlu aşı konusunu Sözleşme'deki vücut bütünlüğünü de kapsayan özel yaşam kapsamında görmektedir. AİHM'ye göre, zorunlu aşı küçük çaplı da olsa kişinin vücut ve psikolojik bütünlüğüne bir müdahaledir ve bu tarz müdahalelerin öncelikle kanun ile düzenlenmiş olması gerekmektedir. Kanuni düzenlemenin yokluğu halinde müdahale doğrudan insan haklarına aykırı hale gelmektedir. Kanuni düzenlemenin varlığı halinde de AİHM, zorunlu aşının, sağlığın korunması amacını gütmesi ve demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olması şartlarını aramaktadır. Salgın bir hastalıkla mücadele amaçlı zorunlu aşı, AİHM içtihadında, kamu

<sup>47</sup> Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/R. Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı 5. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2014) 116-119.

<sup>48</sup> ibid 124.

sağlığının korunması meşru amacı kapsamında ele alınmıştır.<sup>49</sup> AİHM, zorunlu aşı uygulamasına yönelik olarak incelediği Solomakhin/Ukrayna davasında<sup>50</sup> zorunlu aşı uygulamasının başvuranın özel hayatına müdahale oluşturmakla birlikte kanunda öngörülmesi olduğunu ve sağlığın korunması amacıyla gerçekleştirildiğini tespit etmiştir. AİHM'ye göre zorunlu aşı uygulaması kamu sağlığı mülahazalarından ve bölgede salgın hastalıkların yayılmasının önüne geçme zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Diğer yandan yapılan aşının gerçekten başvuranın sağlık durumunu olumsuz yönde etkilediğine dair hiçbir somut kanıt da sunulmamıştır. AİHM, somut olayda Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>51</sup>

Zorunlu aşı uygulamasına yönelik olarak Anayasa Mahkemesi de Halime Sare Aysal kararında<sup>52</sup>, Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci ikinci ve fıkralarında *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz"* şeklinde ifade olunan *"Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı"* hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Söz konusu başvuru, velayet altında bulunan başvurucuya bebeklik dönemi aşılarının uygulanması ebeveyn tarafından kabul edilmediği hâlde bu hususta Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle maddî ve manevî varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali iddiasına ilişkindir. Yüksek Mahkeme; *"Mahkemece ele alınan ve kanunilik şartını sağladığı tespit edilen müdahaleler açısından genel olarak, söz konusu uygulamanın bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amaç nazara alınarak yapılan dengelemede, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında kamu sağlığının korunması şeklindeki menfaate üstünlük tanındığı ve söz konusu müdahalelerin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğine hükmedildiği"*

<sup>49</sup> Olgun Akbulut, "COVID-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün mü?" <https://www.istanpol.org/post/covid-19-a-kar%C5%9F%C4%B1-t%C3%BCrkiye-de-zorunlu-a%C5%9F%C4%B1-m%C3%BCmk%C3%BCn-m%C3%BC> E.T. 08.08.2020.

<sup>50</sup> Solomakhin/Ukrayna [2012] AİHM 24429/03.

file:///C:/Users/drtil/Downloads/001-109565.pdf E.T.20.08.2020.

<sup>51</sup> Karakul, 187-188.

<sup>52</sup> Halime Sare Aysal [2015] AYM 2013/1789. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-1789.pdf> E.T. 21.08.2020.

*görülmektedir*” demek suretiyle yukarıda ifade olunan Solomakhin/ Ukrayna davasına atıfta bulunmakta ve *“kamu sağlığının korunmasının ve bireyin vücut bütünlüğünün korunmasının karşı karşıya geldiği hallerde kamu sağlığının korunmasına üstünlük verilmesi gerektiğini”* ifade etmektedir. Ancak bu müdahalenin gerçekleşebilmesi için idari otoritelerin hareket tarzlarının kanunda düzenlenmesi yani *“kanunilik”* şartının sağlanması gerekmektedir ki Yüksek Mahkeme ihlal kararını da zaten bu sebeple vermiştir: Söz konusu başvuruya konu olayda, idari makamların dayanakları kanunilik unsurunu sağlamamaktadır. Bir başka söyleyişle; idarenin ifade ettiği mevzuat, başvurucuya yapılan uygulamaya cevaz vermemektedir.

AİHM, sağlıkla ilgili konularda kamuoyunu bilgilendirme hakkına taraf devletlerce yapılan müdahaleleri AİHS'nin 10'uncu maddesinde güvenceye alınan ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir.

Sağlıkla ilgili kişisel verilerin gizliliğinin korunması, özel hayata saygı hakkının önemli unsurlarından birini oluşturmaktadır. AİHM de sağlık verileri dâhil olmak üzere kişisel verilerin korunmasını, özel ve aile hayatına saygı hakkından yararlanmanın önemli bir gereği olarak kabul etmektedir. AİHM Panteleyenکو/Ukrayna davasında,<sup>53</sup>başvuranın akıl sağlığı hakkında kullanılan ifadeler nedeniyle hukuk mahkemesinde açtığı hakaret davasında, ilk derece mahkemesinin psikiyatri hastanesinden başvuranın sağlık durumu ve kendisine uygulanan tıbbi tedavi ile ilgili gizli bilgileri temin ederek aleni duruşmada açıklamasını, dava koşullarında gereksiz ve ayrıca ulusal mevzuata aykırı olduğu gerekçesiyle AİHS'nin 8'inci maddesine aykırı bulmuştur.

AİHS'ye taraf devletlerin, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri çerçevesinde, kendi gözetim ve sorumluluğu altında olan tutuklu ve hükümlülerin insan onuruna yaraşır koşullarda tutulmalarını sağlamakla mükellef olduğu kabul edilmektedir. Buna paralel olarak da onların sağlık ve iyilikleri gerekli tıbbi yardım sağlanarak yeterince güvence altına alınmalıdır. Tutuklu ve hükümlülerin somut dava koşullarında yeterli sağlık ve tedavi imkânlarından

<sup>53</sup> Panteleyenکو/Ukrayna [2006] AİHM 11901/02. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-3281 E.T. 20.08.2020>.

yararlanamaması, AİHM tarafından genelde AİHS'nin 3'üncü maddesi çerçevesinde insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağına aykırı bulunmaktadır.<sup>54</sup> Mouisel/Fransa davasında<sup>55</sup> kanser hastası olan hükümlünün yeterli tıbbi tedavi görememesi ve hastalığının ilerlemesine rağmen cezasının infazının sürdürülmesinin yanı sıra hükümlüye kemoterapi esnasında kelepçe takılması; V.D./Romanya davasında<sup>56</sup> ağzında hemen hemen hiç diş olmayan hükümlüye sosyal sigorta tarafından karşılanmadığı ve yeterli maddi gücü bulunmadığı halde dental protez tedavisi sağlanmaması bu maddenin ihlaline yönelik olarak verilen kararlardan bazılarıdır. Gözaltında bulunan, tutuklu ve hükümlü hastaların yeterli sağlık ve tedavi imkânlarından yararlanamaması sonucunda hayatını kaybetmesi durumunda ise Mahkeme yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edileceğini kabul etmektedir. Diğer yandan fiziksel veya ruhsal rahatsızlıkları olan şahısların gözaltında, tutukevi veya cezaevinde intihar olayları da taraf devletlerin AİHS'nin 2'nci ve 3'üncü maddeleri kapsamında sorumluluklarını doğurabilmektedir.<sup>57</sup> Bunun yanında Keenan/Birleşik Krallık davasında<sup>58</sup> AİHM, 2'inci ve 3'üncü maddelerin yanında etkili başvuru hakkını düzenleyen 13'üncü maddenin de ihlal edildiğini tespit etmiştir. Ciddi bir saldırı nedeniyle hapis cezasına çarptırılmış Mark Keenan hapis cezası öncesinde akıl hastalığı geçirmiş olup cezaevinde kendine zarar verme tehdidi de dâhil olmak üzere akıl hastalığı belirtileri sergilemiştir. Hapishanedeki hastane binası sonrasında normal bir hücrede geçirdiği sürenin ardından kendisini aklen rahatsız hale getirdiğini iddia ettiği ilaç değişikliğinden sonra iki cezaevi personeline saldırmıştır. Bu saldırı nedeniyle, daha sonra bir hücreye konulmuş ve Keenan burada kendini asmıştır. Soruşturma neticesinde ölüm nedeninin asılma sonucu boğulma olduğu teyit edilmiş fakat bu prosedürde ölümün daha geniş nedenlerini tespit etme veya ölüm ile ilgili sorumluluğun paylaş-

<sup>54</sup> Karakul, 200–201.

<sup>55</sup> Mouisel/Fransa [2002] AİHM 67263/01. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60732> E.T. 20.08.2020.

<sup>56</sup> VD/Romanya [2010] AİHM 7078/02. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-150815> E.T. 20.08.2020.

<sup>57</sup> Çoşelav/Türkiye [2012] AİHM 1413/07. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-113767> E.T. 20.08.2020.

<sup>58</sup> Keenan/Birleşik Krallık [2001] AİHM 27229/95. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59365> E.T. 20.08.2020.



tırılması yoluna gidilmemiştir.<sup>59</sup> Diğer taraftan, devletin gözetimi altında bulunan kimselere uygulanacak zorunlu tıbbi tedbirler de sorun arz edebilir. 11.07.2006 tarihli Jalloh/Almanya kararı<sup>60</sup> buna örnek olarak verilebilir. Sierra Leone vatandaşı olan başvuru Abu Bakah Jalloh, iki ufak plastik torbayı para ile değiştirmek üzere ağızından çıkarırken polisler tarafından görülünce Almanya'da yakalanmıştır, bu sırada da başvuru diğer bir plastik torbayı yutmuştur. Savcının emrine istinaden başvurucu plastik torbayı çıkarmasını sağlayacak kusturucu bir ilaç verilmiştir. Jalloh ilacı almayı reddedince de burnundan zorla verilmiş ve bunun sonucunda da başvuru içerisinde kokain bulunan poşeti kusmuştur. Başvuru, kusmasına yol açan maddelerin kendisine verilmesinin ve yargılamada kendisine karşı kullanılan delilin 3, 6 ve 8'inci maddeleri ihlal ettiğini öne sürmüştür. Mahkeme yasak olmamakla birlikte, zora dayalı tıbbi müdahalenin sıkı bir denetime tabi olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, Alman mercilerinin başvuru iradesi hilafına, fiziksel ve zihinsel bütünlüğü bakımından ağır bir müdahaleye maruz bıraktıklarını tespit etmiştir. Daha hafif müdahaleyi gerektiren yöntemlerle yine de elde edebilecekleri delile ulaşmak için onu kusmak zorunda bırakmışlardır. Bu önlem başvuru küçük düşürecek duygular uyandırmaya elverişlidir ayrıca başvurucu hem fiziksel hem de zihinsel eza verecek şekilde uygulanmıştır. Bu bakımdan 3'üncü madde anlamında insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele söz konusudur.<sup>61</sup>

AİHM, devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırsız ve ölçsüz bir sorumluluk olmadığını özellikle vurgulamakta olup her bir olayda kamusal makamların karşı karşıya buldukları önceliklerin belirlenmesinde ve kaynakların kullanılmasındaki operasyonel tercihlerin neler olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Devletin koruma yükümlülüğünün sınırlarının nereye kadar uzandığı sorusuna en iyi cevabı belki de *van Kück/Almanya* davası<sup>62</sup> ile vermek mümkündür. AİHM, transseksüel eğilimli bir kişinin geçirdiği cinsiyet değişikliği ameliyatı

<sup>59</sup> Korff Douwe, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap 4. baskı (Beta Basım Yayın, 2003) 74.

<sup>60</sup> Jalloh/Almanya [2006] AİHM 54810/00. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76307 E.T. 20.08.2020>.

<sup>61</sup> Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 159-160.

<sup>62</sup> van Kück/Almanya [2003] AİHM 35968/97. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61142 E.T. 20.08.2020>.



masraflarının özel sağlık sigortası tarafından ödenmesini sağlama konusunda devletin yükümlülüğü bulunduğu karar vermiştir.<sup>63</sup>

### III. SAĞLIK HAKKI GENELİNDE SALGIN HASTALIKLARA YÖNELİK ULUSAL MEVZUATIMIZ VE COVID-19 KAPSAMINDAKİ DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Buraya kadar yazdıklarımızdan anlaşılacağı üzere yaşam hakkı diğer tüm hakların özünü oluşturmakta olup sağlık hakkı da yaşam hakkı ile kaynaşmış durumdadır. Sağlıklı olmak yaşam hakkının vazgeçilmez bir uzantısıdır. Nitekim AİHS'nin 2'nci maddesindeki yaşam hakkı düzenlemesine paralel olarak 1982 Anayasamız da 17'nci maddesinin ilk üç fıkrasında, *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz"* demek suretiyle yaşam hakkını güvenceye alırken; Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması başlığını taşıyan 56'ncı maddesinde de *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir"* demek suretiyle sağlık hakkını düzenlemektedir. Bir kez daha ifade etmek gerekirse; sağlık hakkı Anayasa'da güvence altına alınan yaşam ve vücut bütünlüğü hakkıyla sıkı bir bağlantı içindedir. Buna ilişkin olarak da devlet, sağlık hakkını ihlal etmemeli, başkalarının bu hakkı ihlal etmesini önlemeli ve sağlık hakkından herkesi yararlandırmak için gerekli çalışmaları yapmalıdır.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Metin, 129.

<sup>64</sup> Bayram Metin, "Right to Health" (2017) 4, Health Care Academician Journal 46, 47. [http://www.stuncer.com/wp-content/uploads/2018/06/2017\\_4\\_1\\_Bask%C4%B1.pdf](http://www.stuncer.com/wp-content/uploads/2018/06/2017_4_1_Bask%C4%B1.pdf) E.T. 20.08.2020.

Görüldüğü üzere salgın hastalıklar, yaşam hakkı ve sağlık hakkı ile yakinen ilişkilidir ve bu nedenle de gerek uluslararası düzlemde gerekse de ulusal sınırlar dâhilinde benzer düzenlemelerle salgın hastalıklara karşı korunma yolları oluşturulmaya çalışılmaktadır. Dünyayı sarsan ve ülkemizde de yaşamın durmasına neden olan salgın hastalıklar ve bunların özelinde COVID-19 pandemisine karşı devlet, ulusal üstü ve Anayasal bir hak olan yaşam ve sağlık hakkını koruyabilmek için kamu ve birey sağlığı alanında birtakım tedbirler almakta ve bu tedbirlere her geçen gün de yenileri de eklenmekte ya da pandeminin seyrine bağlı olarak bazılarına son verilmektedir. Bu tedbirlerden şu ana kadar gerçekleşen belli başlıları şunlardır: Okullarda eğitime ara verilmesi ve çevrimiçi eğitime geçilmesi; 20 yaş altı ve 65 yaş üzeri nüfusun sokağa çıkmasının yasaklanması; yurtdışına gidiş gelişlerin yasaklanması; sınır kapılarının kapatılması; uçak ve otobüs seferlerinin kısıtlanması; 30 büyükşehir ve ilave olarak Zonguldak ilini kapsayacak şekilde 31 şehre giriş çıkışların yasaklanması; yine bu 31 şehirde geçerli olmak üzere hafta sonları sokağa çıkma yasağının uygulanması; bazı işyerlerinin kapatılması ya da sınırlı olarak faaliyette bulunmaları; maske takma zorunluluğu; bireylerin birbirinden belirli mesafeler dâhilinde bir araya gelmelerinin ve toplu halde gerçekleştirilen dini ve sosyal nitelikli birtakım faaliyetlerin yasaklanması; ivedi haller dışında duruşmaların geçici olarak ertelenmesi. Kuşkusuz ki alınan tedbirler bunlarla sınırlı olmayıp iş hayatına, ekonomik hayata yönelik de pek çok tedbir alınmış olup alınmaya da devam edilmektedir. Hiç şüphe yok ki pandemi sonunda ne ülkemiz ne de dünyamız aynı olacaktır.

Yaşanan pandemi karşısında bireylerin yaşam hakkı ve sağlık hakkı başta olmak üzere temel haklarının korunması noktasında devletlerin çeşitli tür ve seviyelerde tedbirler almaları kaçınılmazdır. Diğer yandan bu tedbirlerin aynı zamanda başka Anayasal hak ve özgürlüklere müdahale niteliği de yadsınamaz bir gerçektir.

Hukuk devletinin var olduğu bir sistemde alınan bütün kararların, yapılan tüm işlemlerin hukuki bir gerekçeye oturtulması gereklidir. Bu gerekçenin çatısı hukukun üstünlüğüdür. Çatının altında ise keyfilik yasağı, belirlilik, öngörülebilirlik, insan haklarına saygılı olma unsurları vardır. Ne yazık ki hali hazırda alınan önlemlerin çoğu bu kıstasları taşımayan, kanunilik unsurunu göz ardı eden düzenlemelerle ve

özellikle de genelgelerle oluşturulmaktadır. Biçimsel olarak bir dayanak olarak sunulan metinlere, İl İdaresi Kanunu madde 11/c, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu madde 27 ve 72 ile 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 361'inci maddesi buna örnek olarak verilebilir ki, bu metinler gerçekte getirmiş oldukları önlemler açısından yeterli değildir.<sup>65</sup> Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili en spesifik hüküm, 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'dir ki burada Sağlık Bakanlığı'na "*Halk sağlığını korumak ve geliştirmek, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele etmek*" ve "*bulaşıcı, hastalıkları izleme, surveyans, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, bunlarla ilgili verilerin toplanmasını sağlamak, belirlenen hedefler doğrultusunda plan ve programlar hazırlamak, uygulamaya koymak, denetlenmesini sağlamak, değerlendirmek ve gerekli önlemleri almak*" yetkisi verilmektedir. Ancak bu bir kanun hükmü olmayıp Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'dir ve Anayasa'nın 104'üncü maddesi gereğince de Cumhurbaşkanı Kararnameleri ile kişisel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler yapılamaz, bunun kanunla düzenlenmesi gerekir. Bu durumda Anayasa'ya aykırı olan ve Anayasa Mahkemesi'nin muhtelif kararları ile Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade ettiği böylesi bir uygulama, hukuk devletinin varlığının inkâr edilmesidir.<sup>66</sup>

Getirilen düzenlemeler ile ilgili bu kısa bilgi sonrasında hukukumuzda salgın hastalıklara yönelik olarak mevcut olan başlıca düzenlemelere göz atmamız uygun olacaktır. Bunlar; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun ilgili hükümleri, Anayasa'nın 119'uncu maddesi, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun ilgili maddeleri ve Bulaşıcı Hastalıklar Surveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'dir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma başlığını taşıyan 195'inci maddesi "*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" şeklindedir. Madde gerekçesinde "*Maddede, bulaşıcı hastalıklara*

<sup>65</sup> Tolga Şirin, "Kanun Devletini Bile Arar Olduk" (Medya ve Hukuk Çalışmaları Derneği, 10 April 2020) <https://www.mlsaturkey.com/tr/anayasa-hukukcusu-tolga-sirin-kanun-devletini-bile-arar-olduk/> E.T.15.04.2020.

<sup>66</sup> ibid.

yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş bulunan kimselerin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uyulmaması, suç olarak tanımlanmıştır. Böylece kamu sağlığının korunması amacı güdülmektedir” şeklinde bir açıklamaya yer verildiği görülmektedir. Söz konusu maddede “yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymama” cezalandırılmaktadır; bu tedbirin ne olduğunu, dolayısıyla da yasaklanan fiilin ne olduğunu belirleyecek olan “yetkili makamlardır”. Netice olarak TCK m. 195’de düzenlenen suç tipinin fiil unsurunun madde metninde tanımlanmaması nedeniyle “belirlilik ilkesi” ne aykırılık bulunduğu, fiilin içeriğinin tanımlanması işleminin idari makamlara bırakılması nedeniyle de “idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratamaması ilkesi” ne aykırılık bulunduğu söylenmelidir.<sup>67</sup> Söz konusu suç kasten işlenebilir, taksirle işlenmeye uygun değildir. Suçun maddi unsurunun gerçekleşebilmesi için “bulaşıcı hastalık” olarak tanımlanmış bir hastalığın varlığı, bu hastalığa yakalandığı tıbben tespit edilmiş veya bulaşıcı hastalıktan ölmüş kimselerin bulunması, hasta olan ya da ölen bu kimselerin bulunduğu yerle ilgili yetkili makam tarafından usulüne uygun alınmış karantina tedbirinin varlığı, failin de karantina altına alınmaya dair tedbiri ihlal etmesi gerekir. Kişilerin bulaşıcı hastalık taşıdığı iddiasıyla ya da risk grubuna girdiğinden bahisle 195’inci maddenin uygulanması söz konusu değildir ki aksinin kabulü kanunilik ilkesinin ihlal edilmesi anlamına gelecektir.<sup>68 69</sup> Madde uyarınca kişilerle ilgili tedbirler ve karantina söz konusu olup hayvan hastalıkları nedeniyle konan tedbirlere aykırılık madde kapsamı dışındadır ki hastalığa yakalanan kişinin de suçun faili olabileceği aşikârdır.<sup>70</sup>

Görüleceği üzere aykırı davranılan tedbir, kişiler hakkında değil bulunulan “yer” hakkında alınmaktadır. Bu itibarla, medyada gözlemlediğimiz kadarıyla havaalanına iniş yaptıktan sonra hastalık riski

<sup>67</sup> R. Murat Önok, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)” (2020) 9, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 157-159.

<sup>68</sup> Ersan Şen, “Olağanüstü Hal Uygulamaları” (Hukuki Haber) <https://www.hukukihaber.net/olaganustu-hal-uygulamaları-makale,7580.html> E.T. 20.04.2020.

<sup>69</sup> Seydi Kaymaz, “Salgın hastalıklarla mücadelede mevzuatımız yeterli değildir” (Independent Türkçe, 23 March 2020) <https://www.indyrturk.com/node/150986/t%C3%BCrkiyeden-sesler/salg%C4%B1n-hastal%C4%B1klarla-m%C3%BCcadelede-mevzuat%C4%B1m%C4%B1z-yeterli-de%C4%9Fildir> E.T. 20.05.2020.

<sup>70</sup> İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu C. 3* (Malkoç Yayıncılık, 2013) 3232.

nedeniyle otobüsle toplu olarak karantinaya götürülen kişilerden birisinin otobüsten indirilmesi ve başka yere götürülmesi durumunda madde hükmü uygulanamayacaktır zira burada aslında karantinaya götürülmek üzere alıkonan kişi hakkında bir tedbir kararı vardır. Otobüsü tedbir alınan yer olarak düşündüğümüzde de söz konusu kişinin hasta olup olmadığının bilinmemesi nedeniyle madde hükmü yine uygulama alanı bulamayacaktır.<sup>71</sup>

Yine Türk Ceza Kanunu'nun Halk Arasında Korku ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit başlığını taşıyan 213'üncü maddesi "*Halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak amacıyla hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından alenen tehditte bulunan kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun silahla işlenmesi halinde, verilecek ceza, kullanılan silahın niteliğine göre yarı oranına kadar artırılabilir*" şeklindedir. Madde gerekçesine göre, "*Madde ile ülkenin belli bir bölgesinde yaşayan halkın hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından tehdit edilmesi, suç haline getirilmiştir. Suçun oluşması için belirli kişi veya kişilerin değil fakat gayri muayyen kişilerden oluşan kitlelerin tehdide muhatap olması aranır. Tehdidin halkın hayatı, sağlığı, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından bir korku, endişe veya panik meydana getirmek amacıyla yapılmış olması gereklidir. Endişe, korku ve panik kelimeleri halkta meydana gelecek telaş halinin değişik derecelerde olabileceğini ifade amacıyla kullanılmıştır. Suçun oluşması bakımından bu hallerin fiilen gerçekleşmiş olması aranmaz. Tehdidin objektif olarak böyle bir hale sebebiyet verebilecek nitelikte olması yeterlidir*".

Toplumdaki belli kişilerin değil, belirsiz kişilerin, bir bölge halkının genişçe bir kesiminin, halkın yani gayrimuayyen kişilerden oluşan bir kitlenin maddede sayılan amaçlarla ve biçimlerle tehdit edilmesi 213'üncü madde ile suç haline getirilmiştir.<sup>72</sup> Türk Ceza Kanunu'ndaki bu suçun oluşabilmesi için; failde, halk arasında endişe, korku ve panik çıkarma saiki bulunmalı ve hayat, sağlık, vücut, cinsel dokunulmazlık veya malvarlığı bakımından aleni bir tehdidin varlığı söz konusu olmalıdır. Ancak somut olarak bu hallerin gerçekleşmesi aranmayacaktır.

<sup>71</sup> Önok, 163.

<sup>72</sup> Malkoç, 3563.

Görüleceği üzere; maddede özel kasıtlı işlenebilen bir suç hali düzenlenmektedir. Başka kasıtlarla işlenen eylemlerle bu suç oluşmayacaktır. Taksirle de işlenemeyecektir. Suçun konusunu; hayat, sağlık, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık ve malvarlığı hakları oluşturmaktadır. Alenen tehditten anlaşılması gerekenin ise birçok kimsenin fiili öğrenmesi veya öğrenebilme olanağının var olması olduğu öğretide kabul görmektedir.<sup>73</sup>

Suçun silahla işlenmesi halinde, kullanılan silahın niteliğine göre ceza yarı oranına kadar artırılabilir. Konumuz sağlık olduğuna göre akla şu şekilde bir soru gelebilir: Fail; tehlikeli bulaşıcı hastalık yayan şırınga ile ya da hastalıklı birisinin vücudundan alınan sıvı ile insanları alenen tehdit ettiğinde hakkında bu madde uygulanacak mıdır? TCK m. 6/1.f’de “silah” kavramı tanımlanmış olup; maddenin 4’üncü alt bendinde “saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler” ve 5’inci alt bendinde de “Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler” silah sayılır. Buna göre “şırınga” ve biyolojik madde olması itibarıyla “vücut sıvısı” silah sayılabilir. Bu durumda söz konusu şırınga ya da vücut sıvısı ile TCK m. 213/2’deki tehdit suçunu işleyen kimselerin cezası arttırılacaktır.

Türk Ceza Kanunu düzenlemesi dâhilinde TCK’nın 218’inci maddesi 213-217’nci maddeler için ortak bir ağırlatıcı düzenleme getirmektedir ki bu da sayılan maddelerdeki suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halidir ki bu durumda uygulanacak ceza yine yarı oranına kadar arttırılacaktır. Basın ve yayın yolu deyimi ise TCK m. 6/1.g’de “her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu durumda 213’üncü maddedeki suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda ceza arttırılacaktır. Bu itibarla özellikle sosyal medya üzerinden çıkan her haber ve açıklamanın değil; halkta hem endişe, korku ve panik yaratma kastını içeren hem de alenen tehdit unsuru taşıyan haber ve açıklamaların TCK m.213 kapsamında suç sayılacağı gözden uzak tutulmamalıdır.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> ibid 3563-3564.

<sup>74</sup> Şen.



Türk Ceza Kanunu'nun konumuzla alakalı olarak inceleyeceğimiz diğer hükümleri ise 237'nci maddede düzenlenen Fiyatları Etkileme, 238'inci maddede düzenlenen Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma ve 240'ıncı maddede düzenlenen Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma suçlarıdır. Olağanüstü hallerin ve bu bağlamda salgın hastalıkların yaşandığı dönemlerde bu suçların işlenmesinde artış görülmesi de son derece doğaldır.

Türk Ceza Kanunu'nun Fiyatları Etkileme başlığını taşıyan 237'inci maddesi, "İşçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis yayan veya sair hileli yollara başvuran kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir. Fiil sonucu besin veya malların değerleri veya işçi ücretleri artıp eksildiği takdirde ceza üçte biri oranında artırılır. Fail, ruhsatlı simsar veya borsa tellalı ise ceza ayrıca sekizde bir oranında artırılır" şeklindedir.

Maddeden anlaşılması gereken zor zamanların getirdiği sıkıntılardan istifade ederek işçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinde pozitif ya da negatif oynamaların gerçekleştirilmesidir ki bu da yalan haber veya havadis ya da hileli başka yollarla yapılacaktır. Birtakım malların salgın hastalıklara iyi geldiği, hastalığı yok ettiği, vücudun bağışıklık sistemini güçlendirdiği ifade edilerek çıkarılan yalan veya abartılı haberler ile bunlara bağlı olarak bu malların fiyatlarının aşırı şekilde yükseltilmesi, bulunmaması ve sonrasında da fahiş fiyatla satılması bu bağlamdadır. Aynı durum bedeli mukabili alınan hizmetlerle ilgili olarak da yaşanabilir. Çözülmesi gereken sorun da yaşanan zor zamanlardan istifade etmek için birtakım hareketleri bilinçli olarak gerçekleştirenlere engel olunması, bunların durdurulması ve elbette ki cezalandırılmasıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun 237'inci maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için; yalan haber yapma, havadis yayma ya da hileli hareketlerde bulunma fiillerinin gerçekleştirilmesi gerekir. Görüldüğü üzere söz konusu suç seçimlik hareketli bir suçtur; suçu işleyen kimse için, maddede sayılan hareketlerden bir tanesini yapması yeterlidir, diğer taraftan maddenin ifadesinden bu hareketlerin sayılanlarla sınırlı olmadığı artış ya da eksilişi sağlayan spekülatif hareketlerin bu bağlamda değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır. Suçun işlenmesi için



saik yani özel kast da gerekmektedir, fail besin, mal ya da hizmetlerin fiyatlarında oynama düşüncesiyle hareket etmelidir. Madde gerekçesinde “kıymetli evrakın fiyatlarını etkileme hususunun Sermaye Piyasası Kanunu’nun ilgili hükümleri gereğince cezalandırıldığı ve bu itibarla ayrıca hüküm düzenlenmemiştir” ifadesine yer verildiğinden, kıymetli evrak veya benzerlerinin maddede düzenlenen mal kavramı içerisine girmediği kabul olunmalıdır.<sup>75</sup> 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 107’nci maddesinin işleme dayalı manipülasyon olarak adlandırılan ilk fıkrasına göre “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz” ve bilgiye dayalı manipülasyon ya da finansal bilgi manipülasyonu olarak da adlandırılan ikinci fıkrasına göre de “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar”. Görüldüğü üzere, Sermaye Piyasası Kanunu m. 107 sermaye piyasası araçlarını koruma altına alırken, TCK m. 237 ise sermaye piyasası araçları dışındaki kalan işçi ücretleri veya besin veya malların değerlerini korumaktadır.<sup>76</sup>

237’nci madde düzenlemesi dâhilinde, söz konusu malların taşınır ya da taşınmaz mal olması mümkündür. Besin kavramı ile beslenmeye elverişli her türlü madde kastedilirken sadece yiyecekler değil içecekler de bu kapsamda ele alınmalı ancak ilaçlar besin niteliği taşımadıklarından dolayı madde kapsamında değerlendirilmemelidir.<sup>77</sup> Kanımızca, paraların bu kapsam içerisinde değil Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri doğrultusunda ele alınması gerekir.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Malkoç, 3803.

<sup>76</sup> Çetin Arslan/Candidate Didar Özdemir, “Fiyatları Etkileme Suçu” <http://avekon.org/papers/1220.pdf> E.T. 06.08.2020

<sup>77</sup> İbid.

<sup>78</sup> Aksi görüş Arslan/Özdemir.

Failin fiili sonrasında beklenen gerçekleşmiş ve besin veya malların değerleri ya da işçi ücretleri artmış ya da eksilmişe ceza 1/3 oranında artırılacak; fail, ruhsatlı simsar veya borsa tellalı olduğu takdirde de cezası 1/8 oranında ayrıca artırılacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 238'inci maddesi Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma suçunu düzenlemiş olup madde düzenlemesi "*Taahhüt ettiği işi yerine getirmeyerek, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir*" şeklindedir.

Maddeden anlaşılması gereken suç failinin her şeyden önce taahhüt ettiği bir işi olması hususudur. Fail kanun ya da sözleşme gereğince üstlendiği bu işi haklı mazereti olmaksızın yerine getirmemeli ve bu hareketi de kamu kuruluşlarının faaliyetlerinin veya kamusal hizmetlerin ya da genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu olan eşya veya besinlerin yokluğuna ya da önemli ölçüde azalmasına neden olmalıdır. Söz konusu suçun faili 1-3 yıl arası hapis ve 1000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Görüldüğü üzere; suçun oluşması için hem maddede yazılı hareketler gerçekleştirilecek hem de "*zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkması veya önemli ölçüde azalması*" sonuçları fiilen meydana gelmelidir. Önemli ölçüde azalma ibaresinden, kısmen mevcut olmakla birlikte ihtiyacı karşılamakta sıkıntı doğması veya ihtiyacı karşılayacak miktarların altına düşmesi anlaşılmalıdır.<sup>79</sup>

Eşyadan taşınır şeylerin, besinlerden ise yiyecek, beslenme ve içecek gereksinimlerini karşılamaya yarayacak diğer maddelerin ifade edilmek istendiği bilinmelidir. Zorunlu eşya ve besinler kavramından, normal ihtiyacın ötesinde, hizmet veya önlemenin önemli derecede aksamasına yol açılması anlaşılmalıdır. Aksamanın, yokluğun, azalmanın belirli bir bölge veya yerlerde gerçekleşmesi de yeterli olup, tüm bölgede veya yurttan ortaya çıkması aranmayacaktır.<sup>80</sup>

Madde metninde açık olmamakla beraber hem gerekçedeki ifadeler ve hem de işin esas gereğince taahhüdün resmi dairelere karşı ol-

<sup>79</sup> Malkoç, 3805.

<sup>80</sup> ibid 3806.

ması gerektiği, sözleşme kişiler arasında ise ve madde kapsamındaki şeylerin yokluğuna ya da önemli derecede azalmasına yol açmış ise TCK 240'ıncı maddenin uygulama alanına gireceği düşüncesi bizce de mantıklı görünmektedir.<sup>81</sup>

Türk Ceza Kanunu'nun Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma suçu düzenleyen 240'ıncı maddesi "*Belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınarak kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" hükmünü haizdir.

Madde mucibince; kendisinde var olan ve ticaretini yaptığı bir mal veya hizmeti bedeli karşılığında satmaktan kaçınan ve bu hareketiyle kamu için acil bir ihtiyacın doğmasına sebep olan kişi bu suçun failidir ve 6 ay-2 yıl arası hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Suç faili bakımından özgü suç niteliğindedir.<sup>82</sup> Söz konusu suç ancak kasten işlenebilecektir.<sup>83</sup>

Satıştan kaçınmak tabirinden anlaşılması gereken; satıcının elinde olan malın satışa sunulmaması, satın almak isteyenlere bir bahane ile verilmemesi, alıcıların görüp anlamayacakları yer ve konumlarda tutulmasıdır. Elde bulunmadığının açıklanması, malın kaçırılması, satılmış gibi gösterilmesi de bu anlamdadır. Maddede satımdan kaçınmanın ne biçimde olabileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hareketin gerçekleştirilme şekli bakımından sınır getirmek mümkün değildir. Öte yandan fail malı, almak isteyenlere vermemek için ederin üzerinde fahiş bir fiyat ile sunarsa bu durumda failin kastına göre satmaktan kaçınma olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir.<sup>84</sup> TCK m. 240'da düzenlenmiş bulunan suçun maddi unsurunun hareket kısmını oluşturan diğer bir durum ise belli bir hizmeti satmaktan kaçınmaktır. Hizmeti satmak kavramı, hizmeti sunmak olarak anlaşılmalıdır. Fail, hizmeti ilgililerin faydalanması için sunmaktan kaçınırsa bu durumda TCK m. 240'da düzenlenmiş suçun işlenmesi söz konusu olabilecektir.<sup>85</sup> Haklı olmayan, hukuka

<sup>81</sup> Aynı düşüncede Malkoç, 3806.

<sup>82</sup> Özlem Yenerer Çakmut, "Türk Ceza Yasası'nda Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu (TCK m.240)" (2019) 25/2, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 624, 629.

<sup>83</sup> Şen.

<sup>84</sup> Çakmut, 631.

<sup>85</sup> ibid 631.

aykırı hareketler sonunda kamu için acil bir ihtiyaç ortaya çıkmalıdır ki bundan anlaşılması gereken de satılmayan mala karşı anormal bir talep doğması, yapılmayan veya aksatılan hizmetin çeşitli sosyal, tıbbi tehlike ve zararlara yol açmasıdır.<sup>86</sup> Söz konusu sonuçların ortaya çıkıp çıkmadığı hususu bu konudaki objektif tespitlerin yapılmasını gerekli kılacaktır. Netice olarak da objektif cezalandırma şartı içeren bu suçta teşebbüs söz konusu olamayacaktır.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, belirli durumlarda, mülki amirler olan vali ve kaymakama huzur ve güvenliğin sağlanması için önemli yetkiler tanımaktadır. Nitekim Kanun'un 11/C maddesi "*İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır. Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlandırabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir*" demek suretiyle valiyi olağanüstü yetkilerle donatmaktadır. Benzer yetkiler aynı Kanun'un 32/B ve Ç maddeleri gereğince ilçe sınırları içerisinde de kaymakama tanınmaktadır.

Vali ve kaymakamlara tanınan bu yetkiler; kamu düzeni veya güvenliği gerekçeleriyle kişi hak ve özgürlüklerine önemli kısıtlamalar getirmekle beraber COVID-19 gibi tüm Dünyayı sarsan bir genel tehlike durumunda yeterli oldukları da söylenmez. Diğer taraftan böyle bir salgın, kamu düzeni veya güvenliği ile alakalı görülüp bir takım kısıtlamaların getirilmesi vali ve kaymakamların yetkisinde mi kabul edilmelidir yoksa işin içerisine sağlık profesyonelliğini de dâhil etmek suretiyle başka birileri ya da kurumlar mı yetkilendirilmelidir ya da zaten yetkili midirler?

5442 sayılı Kanun'un 11 ve 32'nci maddeleri uyarınca alınacak tedbirlere uymayanlara karşı uygulanacak yaptırımların adresi de

<sup>86</sup> Malkoç, 3810.

Kanun'un 66'ncı maddesinde gösterilmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu tedbirler usulüne uygun olarak alınmalı ve yine usulüne uygun olarak ilan olunmalıdır. İşte bu tedbirlere uymayanların cezası ise 66'ncı maddenin yollamasıyla Kabahatler Kanunu'nun 32'nci maddesidir. Maddede yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayanlara idari para cezası verileceği hüküm altına alınmış olup 2020 yılı için bu rakam 392 TL'dir. 66'ncı maddenin son cümlesinde ise toplumsal olayların baş göstermesi durumunda; alınan ve ilan olunan tedbirlere aykırı davranış sergileyenlerin 3 ay ile 1 yıl arasında hapisle cezalandırılacağı ifade olunmaktadır. Düzenlemeyi bu şekilde ortaya koyduktan sonra, 11 ve 32'nci madde gereğince alınabilecek tedbirlere bakacak olunursa; bunların genel sağlığın korunması amacıyla değil genel güvenliğin sağlanması amacıyla alınabilecek tedbirler olduğu görülecektir. Bu durumda mülki amirlerin salgın hastalıkların önlenmesi amacıyla alacağı karar ve vereceği emirlere aykırı hareket edenlerin Kanun'un 66'ncı madde yollamasıyla Kabahatler Kanunu'nun 32'nci maddesi uyarınca cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır. Salgın hastalıklar konusunda tedbir alma yetkisi bulunmayan vali ve kaymakamların, alamayacakları bu tedbirlere uymayanları cezalandırabilmeleri mümkün değildir. Salgın hastalıkların genel güvenliği bozabileceği ve bu nedenle de vali ve kaymakamların bu yetkiyi kullanabilecekleri akla gelebilirse de bu durum Kanun'un amacına aykırı ve aşırı zorlayıcı bir tavır olacaktır.<sup>87</sup>

Çalışmamız dâhilinde inceleyeceğimiz bir diğer mevzuat oldukça eski olup tamamı yenilenmesi gereken bir düzenleme niteliğinde olan 1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'dur. Kanun'un "Memleket dâhilinde sâri ve salgın hastalıklarla mücadele" başlığını taşıyan 57'nci maddesinden; maddede sayılan hastalıklarla mücadele edilmek üzere Kanun'un çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar söz konusu maddede COVID-19 geçmese de ki zaten sürekli yenilenen salgınlar karşısında hastalık adı verebilmenin imkânsız olduğu; salgın, hastalık tabirlerinin yeterli olacağı aşikârdır. Kaldı ki Kanun'un 64'üncü maddesi "57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı

<sup>87</sup> Kaymaz.

*mecburi olduğunu neşri ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedbirin kâffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekâleti salahiyyettardır”* demek suretiyle benzer türden farklı hastalıkların ortaya çıkması halinde de yine Sağlık Bakanlığı’nı yetkili kılmaktadır.<sup>88</sup> Kanun’un söz konusu hükümleri, eski de olsa yetersiz de olsa, yaşadığımız pandemi sürecinde uygulanması gereken mevzuatın 1593 sayılı Kanun olduğunu göstermektedir

1593 sayılı Kanun’un maddeleri incelendiğinde; yaşadığımız süreçte İçişleri Bakanlığı ya da vali veya kaymakamlıklarca alınan birtakım tedbirlerin bu makamlarca değil de başka makamlarca alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Kanun’un 27, 64, 65, 66, 69 ve 77’nci maddeleri göz önünde bulundurulduğunda; salgın hastalıkta işyerlerinin kapatılması, insanların dışarı çıkmaları veya hastalardan uzak durmaları, karantina gibi karar ve tedbirlerle ilgili olarak bu maddelerin tatbik edileceği; işyeri kapatmaları ile tedbir amaçlı sokağa çıkma yasaklarının ise İçişleri Bakanlığı tarafından değil, Sağlık Bakanlığı’nın kontrolünde il ve ilçelerin hıfzıssıhha kurullarının alacağı kararlarla mümkün olabileceği görülebilmektedir.<sup>89</sup>

Kanun’un 64’üncü maddesinde, sâri ve salgın hastalıkların tespitinde yetkinin Sağlık Bakanlığı’nda olduğu; 65, 66, 69 ve 77’nci maddelerinde sâri ve salgın hastalıklara karşı gerekli tedbirlerin alınması konusunda Sağlık Bakanlığı ile il ve ilçelerde halk sağlığı ile ilgili kurulların görevli kılındığı görülmektedir. Bu husus 1593 sayılı Kanun dayanak alınmak suretiyle çıkarılan Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği’nin 5, 6, 8, 9, 10 ve 26’nci maddelerinde de açıkça ifade olunmaktadır. Diğer taraftan 65 yaş ve üstündekilerin ve 20 yaş ve altındakilerin sokağa çıkmalarını yasaklamanın hukuki dayanağını da 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu m.11/C ve 32/B-Ç değil, 1593 sayılı Kanun’un 64, 69 ve 77’nci maddelerinin teşkil edebileceği aşikârdır.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> Tolga Şirin, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Hukuksal Mücadeleye Anayasal Bir Giriş” 22 [https://www.academia.edu/42611036/TEHL%C4%B0KEL%C4%B0\\_Salgın\\_Hastalıklarla\\_Hukuksal\\_M%C3%9ccadeleye\\_Anayasal\\_B%C4%B0R\\_G%C4%B0R%C5%9E](https://www.academia.edu/42611036/TEHL%C4%B0KEL%C4%B0_Salgın_Hastalıklarla_Hukuksal_M%C3%9ccadeleye_Anayasal_B%C4%B0R_G%C4%B0R%C5%9E) E. T. 15.04.2020.

<sup>89</sup> Şen.

<sup>90</sup> Şen.

1593 sayılı Kanun ve 5442 sayılı Kanun birlikte değerlendirildiğinde; Sağlık Bakanlığı ile il ve ilçelerde görevli hıfzıssıhha kurullarının, il ve ilçe sağlık müdürlerinin ve vali ve kaymakamların salgın hastalıkların önüne geçilmesi ve ortadan kaldırılması ile yükümlü oldukları ve bu yükümlülüğün 1593 sayılı Kanun'dan doğduğu; salgın hastalık nedeniyle kamu düzeni, huzuru ve güvenliği bakımından istenmeyen hadiselerin ortaya çıkmasının önlenmesi ve hukuka aykırı davranışların yok edilmesi amacını taşıyan düzenlemelerin ise 5442 sayılı Kanun'da düzenlendiği görülmektedir.

1593 sayılı Kanun'a aykırı hareket edilmesi, yasaklara uyulmaması halinde; ihlal edilen fiilin ayrıca suç oluşturmaması kaydıyla Kanun'un 282'nci maddesi gereğince idari para cezası uygulanacaktır. Yine Kanun'un 303'üncü maddesi gereğince yasağın ihlaline yönelik tutanakların Sağlık Bakanlığı'na bağlı tabipler ve sağlık memurlarınca düzenlenmesi gerektiği görülmektedir. Bu tutanak dâhilinde para cezası verme yetkisi ise aynı Kanun'un 294/2'nci maddesine göre vali ve kaymakamlara tanınmıştır. Uygulamada sokağa çıkma yasağını ihlal edenlere tutanak düzenlenmesinin Sağlık Bakanlığı dâhilinde tabip ve sağlık memurlarına tanınmasının ne kadar uygulanabilir olduğu tartışma konusu olabileceksin de Kanun'un amir hükmü bu şekildedir.

Anayasamızın "Olağanüstü hâl yönetimi" başlıklı 119'uncu maddesi Cumhurbaşkanının yurdun tamamında veya bir bölgesinde altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hâl ilan edebileceğini ifade etmektedir. Bu madde dâhilinde, olağanüstü hâl ilan edilebilecek durumların birisi de tehlikeli salgın hastalıkların ortaya çıkması durumudur.

Anayasa'nın 119'uncu maddesi doğrultusunda 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu da 3'üncü maddesinde "Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinden birinin veya birden fazlasının görülmesi durumunda ve Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzenininin ciddi şekilde bozulması hallerinde..." Cumhurbaşkanınca olağanüstü hal ilan edilebileceğini söylemektedir.

Olağanüstü halin ilan edilmesi durumunda 2935 sayılı Kanun yürürlüğe girecek ve bu Kanun dâhilinde alınabilecek tedbirler de uygulama imkânı kazanabilecektir. Bu tedbirlerin neler olduğu Kanun'un



5-11'inci maddelerinde ortaya konmaktadır. 5-9'uncu maddeler tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklarda alınacak tedbirleri, 10'uncu madde ağır ekonomik bunalım hallerinde alınacak tedbirleri, 11'inci madde de şiddet hareketlerinde alınacak tedbirleri düzenlemektedir. Görüldüğü üzere Kanun üçlü bir ayrıma gitmiş, konumuz dâhilinde salgın hastalıklarla ilgili tedbirleri 5-9'uncu maddelerinde ifade etmiştir.

Tehlikeli salgın hastalıklarda alınacak tedbirler, Kanun'un 9'uncu maddesinde, *"Bölgenin belirli yerlerinde yerleşimi yasaklamak, belirli yerleşim yerlerine girişi ve buralardan çıkışı sınırlamak, belli yerleşim yerlerini boşaltmak veya başka yerlere nakletmek; resmi ve özel her derecedeki öğretim ve eğitim kurumlarında öğrenime ara vermek ve öğrenci yurtlarını süreli veya süresiz olarak kapatmak; gazino, lokanta, birahane, meyhane, lokal, taverna, diskotek, bar, dansing, sinema, tiyatro ve benzeri eğlence yerleri ile kulüp ve sair oyun salonlarını, otel, motel, kamping, tatil köyü ve benzeri konaklama tesislerini denetlemek ve bunların açılma ve kapanma zamanını tayin etmek, sınırlamak, gerektiğinde kapatmak ve bu yerleri olağanüstü halin icaplarına göre kullanmak; bölgede olağanüstü hal hizmetlerinin yürütülmesi ile görevli personelin yıllık izinlerini sınırlamak veya kaldırmak; bölge sınırları içerisindeki tüm haberleşme araç ve gereçlerinden yararlanmak ve gerektiğinde bu amaçla geçici olarak bunlara el koymak; tehlike arz eden binaları yıkmak; sağlığı tehdit ettiği tespit olunan taşınır ve taşınmaz mallar ile sağlığa zararlı gıda maddelerini ve mahsullerini imha etmek; belli gıda maddeleri ile hayvan ve hayvan yemi ve hayvan ürünlerinin bölge dışına çıkarılmasını veya bölgeye sokulmalarını kontrol etmek, sınırlamak veya gerektiğinde yasaklamak; gerekli görülen zaruri ihtiyaç maddelerinin dağıtımını düzenlemek; halkın beslenmesi, ısınması, temizliği ve aydınlanması için gerekli gıda madde ve eşyalarla her türlü yakıtın, sağlığın korunmasında, tedavide ve tıpta kullanılan ilaç, kimyevi madde, alet ve diğer şeylerin, inşaat, sanayi, ulaşım ve tarımda kullanılan eşya ve maddelerin, kamu için gerekli diğer mal, eşya, araç, gereç ve her türlü maddelerin imali, satımı, dağıtımı, depolanması ve ticareti konularında gerekli tedbirleri almak, bu yerlere gerektiğinde el koymak, kontrol etmek ve bu malları satıştan kaçınan, saklayan, kaçırarak, fazla fiyatla satan, imalatını durduran veya yavaşlatanlar hakkında fiilin işleniş şekli veya niteliği de nazara alınarak işyeri bulunduğu mahal için hayati önem taşımadığı takdirde işyerini kapatmak; kara, deniz ve hava trafik düzenine ilişkin tedbirleri almak, ulaştırma araçlarının bölgeye giriş ve çıkışlarını kayıtlamak veya yasaklamak"* şeklinde sayılmaktadır. Maddede belirli yerlerden gi-

riş çıkışları yasaklamak, belirli yerleri kapatmak, eğitim öğretime ara vermek gibi son derece önemli tedbirler söz konusu olmasına karşın sokağa çıkma yasağının bulunmadığı görülmektedir.

2935 sayılı Kanun sokağa çıkma yasağı ile ilgili düzenlemeyi, “Şiddet hareketlerinde alınacak tedbirler” başlığını taşıyan 11’inci maddesinde “Sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak” şeklinde ifade etmektedir. Bir diğer söyleyişle Kanun, sokağa çıkma yasağını, tehlikeli salgın hastalıklara karşı alınacak önlemler arasında değil, şiddet hareketlerinde alınacak önlemler arasında düzenlemektedir. Bunun için de “Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde...” (2935/3.b) olağanüstü hal ilan edilmelidir.<sup>91</sup> Görülebileceği üzere sokağa çıkma yasağının hukuki gerekçesi 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ya da 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu olmadığı gibi 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu’nun tehlikeli salgın hastalıklara ilişkin maddeleri de değildir. Bu kısıtlama ancak 11’inci madde söz konusu olduğunda devreye girebilecektir. Yapılması gerekenin tehlikeli salgın hastalık sebebiyle olağanüstü hâl ilan edilmesi, Anayasa’nın 119/6 maddesi gereğince Cumhurbaşkanı Kararnamesi çıkarılması ve bu kararname ile 2935 sayılı Kanun’un 11’inci maddesine atıfla sokağa çıkma yasağının uygulanması olabileceği düşünülebilirse de<sup>92</sup> 11’inci maddenin şiddet hareketlerine yönelik olarak alınacak tedbirleri düzenlediği düşünüldüğünde bunun yine de zoraki ancak mevcut mevzuat dâhilinde mecburi bir hal tarzı olabileceği meydandadır.

## SONUÇ

Salgın hastalıklar, sağlık hakkı ve daha da ötesinde yaşam hakkıyla bağlantılı bir kavram olup ülkemizde bununla ilgili mevzuatın temeli durumundaki Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun pek çok açıdan yetersiz kaldığı görülmektedir. Kanun’daki eksiklikler içinde ilk bakışta dikkat çeken, zorunlu karantina/sokağa çıkma yasakları ile zorunlu aşı konularındadır. Öte yandan, kimlerin, hangi koşullarda, hangi hastalıklar ile ilgili olarak, hangi mekân ve periyodik izleme ve azami sürelerde özgürlüklerinin sınırlandırılabilceği veya bunlardan

<sup>91</sup> Şen.

<sup>92</sup> ibid.

yoksun kalabilecekleri ile zorla götürme koşulları konusunda kapsamlı bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır. Diğer taraftan Kanun'da sayılan hastalıklar güncel değildir, her ne kadar Kanun, hastalıkları sayma yanında yeni hastalıklara yönelik tedbirleri alma yükümlülüğünü Sağlık Bakanlığı'na vermiş olsa da hastalıkları sayma usulünden vazgeçip meselenin dinamizmine uygun olarak bu konuda yetkiyi Bakanlığa bırakmak uygun olacaktır. Tüm bu söylenenler ışığında bizce doğru olanı Kanun'u tamamen yenilemektir.

Her ne kadar olağanüstü hâl ilanı en son çare olarak düşünülmesi gereken bir husus olsa da ihtiyaç duyulması durumunda Olağanüstü Hal Kanunu, Anayasa'nın kendisine biçtiği rolü karşılamaktan çok uzaktır. Olağanüstü halin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasa'nın 15'inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağını veya nasıl durdurulacağını, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağını, kamu görevlilerine ne gibi yetkiler verileceğini, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağını ve olağanüstü yönetim usullerini düzenlemesi gereken bu Kanun, çok az hüküm içermektedir. Kanun'daki en göze çarpan sorun; sokağa çıkma yasağı ve bu yöndeki sınırlamaları şiddet hareketleriyle sınırlı olarak düzenlemiş olması, tehlikeli salgın hastalık nedeni için bu tedbire yer vermemiş olmasıdır. Bu büyük bir çelişkidir ve ivedilikle giderilmelidir.

Salgın hastalık durumunda alınması gereken tedbirlerin, kimler tarafından, hangi sürelerle, hangi koruyucularla ve hangi denetimlere tabi olarak yerine getirileceği konusu belirgin değildir. Yetkilerin bazıları Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda, bazıları İl Özel İdaresi Kanunu'nda, bazıları da Olağanüstü Hal Kanunu'nda yer almaktadır ki, dağınık olan bu hükümlerin giderilmesi, uygulamanın netleştirilmesi gereklidir.

Tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele konusundaki mevzuat öylesine belirsiz, çelişkili ve geneldir ki bu sorun Cumhurbaşkanı karar-nameleri ve genelgeler gibi normlar hiyerarşisinde alt sıralarda yer alan normlarla çözülmeye çalışılmaktadır. Mücadelenin duruma göre kişisel ve siyasal haklara müdahale edilmesini gerektirdiği dikkate alındığında bu denli önemli bir yetkinin kararnamelerle, genelgelerle düzenlenmesi Anayasa'ya ve hukuk devleti ilkelerine uygun olmayıp, yapılacak her türlü düzenlemenin kanunla ortaya konması gerekliliği son derece açıktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Balci Muharrem/Sönmez Gülden, Örnekli-Açıklamalı-Karşılaştırmalı Temel Belgelerde İnsan Hakları (Danışman Yayınları, 2001)
- Doğru Osman, Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 5 (Conseil de l'Europe, 2018)
- Dutertre Gilles, Extraits clés de jurisprudence: cour européenne des droits de l'homme (Ed de Conseil de l'Europe, 2003)
- François Jean/Kombe Akandji, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Haklarının Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları No.7, Çev. Heval Çınar, Abdülcelil Kaya (Avrupa Konseyi, 2008) [http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019112811poizitif\\_yukumluluk.pdf](http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019112811poizitif_yukumluluk.pdf)
- Kalabalık Halil, İnsan Hakları Hukuku 2. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2009)
- Korff Douwe, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap 4. baskı (Beta Basım Yayım, 2003)
- Malkoç İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu C. 3 (Malkoç Yayıncılık, 2013)
- Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sancakdar Oğuz, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu 2. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2004)
- Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı 5. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2014)

### Makaleler

- Alptekin Kâmil, "Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme" (2004) 12, *Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History*
- Bayram Metin, "Right to Health" (2017) 4, *Health Care Academician Journal* [http://www.stuncer.com/wp-content/uploads/2018/06/2017\\_4\\_1\\_Bask%C4%B1.pdf](http://www.stuncer.com/wp-content/uploads/2018/06/2017_4_1_Bask%C4%B1.pdf) E.T. 20.08.2020.
- Çakmut Özlem Yenerer, "Türk Ceza Yasası'nda Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu (TCK m.240)" (2019) 25/2, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*
- Erdoğan Gülnur, "Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı" (2008) 77, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*
- Hacımustafaoğlu Mustafa, "Enfeksiyon Hastalıkları Pratiğinde Salgın Tanımlanması" (24 November 2018) <http://www.cocukenfeksiyondergisi.org/upload/documents/2018-04/2018-12-4-172-173.pdf>
- İnal Seza, "Middle East Respiratory Syndrome-Coronavirus (MERS-CoV) Infection" (2016) *The Medical Journal of Okmeydanı Training and Research Hospital* <http://www.okmeydanitipdergisi.org/jvi.asp?pdid=okmeydanitip&plng=tur&un=OTD-38258&look4=>
- Karakul Selman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı -1" (2016) 3, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*
- Kurt Engin, "Savaşların Sonuçlarını Etkileyen Salgın Hastalıklar" (2010) 18, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*

- Metin Yüksel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler" (2010) 7, *Uluslararası İlişkiler Dergisi* <https://www.uidergisi.com.tr/yazilar/avrupa-insan-haklari-sozlesmesinin-yasamin-ve-sagligin-korunmasi-ile-ilgili-olarak-taraf-devletlere-yukledigi-pozitif-yukumlulukler>
- Mustafayev Söhrab, "Cumhuriyet Döneminde Sıtma ile Mücadele ve Yasal Düzenlemeler (1923-1946)" (2019) 6, *Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi*
- Önok R. Murat, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)" (2020) 9, *Anayasa Hukuku Dergisi*
- Özkaya Hilal, "Fight against Contagious Diseases during the Period of the Republic" (2016) 20, *Türkiye Aile Hekimliği Dergisi*
- Samancı Uğur, "Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi" (2016) 18, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*
- Şahin Kemal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı" (2013) 19, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*

### İnternet Kaynakları

- Akbulut Olgun, "COVID-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün mü?" <https://www.istanpol.org/post/covid-19-a-kar%C5%9F%C4%B1-t%C3%BCrkiye-de-zorunlu-a%C5%9F%C4%B1-m%C3%BCmk%C3%BCn-m%C3%BC>
- Arslan Çetin/Candidate Didar Özdemir, "Fiyatları Etkileme Suçu" <http://avekon.org/papers/1220.pdf>
- Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>
- <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51614548> "Pandemi Nedir, Ülkeleri Nasıl Etkiler? - Dünya Sağlık Örgütü Koronavirüsü Pandemi İlan Etti" (12 March 2020)
- <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/>
- <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>
- <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses>
- Kaymaz Seydi, "Salgın hastalıklarla mücadelede mevzuatımız yeterli değildir" (Independent *Türkçe*, 23 March 2020) <https://www.indyurk.com/node/150986/t%C3%BCrkiyeden-sesler/salg%C4%B1n-hastal%C4%B1klarla-m%C3%BCcadelede-mevzuat%C4%B1m%C4%B1z-yeterli-de%C4%9Fildir>
- Şen Ersan, "Olağanüstü Hal Uygulamaları" (Hukuki Haber) <https://www.hukukihaber.net/olaganustu-hal-uygulamalari-makale,7580.html>
- Şirin Tolga, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Hukuksal Mücadeleye Anayasal Bir Giriş" [https://www.academia.edu/42611036/Tehl%C4%B0kel%C4%B0\\_Salgın\\_Hastalıklarla\\_Hukuksal\\_M%C3%9Ccadeleye\\_Anayasal\\_B%C4%B0r\\_G%C4%B0r%C4%B0%C5%9e](https://www.academia.edu/42611036/Tehl%C4%B0kel%C4%B0_Salgın_Hastalıklarla_Hukuksal_M%C3%9Ccadeleye_Anayasal_B%C4%B0r_G%C4%B0r%C4%B0%C5%9e)
- Şirin Tolga, "Kanun Devletini Bile Arar Olduk" (Medya ve Hukuk Çalışmaları Derneği, 10 April 2020) <https://www.mlsaturkey.com/tr/anayasa-hukukcusu-tolga-sirin-kanun-devletini-bile-arar-olduk/>

Uysal Erhan, "Sırada Virüs Salgınları Mı Var?" (Kocaeli Barış Gazetesi, 31 January 2020) <https://www.kocaelibarisgazetesi.com/sirada-virus-salginlari-mi-var-makale,61577.html>

### **Mahkeme Kararları**

Halime Sare Aysal [2015] AYM 2013/1789 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-1789.pdf>

Akkoç/Türkiye [2000] AİHM 22947/93, 22948/93 file:///C:/Users/drdil/Downloads/CASE%20OF%20AKKOC%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf

Assanidzé/Gürcistan [2004] AİHM 71503/01

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61875>

Budayeva ve Diğerleri/Rusya [2008] AİHM 15343/02

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-119358>

Çoşelav/Türkiye [2012] AİHM 1413/07

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-113767>

Enhorn/İsveç [2005] AİHM 56529/00

<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2014/04/Enhorn-v.-Sweden.pdf>

Jalloh/Almanya [2006] AİHM 54810/00

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76307>

Keenan/Birleşik Krallık [2001] AİHM 27229/95

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59365>

Mouisel/Fransa [2002] AİHM 67263/01

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60732>

Osman/Birleşik Krallık [1998] AİHM 23452/94

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58257>

Öneryıldız/Türkiye [2004] AİHM 48939/99

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-162089>

Panteleyenko/Ukrayna [2006] AİHM 11901/02

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-3281>

Solomakhin/Ukrayna [2012] AİHM 24429/03

file:///C:/Users/drdil/Downloads/001-109565.pdf

van Kück/Almanya [2003] AİHM 35968/97

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61142>

VD/Romanya [2010] AİHM 7078/02

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-150815>

# TÜRKİYE'DE KÜRTAJIN ETİK AÇIDAN İNCELENMESİ

## AN ETHICAL REVIEW ON ABORTION IN TURKEY

Bilgehan ARİFOĞLU\*

**Özet:** Bu makalenin amacı nesnel yoldan kürtaj konusunun incelenmesinden ziyade yasalar ve yasa koyucuların kadının özelindeki bir durumu ne kadar sınırlayabilecekleri ve kadın vücudunun özgürlüğünün ceninin yaşam hakkından üstün olup olmadığını incelemektir. Türkiye’de kürtajın yasaklanmasının istenmesinin, paternalist bir devlet yaklaşımını gösterdiği ve yasa koyucuların neredeyse tamamının erkek olduğu bir toplumda, kürtaj ile ilgili olan kadının vücutsal ve tercihsel özgürlüğüne sınırlar koymada meşruiyet kazanıp kazanmadıkları soruları incelenmiştir. Kürtajın “faydacılık” temeline dayandırılarak yasaklanması istemi ayrıca “faydacılık” unsurunun tartışmaya açılmasını gerektirmiştir. Son olarak bu kısımda “cinsel saldırı sonucu hamile bırakılan” ve “herhangi bir sebeple hayatının hiçbir anında çocuk yapmak istemeyen kadın” örnekleri ile bu olguların, faydacılık konusunda ne kadar etkin olduğu tartışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kürtaj, Yasa Koyucu, Özgürlük, Cenin, Yaşam Hakkı, Tecavüz, Etik ve Ahlak

**Abstract:** The purpose of this article is not to examine the subject of abortion objectively, but to examine how laws and legislators can limit a situation specific to women and whether the freedom of the female body is superior to the fetus’s right to life.

In Turkey, where the paternalistic state approach and the life in a society in which almost all lawmakers are men, the legitimacy of putting limits on a bodily and preferential freedom of women, who are akin to abortion, were investigated. The request to ban abortion based on ‘utilitarianism’ also required the ‘utilitarianism’ element to be discussed.

Finally, in this section, the effectiveness of these cases on utilitarianism is discussed with the examples of “women who have become pregnant as a result of sexual assault” and “women who do not want to have children at any time for any reason”.

**Keywords:** Abortion, Legislators, Freedom, Fetus, Right to Live, Rape, Ethics and Moral

\* Stj. Av., bilgehanarifoglu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6945-6781, Makalenin Gönderim Tarihi: 30.03.2020, Kabul Tarihi: 30.03.2020



## 1. Giriş

İstenmeyen veya yasaklar ya da imkânsızlıklar nedeniyle sonlandırılmayan hamilelik, kadının özgürlüğünü kısıtlayan, fizyolojik ve psikolojik sağlığı üzerinde ciddi bir yük oluşturan, sadece dokuz ay değil yıllar boyunca kadını çocuk bakımı sorumluluğunun altına sokan ve kadının bütün hayatını etkileyen bir durumdur.<sup>1</sup> Önlem alınsa dahi istenmeyen gebelik günümüzde birçok kadının başına gelebilmektedir. Kürtaj meselesi hukuk, felsefe ve etik açısından incelenmesi gereken bir mevzudur. Genelde “hakların yarışması” olarak adlandırılan, kadının özgürlüğünün ceninin yaşam hakkından üstün olduğu görüşü, gelişmiş ülkelerde benimsenmektedir. Dolayısıyla bu tip gelişmiş ülkelerde kürtaj hakkı, bireyin en doğal hakkı olarak görülmekte ve kadının bu aşamada tercihinin özgür olması sağlanmaktadır. Kürtaj tartışmalarında en çok dile getirilen görüşler, kürtajın masum bir bireyin hayatına son verdiğini kabul ederek gebeliğin ilk aşamasından itibaren etik açıdan yanlış olduğunu savunan kürtaj karşıtı görüşler ile kadının bedeni üzerindeki hakkına dayanarak kadının gebe kalma ve anne olmaya zorlanamayacağını, geleceğini belirleme hakkının sadece kendisine ait olduğunu savunan kürtaj yanlısı görüşlerdir. Bu anlamda kürtaj tartışmalarının çoğunlukla hak temelli yaklaşımlarca ele alındığı görülmektedir.<sup>2</sup> Ünlü kemancı örneğinde de olduğu gibi başkasına yardım etmeyi reddetme hakkı ve kendisinin istemediği bir duruma yükümlü olamayacağı, tıbbi müdahalenin reddi ya da zarara katlanmama özgürlüğünün varlığını kürtaj açısından incelemek önemlidir. Bu makalede sorgulayacağımız konu, ceninin ne zaman birey sayılıp birey sayılmayacağı ile kanunda öngörülmemiş olsa dahi doktrinde tartışmalı olan kürtajı, salt birey açısından hiçbir şekilde kabul etmeme veya bu ahlaki ve manevi olguya inanmama özgürlüğümüzün, kürtajın yasaklanmasının hangi “üstün yararı” gözeteceği varsayımında kabul edilebilir olacağı, yasa koyucuların hangi hukuki gerekçeye dayanarak kürtajın yasaklanmasını istedikleri ve neredeyse tamamı erkek olan yasa koyucuların kadının vücudu hakkında karar vermeye ne kadar etkili oldukları konularıdır.

<sup>1</sup> İçten Keskin, Amerika ve Türkiye’de Kürtaj Politikaları ve Feminizm Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Temmuz 2014.

<sup>2</sup> Didem Gediz Gelegen, “Kürtaj: Cinayet Süsü Verilmiş Bir İntihar mı?”, *Fe Dergi: Feminist Eleştiri*, Cilt 3, Sayı 1, 2011, s.65, <http://cins.ankara.edu.tr/20111.html> (26 Nisan 2013.)

## 2. Kürtaj ve Etik-Faydacılık

Temelleri Eski Çağ'daki hazırlık görüşlerine kadar uzanan faydacılık yaklaşımının tarihsel gelişimine bakıldığında, 18. yüzyılda Jeremy Bentham tarafından sistemli bir teori şeklinde ortaya konulduğu ve 19. yüzyılda John Stuart Mill tarafından geliştirildiği görülmektedir. Çağdaş etik tartışmalarda ise klasik faydacılar olarak adlandırılan Bentham ve Mill'in görüşlerinin yeniden yorumlanması ile oluşturulan faydacılık yorumları geniş yer bulmaktadır.<sup>3</sup> Klasik faydacılardan itibaren faydacılığın bütün yorumlarında değişmeden savunulan temel varsayımın fayda ilkesinin nihai amaç olarak benimsenmesi olduğu söylenebilir. En fazla sayıda insanın en büyük miktarda mutluluğu (greatest happiness of the greatest number) olarak ifade edilen fayda ilkesini esas almak, faydacı teorilerin ortak noktasını teşkil eder. Bununla birlikte en fazla mutluluk kavramının içeriği açıklanırken faydacı teoriler birbirlerinden ayrılmakta ve "hazza ulaşma", "bireysel tercihlerin tatmin edilmesi" veya "ruhsal tatmin" gibi farklı kavramlarla mutluluğun içeriğini belirleme yoluna gitmektedirler.<sup>4</sup> Uygulamalı etik (applied ethics), kuramsal tartışmalar yerine günlük yaşamda karşılaşılan ve çoğunlukla çağın bilimsel, teknolojik, ekonomik ve sosyal gelişmelerinin sonucu olarak ortaya çıkan etik sorunları merkeze alan çalışmalara verilen kavramdır. Öne çıkan uygulamalı etik alanları arasında biyoetik, çevre etiği, siyaset etiği, iş etikleri ve basın etiği sayılabilir.<sup>5</sup> Uygulamalı etiğin altında yer aldığı kabul edilen biyoetik, felsefe, tıp, hukuk, ekonomi ve benzeri alanlardan aldığı katkılarla disiplinler arası bir çalışma alanı olarak görülmekte<sup>6</sup> ve etik ile canlılık bilimlerinin kesişme kümesini temsil etmektedir.<sup>7</sup>

Biyoetik alanı konularına göre klinik etik, kuramsal biyoetik, çevre etiği, sağlık etiği gibi alt alanlara ayrılmaktadır.<sup>8</sup> Biyoetik problemler

<sup>3</sup> Sercan Gürler, *Ahlâk ve Adalet: Çağdaş Ahlâk Felsefesi ve Adalet Sorunu*, Legal Kitabevi (2007).

<sup>4</sup> Şule Şahin Ceylan, "Nesiller Arası Adaletle Faydacı Yaklaşım", *AÜHFED*, Cilt 61, Sayı 2, 2012, s.768.

<sup>5</sup> Oğuz ve diğ., "Uygulamalı Etik", s. 245.

<sup>6</sup> Helga Kushe and Peter Singer, "What is Bioethics? A Historical Introduction", *A Companion to Bioethics*, Helga Kushe and Peter Singer (Ed.), Wiley-Blackwell, Second Edition, Oxford UK 2009, s.10.

<sup>7</sup> Oğuz ve diğ., "Biyoetik" başlığı, s.35.

<sup>8</sup> Oğuz ve diğ., "Biyoetik" başlığı, s.36

genel olarak, yaşamın başlangıcına ilişkin problemler (kürtaj problemi gibi), yaşamın sona ermesine ilişkin problemler (ötanazi gibi) ve tıbbi araştırmalar ve tedavilere ilişkin problemler (tıbbi deneyler, organ nakli) şeklinde üç başlık altında toplanmaktadır.<sup>9</sup>

Kürtajın masum bir insanın hayatına son verdiğini kabul ederek gebeliğin ilk aşamasından itibaren etik açıdan yanlış olduğunu savunan görüşlerin yanında, gebe kadının tercihine bağlı olarak gebeliğinin her aşamasında kürtaja etik açıdan izin verilebileceğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Etik bir problem olarak kürtaj, embriyo veya fetüsün ahlâki statüsü,<sup>10</sup> insan ve kişi kavramları, yaşama hakkı, kadının özerkliği, kadının insan hakları, cinsellik, üreme sağlığı ve gebe kadın ile fetüsün menfaatleri arasındaki çatışma gibi birbirinden farklı kapsamlarda ele alınmaktadır.<sup>11</sup> Bunun dışında kürtaj tartışmalarının içeriğini etkileyecek nitelikte gebeliğe dair bazı özel durumlar da tartışmalarda ayrıca göz önünde bulundurulmaktadır. Örneğin gebelik nedeniyle kadının yaşamının tehlikeye girmesi veya sağlığının bozulması hallerinde, fetüsün ağır bir hastalıkla veya özürlü olarak doğacak olması durumlarında, tecavüz sonucu gerçekleşen gebeliklerde ve temiz kudretine sahip olmayanların veya küçüklerin gebeliğinde, kürtajın etik açıdan uygun olup olmadığı tartışması, bu durumların özelliğine göre ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Kürtaj, gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılması, gebeliğin tedavi amacıyla sonlandırılması ve gebeliğin seçici olarak sonlandırılması şeklinde üç başlık altında incelenebilir. İsteğe bağlı kürtaj, kişisel ve sosyal nedenlerle fetüsün yaşamının sonlandırılmasına ilişkin olarak ilgili kişinin veya kişilerin kendi istekleri sonucunda karar vermeleriyle yapılan kürtajdır ve etik açıdan en çok tartışılan kürtajın bu türüdür.<sup>12</sup> Kürtaja, gebe kadının tedavisi ama-

<sup>9</sup> "Applied Ethics" başlığı, Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/ap-ethic/> (12 Ocak 2013).

<sup>10</sup> Rahim içinde kadının yumurtası ve erkeğin sperminin birleşmesiyle döllenme meydana gelmekte ve döllenmenin gerçekleşmesinden 8. haftanın sonuna kadar olan dönemde şekillenen oluşum "embriyo", 8. haftadan itibaren ise "fetüs" olarak adlandırılmaktadır. (Görkey, s.87.) Etik bir problem olarak kürtaj çoğunlukla 8. haftadan sonra fetüsle ilgili olarak ortaya çıktığından ve fetüse ilişkin açıklamalar büyük ölçüde embriyoyu da kapsayıcı nitelikte olduğundan çalışmamızda fetüs terimi kullanılmıştır.

<sup>11</sup> "Abortion" başlığı, Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/abortion/> (12 Ocak 2013).

<sup>12</sup> Oğuz ve diğ., "Gebeliğin İsteğe Bağlı Sonlandırılması" başlığı, s.103

cıyla da başvurulabilmektedir. Tedavi amacıyla yapılan kürtaj, kadının gebeliğini sürdürmesine engel hastalıkları nedeniyle veya gebeliğin kadının sağlığını tehdit ettiği durumlarda yapılan müdahaledir. Gebe kadının yaşamını kurtarmak için tedavi amacıyla kürtaja başvurulması, birkaç radikal görüş dışında etiğe uygun olarak kabul edilmektedir. Ancak annenin sağlığının yaşamsal olmayacak şekilde tehlikeye girmesi veya gebeliğin psikolojik sorunlarını arttıracak olması halleri halen tartışmalı konular arasındadır.<sup>13</sup> Seçici olarak yapılan kürtaj ise fetüste var olan veya var olma olasılığı bulunan herhangi bir kusur nedeniyle yapılan kürtajdır.<sup>14</sup> Bununla bağlantılı olarak fetüsün hangi özelliklerinin kusur olarak görüleceği ve kürtajda hangi gerekçelerin etik açıdan kabul edilebilir olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Gerekçeleri bakımından kürtaj ele alındığında, kültürel nedenlerle erkek çocukların daha çok önemsenmesinin veya daha önce doğan çocukların tümünün aynı cinsiyeti taşımasının bazı ebeveynler için kürtaj gerekçesi olabildiği görülmektedir. Bu kapsamda fetüsün cinsiyeti gerekçesiyle kürtaja başvurmanın etik açıdan uygun kabul edilip edilmeyeceği sorusu, konunun farklı bir yönünü ortaya çıkarır. Kürtajın doğum kontrol yöntemi olarak algılanarak bu amaçla kullanılması da gerekçeleri bakımından kürtajın değerlendirilmesinde ele alınan konulardandır.<sup>15</sup>

Bizim konumuz rızası dışında çocuk düşürme veya düşürtmekten ziyade, rıza dahilinde yapılacak müdahalelerde öngörülen suçlar ve genel olarak kürtajın yasaklanmak istenmesi üzerinedir. Bu yüzden bu suç tipiyle ilk karşılaştığımız durum “*gebelik süresinin on haftayı geçmiş*” olduğu durumlardır. Türk Ceza Kanunu burada çocuk düşürme ile düşürtme arasında bir ayrıma gitmiştir. Dolayısıyla kadının kendisinin gebeliği sonlandırdığı durumun kanunda nasıl işlendiğinin ayrıca incelenmesi gerekir.

### 3. TCK’da Çocuk Düşürme

Çocuk düşürme ile ilgili olarak Türk Ceza Kanunu, 100. maddede, “*Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek*

<sup>13</sup> Görkey Ş. “Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar.” In: Hatemi H, Doğan H, editörler. Medikal Etik. İstanbul: Yüce Yayınları; 2001. p.80-109

<sup>14</sup> Oğuz ve diğ., “Gebeliğin Seçici Olarak Sonlandırılması” başlığı, s.105.

<sup>15</sup> Görkey, s. 94

düşürmesi hâlinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir” şeklinde bir hükme yer vermiştir. Hamileliğin 10 haftası tamamlandığında bebeğinin bütün yaşamsal organları da oluşmaya başlar. Yani artık embriyonik dönemin sonu, fetal dönemin başlangıcıdır. Dolayısıyla otoriteler bu kısımdan sonra ceninin ahlaki ve etik açıdan birey olarak sayılacağını ve bundan kaynaklanan düşürme veya düştürme olgularının suç olarak sayılacağını belirtmiştir. Fakat bu konuda Elisabeth Porter; “Kişi olmak dölleme ile mi başlar, beyin yaşamı ile mi, hareketlenme ile mi, akciğer gelişimi ile mi, doğumla mı, karakter ya da rasyonel seçim yetisi ile mi?” diye haklı bir sormaktadır. Bir görüş, beyin ölümü hayatın bitimi olarak görüldüğüne göre beyin yaşamı da kişi olmanın başlangıcı olmalıdır şeklinde bir savunma yapmaktadır. Bir başka görüşe göre ise, kişi olmak kendi varlığına dair bilinç sahibi olmayı gerektirir. Bu argüman yeni doğmuş bebeklerin dahi kişi olmadığı ve bizim sahip olduğumuz gibi bir yaşama hakkına sahip olamadıkları sonucuna gelmektedir.<sup>16</sup>

Kişi olmanın ne zaman oluşacağı doktrinde hala tartışılan bir konudur çünkü kadının karnındaki ceninin bir birey olarak kabul edilmesi ve bunun kanunda tanımlanarak onuncu haftadan sonra yapılacak düşürmelerin suça bağlanmış olması çok keskin ve radikal bir sonuç olarak gözüktür. Sonuçta ceninin gerçekten de hangi anda hayatta olduğu durumu metafiziksel ve etik bilgilerle yorumlandığından dolayı pozitif hukuk bağlamında bu bilgilerle yargıda bulunmak mantıklı gözükmemektedir. Fakat bu tartışmaya geçmeden evvel, kadının rızası dışında gebe kaldığı durumlarda ne gibi problemlerin oluştuğunu da ayrıca incelememiz gerekir.

#### 4. İstenç Dışı Gebelikler ve Özgürlük

İstenç dışı gebelik 4 farklı şekilde ortaya çıkar. Bunların birincisi “cinsel saldırıya maruz kalan kadının rıza ve istenç dışı gebe kalması”, bir diğeri ise “cinsel birleşme rıza dahilinde olsa bile yeterince önlem alınmamasından kaynaklanan” durumdur. Üçüncü ihtimal ise “bilinçsizlikten kaynaklanan istenç dışı gebelik” ve son ihtimal ise “yeterince korunulduğunda dahi istenç dışı gebe kalabilme ihtimalinin gerçekleştiği” durumlardır.

<sup>16</sup> İçten Keskin, Amerika ve Türkiye’de Kürtaj Politikaları ve Feminizm Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Temmuz 2014.

Cinsel saldırıya maruz kalan birey, rızası dışında gebe kaldığında ve kürtajın yasaklandığını ve suç olması ihtimalinde ceninin yaşam hakkının kadın vücudunun özgürlüğünün ve kadının tercihinin üstüne çıktığını görmekteyiz. Bu durumun, hakların yarışması bağlamında doğru olup olmadığı tartışmalıdır. Çünkü kadın rızası haricinde cinsel saldırıya uğramakta ve bu çirkin olay sonucunda gebe kalmaktadır. Üstüne kürtajın yasaklandığı ihtimalde, bu bir kadının hayatının büyük bir kısmının kanun koyucu tarafından çocuğa bakmakla yükümlü tutması sebebiyle elinden alındığının göstergesi olabilmektedir. Sonuç olarak kadın, yukarıda bahsettiğimiz üzere sadece 9 aylık bir hamilelik süreci ile değil, yıllar boyu onu belirli yükümlülük altına sokacak olan çocuğa bakma yükümlülüğü ile karşı karşıya kalmaktadır.

Bir diğer durum ise az önce bahsettiğimiz gibi cinsel isteğin rıza dahilinde olması halinde dahi yeterince korunabilmenin öneminin farkına varılmaması sonucu bilinçsizlikten kaynaklanan istenç dışı gebelik durumudur. Bu durum pratikte 18 yaşından küçüklerde yahut anlık madde veya alkol gibi bilinci uyuşturan durumlarda olmalarından ya da gerçekten hamilelik önleme adına korunma yöntemleri ile ilgili hiçbir bilgisi olmayan bireyler tarafından karşımıza çıkmaktadır. Üçüncü ve son durum ise korunma bilinci olsa dahi istenç dışı gebelik mevzusudur. Doğum kontrol yöntemleri günümüzde bile mükemmel olmadığından, doğum kontrol yöntemlerinin başarısız olma oranları ve doğum kontrol yöntemi kullanımında hata yapma payı hesaplandığında her yıl dünya genelinde 33 milyon kadının korunduğu halde hamile kaldığı tahmin edilmektedir.<sup>17</sup> Bu durumlarda da temel olarak bir “rıza” olgusundan bahsedemeyeceğimiz için kürtajın bu tip durumlarda yasaklanması yine haklar yarışması kapsamında kadın hakkını ihlal eden bir olgu olarak karşımıza çıkabilir.

Anlık yapılan bir hata veya kadına zorla cinsel saldırıda bulunduğu durumlarda, kadının özgürlüğü bağlamında onun çocuğa bakma yükümlülüğü, düzenli ilaçlar alma ve testlere gitme zorunluluğu, belirli aksiyonları ve aktiviteleri yapamama durumu gibi durumlar, kadının hayatının hiçbir anında çocuk bakmak veya büyütme istemeyeceği ve hatta aşırı bir örnekle belki de geleneksel veya kültürel

<sup>17</sup> WHO, Safe Abortion: Technical And Policy Guidance For Health Systems, (2012), 23. [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70914/1/9789241548434\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70914/1/9789241548434_eng.pdf?ua=1) [19.06.2014]



olarak çocuk yapmanın günah olduğu bir aile kültüründen geldiği gibi farazi durumlarda, istemediği bir şey için kadını bu yükümlülüğe mahkum etmek anlamına gelir. Dolayısıyla etik ve ahlaki perspektiften bakıldığında, kadının vücudunun üstünlüğü ceninin vücudu ve yaşam hakkından önce gelmesi bu tip durumlar için daha mantıklı görülmektedir. Tüm bu konularda aslında çıkarım hep aynıdır. Kadın, burada cenini vücudunda yaşatan olduğu ve ceninin hayatta kalabilme ihtimalinin sadece kendisine bağlı olduğu bu tarz durumlarda, zorla bir "şeyi" vücudunda taşıyarak yaşatmaya zorlanamayacağı görüşü baskın gelmektedir. Bu konuyla ilgili Thomson ve kemancı örneğini de vermemiz gerekir. Thomson, aşağıdaki pasajı cenini vücudunda taşımak zorunda olan bir kadını betimleyerek açıklamak istemiştir.

*"Bir sabah uyandıığımızda kendinizi kemancı ile sırt sırta buluyorsunuz. Bilinci kapalı ünlü bir kemancı yatakta yatıyor. Müzik Aşıkları Derneği ise bir tek siz o vücuda uyumlusunuz diye sizi kaçırtıyor. Dolaşım sistemlerinizi birbirine bağlıyor ve size şunu diyorlar: 'Bakın üzgünüz, Müzik Aşıkları Derneği size bunu yapmamalıydı ve eğer böyle bir şeyi yapacaklarını bilseydik kesinlikle izin vermezdik. Fakat yapmışlar ve kemancının yaşamı size bağlı. Bağlantıyı kesmek onun ölmesi demek. Fakat üzülmeğin bu sadece 9 ay sürecek'. Törel açıdan bu durumu kabul etmek zorunda mısınız? Ya 9 ay değil de 9 yıl olsaydı?"*

Bu pasajda rol alan kemancının fetüs, müzik derneğinin devlet ya da yasalar, okuyucunun da gebe kadın olduğu açıktır. Fakat burada verilmek istenen mesaj, yaşama hakkı ile yaşamı devam ettirme hakkının kadının tercihi olması gerektiğidir. Evet, gerçekten de buna katlanıp 9 ay boyunca kemancıyı hayatta tutabilirsiniz. Fakat bu en fazla sizi bir iyilik meleği yapar. Ancak sizin burada gerçekten -ceninin- yaşamını devam ettirmeme hakkına sahip olmanız, hakların yarışı kapsamında makul kabul edilebilmelidir. Ayrıca McKinnon, korunmadığı için hamile kalan kadınların sorumsuzlukla suçlanamayacağını ve bundan ötürü cezalandırılmayacağı çünkü içinde yaşadığımız cinsiyetçi toplumda kadınların korunma ve cinsellik konusunda özgürce seçim yapmadığını, partnerlerinin baskısı altında olduklarını, bazen "hayır" deme ya da korunmayı önerme gücünü bulamadıklarını konuya farklı bir bakış açısı getirmek adına söylemektedir.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Catharine MacKinnon, Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru, çev. Türkân Yöney, Sabir Yücesoy (İstanbul: Metis Yayınları, 2003), 214.



Peki Türkiye’de otoriteler kürtaj konusu hakkında nasıl bir yol takip etmektedir?

## 5. Devlet ve Kürtaj Yaklaşımı

Cumhuriyet döneminde nüfus politikaları açısından üç dönem göze çarpmaktadır ve kürtaj politikaları da nüfus politikalarındaki bu değişiklikler doğrultusunda belirlenmiştir. Bu dönemlerden ilki Osmanlı’da başlayan güçlü nüfus isteğinin devamı niteliğinde olan pro-natalist dönemdir. İkincisi 1950’lerden itibaren endişe yaratmaya başlayan yüksek nüfus artışının kontrol altına alınmaya çalışıldığı anti-natalist dönemdir. Anti-natalist politikalar 1965 yılından itibaren etkin bir şekil de uygulanmaya başlandığı için bu dönemin 1965’te başladığı kabul edilmiştir. Üçüncü olarak nüfus artış hızının ideal olarak kabul edilen altına inmesiyle, mevcut yönetim dönemine denk gelen ikinci bir pro-natalist dönem görülmektedir.<sup>19</sup>

2001’den önce kürtajı doğru bulanların oranı annenin hayatının tehlikeye girmesi durumunda %83, bebeğin sakat doğma ihtimalinin yüksek olması durumunda %76, annenin evli olmaması durumunda %65, evli çiftin daha fazla çocuk istememesi durumunda %61 idi. 2001’de yapılan araştırmaya göre ise annenin evli olmaması durumunda kürtajı uygun bulanların oranı %44’e, daha fazla çocuk istememe durumunda uygun bulanların oranı %41’e düşmüştü. 2008 yılına gelindiğinde bu değerler daha da düşmüş, annenin evli olmaması durumunda %33, evli çiftin çocuk istememesi durumunda %29’a inmişti.<sup>20</sup> Bu sonuçlar bize Türkiye’de muhafazakarlaşan bir toplumun kadın ve hakları ve dolayısıyla kürtaj konusundaki bakış açısının negatif yönde ilerlediğini göstermektedir.

Mevcut otoritelerin kürtaja karşı çıkmasının ardındaki asıl nedenin cenin hakları değil, nüfus kontrolü olduğunun bir diğer göstergesi de tüp bebek konusunda verdikleri destektir. Amerika’daki pro-life hareketi, tüp bebek yöntemine birden fazla cenin üretilip sadece biri-

<sup>19</sup> İçten Keskin, Amerika ve Türkiye’de Kürtaj Politikaları ve Feminizm Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Temmuz 2014, s.55.

<sup>20</sup> Yılmaz Esmer, “Kürtaj Konusunda Türk ve Dünya Kamuoyu”, <http://betam.bahcesehir.edu.tr/tr/2012/05/kurtaj-konusunda-turk-ve-avrupa-kamuoyu-1990-2011/> [25.06.2014].

nin kullanılıp diğerlerinin yok edilmesi nedeniyle karşı çıkmaktayken, Türkiye’de kendisini cenin hakları savunucusu olarak tanımlayan çevreler bu konuya değinmemiştir ve mevcut otoriteler tüp bebek hizmetine verdiği desteği gururla anlatmaya devam etmiştir.<sup>21</sup>

Görüldüğü üzere devletin nüfus koruma veya artırma politikaları, kadınların -hangi koşullara maruz kalmış olurlarsa olsunlar- vücut özgürlüklerinden daha önce gelmekte ve bu nedenden dolayı kürtajı yasaklama girişiminde bulunulmaya çalışıldığı söylenebilir. Devletin genç nüfusu artırmasının isteği ve sonucu olarak, kadınlar birer çocuk doğurma makineleri olarak düşünülmekte ve yukarıda bahsettiğimiz üzere, cinsel saldırıya maruz kalmış kadının bile cenini doğurmak zorunda olduğu bir dünyaya sürüklemektedir. Hal böyle olunca devletin bireylere neyin iyi neyin kötü olduğunu gösterdiği ve kötü şeyleri yasakladığı bir “baba” tavrı sergileyen paternal<sup>22</sup> bir sistem uygulamaya çalıştığı bu tarz durumlarda, bireylerin salt özgürlüğü de baba rolü oynayan ve ahlaki önerilerde bulunan devlet tarafından kısıtlanmaktadır.

Olaya meşruiyet açısından yaklaşılacak olunursa, şöyle ki, nerede toplum varsa orada hukuk vardır ve devlet vardır. Bireyler devleti oluşturur. Yasaları oluşturan kişilerde tıpkı herkes gibi bir insan topluluğundan ibarettir. Hal böyle olunca bazı yasalar -kürtaj örneğinde olduğu gibi- metafiziksel, etik ve ahlaksal çıkarımlar dahilinde oluşturulmaktadır. Bu da yasa koyucu kişilerin yetiştirildiği ahlaki görüşler ve etik anlayışların yasa yapılarak diğer bireylere- dayatılması sonucu oluştuğu anlamına gelmektedir.

Hele ki zaten etik ve ahlak konusunda insanlar yeterince bireysel anlamda özgür değilken, bir de kürtaj meselesinde yasa koyucuların çoğunun erkek olduğu gerçeğini düşündüğümüzde ve kürtajı yasaklamanın “devletin refahı” adına yani nüfus politikasını artırma veya

<sup>21</sup> İçten Keskin, Amerika ve Türkiye’de Kürtaj Politikaları ve Feminizm Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Temmuz 2014, s.64.

<sup>22</sup> Bir yönetim ilişkisi ve beşerî münasebet türü. Yönetim ilişkisi olarak devletin (veya yöneten gücün) bir toplumun veya bir milletin ihtiyaçlarını bir babanın çocuklarının ihtiyaçlarını karşılaması gibi karşılaması veya o milletin hayatını babanın çocuklarının hayatını düzenleyişi gibi düzenlemesi iddia ve girişimi. Bu terim aynı zamanda halkı (veya diğer insanları) çocuklar gibi bir dış otorite ihtiyacı içinde bulunan, aciz ve kendine yetersiz gören tavra işaret etmek için de kullanılır.

gençleştirme adına bu kararı verdikleri durumun ne kadar meşru ya da iyi yahut kötü olduğunu sorgulamamız gerekir. İşte bu durumda faydacılık konusu karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten kürtaji yasaklamak, bireysel anlamda bu konuda mustarip olan belirli bir kitleye zarar verirken, tüm insanların salt ve nihai mutluluğunu hangi gerekçeyle artırabilir ve gerçekten de pratikte, zarara uğrayan bireyler bundan ne kadar faydalanabilir? Çünkü faydacılığın temelinde en yüksek miktardaki kişi için en iyi olan şeyin yapılması önceliklidir. Dolayısıyla faydacılık kavramı altına sığınarak toplumsal bir fayda için kürtajın yasaklanması, hangi topluluğun faydasına hizmet ettiği konusunda soru işaretleri oluşturmaktadır.

Türkiye’de şu anda uygulanan kürtaj sistemine bakıldığında yasa anlamında serbest fakat uygulamada kontrol altında kısıtlı olduğunu göstermektedir. Örneğin Sendika.org’un haberine göre Çorum’da özel veya devlet, hiçbir hastane indikasyon dışı hallerde kürtaj yapmayı kabul etmemektedir.<sup>23</sup> Yasal bir düzenleme yapılmaksızın kürtaj uygulamalarının engelleme konusunda en tepki çeken adım kürtaji Medula sisteminden kaldırıp devlet hastanelerinde uygulanamaz hale getirmek olmuştur. Türk Jinekoloji Derneği’nin dikkat çektiği uygulamaya göre Genel Sağlık Sigortası ile sağlık tesisleri arasında, hizmetlerin ödenmesini sağlamak için oluşturulmuş Medula sisteminde kürtaj için kullanılan “tıbbi tahliye kodunun” kaldırılmasıyla devlet hastanelerinde jinekologlar on haftalık yasal süreye rağmen kürtaj yapamamaktadır. Türk Jinekoloji Derneği bu durumu kürtajın gizlice yasaklanması olarak yorumlamıştı.<sup>24</sup> Bu açıdan atılan adımların politik bir yasaklama çabası içerisinde olduğu söylenebilir.

## 6. Sonuç

Türkiye’de kürtaj meselesinin uzun süre tartışmaya konu olabileceği ve statükoda muhafazakarlaşan, geleneklere ve göreneklere bağlı yetişen bir toplumun olası kürtaj meselesinde kürtajın yasaklanması

<sup>23</sup> Sendika.Org, “Çorum’da kürtaj yapan hastane yok: “O işi yapmadan önce düşün-  
ecektiniz” <http://www.sendika.org/2013/04/corumda-kurtaj-yapan-hastane-yok-o-isi-yapmadan-oncedusunecaktiniz/> [17.11.2013].

<sup>24</sup> “Türk Jinekoloji Derneği: Kürtaj gizlice yasaklandı”, T24 Bağımsız İnternet Gazetesi, 11 Mart 2014, <http://t24.com.tr/haber/turk-jinekoloji-dernegi-kurtaj-gizlice-yasaklandi/253143> [28.04.2014].

konusunda fikir birliğine sahip olabilecekleri görülmektedir. Halkın bu konuda çoğu zaman geleneksel çekirdek aile düşünümü bakış açısıyla olaylara yaklaştıkları kabul edildiğinde, konunun haklar bağlamında tartışılması ve epistemolojik olarak ceninin ne zaman ve nasıl kişi sayılacağı, fetüsün ahlaki statüsü, kadının vücudunda kadının rızası dışında ve hayatı boyunca etkileneceği gebelik sürecini kendi isteğiyle sonlandırmaması gerektiği düşüncesi gibi hala tartışılmakta olan konularla pek yakından ilgilenmeyecekleri düşünülebilir. Bu bağlamda da sadece gelenek ve göreneklere yahut dini inançlara yönelik çıkarımlar sonucu kürtaj meselesine sıcak bakmayan toplumun, bunu saf bir faydacılık meselesi olarak görmektense bireysel bazda kendi manevi inançları dahilinde tartacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu meselede faydacılık anlamında bir beklenti içerisine girmek de mantıksızdır. Yöneten sınıf, tamamen kendi etik ve ahlaki değerlerini gözeterek yasalar oluşturma niyetindedir. Böylece yukarıda açıkladığımız sebeplerden ötürü gebe kalan kadınların yaşayacağı zorluklar için herhangi bir iyileştirme adımı atılmadığı gibi topluma neyin iyi ya da neyin kötü olduğunu dayatma çabası içerisinde olan yasa koyucuların, yukarıda açıklamasını yaptığımız paternalist bir sisteme doğru evrildiğinden söz edebiliriz.

## Kaynakça

### Makale ve Kitaplar

- İçten Keskin, Amerika ve Türkiye'de Kürtaj Politikaları ve Feminizm Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2014.
- Didem Gediz Gelegen, "Kürtaj: Cinayet Süsü Verilmiş Bir İntihar mı?", *Fe Dergi: Feminist Eleştiri*, Cilt 3, Sayı 1, 2011, s.65, <http://cins.ankara.edu.tr/20111.html> (26 Nisan 2013.)
- Sercan Gürler, Ahlâk ve Adalet: Çağdaş Ahlâk Felsefesi ve Adalet Sorunu, Legal Kitabevi (2007).
- Şule Şahin Ceylan, "Nesiller Arası Adalet Faydacı Yaklaşım", *AÜHFD*, Cilt 61, Sayı 2, 2012, s.768.
- Oğuz ve diğ., "Biyoetik Terimleri Sözlüğü", Türkiye Felsefe Kurumu, 2005.
- Helga Kushe ve Peter Singer, "What Is Bioethics? A Historical Introduction", *A Companion to Bioethics*, Helga Kushe and Peter Singer (Ed.), Wiley-Blackwell, İkinci Baskı, Oxford UK 2009, s.10.
- Görkey Ş. Gebeliğin Sonlandırılmasında Karşılaşılan Etik Sorunlar. In: Hatemi H, Doğan H, editörler. *Medikal Etik*. İstanbul: Yüce Yayınları; 2001.

Catharine MacKinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, çev. Türkün Yöney, Sabir Yücesoy (İstanbul: Metis Yayınları, 2003), 214.

İnternet Erişimleri

“Applied Ethics” başlığı, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/ap-ethic/> (12 Ocak 2013).

“Abortion” başlığı, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/abortion/> (12 Ocak 2013)

WHO, *Safe Abortion: Technical And Policy Guidance For Health Systems*, (2012), 23. [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70914/1/9789241548434\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70914/1/9789241548434_eng.pdf?ua=1) [19.06.2014]

Yılmaz Esmer, “Kürtaj Konusunda Türk ve Dünya Kamuoyu”, <http://betam.bahcesehir.edu.tr/tr/2012/05/kurtaj-konusunda-turk-ve-avrupa-kamuoyu-1990-2011/> [25.06.2014].

Sendika.Org, “Çorum’da kürtaj yapan hastane yok: “O işi yapmadan önce düşünecektiniz” <http://www.sendika.org/2013/04/corumda-kurtaj-yapan-hastane-yok-o-isi-yapmadan-onedusunecektiniz/> [17.11.2013].

“Türk Jinekoloji Derneği: Kürtaj gizlice yasaklandı”, *T24 Bağımsız İnternet Gazetesi*, 11 Mart 2014, <http://t24.com.tr/haber/turk-jinekoloji-dernegi-kurtaj-gizlice-yasaklandi/253143> [28.04.2014].



# İSTANBUL SÖZLEŞMESİ VE YARGISAL İÇTİHATLAR AÇISINDAN EŞ KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

## EVALUATION OF SPOUSAL CONCEPT IN TERMS OF İSTANBUL CONVENTION AND CASE LAW

Berat ÇAMLICA\*

**Özet:** Anayasa ve uluslararası sözleşmelere göre insanların yaşam hakkı ile ruh ve vücut bütünlüğünün sağlanması, aile hayatının korunması, kadın ve erkek eşitliğinin temin edilmesi, devletin pozitif yükümlülük olarak temel amaç ve görevidir. Hane içi şiddet yıllardır süre gelen mücadeleye rağmen, mevcut uygulamalara bakıldığında, hala insan hakları ihlallerinin en önemli örneklerinden biri olarak görülmektedir. Bu çalışmada, evlenme ve aile kurma hakkının her geçen gün öneminin arttığı, uygulamada yargı organlarının önüne daha sık gelmeye başladığı, özellikle Avrupa ülkelerinde olmak üzere evlenme ve aile hayatıyla ilgili gelişmelerin, hukuksal alanda yeni düzenlemeler yapılmasına ve yargısal içtihatlarda değişikliğe gidilmesine yol açtığı sonucuna ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Aile İçi Şiddet, Eş Statüsü, Resmi ve Resmi Olmayan Evlilik

**Abstract:** According to the Constitution and international conventions, the right to life, protection of physical and physiological integrity of people, protection of family life, ensuring gender equality are the main objectives and tasks of a state as a positive obligation. Despite years of struggle, domestic violence is still considered as the most significant examples of human rights violations regarding the contemporary situation of women's rights. In this study, it is concluded that the importance of the right to marry and found a family has been increasing and this right became more actionable. It is also concluded that developments concerning marriage and family life caused new legal regulations and changes in case law especially in European Countries.

**Keywords:** Domestic Violence, Peer Status, Legal-Illegal Marriage.

\* Bakırköy 14. Ağır Ceza Mahkemesi Üye Hâkimi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, bratcamlica@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8797-6601, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.03.2020, Kabul Tarihi: 10.03.2020



## GİRİŞ

Evlilik, evlenecek olan erkek ve kadının evlendirme memuru huzurunda tarafların karşılıklı rızası ile gerçekleştirilen ve evlendirme memurunun evlenmenin kanuna uygun olduğunu açıklamasıyla kurulmuş olan birliği ifade eder. Evlilik doktrinde kimi yazarlara göre bir sözleşme olarak kabul görmüş iken kim yazarlara göre bir şart tasarruf işlem olarak kabul edilmektedir.<sup>1</sup> Türk Ceza Kanunu'nda ise eş kavramı tanımlanmamıştır.

Eş kavramının tanımlanması ve içeriği Türk Medeni Kanunu'ndaki (TMK) evliliğin genel hükümlerine göre ortaya çıkarılmıştır. Böylece eşe karşı işlenen suçlarda eş kavramı evlilik birliği içerisinde bulunan kişileri ifade etmekte olup fiili birliktelikleri, imam nikahı ve partnerlik gibi sosyolojik oluşumları ifade etmemektedir. İstanbul Sözleşmesi'ne göre ise eş kavramı sadece resmi nikahı ifade etmemekte fiili birliktelik, imam nikahı, partnerlik gibi birliktelikleri de kapsamaktadır.

Bu makalede hukukumuzda yer alan eş kavramından bahsedilecek olup ceza yargılamasında eş kavramının nasıl ele alındığı ve yargının "eş" kavramını nasıl tanımladığı ifade edilecektir. 1 Ağustos 2014 tarihinde 10 ülkenin onaylaması sonucu yürürlüğe giren "Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi" kısa adıyla İstanbul Sözleşmesi ile "eş" kavramına uluslararası bir norm, geniş bir perspektif getirilmiştir. Bütün bunların ışığında iç hukukumuzda doğrudan sirayet edecek olan bu sözleşmenin uygulanması ve uygulanma sırasında ortaya çıkmış temel tartışmaların değerlendirilmesi ele alınacaktır.

### I. Türk Medeni Hukuku'nda Eş Kavramı

Türk Medeni Kanunu'na göre evlilik, evlenme adı verilen, kanunda belirtilmiş olan şekillere uyularak yapılan hukuki bir işlem ile kadın ve erkeğin oluşturdukları birliği ifade eder.<sup>2 3</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş'e

<sup>1</sup> Mustafa Dural, Tufan Ögüz, M. Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2013, C. III., s.11.

<sup>2</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, s.11.

<sup>3</sup> Türk Medeni Kanunu'nun 141 ve 142. maddelerinde evlenmenin, evlendirme memurunun ve ayırt etme gücüne sahip iki ergin tanığın önünde tarafların olumlu cevaplarını verdikleri anda oluştuğu belirtilmiştir. Evlendirme memuru

göre; evlenmenin hukuki niteliğini açıklayan iki önemli görüş mevcuttur.<sup>4</sup> Bu görüşlerden ilki, evlenmenin bir aile hukuku sözleşmesi olduğunu ifade etmekte ve tarafların karşılıklı uygun rızalarıyla evliliğin kurulduğuna ilişkin kanaate dayanmakta iken diğer görüşe göre ise, tarafların evlilik hükümlerini değiştirmekte özgür olmadıklarını, tarafların ancak evlilik statüsüne girmek hususunda iradelerini açıkladıkları, bu nedenle evlenmenin bir *şart-tasarruf* işlem olduğunu kabul etmektedir.<sup>5</sup>

Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) her ne kadar eşe karşı suçlar mevzuatta yerini almış olsa da Türk Ceza Kanunu'nda eş kavramı tanımlanmamıştır. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'nda eş kavramından bahsederken Medeni Kanun tarafından tanımlanmış ve şekil şartları belirlenmiş olan "karı kocadan her biri" olarak anlamak gerekmektedir.<sup>6</sup>

Türk Medeni Kanunu gereğince evlendirme memuru önünde gerçekleştirilen evlilik töreni, devlet tarafından tanınmakta ve taraflar eş statüsüne kavuşmaktadır. Kanuni anlamda geçerli bir evlilik söz konusu olmadığı için fiili birliktelik, dini nikah, birlikte yaşam gibi hallerde taraflar eş statüsüne sahip değillerdir. Bu durum Türk Ceza Kanunu'ndaki eş kavramını da etkilemekte ve eş kavramını sınırlandırmaktadır.<sup>7</sup>

## II. Türk Ceza Kanunu'nda Eşe Karşı İşlenen Suçlar ve Eş Kavramı

Türk Ceza Kanunu'nda eşe karşı işlenebilen birçok suç, kanun koyucu tarafından Türk Ceza Kanunu'na yerleştirilmiş ve cezai mü-

---

evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu belirtir.

<sup>4</sup> Evlenmenin hukuki niteliği konusundaki görüşler için bakınız. Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 121 vd. Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 19.Baskı, İstanbul 2017, C. II, s. 60-61. Rona Serozan, Başak Başoğlu, Berk Kapancı, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", *İKÜHFD*, S. 2016/2, s.534. Ayrıca bakınız Serozan, Başoğlu, Kapancı, s.549.

<sup>5</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, s. 46-47.

<sup>6</sup> <https://sozluk.gov.tr/> , (Erişim Tarihi: 11.11.2019)

<sup>7</sup> Ecehan Ardıç, Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2019, s. 22. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 05.12.2019)

eyyideye tabi kılınmıştır. Bu doğrultuda öncelikle TMK kapsamında eş tanımına giren ve girmeyen durumlar ele alınıp ardından eşe karşı işlenebilen suçlar bu bağlamda değerlendirilecektir.

TMK açısından, bir kadın ve bir erkeğin evlendirme memuru önünde, uygun rızalarıyla kurulan evliliğin tarafı olan kişilere eş denilmektedir. Kanun koyucu da ceza hukuku anlamında bu evliliği referans alarak eş kavramını tanımlamıştır.

TMK'nın 170. maddesi gereğince, boşanma sebebinin ispatlanması halinde hâkim boşanmaya ya da ayrılığa karar verebilmektedir.<sup>8 9</sup> Ayrılık kararında, boşanmadan farklı olarak evlilik birliği devam etmekte olup, sadece ortak hayat belli bir süre için tatil edilmiştir.<sup>10</sup> TMK'nın 172. maddesine göre, ayrılık kararına ilişkin süre bitince ayrılık durumu sona ermiş olmaktadır. Ortak hayat yeniden kurulamamışsa taraflardan her biri boşanma davası açabilmektedir. Bu durumda kadın ve erkeğin evlilikten doğan yükümlülükleri sürmekte ve evlilik birliği devam etmektedir. Boşanma halinde ise boşanma davası kararının kesinleşmesi ile evlilik sona ermektedir. Bu bakımdan, boşanma kararı bozucu yenilik doğuran bir karardır.<sup>11</sup>

Evlenmenin hükümsüzlüğü hallerinde ise önemle vurgulanması gereken husus yokluk durumu hariç hiçbir geçersizlik sebebinin kendiliğinden hüküm doğurmamasıdır.<sup>12</sup> Yokluk hali, kanun koyucunun evlilik birliğinin kurulması için mecburi kıldığı şartların yerine getirilmemesini ifade etmektedir.<sup>13</sup> Her ne kadar görünüşte bir evlilik var ise de hukuken tanınmış bir evlilik bulunmamaktadır.<sup>14</sup> Mutlak butlan ve nisbi butlan hallerinde evliliğin kurucu unsurları tam olmakla birlikte geçersiz bir evlilik söz konusudur. TMK'nın 156. maddesinde belir-

<sup>8</sup> "Boşanma, eşlerde.n biri veya her ikisinin talep etmesi durumunda, evlilik birliğinin mahkeme kararı ile sona erdirilmesidir" Akıntürk, Ateş, s. 235.

<sup>9</sup> "Boşanma nedeni gerçekleştiği takdirde, dava hakkı olan eş mahkemeye başvurmak suretiyle boşanmayı talep edebilir". Mehmet Erdem, Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2019, s. 144.

<sup>10</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, s.133.

<sup>11</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, s.136.

<sup>12</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, s.70.

<sup>13</sup> Öztan, s.574. Aydın Zevkliler, Beşir Acabey, Emre Gökyayla, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2000, s. 923-924.

<sup>14</sup> Ardıç, s. 50.

tildiği üzere batıl bir evlilik ancak hâkim kararıyla sona ermekte ve mutlak butlan halinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur, denilmektedir.<sup>15</sup>

TCK kapsamında eşe karşı işlenen kasten öldürme<sup>16</sup>, kasten yaralama, eziyet, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, fuhuş<sup>17</sup> gibi suçlar ele alındığında; eş ya da karı-kocalık ilişkisi TMK anlamında kurulmuş olmalıdır. Yokluk hali hariç olmak üzere batıl olan evliliklerde mahkeme evliliğin batıl olduğuna ilişkin karar verene kadar bu evlilik içinde bulunan taraflar eş statüsüne sahip olduklarından TCK kapsamında eşe karşı işlenen suçlardan dolayı cezalandırılmadıklarıdır. Yokluk halinde ise söz konusu evlilik hukuk düzeni içerisinde kendisine yer bulamadığından söz konusu durumda bulunan kişiler TMK kapsamında eş statüsünde değerlendirilemeyecek ve TCK kapsamında eşe karşı işlenen suçlara ilişkin hükümler bu kişilere karşı uygulanamayacaktır. TMK

<sup>15</sup> “Evlenmenin yokluğu, Medeni Kanun’da açıkça düzenlenmediği halde, evlenmeye ilişkin butlan sebepleri kanunda sınırlı olarak belirtilmiştir. Evlenmenin butlanı açısından bu sebepler sınırlı sayı ilkesine tabi olup, kanunda açıkça öngörülmemiş bir sebebe dayanılarak evlenmenin butlanına karar verilemez.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2011/7-695 Esas, 2011/673 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 02.08.2020).

<sup>16</sup> Evlenmenin butlan ile geçersiz olması durumuna değinecek olursak bu hususta iki görüş vardır. İlk görüşe göre; MK’nın 124/2. maddesi kapsamında mutlak butlanla geçersiz olan evlilik hâkim kararına kadar geçerli bir evlenmenin bütün hükümlerine haiz olduğundan, butlanla evliliğin devamı sırasında eşlerin birbirine karşı öldürme eylemlerinde TCK’nın 82/1-d maddesinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s.129, Cengiz Otacı, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kastan Öldürme Suçu, 1. Baskı, Ankara 2008, s.507, Hakan Hakeri, Kastan Öldürme Suçları, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 226, Adem Palut, Kastan Adam Öldürme Suçu, 1. Baskı, Ankara 2019, s.426-427. Yargıtay’ın da katıldığı ikinci görüşe göre ise; MK’nın 124/2. maddesinin evlenmenin özel hukuk alanındaki sonuçları için konulmuş olduğunu, bunun ceza hukuku alanına sirayet edemeyeceğini ve bu nedenle mutlak butlan ile geçersiz olan evlenmede TCK’nın 82/1-d maddesinin değil TCK’nın 81/1 maddesinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 4. Baskı, İstanbul 2017, C. I, s. 52, Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2008/10689 Esas-2009/6189 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 05.08.2020)

<sup>17</sup> Aksi görüş; “Madde metninde ‘eş’ ifadesi kullanıldığı ve bunun yalnızca hukuk kurallarına uygun olarak resmi nikah sonucu kurulan ilişki olduğu bilindiğinden, metin bu haliyle kaldığı sürece genişletici yorum yapılması mümkün olmayacaktır ve nikah akdi ile kazanılan eş sıfatına sahip olmayan kişiler bakımından bu suçun eşe karşı işlenmesi halinde uygulanacak olan artırım uygulanamayacaktır”. Ayşe Özge Atalay, Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s.59. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 05.08.2020).

anlamında kurulmamış olan fiili birliktelik, imam nikahı, partnerlik gibi haller de TCK kapsamında eş olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak eşe karşı işlenen hükümlerin konuluş amacı gözetildiğinde, birlikte yaşayan çiftler bakımından aralarında kanunen tanınmış bir evlilik olmasa dahi bu hükümlerin uygulanması gerekir.<sup>18 19</sup> Yargıtay da bu konuda söz konusu eşe karşı işlenen suçların ancak resmi nikahlı eşe karşı işlenebileceğini kabul etmekte ve TMK kapsamında tanınmayan fiili birliktelik hallerini göz önünde bulundurmamaktadır.

Kanun koyucu eşe karşı kredi kartlarının kötüye kullanılmasında bir şahsi cezasızlık hali öngörmüştür. TCK'nın 245/4-a maddesi gereğince, suçun, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birine karşı işlenmesi halinde ilgili diğer eş hakkında cezaya hükmolünmemektedir. Bu suçta kanun koyucu TCK'daki eş kavramı içerisine "haklarında ayrılık kararı verilmiş eş" kavramını yerleştirmiş, normatif açıdan buna hukuki bir sonuç bağlamıştır. Şayet eşler hakkında ayrılık kararı verilmiş ise kişi bu maddeye göre cezalandırılmaktadır. Ancak evlilik birliği devam eden ve haklarında herhangi bir ayrılık kararı bulunmayan eşlerin birbirine karşı işlediği bu eylem şahsi cezasızlık nedeni olmakta ve cezalandırılmamakta iken, haklarında ayrılık kararı verilmiş eşlerin birbirlerine karşı işlediği bu eylem cezalandırılmaktadır. TMK çerçevesinde, ayrılık kararının evliliği bitirici bir etkisinin olmadığı, evlilik birliğinin devam ettiği göz önüne alındığında haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşler ile haklarında ayrılık kararı verilmiş eşler arasında bir ayırım yapılması TCK kapsamında anlaşılan "eş" kavramına aykırı olduğu düşünülmektedir.<sup>20</sup>

Eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçu hususunda ise TCK'nın 102/2. maddesi gereğince vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle eşe karşı işlenen cinsel saldırı eylemi yalnızca eşin şikayeti halinde ceza-

<sup>18</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Ankara Ekim 2016, s.128.

<sup>19</sup> Aynı görüşte, Ezgi Cankurt, Toplumsal Cinsiyet Ders Notları, İstanbul 2019, (Yayımlanmamış)

<sup>20</sup> Aynı görüşte, Dural, Ögüz ve Gümüş, "...Öte yandan haklarında ayrılık kararı verilmemiş ve fakat henüz boşanma davası devam eden eşlerin de bu hükümden yararlanmaları mümkündür. Hatta bu eşlerin aynı evi paylaşmaları da şart değildir. ....Zira özellikle limiti yüksek bir kartın aralarında artık 'husumet' bulunan eşler tarafından kullanılması diğeri için yıkıcı olabilir". s. 976-977.

landırılabilir. <sup>21</sup> Söz konusu eş kavramının resmi nikah bağlamında ele alındığı açıktır. <sup>22</sup> Eşler arasında ayrılık kararı verilmiş olsa dahi evlilik birliği devam ettiğinden eş statüsü korunduğu için söz konusu organ veya sair cisim sokulması halinde diğer eşin şikâyetinin olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Yokluk hali hariç batıl evliliklerin mahkeme kararına kadar geçerli olacağı açık olduğundan bu tür batıl evliliklerde işlenen bu suçun cezalandırılması için diğer eşin şikâyeti aranacaktır. Ancak yokluk halinde söz konusu evlilik hukuk düzeninde var olmadığından bu tür eylemin gerçekleştirilmesi halinde şikâyetin varlığı aranmayacak, suç resen soruşturulacak ve kovuşturulacaktır. Yine aynı şekilde fiili birliktelik, imam nikahı, partnerlik gibi durumlarda söz konusu eylemin gerçekleştirilmesi halinde de şikâyetin varlığı aranmayıp resen soruşturma ve kovuşturma yürütülecektir. <sup>23 24</sup>

Kötü muamele suçunu bu bakımdan ayrı bir yere koymak gerekmektedir. TCK'nın 232. maddesinde *"aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı ....."* ifadesi kullanılmıştır. Nitekim madde düzenlemesine göre, suçun objektif koşulunun sanık ile mağdurun bir arada yaşamasının şart olduğu, bu kapsamda TMK'da bahsedilen aile kavramının suçun oluşabilmesi için zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. <sup>25</sup> Ancak doktrindeki diğer görüşe göre, <sup>26</sup> TMK'da bahsedilen aile kavramının geniş aile ve dar aile olmak üzere ikiye ayrıldığı, kanun koyucunun suç açısından amacının aile yanında "ev düzeni kurumu-

<sup>21</sup> Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019, s.119.

<sup>22</sup> Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, C. I, s. 824, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017, s.375.

<sup>23</sup> Detaylı açıklama için, Ardic, s. 45-54.

<sup>24</sup> Dini nikah veya karı-koca gibi birlikte yaşamın da eş olarak kabul edilmesi görüşü için bakınız Mahmut Koca, İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017, s.284.

<sup>25</sup> Nihal Çavuş, Türk Ceza Kanunu'nda Kötü Muamele Suçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2015, s.71-72. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 29.11.2019)

<sup>26</sup> "Aynı konutta birlikte yaşayanlardan anlaşılması gereken, kan ya da kayın hısımlığı veya sözleşme veya koruma, gözetme (velayet, vesayet) ilişkisi sebebiyle birlikte ev başkanının otoritesine tabi olarak yaşamayı kabul eden ve topluluk üyesini ev başkanının otoritesine tabi tutmayı mümkün kılacak süreklilik arz eden birden fazla kişinin bir arada yaşadığı topluluklardır". Ayşe Nuhoglu, Aile Düzenine Karşı Suçlar, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 102-104.



nu” korumak olduğu, bu nedenle TMK’da bahsedilen geniş aile kavramının suçun objektif unsurunu oluşturduğu ifade edilmiştir.<sup>27</sup>

### III. İstanbul Sözleşmesi ve Kapsamı Genişletilen Eş Kavramı

“Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” kısa adıyla İstanbul Sözleşmesi 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzaya açılmış ve Türkiye tarafından imzalanıp onaylanmıştır. 1 Ağustos 2014 tarihinde ise sözleşme yürürlük maddesi gereğince 10 ülkenin onaylaması sonucunda yürürlüğe girmiştir.<sup>28</sup>

Sözleşme’de kadına karşı şiddetle mücadele için kapsamlı bir hukuki çerçeve oluşturmak üzere önleme (prevention)<sup>29</sup>, koruma (protection), kovuşturma (prosecution) ve mağdur destek mekanizmaları oluşturma politikaları (policy) konularına yer verilmiştir.<sup>30 31 32</sup>

Sözleşme’nin 3. maddesinde sözleşme içerisindeki kavramların tanımlaması yapılmış ve ev içi şiddet; aile içerisinde, ev içinde veya daha önceki veya şu anki eşler veya partnerler arasında meydana gelen, failin aynı evi şu an veya daha önce şiddet mağduruyla paylaşp

<sup>27</sup> Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 878.

<sup>28</sup> Begüm Özcan, Kadına Yönelik Şiddet Konusunda Feminist Hareketin ve Devletin Karşılaştırmalı Yaklaşımı: İstanbul Sözleşmesi Örneği, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2019, s. 52. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 02.12.2019)

<sup>29</sup> “Sonuç olarak şiddet öğrenilen bir davranıştır ve ortadan kaldırılması için toplumun, ailenin, bireyin bilgilendirilmesi gerekmektedir; aksi halde kadına yönelik şiddet eylemleri son bulmayacaktır”. Nur Centel, “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Korur mu?”, Ceza Hukuku Genç Akademisyenler Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 1.

<sup>30</sup> Nazan Moroğlu, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi - 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf), s. 367. (Erişim Tarihi: 25.11.2019)

<sup>31</sup> “Ayrıca Sözleşmede bütüncül politikaların bir parçası olarak veri toplama ve araştırma yapılmasını desteklemeyi amaçlamaktadır”. <https://bianet.org/1/85/186497-istanbul-sozlesmesi-nedir> (Erişim Tarihi: 03.08.2020)

<sup>32</sup> “Devletin özen yükümlülüğü, her bir kadına ilişkin olarak, şiddetin önlenmesi, kadının şiddete karşı korunması, failerin cezalandırılması ve mağdur için alternatif çözüm yolları bulunması hususlarını içerir. Bu yükümlülük, her bir kadının ihtiyaçlarını karşılama konusunda, kadının ihtiyaçlarına göre değişen bir takım esnek müdahaleleri gerektirir”. Dr. Recep Doğan, Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü ve Uluslararası Standartlar, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/2, Ss. 91-120, s. 100. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398519>, Erişim Tarihi: 03.08.2020)



paylaşmadığına bakılmaksızın, fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddetin bütün türleri olarak ifade edilmiştir.<sup>33 34 35</sup>

İstanbul Sözleşmesi'nin en önemli özelliği, biyolojik veya hukuki, ailevi bağ olup olmadığına bakılmaksızın ev içi şiddetin (örneğin eski veya mevcut eşler, evlilik dışı partnerler, birlikte ikamet edilen aile fertleri, akrabalar veya birlikte ikamet edilen başkaları tarafından yöneltilen şiddetin) ve kadınlara yönelik her türlü şiddetin önlenmesi ve bunlarla mücadeleye ilişkin standartlar öngören ve Avrupa ülkelerini hukuki olarak bağlayan ilk belge olmasıdır.<sup>36 37</sup>

İstanbul Sözleşmesi ile TMK anlamında bir kadın ve erkeğin karşılıklı uygun rızalarıyla kurulan evlilik birliği kavramı genişlemiştir. Şöyle ki sözleşme ile eşlerin boşanmış olup olmadığına veyahut TMK tarafından birliktelik halinin tanınmış olup olmadığına bir önemi bulunmamakta ve bu kapsamda bireylerin birbirlerine yönelik her türlü şiddet içerikli eylemleri sözleşmeyi onaylamış bulunan devletlerin mücadele etmesi gereken eylem sınıfına girmektedir.

<sup>33</sup> Kadriye Bakırcı, İstanbul Sözleşmesi, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4, s.149, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteiler/ankarabarusu/tekmakale/2015-4/7.pdf> (Erişim Tarihi: 01.12.2019)

<sup>34</sup> Bakırcı, "...Sözleşme'nin Türkçe metni ile İngilizce metni karşılaştırıldığında, Türkçe çeviride yanlışlıklar olduğu görülmektedir. Sözleşme'nin metnindeki "ev içi şiddet (domestic violence) ibaresi, Türkçe'ye "aile içi şiddet" olarak çevrilmiş, ev içinde (domestic unit) ibaresi ise "aile birliğinde" olarak çevrilmiştir... Türkiye'nin de tarafı olduğu 1969 tarihli Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 33 uyarınca, uluslararası sözleşmelerin orijinal metinleri bağlayıcıdır. Türkiye, İstanbul Sözleşmesi'ne herhangi bir çekince de koymadığından, Türkiye açısından bağlayıcı olan, hatalı ve eksik Türkçe çeviriler değil, orijinal metinlerdir". s.137-138.

<sup>35</sup> "Aile içi şiddet, ne kadar yaygın olduğu tam olarak bilinmeyen bir olaydır. Çünkü aile içi şiddet aile mahremiyetinin bir unsuru olarak görüldüğü için çoğu zaman korku, çaresizlik gibi duygularla gizlenmektedir. Dolayısıyla da mücadele edilmesi ve önlenmesi zor bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır". Eray Karınca, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Projesi, Ankara 2008, s. 3. ([http://www.ktu.edu.tr/dosyalar/kadinarastirmalari\\_b5652.pdf](http://www.ktu.edu.tr/dosyalar/kadinarastirmalari_b5652.pdf) , Erişim Tarihi:03.08.2020)

<sup>36</sup> Bakırcı, s. 134.

<sup>37</sup> Sözleşmenin getirdiği yükümlülükler o kadar önemlidir ki 2. maddenin son fıkrasına göre silahlı çatışma durumlarında bile geçerliliğini korur ve taraf devletlerin bunu garanti altına alması gerekir. Tuğba Bayraktar, İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, 2018, Ss. 87-111, s.95. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/610429> , Erişim Tarihi: 03.08.2020)

İkinci belirtilmesi gereken husus ise sözleşmenin 55. maddesi gereğince taraf devletlerin sözleşmede sayılan 35. (fiziksel şiddet), 36. (cinsel saldırı dahil cinsel şiddet), 37. (zorla evlilik) , 38. (kadın sünneti) ve 39. (zorla kürtaj ve zorla kısırlaştırma) maddeleri uyarınca belirlenen suçların soruşturmalarının veya kovuşturmalarının; suçun mağdur tarafından bildirilmesi veya şikayette bulunulmasına bağlı olmamasını ve mağdur şikayetini veya ifadesini geri alsa bile kovuşturmanın devam etmesini sağlamakla yükümlü olduğunun belirtildiği, bu kapsamda TCK'nın 102/2. maddesi gereğince vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle eşe karşı işlenen cinsel saldırı eyleminin yalnızca eşin şikayeti halinde cezalandırılabilceği de göz önüne alındığında, söz konusu maddenin sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği görülmektedir.<sup>38</sup>

Sözleşme'nin 3/b maddesi gereğince aile içi şiddetin tanımı yapılırken ekonomik şiddet kavramının da tanım içinde yer aldığı, İstanbul Sözleşmesi'nin ekonomik şiddet dahil olmak üzere şiddetin bütün türlerini yasakladığı göz önüne alındığında TCK'nın 245/4-a maddesinde bahsedilen haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerin birbirine karşı bu fiili gerçekleştirmeleri halinde sözleşme gereğince ekonomik şiddet sınırları içerisinde kaldığı ve yine sözleşme gereğince şikayet aranmaksızın bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması gerektiği anlaşılmaktadır.

#### IV. İstanbul Sözleşmesi Kapsamında "Eş" Kavramına Yargının Bakışı

Burada biri Kanun Yararına Bozma kararı, diğeri de Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı olmak üzere iki farklı yargı kararına değinilecektir.

*1.Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin Kanun Yararına Bozma talebine ilişkin kararı;*<sup>39</sup>

Sanığın evi terk eden eşine karşı TCK'nın 106/1-1. cümlesindeki tehdit suçunun değerlendirilmesinde, ilk derece mahkemesi tarafından İstanbul Sözleşmesi'nin 48/1. maddesi gereğince, aile içi şiddet suçla-

<sup>38</sup> Cankurt.

<sup>39</sup> KYB Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2018/7937 Esas - 2019/450 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 28.11.2019)

rında uzlaştırmanın mümkün olmadığı yönündeki yasal düzenlemenin, Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu dikkate alınarak uzlaştırma hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı gerektiğinden bahisle, uzlaştırma hükümlerinin uygulanmadığı ve sanığın bu suç nedeniyle adli para cezasına çarptırıldığı, hükmün sanığa tebliğine rağmen dosyanın istinaf edilmediği, dosyanın Kanun Yararına Bozma (KYB) talebine konu edildiği anlaşılmıştır.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin söz konusu KYB istemine ilişkin yaptığı değerlendirmede, *"...TCK'nın 106/1-1. cümlesi kapsamındaki tehdit suçunun uzlaştırma kapsamına alınması, her ne kadar uzlaştırma usul hukuku kurumu olarak düzenlenmiş ise de fail ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi hukuka da ilişkin bulunması nedeniyle yürürlüğünden önceki olaylara uygulanabilmesi, Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)'nin 48. maddesinin 1. fıkrasında, Sözleşme kapsamında yer alan her türlü şiddet olayıyla ilgili olarak, arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil olmak üzere, zorunlu anlaşmazlık giderme alternatif süreçlerini yasaklamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alma hususunda taraf devletlere yükümlülük getirilmesine rağmen bu eylemlerde uzlaştırmanın yapılamayacağına dair düzenleme bulunmaması, yine Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ya da diğer kanunlarda eşe karşı tehdit suçunda uzlaştırmanın uygulanamayacağına dair hüküm bulunmaması ...."* nedeniyle Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin KYB istemini kabul etmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin gerekçesi, tamamen İstanbul Sözleşmesi'nin 48/1. maddesindeki yasak ile ilgili kanuni bir düzenlemenin mevcut olmamasına dayanmaktadır.

## 2. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararı,<sup>40</sup>

Sanık Mehmet Dursun'un aynı çatı altında nikahsız olarak birlikte yaşadığı eşine karşı tehdit ve şiddet içeren eylemleri nedeniyle mahkemece 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunu'n 1/a maddesi gereği 4 ay süreyle şiddet ve korkuya dayalı davranışlarda bulunmaması yönünde tedbir kararı verildiği, sanığın eşine karşı tekrar etki-

<sup>40</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009/7-131 Esas - 2009/284 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 28.11.2019)

li eylemde bulunması sonucu koruma kararına aykırı davranmaktan hakkında 4320 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca kamu davasının açıldığı, ilk derece mahkemesince sanık hakkında beraat kararı verildiği, Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin kararıyla nikahsız eşe karşı yapılan tehdit ve şiddet içeren eylemlerin 4320 sayılı Kanun kapsamında koruma altında olduğu gerekçesiyle verilen tedbir kararının hukuka ve yasaya uygun olduğu ve bu tedbir kararının ihlal edilmesi şeklinde nikahsız eşe karşı gerçekleştirilen etkili eylemin sanık üzerine atılı suçu oluşturduğundan bahisle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi bu kararında, TMK kapsamında ailenin tanımlanmadığını, aile fertlerinin kimlerden oluştuğuna dair Kanun'da herhangi bir bilgi bulunmadığını, 4320 sayılı Kanun'da da ailenin tanımının yapılmadığını belirtmiş, bu nedenle anayasa kurallarına ve milletlerarası anlaşma hükümlerine yönelmiştir. Yaptığı değerlendirmede Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerine ve ayrıca İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. maddesine atıf yapmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarıyla sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen aile hayatı kavramını ele alarak sanığın nikahsız olarak yaşadığı eşiyle fiilen normal bir evliliğe dayalı ve bütün yönleriyle aileden ayırt edilemez şekilde, istikrarlı bir aile hayatı yaşadıklarının anlaşıldığını belirtip, mahkemece verilen koruma kararının hukuka uygun olduğunu ve bu tedbir kararının ihlalinin dosyadaki delil durumuna göre cezalandırılması gerekçesine dayanmıştır.

Söz konusu karar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca resmi olmayan birlikteliklerin 4320 sayılı Kanun kapsamında korunamayacağından bahisle, beraata hükmedilmesi gerektiği yönünde itiraz kanun yoluna başvurularak Yargıtay 7. Ceza Dairesi kararının kaldırılmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında özetle, "4320 sayılı Kanun'da ihdas edilmiş olan suçla korunan hukuki yarar, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca verilmiş bulunan tedbir kararının hukuki otoritesidir. Bu nedenle de Cumhuriyet Savcısını veya Sulh Ceza Hakimini ilgilendiren; 1. madde uyarınca verilmiş ve kesinleşmiş bir tedbir kararının bulunması ve bu kararda hükmedilen tedbirlere uyulmamış olmasıdır, yoksa kesinleşmiş olan tedbir kararının içeriğinin doğru olup olmadığı Cumhuriyet Savcısı ve

*ceza hakimi tarafından denetlenemez” şeklinde belirtmiş ve “Ceza mahkemesinin, yapılan yargılama sırasında kesinleşmiş tedbir kararının içeriğini denetleme olanağı bulunmadığından, 4320 sayılı Kanun’un 2. maddesindeki suçun unsurlarının oluştuğunun kabulü zorunludur” diyerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itirazını 4320 sayılı Kanun’un “resmi olmayan birliktelikleri” de koruyup korumadığı yönündeki tartışmaya girmeden reddetmiştir.*

Her ne kadar Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında resmi olmayan birlikteliklerin kanun tarafından korunup korunmadığına ilişkin hukuki bir tartışma yapılmamış olsa da söz konusu kararda muhalif üyelerinin görüşleri, “eş” kavramının geniş yorumlanmasının suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve Anayasa’nın 174. maddesindeki Devrim Kanunları’na aykırılığı noktasında toplandığı görülmektedir.

Eş kavramının geniş yorumlanıp yorumlanmayacağına ilişkin söz konusu tartışmaların incelenmesinde;

### **1. İstanbul Sözleşmesi ile genişletilen “Eş” kavramının İnkılap Kanunları’na aykırı olduğu iddiası;**

Anayasa’nın 174. maddesine göre İnkılap Kanunları, anayasaya aykırı olarak anlaşılabilir ve yorumlanamaz. TMK’da yukarıda da bahsedildiği gibi, resmi evlendirme memurunun önünde tarafların birbirine uygun rızalarıyla kurulan evlilik, kanun koyucu tarafından tanınarak taraflara eş statüsü verilmektedir. Burada değerlendirilmesi gereken husus usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası anlaşmanın Anayasa’nın 174/4. maddesi ve TMK’nın ilgili hükümleriyle çatışması halinde ne yapılacağına ilişkindir. Anayasanın 90/5-son maddesi gereğince tartışılması gereken uluslararası metinlerin kanun ile anayasa arasında bir normatif değere mi sahip olduğu yoksa anayasanın bile üstünde bir normatif değere mi sahip olduğudur.<sup>41</sup> Bununla ilgili doktrinde farklı görüşler mevcut olsa da<sup>42</sup> Anayasa Mah-

<sup>41</sup> Anayasanın 90/5 maddesinin son cümlesi aşağıdaki gibidir; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

<sup>42</sup> Mustafa Çolaker, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2009, s. 17-29. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 02.12.2019)

kemesi, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaları, kararlarında “destek ölçü norm” olarak kullanmakta, anayasa hükmüymüş ya da anayasanın bazı maddelerinin açıklamasıymış gibi görmektedir.<sup>43</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ni tanımlarken insan haklarına saygılı bir devlet olduğunu açıkça kabul ettiği ve Anayasa’nın kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesinde herkesi kanun önünde eşit saydığı göz önüne alındığında İstanbul Sözleşmesi’yle iç hukuka dahil olan partnerlik, imam nikahı ile evlilik ve fiili birlikteliklerin TCK kapsamında eşe karşı işlenen suçlar başlığı altında değerlendirilerek yaptırıma tabi tutulması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir.<sup>44</sup> Ayrıca burada şu yaklaşımın da getirilmesi mümkündür. Evliliğin bir sözleşme olarak değerlendirildiği doktrinin ağır basan görüşü dikkate alındığında, kanun koyucunun sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde bazı sözleşmeleri şekil şartlarına bağlaması ve birtakım hukuki sonuçlar öngörmesi kanun koyu-

<sup>43</sup> Çolaker, s. 27.

<sup>44</sup> “Genel anlamda uluslararası hukuk ve özelde uluslararası anlaşmaların iç hukuk ile ilişkisi konusunda ikici ve tekçi olmak üzere iki sistem geçerlidir. İkici sisteme göre; uluslararası hukuk ile ulusal hukuk birbirinden farklı iki alanı ifade etmekte olup birinde var olan kuralın diğerinde geçerli olabilmesi için ya açıkça bir yollama ya da bir aktarım işleminin yapılması gerekmektedir. Bu anlayışa göre, uluslararası hukukun iç hukuka uygulanabilmesi için bunların idari makamların ya da yasama organının bir tasarrufu ile iç hukuka aktarılması gerekir. Tekçi sistemde ise; uluslararası hukuk ile iç hukuk bir bütünün parçalarını ifade etmekte olup tek bir hukuk düzeni söz konusudur. Bu anlayışa göre, uluslararası hukuk alanında usulüne göre oluşturulan kural, doğrudan ulusal kurallar arasındaki yerini alır ve aldığı yere göre de uygulanır. Türkiye’nin hukuk düzeninde de bu sistem geçerlidir”. Ahmet Durak Bilgin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukuktaki Yeri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22., S.1., s84. (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/274329> Erişim Tarihi:04.08.2020), İbrahim Şahbaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.54, 2004, s.178 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-66> Erişim Tarihi:04.08.2020), Samet Talha Tekçe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İstanbul Sözleşmesi’nde Kadına Karşı Şiddeti Önleme Mekanizmaları ve Türkiye, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2019, s. 98-99. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 04.08.2020). Bu bilgiler ışığında, “Tekçi Sisteme” sahip Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın usulüne uygun olarak kabul edilen uluslararası metinlerin anayasanın da üstünde olduğu kabul edilmelidir. Bunun nedeni, toplum sözleşmesi ile yasa yapma yetkisinin yasama organına verildiği ve anayasanın da bu toplum sözleşmesinin temel normu olduğu gerçeği karşısında uluslararası bir erk tarafından oluşturulan metinlerin yasama organı tarafından uygun bulunduğu an toplum sözleşmesindeki yasa yapma yetkisi uluslararası bir erke devredilmiş olacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

<sup>45</sup> Cankurt.



cunun tamamen iradesi altında olduğu, resmi memur önünde tarafların birbirine uygun rızalarıyla evlilik birliğinin kurulduğu durumlara Anayasa'nın 174. maddesi kapsamında yasal sonuçlar bağlamasının uluslararası metinlere ve anayasada var olan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak ceza normları açısından eşitlik ilkesine aykırı davranılamayacak olması nedeniyle gayri resmi birliktelik ile resmi birliktelik arasında bir fark olamayacağından, İstanbul Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri ile Anayasa'nın 174. maddesi ile çakışması durumu ortadan kalkmış olacaktır. Bu açıdan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda öne sürülen bu muhalif düşünceye katılmak mümkün gözükmemektedir.

## 2. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince İstanbul

### Sözleşmesi'nin doğrudan iç hukuka uygulanamayacağı iddiası;

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hangi fiillerin suç olduğunun ve bu fiillere uygulanacak cezaların kanunda yer almasıdır. Kanunilik ilkesinin dayandığı temel esas, suç yaratma ve cezalandırma yetkisinin idare veya hâkimin keyfiliğine bırakılmaması ve bu yetkinin demokratik niteliğe sahip olan yasama meclisi tarafından kullanılmasıdır.<sup>46</sup> Suçta ve cezada kanunilik ilkesi aslında kişilerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almakta olup kişilerin keyfi olarak cezalandırılmasının önüne geçmek için tarihsel yargılama süreçleri içerisinde ortaya çıkmış evrensel bir ilkedir. Keza 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11/2. maddesinde, *“Hiç kimse işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez”* denilmekte ve yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *“Kanunsuz Ceza Olmaz”* başlıklı 7. maddesinde *“Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”* denilmekle söz konusu ilke bir insan hakkı olarak tanınmış ve koruma altına alınmıştır. TCK'nın 2/1.

<sup>46</sup> Emre Niğdelioğlu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, Niğde 2019, s. 58. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 03.12.2019)



maddesi ile de iç hukukta suçta ve cezada kanunilik ilkesi tanınmış olup aynı maddenin 3. fıkrası ile kıyas yasağı getirilmiş ve kıyas olacak şekilde geniş yorumlamanın da önüne geçilmiştir. Tüm bu ulusal ve uluslararası metinlerdeki maddeler göz önüne alındığında, kanunilik ilkesinin temelde keyfiliği önlemek için kanunda yer almayan bir ceza normu ile kişilerin cezalandırılmamasını ifade etmektedir. Söz konusu suçta ve cezada kanunilik ilkesinde 'kanun' ibaresinden kastedilen şekli kanun olmayıp maddi kanunun ceza normu içeren hükümleridir. Maddi kanun İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve AİHS' de tanımlanan "uluslararası hukuka" göre suç oluşturan normatif hükümlerdir. Şekli ve maddi kanun ayırımında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de maddi kanun anlayışını kabul ettiği, suç ve ceza koyan düzenlemeler açısından da yasama organı tasarrufunu şart olarak görmediği, mahkeme açısından hukuk normunun nesnel olmasına önem verildiği anlaşılmaktadır.<sup>47</sup> AİHM kararlarının iç hukukumuzu bağlayıcı olduğu da ele alındığında, İstanbul Sözleşmesi ile hukukumuz giren eş kavramının geniş perspektifinin, yargı kararlarıyla doğrudan uygulanması suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği, söz konusu uluslararası normların maddi kanun niteliği taşıdığı, AİHM'nin de durumu bu şekilde değerlendirdiği anlaşıldığından Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda öne sürülen bu muhalif düşünceye de katılmak mümkün gözükmemektedir.

## SONUÇ

TCK'da eş tanımının yapılmamış olması nedeniyle bir diğer ana kanun metni olan TMK yardımıyla "eş" kavramı tanımlanmaya çalışılmaktadır. Ancak TMK'da da "eş" kavramı doğrudan tanımlanmakla birlikte sadece evlilik üzerinden bir tanımlamaya gidilmektedir. İstanbul Sözleşmesi'nin "eş" kavramını değerlendirmesinde genişletici tanımlama yapılmış olup, birlikte yaşam iddiası olan herkesin "eş" kavramına dahil edildiği görülmektedir. Ayrıca sosyal yaşamda da bireyler kanun maddelerinden daha hızlı değişmekte, dönüşmekte ve toplum ile mer'i hukuk arasında farklılıklar oluşmaktadır. Yukarıda da görüldüğü üzere yargı makamları tarafından da tartışılan İstanbul

<sup>47</sup> M. Nedim Bekri, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010, s. 59. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 06.12.2019)

Sözleşmesi'nin iç hukuka doğrudan uygulanıp uygulanamayacağı sorunu üzerine dar kapsamlı bir değerlendirmede bulunulmuştur. Özel hukuk anlamında kanun koyucunun bazı sözleşmelere özel önem atfetmesinin kanun koyucunun inisiyatifinde olduğu, evlendirme memuru önünde yapılan evlilik akdinin kanun koyucu tarafından korunmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığı değerlendirilmektedir. "Eş kavramının geniş değerlendirilerek birlikte yaşama iddiasında olan bireylerin Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi uyarınca aynı muameleye tabi olması hukuki bir zorunluluktur. Anayasa'nın 10. maddesinde "herkes eşittir" ifadesi ile bu durum iç hukukta yerini almıştır. Massachusetts Yüksek Mahkemesi Başyargıci Margaret Marshall da "Goodridge V Kamu Sağlığı Kurumu" arasındaki davada yazmış olduğu gerekçede, mahkemenin yükümlülüğünün, toplumun bir kesiminin ahlaki kodlarını dayatmak olmadığını ve herkesin özgürlüğünü tanımlamak olduğunu<sup>48</sup> ifade etmiştir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akıntürk Turgut, Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2017, C. II.
- Centel Nur, "Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Korur mu?", Ceza Hukuku Genç Akademisyenler Sempozyumu, İstanbul, 2012.
- Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 4. Baskı, İstanbul 2017, C. I.
- Dural Mustafa, Ögüz Tufan, Gümüş M. Alper, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2013, C. III.
- Erdem Mehmet, Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2019.
- Hakeri Hakan, Kasten Öldürme Suçları, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Koca Mahmut, Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017.
- Nuhoğlu Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- Otaçı Cengiz, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten Öldürme Suçu, 1. Baskı, Ankara 2008.
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,

<sup>48</sup> Michael J. Sandel, Adalet Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir? Harvard Üniversitesi, 6. Bası, s. 334. (Çev. Mehmet Kocaoğlu Mayıs 2018)

- Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Ankara Ekim 2016.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- Palut Adem, Kasten Adam Öldürme Suçu, 1. Baskı, Ankara 2019.
- Parlar Ali, Hatipoğlu Muzaffer, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, C. I.
- Sandel Michael J., Adalet Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir? Harvard Üniversitesi, 6. Bası.(Çev. Mehmet Kocaoğlu Mayıs 2018)
- Serozan Rona, Başoğlu Başak, Kapancı Berk, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", *İKÜHFD*, S. 2016/2.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016.
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017.
- Yokuş Sevük Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Zevkililer Aydın, Acabey Beşir, Gökyayla Emre, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2000.

### İnternet Kaynakları

- Ardıç Ecehan, Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2019. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 05.12.2019)
- Atalay Ayşe Özge, Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 05.08.2020)
- Bakırcı Kadriye, İstanbul Sözleşmesi, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4,  
<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-4/7.pdf>,  
(Erişim Tarihi: 01.12.2019)
- Bayraktar Tuğba, İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, 2018, Ss. 87-111.  
(<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/610429>, Erişim Tarihi: 03.08.2020)
- Bekri M. Nedim, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 06.12.2019)
- <https://bianet.org/1/85/186497-istanbul-sozlesmesi-nedir> (Erişim Tarihi: 03.08.2020)
- Bilgin Ahmet Durak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukuktaki Yeri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22., S.1.  
(<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/274329> Erişim Tarihi:04.08.2020)
- Çavuş Nihal, Türk Ceza Kanunu'nda Kötü Muamele Suçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2015. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 29.11.2019)
- Çolaker Mustafa, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta

- Doğrudan Uygulanması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2009. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 02.12.2019)
- Doğan Recep, Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü ve Uluslararası Standartlar, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/2, Ss. 91-120. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398519>, Erişim Tarihi: 03.08.2020)
- Eray Karınca, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Projesi, Ankara 2008. ([http://www.ktu.edu.tr/dosyalar/kadinarastirmalari\\_b5652.pdf](http://www.ktu.edu.tr/dosyalar/kadinarastirmalari_b5652.pdf) , Erişim Tarihi:03.08.2020)
- Moroğlu Nazan, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi – 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf).
- Niğdelioğlu Emre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Yüksek Lisans Tezi, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, Niğde 2019. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 03.12.2019)
- Özcan Begüm, Kadına Yönelik Şiddet Konusunda Feminist Hareketin ve Devletin Karşılaştırmalı Yaklaşımı: İstanbul Sözleşmesi Örneği, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2019. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 02.12.2019)
- Şahbaz İbrahim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.54, 2004. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-66> Erişim Tarihi:04.08.2020)
- Tekçe Samet Talha, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İstanbul Sözleşmesi'nde Kadına Karşı Şiddeti Önleme Mekanizmaları ve Türkiye, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2019. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 04.08.2020)

### **Mahkeme Kararları:**

- KYB Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2018/7937 Esas – 2019/450 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 28.11.2019)
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2008/10689 Esas-2009/6189 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 05.08.2020)
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009/7-131 Esas – 2009/284 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 28.11.2019)
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2011/7-695 Esas, 2011/673 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 02.08.2020)

### **Diğer**

- Cankurt Ezgi, Toplumsal Cinsiyet Ders Notları, İstanbul 2019.



# ALMANYA VE İSVİÇRE ÖRNEKLERİYLE TÜRK HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

## JOINT CUSTODY IN TURKISH LAW WITH GERMANY AND SWITZERLAND EXAMPLES

Zeynep Naz GÜNEŞ\*

**Özet:** Bu çalışmada, evlilik birliği dışında doğan çocuklar ve boşanma sonrası için Türk hukukunda son yıllarda çokça tartışılan birlikte velayet incelenmiştir. Sırasıyla 2013 ve 2014 yıllarında birlikte velayeti kural ve tek başına velayeti istisna hale getiren Avrupa ülkelerinden Almanya ve İsviçre düzenlemeleri örnek alınarak, bu ülkelerin hukuki düzenlemelerinin tarihsel gelişim süreçleri incelenmiş ve Türk hukukundaki gelişmeler ile karşılaştırılmıştır. Türk hukuk doktrini hâkim görüş olarak, özellikle boşanmadan sonra, birlikte velayetin uygulamasını desteklemekle birlikte aksi görüşler de mevcuttur. Konu hakkındaki tartışmalar, Türk yargısında ilk olarak 2009 yılında ilk derece mahkemesi ile verilen bir karara istinaden ivme kazanmış olup, Yargıtay da bu süreçte 2017 yılında verdiği kararıyla, birlikte velayet lehine içtihat değişikliğine gitmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Velayet, Birlikte Velayet, Tek Başına Velayet, Boşanma, Çocuğun Üstün Yararı

**Abstract:** In this study, joint custody is analysed for the children born out of wedlock and after divorce which has been widely discussed in Turkish law in recent years. In the years 2013 and 2014, the historical development processes of the legal regulations of these countries were examined and compared with the developments in Turkish law, taking into consideration the German and Swiss regulations of European countries which made joint custody as a rule and sole custody as an exception. Although the Turkish legal doctrine supports the joint custody practice as a dominant view, especially after the divorce, there are also other opinions. The discussions on the issue gained a momentum in the Turkish judiciary in 2009 due to the decision of the first-instance court and the decision of Supreme Court of Appeals which is made a change in case-law in favor of joint custody in 2017 with its decision.

**Keywords:** Parental Custody, Joint Custody, Sole Custody, Divorce, the Best Interests of The Child

\* Arş. Gör, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, zeynepnaz.gunes@ufuk.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4348-4175, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.01.2020, Kabul Tarihi: 24.01.2020

## I. GİRİŞ

Genel olarak toplumun en küçük yapı taşı olarak tanımlanan aile, yüzyıllardır gerek hukuk gerek sosyoloji, ekonomi, psikoloji, politika gibi birçok bilim alanının araştırma konusu olmuş ve olmaya da devam etmektedir. Aile kavramının şekillenmesinde ve değişikliklere uğramasında kadın ve erkek arasındaki ilişkilerin yanı sıra ebeveynler ve çocuklar arasında ilişkiler de önemli bir rol oynamıştır. Hukuki olarak ebeveynler ve çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen velayet de anılan bilim alanlarında yaşanan gelişim ve dönüşümlerden etkilenmiştir. Başlangıçta sadece baba lehine tanınan bu hak, zamanla kadına da tanınmıştır. İç hukukumuzdaki düzenlemelere bakıldığında 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde evlilik birliği süresince anne ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olduğu ancak anlaşmazlık olması halinde babanın oyuna üstünlük tanınacağına hükmettiği görülmektedir. Benzer düzenlemeye 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer verilmemiş ve kadın - erkek eşitliği açısından olumlu bir düzenleme yapılmıştır. Ancak özellikle Avrupa ülkelerinin hukuklarında uzun yıllar boyunca tartışılan ve gerek yargı kararları gerek doktrin tartışmalarıyla karara bağlanan, buna paralel olarak da kanun değişiklikleri gerçekleştirilen özellikle evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi hali başta olmak üzere, evlilik birliği içinde doğmayan çocukları da kapsayacak şekilde birlikte velayet tartışmaları Türk Hukukunda devam etmektedir. Yargıtay'ın içtihat değişikliğine giderek birlikte velayet lehine vermiş olduğu kararlar ile artık uygulamada bu doğrultuda hüküm kurulan karar sayısı artmakla birlikte, TMK'nın ilgili hükümlerinde henüz herhangi bir yasal değişiklik gerçekleştirilmemiştir.

Anne babadan ziyade çocuk için olan velayet hükümlerinin uygulanmasında temel anlayış çocuğun üstün yararı olarak kabul edilmektedir.<sup>1</sup> Nitekim Avrupa ülkelerinin birlikte velayete ilişkin yasal düzenlemelerinin tarihsel gelişiminde bu anlayışın esas alındığı görülmektedir. Bu çalışmada, Türk Hukukunda birlikte velayete ilişkin tartışmalar, yargı kararlarındaki gelişmeler ve uluslararası düzenlemeler de dikkate alınarak Almanya ve İsviçre hukuk düzenlemeleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu nedenle de Türk Hukukundaki düzenleme ve gelişmelerden önce sırasıyla Almanya ve İsviçre hukuklarındaki düzenlemeler ve yargı kararları değerlendirilmiştir.

<sup>1</sup> Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 1076.



## II. ALMAN HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

### A. Genel Olarak

Yirminci yüzyılın başına kadar aile ilişkileri düzeninde baba ile eşit konumda bulunmayan ve bir eş olarak velayet hakkı salt kendisine tanınmış olan babaya yani kocasına bağlı olan kadın, toplumsal olarak temellenen rollere göre çocukların bakımından ve yetiştirilmesinden sorumlu olup yirminci yüzyılın ortasına kadar bu görevi her zaman eşinin/babanın gözetimi ve talimatları altında sürdürmüştür.<sup>2</sup> Daha sonra kadının yani annenin, yasal olarak güç sahibi baba ile eşit konumda hak ve yetki sahibi olmasına imkan tanınmasıyla velayetin güç ve egemenlik olarak algılanmasından vazgeçilmesine, çocuğun kişiliğine vurgu yapılmasına, buna bağlı olarak da geçmişten günümüze velayetin baba merkezli bir ilişkiden ziyade sırasıyla ebeveyn merkezli ve son olarak da çocuk merkezli bir kurum olması sonucunu doğurmuştur.<sup>3</sup> Bu tarihsel gelişimin bir diğer sonucu ise dilimize “ebeveyn otoritesi” olarak tercüme edilebilecek olan “*elterliche Gewalt*” kavramının, “ebeveyn sorumluluğu” anlamındaki “*elterliche Sorge*” olarak ifade edilmeye başlanmasıdır.<sup>4</sup>

Alman Medeni Kanunu’ndaki (BGB) birlikte velayete ilişkin düzenlemelerin başlangıcı, aslında Federal Almanya Anayasa Mahkemesi’nin 1982 tarihli kararında,<sup>5</sup> boşanmış ebeveynlerin, birlikte velayet için istekli olmaları ve bunun çocuğun yararı için de uygun olmasına rağmen, müşterek çocuklarının birlikte velayet kapsamına alınmamasının Almanya Anayasası md. 6/2 uyarınca velayet hakkının ihlali olarak kabul edilmesine dayanmaktadır. Anayasa’nın anılan

<sup>2</sup> Elisabeth Koch, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Band IV: Familienrecht. 1297-1921 (Ed.: Joachim Rückert/Mathias Schmoeckel/Reinhard Zimmermann), Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, Art. 1671, 1684 N. 96.

<sup>3</sup> Koch, Art. 1671, 1684 N. 96.

<sup>4</sup> Gerek İsviçre gerek Alman Medeni Kanunu’nda revizyon dönemlerinden önce velayete ilişkin olarak “*elterliche Gewalt*” kavramı kullanılmakta ancak “*Gewalt*” kelimesinin otorite ve güç anlamları nedeniyle bu kavram eleştirilmekteydi. Revizyon ile velayete ilişkin hükümlerde yapılan değişikliklerde, terminolojiye yönelik olarak da değişiklik yapılmış ve bakım anlamına gelen “*Sorge*” kelimesi tercih edilerek “*elterliche Sorge*” kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Fulya Erlüle; İsviçre Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 95.

<sup>5</sup> BVerfG 03. November 1982 - 1 BvL 25/80, MDR 1983, 108-109. (Erişim T.: 15.07.2019, <https://www.juris.de/perma?d=jzs-MDR-1983-02-0108-1-R-04>)

fıkrasında, çocuğun bakımının ve eğitiminin ebeveynlerin doğal hakkı ve öncelikli görevi olduğu düzenlenmiş, akabinde de ebeveynlerin bu konudaki işlem ve eylemlerinin Devlet tarafından izlendiği belirtilmiştir.

Daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 03.12.2009 tarihli kararına uygun olarak Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, 2010 yılında BGB 1626a düzenlemesinin Almanya Anayasası md. 6/2 ile bağdaşmadığına hükmetmiştir.<sup>6</sup> Mahkeme, babanın evlilik dışı çocuğunun bakımına katılması için anneden izin almak zorunda olmasını Anayasa'nın anılan maddesi uyarınca babanın temel hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir.<sup>7</sup> Nitekim evlilik dışı çocuklar için ana ve babanın birlikte velayet hakkını haiz olabilmesinin, evli olmayan babaların, annenin bu konuda rızasını alması zorunluluğuna bağlanmış olması, evli olan babalara kıyasen velayet hakkı bağlamında babalar arasında "evli olan ve olmayan baba" ayrımı yaratması sebebiyle eleştirilmiştir.<sup>8</sup>

19 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe giren Velayete İlişkin Değişiklik Yasası'ndan önce<sup>9</sup> evli olmayan ebeveynler için velayet hakkı anneye aitti ancak ebeveynlerin müşterek çocuklarının velayetini birlikte kullanmak istemeleri halinde bunun için ortak bir irade açıklamasında bulunmaları ya da birbirleriyle evlenmeleri gerekmektedir.<sup>10</sup> Başka bir deyişle, annenin rızası olmadan, evli olmayan babanın birlikte velayet hakkını elde etmesi mümkün değildi.<sup>11</sup> Boşanmış ebeveynler için ise, mahkeme tarafında verilen ayrılık ya da boşanma kararının ebeveyn-

<sup>6</sup> Poncellet, *Juris PraxisKommentar BGB – Band 4 Familienrecht*, 7. Auflage, Online Kommentar inklusiv e-Book, § 1671 BGB, Art. 1671 N. 1. (Erişim T.: 15.07.2019, www.juris.de); Heike Hennemann; *Münchener Kommentar zum BGB Band 8- Familienrecht II §§ 1589-1921*, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2017, Art. 1671 N. 1. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Erlüle, s. 167, dn 99; Öcal Apaydın Bahar, "İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete ilişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11 S. 145-146, 2016, s. 639.

<sup>7</sup> Hennemann, Art. 1671 N. 1.

<sup>8</sup> Erlüle, s. 225.

<sup>9</sup> Kindschaftsänderungsgesetz (Kindschafts- und Namenrechtsgesetz 2012)

<sup>10</sup> Stephan Wolf/ Deborah Schmuki; "Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutschland und Österreich", *Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014*, Bern 2014, s. 161.

<sup>11</sup> Wolf/Schmuki, s. 161.

lerin velayet haklarını etkilemediği ve birlikte velayet hakkını haiz olmaya devam ettikleri kabul edilmiştir.<sup>12</sup>

### B. 19 Mayıs 2013 Velayete İlişkin Değişiklik Yasası ve Sonrası

19 Mayıs 2013 tarihinde Almanya’da Velayete İlişkin Değişiklik Yasası’nın yürürlüğe girmesiyle de § 1626a BGB uyarınca, çocuğun doğumu anında evli olmayan anne ve babanın, birlikte velayet hakkına sahip olabilmeleri için başvurabilecekleri üç yol bulunmaktadır.<sup>13</sup> Ebeveynler, birlikte velayeti haiz olmak istedikleri yönünde beyanda bulunabilecekleri gibi birbirleriyle evlenmeleri halinde de velayeti birlikte kullanabileceklerdir. Bunun dışında son olarak, kanunda yapılan değişikliğin tanıdığı imkânâ istinaden, ebeveynlerden birisinin, aile mahkemesine başvurmasıyla mahkeme tarafından da, diğer ebeveynin karşı çıkmasına rağmen, birlikte velayete hükmedilebilmesi mümkündür. Mahkeme, birlikte velayete hükmederken § 1626a II uyarınca çocuğun üstün yararını (*Kindeswohl*) esas alacaktır. Çocuğun üstün yararı açısından yapılacak olan bu denetime “çocuğun yararına ilişkin olumsuz denetim” (*negative Kindeswohlprüfung*) denilmektedir.<sup>14</sup>

§ 1671 BGB hükmü ise ebeveynlerin geçici olmayacak şekilde ayrı yaşamaları halinde ve boşanma davası sırasında da, birlikte velayetin söz konusu olduğu durumlarda, her bir tarafın aile mahkemesine başvurarak velayetin sadece kendisine verilmesini talep edebileceği düzenlenmektedir. İlk fıkrada anılan bu duruma göre tek başına velayetin söz konusu olabilmesi için çocuk 14 yaşını doldurmuş olmalı, diğer ebeveyn başvuruya itiraz etmemeli ve birlikte velayetin sona erdirilerek, velayetin salt başvuruda bulunan tarafa bırakılması çocuğun yüksek yararına uygun olmalıdır.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi 2018 yılında verdiği bir kararda,<sup>15</sup> 15 ve 17 yaşlarındaki iki oğlunun birlikte velayetini sonlandırmak için talepte bulunan babanın başvurusunu; çocukların ilk dere-

<sup>12</sup> Wolf/Schumki, s. 162; Erlüle, s. 165.

<sup>13</sup> Güven Kudret, “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4 S. 1, Ankara 2018, s. 22-23.

<sup>14</sup> Wolf/Schumki, s. 163; Erlüle, s. 169.

<sup>15</sup> BVerfG 22. März 2018- 1 BvR 399/18. (Erişim T.: 29.10.2019, <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/731464/>)

ce mahkemesine yaptıkları açıklamalar doğrultusunda, babalarıyla bir yıldan fazla süredir iletişimde olmamaları ve görüşmek istememeleri, anneleriyle yaşamaları, ebeveynler arası herhangi bir iletişim ve fikir birliğinin bulunmaması ve bunlara ek olarak başvurucunun herhangi bir anayasal hakkının ihlalinin söz konusu olmaması gerekçeleriyle reddetmiştir. Kararda ayrıca, birlikte velayet için vazgeçilmez bir ön koşul olarak, ebeveynler arasında işbirliği yeteneği ve hazırlığının mevcut olması aranmış, tarafların ilişkileri göz önünde bulundurularak birlikte velayetin devamına zorlamanın da çocuğun üstün yararına uygun olmadığı belirtilmiştir. Velayetin tek başına anneye bırakılması, yukarıdaki açıklamalar ışığında babanın velayet hakkının Alman Anayasası md. 6/2 uyarınca ihlali olmadığına hükmedilmiştir.

Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise velayetin yalnızca annede bulunduğu hallerde, babanın velayete katılma ya da doğrudan kendisine devredilmesi için aile mahkemesine başvurması hali düzenlenmiştir. Bu durumda da tek başına velayet kararı ancak talebe annenin rızasının olması, çocuğun 14 yaşını doldurması veya menfaatıyla çelişmemesi halinde mümkündür.<sup>16</sup> Buna alternatif olarak da, velayetin babaya verilmesinin çocuğun üstün yararına olduğu kabul ediliyorsa ve birlikte velayetin söz konusu olması mümkün değilse, annenin rızası aranmaksızın, baba tek başına velayet hakkını haiz olur.<sup>17</sup> Böylece baba ilk defa, annenin rızası olmaksızın, tek başına velayet ya da velayete katılmak imkanı elde etmiştir. Başka bir deyişle, Alman Anayasası md. 6/2, babanın velayet hakkı için yeterli ve annenin velayet hakkına bağlı olmadığı için, getirilen yasal değişiklik, annenin, babanın tek başına velayet talebini veto hakkını sona erdirmiştir.<sup>18</sup>

### III. İSVİÇRE HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

#### A. Genel Olarak

İsviçre’de çocuk haklarına ilişkin olarak 25 Haziran 1976’da yapılan revizyon ile evlilik dışı ilişkiden meydana gelen çocuk ile evlilik birliği içinde meydana gelen çocuk arasında eşitlik sağlanmıştır, ancak bu eşitlik sadece çocuğun statüsü ve miras hukukuna ilişkin olup

<sup>16</sup> Güven, s. 23.

<sup>17</sup> Wolf/Schumki, s. 164; Poncelet, Art. 1671 N. 82.

<sup>18</sup> Hennemann, Art. 1671 N. 149.

velayet hakkını kapsamamaktadır.<sup>19</sup> Başka bir deyişle, evli olan ebeveynler velayet hakkını birlikte kullanırken, evli olmayan ebeveynler için ise tek başına velayet uygulaması devam etti ve velayet anneye bırakıldı. Evli olmayan ebeveynler için birlikte velayet kurumunun gündeme gelmesi 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanun'unun boşanmaya ilişkin hükümlerinde yapılan revizyona kadar mümkün olmamıştır. Başka bir deyişle, boşanma halinde velayetin tek başına kullanılması kural olup ancak, eski İsviçre Medeni Kanun'u md. 298a uyarınca, anne ve babanın birlikte velayete ilişkin ortak iradelerinin ve çocuğun bakımı, masraflarının paylaşılması ile bunlara katkıları gibi hususları karara bağladıklarını gösteren bir anlaşmanın mevcut olması halinde birlikte velayete mahkeme tarafından karar verilebilecektir.<sup>20</sup>

Yapılan revizyona rağmen getirilen yeni hükümlerin; evli olan ve olmayan babalar arasında ayrımcılığa neden olması, velayetin tesisinde ebeveynlerin medeni durumlarının ölçüt alınması ve esasen ebeveyn sorumluluğunun, çocuğun, ebeveynlerinin medeni durumu sebebiyle herhangi bir dezavantajlı durumda kalmayacak şekilde düzenlenmesi gereklerinden hareket edilerek 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren ve boşanma ile ayrılık sonrasında velayeti düzenleyen revizyon projesinin ikinci bölümü olarak adlandırılan yeni yasal düzenlemeler uygulanmaya başlamıştır.<sup>21</sup>

2014 yılında yürürlüğe giren yeni düzenlemelere kadar, birlikte velayet uygulaması evlenmemiş ya da boşanmış ebeveynler için istisnai bir uygulama niteliği taşımakta, mahkemeler tarafından birlikte velayete karar verilebilmesi için birden çok şartın bir arada bulunması gerekirdi ki bu da diğer Avrupa ülkelerindeki uygulamalarla kıyaslandığında oldukça eski, çağın gerekliliklerinden uzak olarak yorumlanmaktadır.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, s. 9082.

<sup>20</sup> Ingeborg Schwenzer/Tomie Keller, "Recent Developments in Swiss Family Law", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y. 35 S. 1, 2015, s. 21; Erlüle; s. 170; Wolf/Schumki, s. 157; Güven, s.14; Öcal Apaydın, s. 642.

<sup>21</sup> Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, s. 534.

<sup>22</sup> Büchler Andrea/Maranta Luca, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014, Rz. 2. (Erisim T.: 15.07.2019, <https://www.ius.uzh.ch/dam/>

## B. 2014 Yılı Velayet Hukuku Revizyonu ve Sonrası

2014 yılının temmuz ayında yürürlüğe giren yeni yasal düzenlemenin ise iki önemli sebebi bulunmaktadır: Birincisi, evli olmayan babaların yasal ayrımcılığını ortadan kaldırmak ve ikincisi de birlikte velayet kurumunu bir kural haline getirmektir.<sup>23</sup> İsviçre Medeni Kanunu'nun 296. maddesinin ikinci fıkrasında birlikte velayetin kural, tek başına velayetin ise istisna olduğunu açıkça düzenlemiştir.

Buna ilişkin olarak Federal İsviçre Mahkemesi bir kararında<sup>24</sup> "... çocuklar, reşit olmadıkları sürece, baba ve annenin ortak ebeveyn bakımı altındadır. Bununla birlikte, boşanma davasında, çocuğun çıkarlarını korumak için gerekli olması halinde, mahkeme, ebeveynlere tek başına velayet sorumluluğunu verir. Bu nedenle, kural olarak birlikte velayet ilkesini oluşturur. Bu, reşit olmayan çocukların refahının, ebeveynlerin birlikte velayeti birlikte kullanılması durumunda en iyi şekilde hizmet ettiği varsayımına dayanır. Bu ilkedен, yalnızca istisnai olarak çocuğun çıkarlarını daha iyi koruduğu başka bir çözüm için sapılmalıdır. Tek başına velayete karar vermek ve velayeti tek bir ebeveynlere tahsis etmek bu nedenle sınırlı bir istisna kalmalıdır. Ebeveynlerin ciddi bir kalıcı çatışma içinde olmaları veya çocuklarla iletişim kuramamaları durumunda bu istisna düşünülebilir..." diyerek kuralın birlikte velayet uygulaması olduğunu açıkça vurgulamıştır. Anılan fıkraya göre, çocuklar erginlik yaşına gelene kadar annelerinin ve babalarının birlikte velayeti altında olacaklardır. Boşanma halinde ise 298. maddeye göre boşanma ve evlilik birliğini korumaya yönelik işlemlerde mahkeme, çocuğun yüksek yararının gerektirmesi<sup>25</sup> halinde, velayeti ebeveynlerden yalnızca birine bırakabilir.<sup>26</sup>

jcr:9875436a-173e-4a82-ab859e1a414ebb4b/Buechler\_Maranta\_DasneueRechtde-  
relterlichenSorge.pdf)

<sup>23</sup> Buechler/ Maranta, Rz. 1.

<sup>24</sup> BGE 5A\_468/2017, 18. Dezember 2017 (Erişim T.: 18.07.2019, <https://www.bger.ch>)

<sup>25</sup> "... Birlikte velayet şimdi kural olmasına ve ilke olarak, çocuğun ikamet ettiği yeri belirleme hakkını içermesine rağmen bu mutlaka alternatif bir velayetin oluşturulmasını gerektirmez... İçtihat hukukuna göre, çocuğun refahı, çocuk hakkının en yüksek değeridir. Bu nedenle, ebeveyn-çocuk ilişkisinin düzenlenmesi için her zaman belirleyici faktör olurken, ebeveynlerin çıkarları ve istekleri arka planda oturmak zorundadır..." BGE 5A\_991/2015, 29. September 2016 (Erişim T.: 18.07.2019, <https://www.bger.ch>)

<sup>26</sup> "...Söz konusu hükme göre, boşanma ya da evlilik birliğini korunmasına ilişkin işlemlerde, çocuğun çıkarlarının korunmasının gerektirmesi halinde mahkeme, velayeti tek bir ebeveynlere bırakabilir... Bu, reşit olmayan çocuğun çıkarlarına, en

İsviçre Medeni Kanunu'nda 1 Temmuz 2014'te yürürlüğe giren ve velayete ilişkin hükümlerde yapılan değişikliklere göre değinilmesi gereken bir diğer düzenleme de 133. madde olup burada; mahkemenin, annenin ve babanın hak ve yükümlülüklerini, ebeveyn-çocuk ilişkisinin hukuki sonuçlarını dikkate alarak, özellikle de ebeveyn bakımı, çocuğun himayesi, çocukla kişisel ilişki kurulması ve bakım masraflarına katkıda bulunulması ile nafaka hususlarını karara bağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu madde bağlamında çocuğun yararı ölçütü soyut bir ölçüt olarak kabul edilmekte ve her somut olaya göre yukarıda belirtilen hususlar değerlendirilmektedir.<sup>27</sup>

Tüm bu düzenlemeler, annenin ve babanın velayet hakkından sadece evlilik birliği süresince değil, bilakis evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesinden sonra da eşit şekilde yararlanmaları gerektiğini belirterek tek başına velayetten ziyade, birlikte velayet uygulamasını desteklemektedir. Düzenlemelerin son cümlesinde yer alan ve taraf devletlere getirilen sorumluluk ile çocuğun yararının en önemli amaç olduğu görülmektedir.

Bu madde bağlamında, İsviçre Medeni Kanunu'nun 133. maddesinin orijinal metninde<sup>28</sup> yer alan ve "çocuğun himayesi" anlamına gelen "Obhut" kelimesinden de bahsetmek gerekir. 2014 revizyonundan önce bu ifade ile çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi ve yerleştirilmesi gibi aynı zamanda, çocuğun günlük yaşamı, bakımı ve eğitimi

---

çok ebeveynlerin birlikte velayeti üstlenmesi durumunda hizmet ettiği varsayımına dayanır. 2014'ten beri yürürlükte olan yeni velayet hükümlerine ve buna bağlı olarak birlikte velayet kuralından ancak, çocuğun çıkarlarını koruyan başka bir çözüm ortaya çıktığında sapılabilir..." BGE 5A\_346/2016, 29. Juni 2017 (Erişim T.: 28.10.2019, <https://www.bger.ch>)

<sup>27</sup> Öcal Apaydın, s. 649.

<sup>28</sup> Art. 133 F. Kinder/I. Elternrechte und -pflichten

F. Kinder

I. Elternrechte und -pflichten

1 Das Gericht regelt die Elternrechte und -pflichten nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses. Insbesondere regelt es:

1. die elterliche Sorge;

2. die Obhut;

3. den persönlichen Verkehr (Art. 273) oder die Betreuungsanteile; und

4. den Unterhaltsbeitrag.

2 Es beachtet alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände. Es berücksichtigt einen gemeinsamen Antrag der Eltern und, soweit tunlich, die Meinung des Kindes.

3 Es kann den Unterhaltsbeitrag über den Eintritt der Volljährigkeit hinaus festlegen.



ile ilgili sorumluluklar da kastedilmektedir.<sup>29</sup> Birden çok durumu ifade eden bu çok yönlü üst kavram, 2014 revizyonu ile birlikte, içerdiği durumlar birbirinden ayrılmak suretiyle sadeleştirilmiştir.<sup>30</sup> Hukuki himaye olarak ifade edilen çocuğun yerleşim yeri, “*Obhut*” kavramından ayrılarak, sadece, fiili himaye (*faktische Obhut*) olarak adlandırılan çocuğun günlük yaşamı, bakımı ve eğitimi kastedilecek şekilde düzenlenmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre çocuğun fiili himayesi, sadece çocukla birlikte aynı evde yaşayan ebeveyne aittir.<sup>31</sup>

#### IV. TÜRK HUKUKUNDA BİRLİKTE VELAYET

##### A. Velayet Kavramı

Velayet, TMK’da açık bir şekilde tanımlanmamakla birlikte, md. 335 uyarınca kural olarak küçük ve bazen de kısıtlı ancak ergin çocukların gerek şahıs gerek malvarlıklarının bakım ve korumasının sağlanması, malvarlıklarının kullanılması ve yönetilmesi ile onların temsil edilmesi için kanun koyucu tarafından, bu kişilerin anne ve babalarına yüklenen yükümlülüklerin ve hakların tümüne denir.<sup>32</sup> Velayet, kişiye sıkı sıkıya bağlı olması sebebiyle devredilemeyen, miras yoluyla inti-

<sup>29</sup> Büchler/Maranta, Rz. 12.

<sup>30</sup> Erlüle, s. 235.

<sup>31</sup> Büchler/Maranta, Rz. 12.

<sup>32</sup> Ali Naim İnan, Türk Medeni Kanunu, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 277; Öztan, s. 1074; Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2018, s. 222; Ömer Uğur Gençcan, “Ortak Velayet”, İzmir Barosu Bülten – 8 Mart 2017 Özel Sayısı, 2017, s. 24; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku - İkinci Cilt, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayıncılık, 2016, s. 406; Leyla Müjde Kurt; “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9 S. 2, 2018, s. 158; Eylem Apaydın, “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, *İNÜHFD*, C.9 S.1, 2018, s.446; Ediz Bingöl, “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88 S. 2, 2014, s. 279; Bahar Öcal Apaydın, “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11 S. 145-146, 2016, s. 633; Özge Uzun Kazmacı, “Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6 S. 1, 2018, s. 172; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt: III - Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2018, s. 351; Azra Arkan Serim, “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14 S. 167, 2016, s. 6077-6078; Ünsal Dönmez/Taylan Barın, “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, *TAAD*, Y. 9 S. 35, 2018, s. 179; İlnur Serdar, “Birlikte Velayet”, *DEÜHFD*, C. 10 S. 1, 2008, s. 159.

kal etmeyen, feragat edilemeyen ve hukuki işlemle de sınırlandırılması mümkün olmayan; anneye ve babaya tanıdığı yetkilerin yanı sıra bir o kadar da yükümlülük getiren bir haktır.<sup>33</sup> Hatta bu özelliği nedeniyle “yüküm-hak” (*Pflichtrecht*) olarak da ifade edilmektedir.<sup>34</sup>

## B. Türk Medeni Kanunu’ndaki Velayete İlişkin Düzenlemeler ve Birlikte Velayete İlişkin Tartışmalar

Kanun koyucu velayet hakkını, 336. maddenin ilk fıkrasında, evlilik devam ettiği sürece anne ve babanın birlikte, anne ve baba evli değilse de sadece annenin haiz olmasını kabul etmiştir. Anne ve babanın evlilik birliği devam ederken velayet “birlikte” kullanması ile kastedilen, anne ve babanın her birinin birbirlerinden bağımsız velayet hakları olması ve buna bağlı olarak da tek başlarına ve şahsen sorumluluklarının doğmasıdır.<sup>35</sup> İkinci fıkrada da ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hâli gerçekleşmesi durumlarına ilişkin olarak hâkime, velayeti eşlerden birine vermesi için takdir yetkisi getirmiştir.

Anılan maddenin ilk iki fıkrasındaki düzenlemeler doktrinde, üçüncü fıkraya nazaran, tartışmalı olmayıp asıl görüş ayrılıkları yaşanan husus evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, anne ve babanın velayet hakkını birlikte kullanıp kullanamayacağına ilişkindir. Bu konuda TMK’da açık bir hüküm bulunmaması, sadece TMK md. 336/3’te “*Velayet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir*” düzenlemesine yer verilmesi sebebiyle birlikte velayete cevaz verip vermediği ise doktrindeki tartışmanın çerçevesini oluşturmaktadır.

Tartışmalar TMK md. 336/3 ile TMK md. 182/2’nin birlikte değerlendirilmesi ekseninde devam etmektedir. TMK md. 182/2 uyarınca, velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş, çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulacak; ayrıca, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine de gücü oranında katılacaktır. Doktrinde bir görüş, TMK md. 336/3 ve TMK md. 182/2 düzenlemelerinin emredici nitelikte

<sup>33</sup> Erlüle, s. 94-95; Öztan, s. 1078; Arkan Serim, s. 6078.

<sup>34</sup> Emine Akyüz, “Velayet ve Çocuğun Korunması”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınları, 2009, s. 114; Erlüle, s. 93; Kurt, s. 158; Ünsal/Barın, s. 179.

<sup>35</sup> Dural/ Ögüz/Gümüş, s. 353; Erlüle, s. 143.

olduğunu, düzenlemede boşluk bulunmadığını, hâkimin takdir yetkisinin söz konusu olmadığını, müşterek çocuğa ilişkin olarak ancak boşanma ile evlilik birliği sona eren anne ya da babadan sadece birine velayet hakkı tanınabileceğini ve diğer ebeveyn ile çocuk arasında ise kişisel ilişki kurulması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>36</sup>

Nitekim uygulamada da boşanma sonrasında müşterek çocuğa ilişkin ebeveynlerin birlikte velayeti haiz olup olmayacağına ilişkin tartışmaları, 27.5.2009 tarihinde bir anlaşmalı boşanma davasında, tarafların talebi ve somut olayda çocuğun yüksek yararının gerekirmesi üzerine birlikte velâyet kararı tesis eden İzmir 4. Aile Mahkemesi başlatmıştır.<sup>37</sup> Bu ana kadar Türk yargısında, gerek ilk derece mahkemeleri gerek Yargıtay nezdinde, birlikte velayet uygulaması değerlendirilmemiş ya da değerlendirilmekle birlikte olumlu yönde bir karara bağlanmamıştır.<sup>38</sup> Hatta velayete ilişkin düzenlemelerin kamu düzeninden olması sebebiyle, yurt dışında birlikte velayete ilişkin verilen yabancı mahkeme kararlarının ülkemizde tanınması ve tenfizi için açılan davalarda, bunun TMK md. 336'nın ve buna bağlı olarak kamu düzeninin ihlali olacağı gerekçesiyle, talepler reddedilmiştir.<sup>39</sup>

Yargıtay'ın yaklaşımı da ilk derece mahkemelerinden çok farklı olmayıp, 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarih ve E.2016/15771, K.2017/1737 sayılı kararına kadar boşanma halinde birlikte velayet uygulaması lehine karar verilmemiştir. Anılan kararda<sup>40</sup>, evlilik dışı doğan müşterek çocuk için davacı babanın birlikte velayet tesis edilmesi talebiyle temyiz ettiği uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesi tarafından, birlikte velayet uygulamasının milli hukuklarına göre mümkün olmasına rağmen Türk hukukunda birlikte velayetin kamu düzenine aykırı olması sebebiyle bu talep reddedilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise, aşağıda detaylı olarak açıklandığı üzere, ülkemizin taraf olduğu uluslararası antlaşmalara ve anayasal düzenlemelere atıf yapmış ve akabinde de "kamu düzeni" kavramını tartışarak birlikte velayete "...

<sup>36</sup> Akıntürk/Ateş Karaman, s. 313; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 352 vd.; Kılıçoğlu, s. 623.

<sup>37</sup> Kurt, s. 170; Erlüle, s. 294.

<sup>38</sup> Bingöl, s. 288.

<sup>39</sup> Apaydın, s. 461.

<sup>40</sup> www.karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ (Erişim T.: 17.10.2019).

*Türk kamu düzenine ‘açıkça’ aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek “ortak velayet” istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekir...” ifadeleriyle yeşil ışık yakmıştır.*

Doktrindeki bir diğer görüş ise TMK’nın anılan maddelerinin emredici nitelikte olmadığını ve Türk Hukuku için de birlikte velayet uygulamasının mümkün olduğunu ve hatta olması gerektiğini savunmaktadır.<sup>41</sup> Bu görüşü savunan yazarlardan Öztan,<sup>42</sup> TMK md. 336/3’te bir istisna boşluğu bulunduğunu, fıkra ile amaçlananın, taraf olduğumuz uluslararası antlaşmalara da uygun olarak, çocuğun üstün yararını korumak olduğunu, bu nedenle de birlikte velayetin uygulanmasına Kanun’un izin vermediğini söylemenin mümkün olmadığını; maddenin amaca uygun yorumla sınırlandırılarak, en azından anlaşmalı boşanmalar başta olmak üzere ve eğer ki anne ve baba birlikte velayeti yürütebilecek durumda ise, birlikte velayetin müşterek çocuk için tesisinin mümkün olduğunu belirtmektedir.<sup>43</sup>

Yasanın birlikte velayete izin vermemesine karşın gerek evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde gerek evlilik dışı ilişkilerde doğan çocukların velayetine ilişkin olarak salt taraflardan birine bırakılması ki genelde çocuğun yaşı ve ihtiyaçları dikkate alınarak anne hak sahibi olur, Kıt’a Avrupası hukuk sisteminin uygulandığı Almanya, İsviçre gibi diğer ülkelerle karşılaştırıldığında evli olan ve olmayan babalar arasında bir ayrıma neden olduğu gibi aynı zamanda evlilik kurumundan bağımsız olan velayetin evliliğe bağlı bir kurum haline getirilmesi sonucunu doğurmaktadır.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Güven, s. 62; Arkan Serim, s. 6085; Birinci Uzun, s. 163-164; Uzun Kazmacı, s. 180; Bingöl, s. 304.

<sup>42</sup> Öztan, s. 1090-1091.

<sup>43</sup> Kirca da örtülü boşlukların amaca uygun sınırlama yoluyla giderilmesinin sınırlarına İsviçre’de birlikte velayet konusundaki tartışmalara ve kanun değişikliklerine değinerek örneklemiştir. Çiğdem Kirca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama”, *AÜHFHD*, C. 50 S. 1, 2001, s. 110-111.

<sup>44</sup> Erlüle, s. 154 vd.

Serozan<sup>45</sup> da yasal düzenlemenin mevcut halinin, Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve taraf olduğumuz başta Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi olmak üzere uluslararası antlaşmalarla getirilen "çocuğun üstün yararı" ilkesinin ihlali anlamına geldiğini, TMK md. 336 düzenlemesinin Anayasaya aykırılığının def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınması gerektiğini belirtmiştir.

Kurt<sup>46</sup> ise TMK md. 336/3 düzenlemesinin lafzının açık olduğunu, hükümde boşluk bulunmadığını, boşanma halinde birlikte velayete hükmedilemeyeceğini, ancak günümüz şartları ve ihtiyaçları doğrultusunda tek başına velayete nazaran birlikte velayetin çocuğun üstün yararına daha çok hizmet ettiğini; buna karşılık, tartışmaların normlar hiyerarşisi çerçevesinde birlikte velayete hükmedilmesi lehine sona erdirilebileceğini savunmaktadır.

Akyüz<sup>47</sup> ve diğer birçok yazar da, ulusal yasal düzenlemelerin yanı sıra taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeleri ve çocuğun yüksek yararı ilkesini de esas alarak bu konuda değerlendirmelerde bulunmuştur. Nitekim Anayasa md. 90/5 "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" düzenlemesiyle aslında TMK md. 336/3 için yapılan evliliğin sona ermesinden sonra annenin ve babanın müşterek çocuk için birlikte velayeti haiz olup olamayacakları tartışmaları Türkiye'nin taraf olduğu ve 01.08.2016'da yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 Numaralı Protokol'ün "eşler arası eşitlik" başlıklı 5. maddesi gereği "eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir" düzenlemesiyle aslında bir cevap niteliği taşımaktadır. Anne ve babanın evlilik birliği sona erdik-

<sup>45</sup> Rona Serozan, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, 2008, 759-777.

<sup>46</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kurt, s. 174.

<sup>47</sup> Akyüz, Çocuk, s. 231 vd.

ten sonra özel hukuk niteliği taşıdığı aşikâr olan ve bir hak-yüküm olarak nitelendirilen velayet hakkı hususunda eşit oldukları açıkça düzenlenmiştir. 5. madde aynı zamanda AİHS'nin "ayrımcılık yasağı" başlıklı 14. maddesinin eşler bakımından somutlaşmış bir halidir.<sup>48</sup>

Anılan Protokol haricinde yine Türkiye'nin taraf olduğu 2184 sayılı ve 27 Ocak 1995 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. ve 18. maddelerinde sırasıyla her çocuğun, anne ve babası tarafından bakılma hakkına sahip olduğu gibi; yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında da anne ve babanın birlikte sorumluluk taşıdığı ve sorumluluğun ilk olarak onlara, annenin ve/veya babanın velayet hakkına sahip olmaması halinde ise vasilere düştüğü belirtilmiştir.

Son olarak taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 Numaralı Protokol'de de *"eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez"* hükmüne yer verilmiştir.

Doktrinde yaşanan 11 No'lu Protokol ile Değişik 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi ile TMK md. 336/3 arasındaki ilişkiye ilişkin tartışmalara değinmeden önce Anayasa md. 90/5 ile getirilen usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çatışması halinde milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkin düzenlemenin çözümlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin TMK md. 187 kapsamında kadının soyadına ilişkin vermiş olduğu bir bireysel kararda<sup>49</sup> konuya ilişkin olarak *"...Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası*

<sup>48</sup> Güven, s. 43; Dönmez/Barın, s. 198. AİHM de 03.02.2011 tarih ve 35637/03 başvuru numaralı Sporer-Avusturya kararında baba, evlilik dışı doğan çocuğunun velayetini, çocuğunun annesi ile birlikte kullanmayı talep etmiştir. Evlilik birliği içinde doğan çocuklar ya da evlilik birliğinin ayrılma veya boşanma ile sona erdiği hallerde babaların, anne ile birlikte velayet hakkını haiz olurken; evlilik birliği dışında doğan çocuklar için kural olarak velayet salt anneye verilmesi ve babanın ancak çocuğun annenin velayetinde kalmasının çocuk için sakıncalı olduğu hallerde velayeti tek başına kullanabilmesi AİHM tarafından evli olan, olmayan ve boşanmış babalar arasında ayrımcılık yapmak olarak yorumlanmıştır. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-103234>, Erişim T.: 22.10.2019)

<sup>49</sup> AYM 19.12.2013 tarih ve 2013/2187 sayılı bireysel başvuru kararı (Erişim T.: 20.10.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2187?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=2187>)



uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır..." yorumunu yapmıştır. Bu görüşe rağmen doktrinde bir başka görüş Anayasa md. 90/5 düzenlemesinde yer alan "esas alınır" ifadesi ile özel bir çatışma kuralı öngörüldüğünü, kanunlar ile çatışma halinde olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara öncelik verileceğini, başka bir deyişle, bir uluslararası antlaşmanın, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsa da bir kanunun varlığına son vermesinin mümkün olmadığını savunmaktadır.<sup>50</sup>

Konuya ilişkin olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun ya da olmasın kanun hükmünde kabul edilen milletlerarası sözleşmeler ile kanunlar arasında normlar hiyerarşisi bağlamında bir değerlendirme yapılamayacağı zira iki düzenlemenin de eşdeğer olduğu, 90. maddenin son fıkrasındaki son cümlede yer alan ve sadece birbiriyle çatışan iki farklı hukuki düzenlemeden hangisinin esas alınacağı hususuna çözüm getirildiği ve bunun yorum ilkelerine ilişkin olduğu, normlar hiyerarşisi tartışmasının dışında kaldığı da görüşler arasında belirtilmektedir.<sup>51</sup>

Anayasa Hukuku alanında yapılan bu tartışma, birlikte velayet için 11 No'lu Protokol ile Değişik 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesi ile TMK md. 336/3 arasındaki ilişki olarak somutlaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararındaki açıklamalara göre, Protokol md. 5 ile TMK md. 336/3 zımni olarak ilga edilmiştir ve 5. maddenin uygulanmasıyla Türk hukukunda birlikte velayete hükmedilmesi mümkün-

<sup>50</sup> Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", *TBB Dergisi*, S. 70, 2007, s. 206; Ozan Ergül, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar Kanun Hükmündedir", Yıldırım Uler'e Armağan, Lefkoşa 2014, s. 74; Yahya Berkol Gülgeç, "Normlar Hiyerarşisi", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 164. Farklı görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 232-233.; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s. 716 vd.; Mesut Gülmez, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *TBB Dergisi*, S. 54, 2004, s. 156.

<sup>51</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Dönmez/Barın, s. 195 vd.



dür; ikinci görüş doğrultusunda, sonuç bağlamında, yine Protokol'ün 5. maddesi uygulama bulmakta ancak bu, TMK md. 336/3 düzenlemesinin varlığını ortadan kaldırdığı anlamına gelmemektedir.<sup>52</sup>

Konunun hukuki boyutunun yanı sıra, çocuk ve çocukluk kavramlarının salt hukuki nitelik taşımayıp aynı zamanda sosyoloji, tarih, tıp, psikoloji gibi birden çok bilim dalını ilgilendirmesi sebebiyle birlikte velayete ilişkin çok yönlü olarak değerlendirmeler yapılmış; çocuğun ebeveynlerinin aralarındaki anlaşmazlıkları müşterek çocuklarına yansıtılmamak ve onun fiziksel ve ruhsal sağlığı, bakımı, gelişimi ve eğitimi için en uygun kararı alma ve birlikte hareket etme hususlarında hemfikir olmaları halinde anne ya da babanın tek başına velayet hakkını haiz olmasındansa velayet hakkını birlikte kullanmalarının çocuk için daha sağlıklı olacağı belirtilmiştir.<sup>53</sup>

### C. Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalardan sonra kanaatimizce de 11 No'lu Protokol ile Değişik 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin, birlikte velayete ilişkin tartışmalara neden olan TMK md. 336/3 düzenlemesini ilga ettiğini söylemek güçtür. Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında getirilen değişiklik ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun ya da olmasın usulüne uygun yürürlüğe konmuş tüm uluslararası antlaşmaların kanun niteliğinde, onunla eşdeğer hükümde olduğu belirtilmiş; akabinde kanun hükmünde sayılan uluslararası antlaşmalar arasında ayırım yapılmış ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ile kanunlar arasında bir ihtilaf söz konusu olursa, genel kanun-özel kanun (*lex specialis derogat legi generali*) ve önceki kanun-sonraki kanun (*lex posterior derogat legi priori*) ilkelerine başvurmaksızın, getirdiği doğrudan özel bir çatışma kuralının devreye girmesiyle, antlaşma hükümleri uygulama bulacaktır.

<sup>52</sup> Anılan Protokol'ün 5. maddesi TMK hükümlerini ilga etmemekte, ilga için yürürlükteki kanunun kısmen/tamamen ortadan kaldırıldığına ilişkin yeni kanunda bir madde bulunması ya da yeni kanunda, eski kanuna ilişkin bu şekilde açık bir hüküm olmamakla beraber, önceki kanunla çelişen sonraki hüküm ile eski hükmü ortadan kaldırmanın amaçlanması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Güven, s. 38. 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün 25.03.2016 tarih ve 29664 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 6684 sayılı uygun bulma kanunu ile TMK'nın birlikte velayete engel olan hükümlerinin yürürlükten kalktığına dair bkz.: Gençcan, s. 26.

<sup>53</sup> Erlüle, s. 37.

Bunun dışında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. maddesinde düzenlenen “*daha geniş koruma sağlayan ulusal hukuka üstünlük*” kaydı doğrultusunda sözleşmeye taraf olan Devlet'e, iç hukukunda insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin olarak daha geniş bir koruma seviyesi sağlayan düzenlemeyi uygulama imkân ve yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>54</sup> Başka bir deyişle, eğer ki TMK ile velayet hukukuna ve birlikte velayete ilişkin olarak taraf olduğumuz 7 No'lu Protokol'deki düzenlemeden daha geniş koruma sağlayan, çağdaş ve çocuğun üstün yararını esas alan iç hukuk düzenlememiz olsa idi, TMK hükümlerinin uygulama bulacağı zaten AIHS md. 53 ışığında şüphesizdir. Ancak doktrinde farklı görüş ve hatta görüşlerin gerekçelendirilmesinde dahi farklı yorumlara sebep olacak derecede muğlak ve tartışmalara açık hükümlerden ziyade taraf olduğumuz uluslararası düzenlemelere ilişkin hükümlerin uygulanması; geçmişten günümüze aile yapısının değişmesi, kadın - erkek eşitliği, evlilik birliği ile velayetin bağımsız hukuki durumlar olması sebepleriyle günümüz şartlarına ve üyesi olduğumuz Kıt'a Avrupası hukuk sisteminin diğer üyesi hukuk sistemleri uygulamalarıyla bütünleşme açısından daha sağlıklı olacaktır. Nitekim sözleşme hükümleri de, sözleşmenin usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesinden sonra kanun maddesiyle eşdeğer hükümdedir ki bu durum bizi 11 No'lu Protokol ile Değişik 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesinin, TMK hükmüne nazaran uygulanması sonucuna götürmektedir.

Son olarak, yukarıdaki açıklamalar ışığında, TMK ilgili hükümlerinde değişiklik yapılması; birlikte velayetin kural, tek başına velayetin istisna olarak düzenlenmesi ancak bunun, ebeveynlerin birlikte velayet için istekli, iş birliği konusunda potansiyel ve yetenek sahibi olmaları da şartlarına bağlanarak bu şartların mevcut olup olmadığını incelemek ve çocuğun üstün yararı ilkesini de esas alarak karar vermesi için hâkime takdir yetkisi tanınması gerekmektedir.

## V. SONUÇ

Aile hukukunun temel kavramlarından biri olan velayet kapsamında, özellikle ekonomik ve toplumsal gelişmelere paralel olarak,

<sup>54</sup> Ersoy Kontacı, “Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2014, s. 116.

evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velayetin birlikte kullanıp kullanılmayacağı tartışılmıştır ve tartışılmaktadır.

Alman Hukukunda birlikte velayet uygulaması, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarıyla şekillenmiş, bu kararlarda çocuğun velayetinin tespitinde anne ve babanın medeni durumunun esas alınmaması; evlilik içi, evlilik dışı veya boşanmış ailelerinin çocukları arasında ayırım yapılmaması gerektiği kabul edilmiştir. Kararlar doğrultusunda 19 Mayıs 2013 tarihinde yapılan revizyon ile anne ve babanın her biri, birlikte velayeti talep edebilecektir. Hâkimin bu talebi değerlendirirken esas alacağı tek ölçüt, çocuğun üstün yararadır.

İsviçre hukukunda ise 2000 yılında gerçekleştirilen revizyona kadar tek başına velayet kural, birlikte velayet istisna olarak uygulanmış; anne ve babanın birlikte velayet talebinde bulunması ve eski İMK md. 298’de sayılan diğer şartların sağlanması halinde hâkim tarafından birlikte velayete hükmedilebileceği düzenlenmiştir.

Yapılan revizyonun babalar arasında medeni hali esas alması ve ayrımcılığa sebep olması, diğer Avrupa ülkelerinin de birçoğunda birlikte velayet uygulamasının kural haline gelmesine bağlı olarak 2014 yılında yeni bir revizyon yapılmıştır. Bu revizyonun motivasyonu, evli olan ve olmayan babalar arasında velayete ilişkin ayrımcılığa son vermek ve diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, birlikte velayeti kural haline getirmek olmuştur. Revizyona bağlı olarak İMK md. 298’de açıkça birlikte velayetin kural olduğu belirtilmiş ancak, yine çocuğun üstün yararı esas alınarak, hâkim tarafından tek başına velayete de hükmedilebileceği eklenmiştir.

Türk hukukunda birlikte velayet, kanunumuzun örnek alındığı İsviçre Medeni Kanunu’ndan farklı olarak, açıkça düzenlenmemiştir. 2017 yılına kadar Yargıtay, velayete ilişkin hükümlerin kamu düzeninden ve bunun sonucu olarak emredici niteliği haiz olması sebebiyle, birlikte velayete hükmedilmesinin mümkün olmadığı yönünde içtihat geliştirmiştir. 2017 yılında verdiği bir kararda ise TMK’daki velayete ilişkin hükümlerin açıkça kamu düzenine aykırı olmadığından hareketle birlikte velayet uygulamasına adeta yeşil ışık yakmıştır. Yargıtay bu kararını, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak 25.03.2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe giren ve iç hukukumuz halini alan 11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan

Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol'den hareketle tesis etmiştir. Karardan sonra aynı yönde Bölge Adliye Mahkemeleri de karar tesis etmiş olmasına rağmen ülkemizde, Alman hukukundaki kanun değişikliği süreci yaşanmamış, yargı kararları esas alınarak TMK ilgili maddelerinde revizyona gidilmemiştir. Başka bir deyişle, özellikle evlilik birliğinin boşanma ile sonra ermesi halinde birlikte velayete karar verilip verilemeyeceği yönünde TMK md. 182/2 ve 336/3 ekseninde tartışmalar devam etmektedir. Kamu düzeni kavramından hareketle anılan hükümlerin emredici niteliğini vurgulayan ve birlikte velayetin mümkün olmadığını kabul edenler olduğu gibi; bu konuda kanundaki hükümlerde örtülü boşluk olması ya da taraf olduğumuz uluslararası protokollerin gereğinin yapılması gibi farklı gerekçelere dayanarak birlikte velayete hükmedilmesinin mevcut TMK hükümleriyle de mümkün olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur.

Bu tartışmaları sonlandırmak ve taraf olduğumuz uluslararası anlaşma ve protokollerini iç hukukumuzla entegre etmek için, Alman Medeni Kanunu ve mehzaz İsviçre Kanunu'nda olduğu gibi birlikte velayetin kural olması, ancak çocuğun üstün yararını esas alarak hakim tek başına velayete de karar verebilmesi gerekmektedir. Bu şekilde bir düzenleme ile velayet kurumu, çocuk merkezli olacak ve ebeveynler arası eşitlik sağlanacaktır. Buna ek olarak, özellikle boşanma ile sona eren evliliklerde velayetin eşler arasında birbirlerine karşı bir "koz" ya da "tehdit" olarak kullanılmasını minimize etmek söz konusu olacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar ve Makaleler

- Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku- İkinci Cilt, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayıncılık, 2016.
- Akyüz Emine, Çocuk Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2018.
- Akyüz Emine, "Velayet ve Çocuğun Korunması", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayınları, 2009, s. 111-156.
- Apaydın Eylem, "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", *İNÜHFD*, C.9 S.1, 2018, s. 445-475.
- Arkan Serim Azra, "Boşanma Halinde Ortak Velayet", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14 S. 167, 2016, s. 6075-6088.

- Aybay Rona, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", *TBB Dergisi*, S. 70, 2007, s. 187-213.
- Bingöl Ediz, "Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88 S. 2, İstanbul 2014, s. 276-312.
- Büchler Andrea/Maranta Luca, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014, 2014.
- Dönmez Ünsal/Barın Taylan, "Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu", *TAAD*, Y. 9 S. 35, 2018, s. 175-210.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt: III- Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Ergül Ozan, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar Kanun Hükmündedir", *Yıldırım Uler'e Armağan, Lefkoşa 2014*, s. 65-86.
- Erlüle Fulya, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara 2019
- Gençcan Ömer Uğur, "Ortak Velayet", *İzmir Barosu Bülten - 8 Mart 2017 Özel Sayısı*, 2017, s. 24-30.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- Gülgeç Yahya Berkol, "Normlar Hiyerarşisi", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Gülmez Mesut, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *TBB Dergisi*, S. 54, 2004.
- Güven Kudret, "Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4 S. 1, Ankara 2018, s. 11-64.
- Hennemann Heike, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 9 - Familienrecht II §§ 1589-1921 (Ed: Säcker/ Rixecker/ Oetker/ Limpert), 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2017.
- İnan Ali Naim, Türk Medeni Kanunu, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- Kılıçoğlu Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 2018.
- Kırca Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama", *AÜHFD*, C. 50 S. 1, 2001, s. 91-119.
- Koch Elisabeth, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Band IV: Familienrecht. 1297-1921 (Ed.: Rückert, Joachim/ Schmoeckel, Mathias/ Zimmermann, Reinhard), Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.
- Kontacı Ersoy, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2014, s. 107-117.
- Kurt Leyla Müjde, "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet", *İnÜHFD*, C. 9 S. 2, 2018, s. 157-186.
- Öcal Apaydın Bahar, "İsviçre Medeni Kanununun Velayete ilişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11 S. 145-146, 2016, s. 631-658.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

- Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Öztan Bilge, "Boşanmada Velayetin Tevdii", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1 S.2, Ankara 2016, s. 473-495.
- Poncellet, *Juris PraxisKommentar BGB – Band 4 Familienrecht*, 7. Auflage, Online Kommentar inklusiv e-Book, 2014. (Erişim T.: 15.07.2019, [www.juris.de](http://www.juris.de))
- Schwenzer Ingeborg/Keller Tomie, "Recent Developments in Swiss Family Law", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y. 35 S. 1, 2015, s. 1-28.
- Serdar İlknur, "Birlikte Velayet", *DEÜHFD*, C. 10 S. 1, 2008, s. 155-197.
- Serozan Rona, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, 2008, 759-777.
- Uzun Kazmacı Özge, "Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6 S. 1, 2018, s. 171-186.
- Wolf Stephan/Schmuki Deborah, "Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutschland und Österreich", *Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014*, Bern 2014, s. 155-176.

### **Mahkeme Kararları**

- AİHM 03.02.2011 tarih ve 35637/03 başvuru numaralı Sporer-Avusturya kararı (Erişim T.: 22.10.2019, <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-103234>)
- AYM 19.12.2013 tarih ve 2013/2187 sayılı bireysel başvuru kararı (Erişim T.: 20.10.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2187?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=2187>)
- BGE 5A\_468/2017, 18. December 2017 (Erişim T.: 18.07.2019, <https://www.bger.ch>)
- BGE 5A\_991/2015, 29. September 2016 (Erişim T.: 18.07.2019, <https://www.bger.ch>)
- BGE 5A\_346/2016, 29. Juni 2017 (Erişim T.: 28.10.2019, <https://www.bger.ch>)
- BVerfG 03. November 1982 – 1 BvL 25/80, MDR 1983, 108-109. (Erişim T.: 15.07.2019, <https://www.juris.de/perma?d=jzs-MDR-1983-02-0108-1-R-04>)
- BVerfG 22. März 2018- 1 BvR 399/18. (Erişim T.: 29.10.2019, <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/731464/>)
- Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.02.2017 tarih ve E.2016/15771, K.2017/1737 sayılı kararı (Erişim T.: 17.10.2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasi-IstemciWeb/>)

# TÜRKİYE'DE UYGULANILAN GENEL SAĞLIK SİGORTASININ SALGIN HASTALIKLAR KARŞISINDA ÖNEMİ

## THE IMPORTANCE OF GENERAL HEALTH INSURANCE APPLICATION IN TURKEY AGAINST EPIDEMICS

Alptekin Burak BOYDAK\*

**Özet:** Dünya Sağlık Örgütü'nün pandemi olarak niteliği Covid-19 salgınında tüm vatandaşları kapsamına alabilecek bir sağlık hizmeti sunan ve finanse eden bir sosyal güvenlik aracına ne kadar ihtiyaç olduğu ortaya çıkmıştır. Dünyadaki gelişmiş ülkelere ait sosyal güvenlik sistemlerinin yetersiz kaldığı Covid-19 gibi bir salgın hastalık karşısında Türk Sağlık Sigortası sistemimizin nasıl bir noktada olduğu hukuki incelemeyi gerekli kılmaktadır. Türk Genel Sağlık Sigortasının salgın hastalıklar karşısında gösterdiği kapsayıcı ve koruyucu kalkan hukuki anlamda bir incelemeye tabi tutulmak suretiyle makalemize konu olmuştur. Bu çerçevede makalemizde genel sağlık sigortası sistemimiz ana hatlarıyla tetkik edilerek, kapsamına aldığı kişi ve haller itibarıyla salgın hastalıklar karşısında nasıl yardımlar sağladığı analiz edilmiş ve bu anlamda olumlu ve geliştirilmesi gereken yönleri bakımından görüş ve önerilerde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Koronavirüs, Sosyal Güvenlik, Genel Sağlık Sigortası

**Abstract:** During the epidemic of Covid-19, which is qualified as a pandemic by the World Health Organization, has revealed how much a social security tool that provides and finances a healthcare service that can cover all citizens is needed. In case of an epidemic such as Covid-19, where the social security systems of developed countries in the world are insufficient, it is necessary to examine the point where our Turkish health insurance system is. The inclusive and protective shield that Turkish general health insurance system has against epidemics is subject to our article with a legal examination. In this context, in our article, our general health insurance system is analyzed in general, and it is also analyzed how the system provides benefits in case of an epidemic in terms of the person and conditions it covers, and opinions and suggestions have been made in regard to its positive aspects and the aspects that need improvement.

**Keywords:** Coronavirus, Social Security, General Health Insurance

---

\* Dr. Öğr. Gör., Avukat, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü Hukuk Müşavirliği, alptekin\_burakb@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9136-4621, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.06.2020, Kabul Tarihi: 05.06.2020



## Giriş

Dünyamız Kovid-19 isimli salgın hastalık nedeniyle son yüzyıldan bu yana yaşadığı en önemli sosyal risklerden biri ile karşı karşıya kalmış ve bu minvalde sosyal risklere karşı hukuki güvence sağlayan sosyal güvenlik sisteminin değeri daha da anlaşılmıştır. Son on yılda yaşanan dört büyük salgın hastalık şunu göstermiştir ki sağlık ve sosyal güvenlik sistemini bütüncül ve doğru bir biçimde inşa edebilmiş olan ülkeler bu salgın hastalıkların üstesinden gelebilmekte diğer ülkeler ise finansman sorunları ve diğer nedenlerle koruyucu ve tedavi edici yaklaşım sunamadığından büyük zorluklarla karşı karşıya kalmaktadırlar.

Türk genel sağlık sigortası sisteminin diğer ülkelerle karşılaştırılmalı olarak anlatıldığı bir çalışmada da bahsedilen “Türkiye’de gelişmiş ülkelerde yaşanan eğilimlere paralel bir demografik geçiş ve bununla bağlantılı olarak yaşlılık ve sosyo-ekonomik faktörlere bağlı (epidemiyojik) hastalık ve ölüm haline bağlı olarak sağlık, sosyal güvenlik problemlerinin ve harcamalarının yakın gelecekte artacağını beklemek gerekir” öngörüsü bugün gerçekleşmiştir.<sup>1</sup>

Birçok gelişmiş devlet en son yaşadığımız salgın hastalık karşısında sağlık hizmetlerinin finansmanı ve salgın hastalığın tedavisi noktasında büyük zorluklar yaşamıştır. Bu zorlukların nedeni ise kanatımızca, toplumun ihtiyaçlarını karşılayabilecek entegre edilememiş bütüncül bir sağlık ve sosyal güvenlik sisteminin olmayışıdır. Ülkemiz ise sağlıkta dönüşüm politikası çerçevesinde toplumun tamamına yakınına kapsamına alan ve herkesin kolaylıkla sağlık hizmeti alabildiği bir genel sağlık sigortası sistemi ile yetkin sağlık sisteminin varlığı sayesinde salgın hastalık karşısında dünyadaki vaka sayısına oranla en az ölüm oranına sahip ülkeler arasında yerini almıştır.<sup>2</sup>

Dünyadaki birçok sağlık ve sosyal güvenlik sisteminin tıkanıp ciddi bir salgın hastalık karşısında Türk Genel Sağlık Sigortasının gösterdiği başarının analiz edilebilmesi anlamında genel sağlık sigortası sistemimizin kapsamına aldığı kişi ve hallerin ana hatları itibariyle tetkik edilmesi ilk elde gerekmektedir.

<sup>1</sup> Celal Dağ, Türk Genel Sağlık Sigortası Sisteminin Seçilmiş Bazı Ülke Sistemleri ile Karşılaştırmalı Analizi, Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 293.

<sup>2</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., European Centre for Disease Prevention and Control, www.ecdc.europa.eu Çevrimiçi: 03.06.2020.

## I. Genel Sağlık Sigortasının Amacı ve Sigortalı Sayılanlar

Sosyal güvenlikte sistemimizin tek çatı altında toplanması amacıyla hazırlanan 5510 sayılı Kanun öncesinde sağlık hizmetlerinden faydalanmada belirleyici olan statü hukukuydu. Bir başka deyişle sağlık hizmeti alacak olan kişi hangi statü ile çalışıyorsa o statünün sağladığı hak ve yükümlülükler içerisinde belli bir kuruma bağlı sağlık hizmeti sunucularından sağlık hizmetini alabiliyordu.<sup>3</sup>

Amacı sağlıklı bireyler ve toplum inşa edebilmek olan bir devletin bu gayesine ulaşabilmesi için sağlık hizmeti dediğimiz gerekli tesis, vasıtaları sağlaması ve kişiye genel yaşam şartları ile ilgili sağlıklı bir çevre sunması gerekmektedir.<sup>4</sup> 1982 Anayasası'nın 56. maddesi de bu çerçevede herkese sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu belirttiikten sonra devlete bu noktada gerekli sağlık hizmetlerini sunmasını ödev olarak yüklemiştir.

Uluslararası normlarda da BM Uluslararası Ekonomik Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinde sözleşmeye taraf devletlere, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkının temini amacıyla; varolan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukları sağlıklı gelişmelerinin sağlanması; çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileriye götürme; salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü ile hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması yükümlülüğü verilmiştir.<sup>5</sup> Bu itibarla, sağlık hakkını kişinin sağlığının korunması ve geliştirilmesini sağlayan menfaatler bütünü olarak nitelediğimizde bu menfaate ulaşılacak araç olarak sağlık hizmetlerinin önemi yadsınamayacaktır.<sup>6</sup>

Sağlık hizmeti gibi devletin aktif davranışı gerekli kılan temel bir haktan herkesin eşit bir biçimde yararlanması bakımından eski siste-

<sup>3</sup> Nail Dertli, "Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testi: Statü Eşitsizliğinden Gelir Eşitsizliğine", *Mülkiye Dergisi*, 39(3) 2015, s. . 278-279.

<sup>4</sup> Nazmi Zengin, "Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu", *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, 2010, s. 45.

<sup>5</sup> Nazmi Zengin, "Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu", *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, 2010, s. 46.

<sup>6</sup> Kamil Alptekin, "Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme", *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*. 2004;12(2), s. 144.

min ihtiyaçları karşılamadığı açıktı. Nitekim 5510 sayılı Kanun’un ihdas amaçları arasında sağlık hizmetlerinin finansmanının Türkiye’de yaşayan herkesi kapsayacak şekilde eşit ve tek bir yapıya kavuşturulması ile vatandaşların hastalanmasına engel olacak her türlü koruyucu sağlık hizmetlerinin yaygınlaştırılması, hastalık halinde ise vatandaşların en etkin ve hizmete kolay ulaşabilecekleri bir yöntemle tedavi edilmesine çalışılmak olduğu görülmektedir.

Toplumda yaşayan herkese sağlık hakkının sunulmasının en önemli araçlarından birinin sağlık sigortasının varlığı olduğu gözetildiğinde sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkının birbiriyle bağlantılı olduğu açıktır.<sup>7</sup> Bir sağlık sigortası sistemi kurulurken iki husus önem arz etmektedir. Birincisi sistemin kapsayıcılığı ikincisi ise sistemin finansmanının nasıl sağlanacağı hususudur. Genel Sağlık Sigortası sistemi bu noktada kapsayıcılık bakımından hangi statü hukukuna tabi olarak çalıştığına bakmaksızın hatta çalışıp çalışmadığına bakmaksızın zorunlu olarak herkesi kapsamına almaya çalışan; finansman modeli itibariyle de herkesin gelir seviyesiyle bağlantılı olarak prim ödemek suretiyle ödeme gücü bulunmayan ya da özel himaye gören kimi vatandaşların ise primlerinin devlet tarafından ödendiği bir modeli öngörmektedir.<sup>8</sup> Bu bağlamda genel sağlık sigortasının finansmanın sosyal sigorta primleri, vergiler, devlet katkısı, cepten harcamalar ve isteğe bağlı sigorta primlerinden oluşan bir şekilde sağlandığını söylemek mümkündür.<sup>9</sup>

### 1. 5510 sayılı Kanun’a Göre Genel Sağlık Sigortalısı Sayılanlar

5510 sayılı Kanun’un 60. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde; yerleşim yeri Türkiye olan kişilerden öncelikle çalışma şekilleri bakımından hizmet akdi ile çalışanlar, bağımsız çalışanlar ile mahalle muhtarları, kamu idarelerinde kadrolu çalışanlar, sözleşmeli çalışanlar, açıktan vekil olarak atananlar zikredilerek bu kişilerin genel sağlık sigortalısı sayılacağı belirtilmiştir. Aynı fıkranın b bendinde de isteğe bağlı sigortalıların genel sağlık sigortalısı sayılacağı zikredilmiştir. Daha sonra

<sup>7</sup> Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara 2015, s. 408.

<sup>8</sup> Yusuf Alper, “Sosyal Güvenliğin Finansmanı/Primler”, *Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri*, Kamu- İş, Ankara 2007, s. 235.

<sup>9</sup> Abdülaziz Gülay, “Türkiye’de Sağlık Sisteminin Finansmanı ve İngiltere ile Karşılaştırılması”, *Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 12, Aralık 2017, s. 21.

aynı fıkranın c bendinde ise; yukarıda belirtilen kişiler içerisinde girmeyenlerden, gelir seviyesine göre bir belirleme yapmak suretiyle, harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar genel sağlık sigortası kapsamına alındığı belirtilmiştir.

Yine 5510 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde yukarıda zikredilenler kişiler ve durumlar içerisinde girmeyenlerden, yaşı ve diğer bir takım durumlar nedeniyle korunması gerektiği düşünülen, Türk vatandaşlarından 18 yaşını doldurmamış çocuklar, Uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi ve vatansız olarak tanınan kişiler, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz faydalanan kişilerin genel sağlık sigortalısı sayılacağı belirtilmiştir. Ayrıca verdiği hizmetler veya başarıları nedeniyle, 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre şeref aylığı alan kişiler, 3292 sayılı Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler, Harp malûllüğü aylığı alanlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlar, 442 sayılı Köy Kanunu'nun ek 16'ncı maddesine göre aylık alan kişiler, 2913 sayılı Dünya Olimpiyat ve Avrupa Şampiyonluğu Kazanmış Sporculara ve Bunların Ailelerine Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler de genel sağlık sigortalısı olarak zikredilmiştir.

Tüm bu hal ve kişilere ek olarak, müteakabiliyet esası da dikkate alınmak şartıyla, oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler, 4447 sayılı Kanun gereğince işsizlik ödeneği, Esnaf Ahilik Sandığı ödeneğinin ve ilgili kanunları gereğince kısa çalışma ödeneğinden yararlandırılan kişiler, 5510 sayılı Kanun veya bu Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alan kişiler, başka

bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşların da genel sağlık sigortalısı sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Ayrıca genel sağlık sigortalısı sayılan kişilerin bakmakla yükümlü olduğu kişiler de zorunlu veya isteğe bağlı sigortalı sayılmamak ve kendi sigortalılığı kapsamında aylık bağlanmamış olmak kaydıyla prim ödeme şartı olmaksızın genel sağlık sigortalısı olarak kabul edilmiştir.<sup>10</sup>

Yukarıda saydığımız kişiler doğrudan doğruya genel sağlık sigortalısı sayılmıştır. Bakmakla yükümlü kişi ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise 5510 sayılı Kanun’un 3. maddesinde, “Genel sağlık sigortalısının, sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı sayılmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan; eşini, 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu’nda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın bu Kanun’a göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklarını, geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babası” olarak izah edilmiştir.

Ayrıca, 6111 sayılı Kanun’un 24. maddesiyle 5510 sayılı Kanun’un 5. maddesine eklenen ibare gereğince, 5.6.1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu’nda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrencilerden bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar ile Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerlerden bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar hakkında da genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır.

## **2. 5510 sayılı Kanun Bakımından Genel Sağlık Sigortalısı Sayılmayanlar**

5510 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında kısa veya uzun vadeli sigorta kollarının uygulanması bakımından sigortalı sayılmayan kişilerin ise ya genel sağlık sigortalısı sayılanların bakmakla yükümlü

<sup>10</sup> Ali Ekin, “Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları ve Esasları”, *TBB Dergisi*, (100), 2012, s. 155.

olduğu kişi statüsünde ya da 5510 sayılı Kanununun 60. maddesinde belirtilen kişi veya hallerden birine dahil edilerek genel sağlık sigortası bakımından sigortalı sayılarak kapsama alınması kabul edilmiştir. Bu şekilde kısa ve uzun vadeli diğer sigorta kolları bakımından sigortalı sayılmayanların dahi sisteme alınması amaçlanarak herkesi kapsayan bir sağlık sigortası sistemine ulaşılmaya çalışılmıştır.

Yine 5510 sayılı Kanun'un 60. maddesinde belirtilen usul ve esaslar dahilinde,

- ülkemizde öğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler,
- avukatlık stajı yapmakta olanlar,
- hakkında koruyucu tedbir kararı verilen kişiler
- ana veya babası üzerinden bakmakla yükümlü olunan kişi sayılmayanlardan; lise ve dengi öğrenimden mezun olanlar 20 yaşını, yükseköğrenimden mezun olanlar ise 25 yaşını geçmeyenler
- askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar, yedek subay öğrencileri, yedek astsubay öğrencileri, askeri öğrenci adayları ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi öğrenci adayları
- uluslararası askeri eğitim işbirliği anlaşmaları kapsamında Türkiye'de eğitim ve öğretim gören yabancı uyruklu misafir askeri personel ile yine bu kapsamda Türkiye'de Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi Başkanlığında eğitim ve öğretim gören yabancı uyruklu misafir personel genel sağlık sigortalısı sayılarak görev yaptıkları bu statü içinde de kapsam dışında kalmaları engellenmiştir.

5510 sayılı Kanun'da bazı kişiler spesifik olarak belirtilerek genel sağlık sigortalısı ve bakma yükümlü olduğu kişiler arasında değerlendirilmemiştir. Buna göre;

- Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla; yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye üç ayı geçmemek üzere bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler

- Türkiye’de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanlar, kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen ve temsilciliğin bulunduğu ülkede sürekli ikamet izni veya bu devletin vatandaşlığını da haiz bulunan Türk uyruklu sözleşmeli personelden, bulunduğu ülkenin sosyal güvenlik kurumunda sigortalı olduğunu belgeleyenler
- Kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen sözleşmeli personelin uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde ve temsilciliğin bulunduğu ülkenin ilgili mevzuatının zorunlu kıldığı hallerde, işverenleri tarafından bulunulan ülkede sosyal sigorta kapsamında sigortalı yapılanlar
- Ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde bulunan hükümlü ve tutuklular, müteakabiliyet esası da dikkate alınmak şartıyla, oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişilerden Türkiye’de bir yıldan kısa süreyle yerleşik olanlar,
- 5510 sayılı Kanun veya bu Kanun’dan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alan kişiler kapsamına olup 2147 sayılı 3201 sayılı kanunlara göre borçlanarak aylık bağlanan kişilerden ise Türkiye’de ikamet etmeyenlerin genel sağlık sigortalısı ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılmayacağı 5510 sayılı Kanun’un 60. maddesinde belirtilerek bu kişiler kapsam dışı bırakılmıştır.

## II. Genel Sağlık Sigortası Bakımından Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Kişinin hak ve ödevleri bölümünde yer alan 1982 Anayasa’nın 17. maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtmiş, sağlık hizmetlerinin sunumunu düzenleyen 56. maddede de devlete herkesin beden ve ruh sağlığını sürdürmesini sağlamak için sağlık kurumları ve sosyal kurumlar kurma ödevi yüklenmiştir.<sup>11</sup> Maddenin son fıkrasında ise, sağlık hiz-

<sup>11</sup> Evran Kırmızı, Namık Hüseyinli, “Sosyal Güvenlik Hakkının Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Çalışma ve Toplum* 2019/2, s. 1226.



metlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabileceği belirtilmiştir. Anayasanın sosyal güvenlik hakları başlıklı bölümünde de yine devlete mali kaynaklarının ölçüsünde herkese sosyal güvenlik hakkı sağlama görevi verilmiştir.

Anayasa hukuku bakımından aktif statü hakları içerisinde değerlendirilmemiz nedeniyle sağlık ve sosyal güvenlik hakları, devletin bu hakkın tesisi noktasında aktif bir davranışını gerekli kılmaktadır. Anayasamızdaki bu hükümler ve hakkın niteliği 5510 sayılı Kanun'un 62. maddesine de yansımıştır. Söz konusu maddede; bu Kanun gereğince genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamanın bir yükümlülük olduğu belirtilerek sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yararlandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin devamında ise, bu Kanun kapsamındaki kişilere sağlanacak sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile kişilerden alınan primlerin tutarı arasında ilişki kurulamayacağı emredici olarak düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere hak hukuken korunması gereken bir menfaattir. Anayasa Mahkemesinin eski tarihli bir kararında, hukukça korunması gereken en büyük değer, insanın canı, insan sağlığı olduğu konusunda görüş birliği olduğu belirtilmiştir.<sup>12</sup> Dolayısıyla devlet için tüm vatandaşlarını kapsayacak bir sağlık hizmeti sunmak bir yükümlülük olduğu gibi vatandaşlardan için de bunu talep etmek en temel haklardan biridir. Bu kapsamda devlet, sağlık hizmetini sunarken aldığı primin yüksekliğine göre vatandaşlara sunacağı sağlık hizmeti noktasında bir ayırım yapmayıp aynı zamanda herkese aynı nitelikte bir sağlık hizmeti sunmakla mükelleftir. Bu durumun salgın hastalıklar gibi zengin fakir ayrımı yapmaksızın toplumun tüm kesimini etkileyen hastalıklarda ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, alacağı sağlık hizmetinin kalitesinin ödediği prim oranının yüksekliğine bağlı olan kimi ülkelerde salgın hastalıklar nedeniyle ölümlerin daha alt gelir seviyesinde olan insanlarda daha yüksek oranda ortaya

<sup>12</sup> 23.5.1972 t., E.72/2, K. 72/28 sayılı Karar, AYMKD. S:10., 1973, Ankara, 406-414. (Taha Necati Yavuz, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Çerçevesinde Sağlık Hizmetinin Sunumu ve Finansmanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 2 ).

çıkması 5510 sayılı Kanun'un 62. maddesinin öneminin daha iyi anlaşılmasına neden olmaktadır.

### III. Salgın Hastalıklar Karşısında Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları

Genel sağlık sigortasında yararlanmak noktasında Kanun'un sistematığıne bakıldığında kural olarak 67. madde gereğince sağlık hizmeti sunucusuna başvurma tarihinden önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası primi ödeme gün sayısının olması gerektiği görülmektedir. Ayrıca bağımsız çalışanlar ile köy muhtarlarının ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ve yine başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşların Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 48'inci maddesine göre tecil ve taksitlendirilerek tecil ve taksitlendirmeleri devam edenler hariç 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması aranmıştır. İsteğe bağlı sigortalılar ile müteakabiliyet esaslı da dikkate alınmak şartıyla, oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler ve bakmakla yükümlü olduklarının ise 60 gün şartına ek olarak sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması gerekmektedir.

5510 sayılı Kanun'un 67. maddesinde, bir takım kişi ve haller istisna tutularak bu kişi veya hallerin mevcudiyeti halinde genel sağlık sigortalısının prim ödeme şartı olmaksızın genel sağlık sigortasının sunduğu sağlık hizmetlerinin faydalanacağı hüküm altına alınmıştır. Prim ödeme şartı olmaksızın faydalanılabilecek sağlık hizmetlerinden birini acil haller oluşturmaktadır.<sup>13</sup> Ayrıca Genel Sağlık Sigortası Uygulama Yönetmeliğinin 29/3. maddesinde "acil hâllerde sözleşmeli ve sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucuları kişilerden ilave ücret talep edemez" hükmüne yer verilerek genel sağlık sigortalısı sayılan kişilerin aldıkları acil hizmet karşılığında bütçelerinden ek bir ücret ödemelerinin de önü kapatılmıştır.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Ali Güzel/A. Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2018, s. 806; A. Nazım Sözer, "Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Yararlanmada Prim Koşulu", *Sicil Dergisi*, S: 13, s. 159; Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2017, s. 663.

<sup>14</sup> Hasan Yüksel, Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2016, s. 235.

09.04.2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Sağlık Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ ile Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği’nin 1.7 numaralı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan acil hal tanımı; “ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlarda olayın meydana gelmesini takip eden ilk 24 saat içinde tıbbi müdahale gerektiren durumlar ile ivedilikle tıbbi müdahale yapılmadığı veya başka bir sağlık kuruluşuna nakli halinde hayatın ve/veya sağlık bütünlüğünün kaybedilme riskinin doğacağı kabul edilen durumlar ile pandemi süresince pandemi olgularına yönelik tanı ve tedavileri kapsamaktadır. Bu nedenle sağlanan sağlık hizmetleri acil sağlık hizmeti olarak kabul edilir” şeklinde değiştirilmiştir. Bu çerçevede, değişiklik suretiyle salgın hastalık süresince salgın hastalığa karşı sunulan tanı ve tedaviler acil hal kapsamına alınarak bu vakaların acil hale ilişkin hükümlerden yararlanması sağlanmıştır.

Acil Sağlık Hizmetlerinin Sunumunu düzenleyen 2010-16 sayılı Başbakanlık Genelgesi tetkik edildiğinde; Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlık hizmeti sağlanan genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerden; SGK ile kamu veya özel sağlık kuruluşlarına başvuran acil hastalara verilen sağlık hizmetinin bedeli, prim borcu veya yeterli prim ödeme gün sayısı olup olmadığına bakılmaksızın, SGK’dan tahsil edileceği ve hastadan veya SGK’dan ayrıca ilave ücret talep edilmeyeceği vurgulanmıştır. Yine Genelge ile SGK ile sözleşmesi bulunmayan sağlık hizmeti sunucusuna başvuran acil hastalara verilen sağlık hizmetinin bedelinin hastadan tahsilinden sonra SGK tarafından hastaya iade edilebileceği ya da genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişi tarafından, sağlık hizmeti bedelinin SGK tarafından ilgili sağlık hizmeti sunucusuna ödenmesinin talep edilmesi halinde, kişinin yazılı muvafakati alınarak, kendisinden herhangi bir ödeme talebinde bulunulmaksızın muvafakatla birlikte faturanın SGK’ya gönderileceği, gönderilen fatura üzerinde SGK tarafından yapılacak inceleme sonrasında belirlenen tutarlar ilgili sağlık hizmeti sunucusuna ödeneceği düzenlenmiştir.

Sosyal güvencesi olmayanlar için, sağlık hizmeti bedelini ödeme gücü bulunmadığını belirtenlerden bu konuda yazılı beyan alınmak suretiyle acil sağlık hizmeti bedeli talep edilmeyeceği belirtilerek bedelin alınan hizmet yerine göre Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma

Vakıflarından ya da belediyelerden sağlık hizmeti veren kurumlarca isteneceği, sağlık hizmet bedelinin ödenmesi talebi kendilerine ulaşan ilgili belediye veya sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfınca yapılacak araştırma çerçevesinde ödeme gücü bulunmadığı tespit edilenlerin acil sağlık hizmeti bedellerinin bu kurumlarca ilgili sağlık kuruluşuna ödeneceği belirtilmiştir. Ödeme gücü bulunduğu tespit edilenler için ise bu durum ilgili sağlık kuruluşuna bildirilerek, hizmeti alan tarafından ödemenin yapılması sağlanması öngörülmüştür.

Bu çerçevede Kovid-19 hastalığına yakalanan bir Genel Sağlık Sigortalısının sağlık hizmeti için başvurduğu sağlık kuruluşu bu kişinin sigortalı olup olmadığına bakmaksızın doğrudan sağlık hizmetini sunacaktır. Hizmet verildikten sonra da genel sağlık sigortalıları bakımından 30 gün prim ödeme şartı aranmaksızın hastalıkla ilgili olarak aldığı tedavi ücreti Kurum tarafından karşılanacaktır.

Genel Sağlık Sigortalısı sayılabilmesi için yukarıda anlatıldığı üzere 5510 sayılı Kanun'un 60. maddesinde belirtilen statülerden biri içerisinde olmak yeterlidir. Bu bağlamda test yaptırmak suretiyle hane kişi başına düşen gelir asgari ücretin üçte birinden az olanlar test yaptırmak suretiyle hiçbir prim ödemedi genel sağlık sigortalısı sayılıp sağlık hizmeti alabilecektir. Bir şekilde bu testi yaptırmayan veya başka hiçbir sosyal güvencesi olmayanlar ise ödeme güçleri bulunmadığını beyan etmeleri kaydıyla aldıkları acil sağlık hizmetleri ilgili belediye veya sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı tarafından karşılanacaktır. Mevcut hükümlerden anlaşıldığı üzere acil hal kapsamında hizmet alan kişiden tedaviden sonra ücret talep edilebilmesi için bu kişinin genel sağlık sigortalısı sayılmaması ile ücreti ödeyebilecek mali gücünün bulunması gibi istisnai şartların bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere salgın hastalıklar gibi ödeme gücüne bakılmaksızın herkese sağlık hizmetlerinin sunumu gereken hallerde Kovid-19'un acil haller içerisine alınması suretiyle yerinde bir adım atılmıştır. Bununla birlikte düzenleyici hükümlerin tebliğ, yönetmelik, genelge ve kanun gibi farklı yerlerde bulunması vatandaşların daha iyi haklarını anlayabilmesi açısından zorluk teşkil etmektedir. Bu hükümlerin 5510 sayılı Kanun içerisinde bir bütün halinde düzenlenmesi hukuk tekniği açısından da yerinde olacaktır.

Kovid-19 kapsamında sunulacak tedavinin acil haller arasına alınması nedeniyle 5510 sayılı Kanun'un 67/3. maddesi kapsamında genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin gösterilmesi zorunluluğu acil halin sona ermesi sonrasında ertelenmiştir. Dolayısıyla Kovid-19 kapsamında başvuru yapan bir kişi bu şekilde önce sağlık hizmetini alıp sonra kimlik bilgilerini verebilme hakkını haizdir.

Özel sağlık kuruluşlarının da pandemi dönemlerinde yukarıda belirtilen acil hallerle ilgili mevzuat hükümlerine riayet etmeleri gerekmektedir. Sağlık Uygulama Tebliğinin 1.9.3. maddesinde yapılan ve 09.04.2020 tarihli Resmi Gazete'de yapılan değişiklik ile pandemi süresince pandemi olgularının tanı ve tedavileri ile bu işlemlere ilişkin sunulan sağlık hizmetleri ilave ücret alınmayacak sağlık hizmetleri arasına dahil edildiğinden özel sağlık kuruluşlarının pandemi süresince sunduğu pandemi olgularının tanı ve tedavisi kapsamında herhangi bir isim altında genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden ücret talep etmeleri mevzuata aykırı olacaktır.

#### **IV. Salgın Hastalıklarda Genel Sağlık Sigortasından Sunulan Sağlık Hizmetleri ve Katılım Payı**

Türk Genel Sağlık Sigortasından yararlanabilmek için ilke itibarıyla gerekli şartlardan biri de belirli istisnalar haricinde katılım payı ödenmesidir.<sup>15</sup> Salgın hastalıklar bulaşma hızları ve gösterdikleri epidemiyolojik özellikler nedeniyle premedikal bir koruma sistemini gerektirir. Bir başka deyişle salgın hastalıklarda önemli olan hastalığa yakalanmayı önleyici mekanizmaların geliştirilmesidir. Bu durum da koruyucu sağlık hizmetleri önemini göstermektedir. Nitekim sağlık hizmetlerinde etkililiğin sağlanması, uygulanacak sağlık politikaları ile koruyucu sağlık bilinci geliştirilerek insanların hastalanmamasının sağlanması suretiyle epidemiyolojik verileri içeren sağlık göstergelerinde sağlanacak ilerlemelerle mümkündür.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> M. Fatih Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 287.

<sup>16</sup> Celal Dağ, Türk Genel Sağlık Sigortası Sisteminin Seçilmiş Bazı Ülke Sistemleri ile

5510 sayılı Kanun’da koruyucu sağlık hizmetleri, kişilerin hastalıktan korunması veya sağlıklı olma halinin sürdürülmesi amacıyla, kişiye yönelik olarak finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri olarak tanımlanmış ve aynı Kanun’un 63. maddesinde finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri arasında, “kişilerin hastalanmalarına bakılmaksızın kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri” de zikredilmiştir. Kanun’un 69. maddesinde de, aile hekimi muayeneleri ve kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri katılım payı alınmaksızın sunulacak sağlık hizmetleri arasında gösterilmiştir. Bu çerçevede Kovid-19 kapsamında sunulacak aile hekimliği muayeneleri ile koruyucu sağlık hizmetleri de katılım payı alınmaksızın sunulacak yardımlar arasında yerini aldığı görülmektedir.

Türk Genel Sağlık Sigortasında vatandaşlar birinci basamak sağlık hizmeti sunucularına başvurma zorunluluğu olmaksızın ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmeti sunucularına gidebilmektedir. Bu durum hastanın hekime kolayca ulaşabilmesi bakımından bir yönüyle faydalı fakat ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerinde yoğunluğa neden olması sebebiyle eksi tarafları da olan bir olgudur. Her ne kadar genel sağlık sigortası kapsamında ikinci ve üçüncü basamak sistemine bu kadar kolay ulaşılmasının getirdiği maliyet öğretide eleştirilere konu olmuş ise de salgın hastalık dönemlerinde bu durumun hasta açısından ne kadar önemli olduğu anlaşılmıştır.<sup>17</sup> Ayrıca ikinci ve üçüncü basamakta görev yapan sağlık çalışanları çok sayıda hastaya bakma sayesinde ciddi bir yoğunluk ve stresle mücadele bir başka deyişle kriz yönetimi tecrübesi kazanarak salgın hastalık gibi kriz hallerinde dünyadaki emsallarına göre önemli bir tedavi başarısına imza atmışlardır. Yine bu başarının kazanılmasında hastalığın tanı ve tedavisinde kullanılan tomografi çekimlerinin de önemli bir katkısı olmuştur. Ülkemizin uyguladığı genel sağlık sigortası sistemi kapsamında gerek hasta gerekse hekim maliyet endişesi yaşamadan çok sayıda tomografi çekimi yapılarak doğru zamanda hastalığın geldiği aşama analiz edilerek buna göre tedavi uygulanmıştır.

<sup>17</sup> Karşılaştırmalı Analizi, Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 173.  
Sisteme yönelik eleştiriler için bkz., Abdülaziz Gülay, “Türkiye’de Sağlık Sisteminin Finansmanı ve İngiltere ile Karşılaştırılması”, *Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 12, Aralık 2017, s. 25; H. Hüseyin Yıldırım, *Türkiye Sağlık Sistemi: Sağlıkta Dönüşüm Programı Değerlendirme Raporu*, Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası Sağlık-Sen Yayınları, Ankara 2013, s. 32.



Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını; iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla Kurumca finansmanı sağlanacak diğer sağlık hizmetleri olarak, kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, organ, doku ve kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler de genel sağlık sigortası kapsamında sunulacak hizmetler arasında yerini almaktadır.

Ayakta tedavide hekim ve diğer hekim muayenesi, vücut dışı protez ve ortezler, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar. Kurumca belirlenecek hastalık gruplarına göre yatarak tedavide finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerinde katılım payı alınacağı hususu 5510 sayılı Kanunun 68. Maddesi ile belirtilmiştir. Katılım payı, ayakta tedavide hekim muayenesi için 2 Türk Lirası olarak uygulanır. Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar için ise gereksiz kullanımı azaltma, sağlık hizmetlerinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kişilerin prime esas kazançlarının, gelir ve aylıklarının tutarı ve benzeri ölçütler dikkate alınarak %10 ilâ %20 oranları arasında olmak üzere Kurumca belirlenerek bu sağlık hizmetlerinden alınacak katılım payını % 1'e kadar indirmeye, Kurumun teklifi üzerine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı yetkili olduğu belirlenmiştir. Ayrıca Kurum, aile hekimlerince yazılan reçeteler dâhil olmak üzere reçetede yer alan üç kaleme/üç kutuya kadar ilaç/ilaçlar için 3 Türk Lirası, ilave her bir kalem/kutu ilaç için 1 Türk Lirası olmak üzere katılım payı uygulamaya yetkili kılınmıştır. Katılım payına ilişkin kutu hesabında enjektörle formlar, serum ve beslenme ürünleri ile Kurum tarafından belirlenecek ilaçlar dikkate alınmaz.

Kurum, ayakta tedavi hizmetleri için belirlediği katılım payını; birinci basamak sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayenelerde



almamaya ya da daha düşük tutarlarda belirlemeye veya tekrar birinci fıkranın (a) bendi için belirlenen tutara getirmeye, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muayenelerde ise müracaat edilen sağlık hizmeti sunucusunun yer aldığı basamak, sağlık hizmeti sunucusunun resmi ve özel sağlık hizmeti sunucusu niteliğinde olup olmaması, önceki basamaklardan sevkli olarak başvurulup başvurulmadığı gibi hususları göz önünde bulundurarak on katına kadar artırmaya ve sağlık hizmeti sunucuları için farklı belirlemeye yetkilidir. Yatarak tedavide sağlık hizmetleri bedelinin % 1'ine kadar katılım payı alınabileceği belirtilmiş ve % 1'ine kadar tespit edilen katılım payını almamaya, yarısına kadar indirmeye Kurum yetkili kılınmıştır.<sup>18</sup>

### Sonuç:

Yapıları itibariyle birbirlerine mündemiç olan sağlık ve sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde devletlerin vatandaşlarını bu salgın hastalıklardan koruyucu ve kapsayıcı bir sağlık ile sosyal sigorta sistemi kurmak zorunda oldukları yadsınamaz bir gerçektir. Dünyamızın son yıllarda karşı karşıya kaldığı salgın hastalıklar da devletlere bu hastalıklarla mücadele noktasında tıbbi ve hukuki anlamda dirayetli bir sistem kurmalarının elzem olduğunu öğretmiştir.

İçinde gelişmiş devletlerin de bulunduğu, sosyo-ekonomik durumları veya statüleri ne olursa olsun herkesi kapsayıcı bir sağlık sigorta sistemi kuramayan ülkelerin Kovid-19 salgınında yaşadıkları vahim tabloya karşın ülkemizin verdiği başarılı sınav göze çarpmaktadır. Ülkemiz bu sınavı başarıyla verirken en önemli hukuki enstrümanı genel sağlık sigortasından destek olarak sunduğu yaygın sağlık hizmetidir.

Genel Sağlık Sigortasının 18 yaşından küçükleri ve test yaptırmak suretiyle hane başı geliri asgari ücretin üçte birinden az olanları prim ödemeksizin, kamuda ve özeldə bağlı çalışanları da primleri kaynağından kesilmek suretiyle zorunlu olarak sisteme alan ve sisteme otomatik olarak alınan kişiler harici kişileri cüzi primler ödemek suretiyle sisteme katan yapısı toplumun tümünü etkileyen salgın hastalıklar gibi sosyal risk hallerinde kapsayıcı bir koruma sağlamıştır. Ayrıca pandemik hastalıklar karşısında sunulan sağlık hizmetlerinin acil hal

<sup>18</sup> 5510 sayılı Kanun md. 68/2.

kapsamına alınması son derece yerinde bir hukuki adım olmuştur. Bu adım sayesinde genel sağlık sigortalılarının prim ödeme gün sayısını doldurup doldurmadıkları ya da prim borcu olup olmadıklarına bakılmaksızın sağlık hizmetlerinden yararlanmaları sağlanmış hatta bir şekilde sosyal güvencesi olmayan ve ödeme gücü bulunmayanların sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları ya da belediyelerden gideri karşılanmak üzere ücretsiz olarak sağlık hizmeti alması sağlanmıştır.

Tüm bu sağlanan hizmetlere karşılık bu düzenlemelerin kanun, genelge, tebliğ, yönetmelik gibi farklı yazılı metinler vasıtasıyla yapılması yerine tek bir metinde sistematik olarak düzenlenmesi hukuk mühendisliği açısından yerinde olacaktır. Yine sağlık hizmeti alanların sahip olduğu bu haklar ve şartlar hususunda (örneğin gelir testi yapılması veya sosyal güvencesi olmayanların ödeme gücü olmadığına dair yazılı beyanda bulunması gibi hususlarda) toplumda bilgi eksikliği olduğu açık olup bu eksikliğin kamu spotları, sosyal medya veya sağlık hizmeti sunucularına asılacak ilanlar vasıtasıyla kamu hizmetini alanlara anlatılması gereklidir.

Türk Genel Sağlık Sigortasının öngördüğü ikinci ve üçüncü basamak hastanelerine kolayca ulaşım imkânı yıllardan beri bu hastanelerin iş gücünü artırdığı için eleştiriye uğrasa da salgın hastalık günlerinde hasta açısından hekime kolayca ulaşabilmesi, hekim açısından da yıllardan beri çok sayıda hastaya bakmanın getirdiği kriz yönetim tecrübesi sayesinde sistemimizin başarılı bir sınav vermesine neden olmuştur. Yine genel sağlık sigortasından sunulan hizmetler kapsamında çok sayıda test yapılabilmesi ile doğru ve hızlı teşhis için tomografi çekilebilmesi, ilaç tedavisi gibi tıbbi uygulamalar da bu başarının kazanılmasında önemli rol oynamıştır.

## Kaynakça

### Kitaplar

Arıcı Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015

Güzel Ali/Okur A. Rıza/Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2018

Tuncay Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2017

Uşan M. Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2.Baskı, Ankara 2009

Yüksel Hasan, Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2016

### Makaleler

- Alper Yusuf, Sosyal Güvenliğin Finansmanı/Primler, Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri, Kamu- İş, Ankara 2007
- Alptekin Kamil, “Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics. 2004;12(2)
- Bostancı Yalçın, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, 2008
- Dertli Nail, “Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testi: Statü Eşitsizliğinden Gelir Eşitsizliğine”, *Mülkiye Dergisi*, 39(3), 2015
- Ekin Ali , “Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları ve Esasları”, *TBB Dergisi*, (100), 2012
- Gülây Abdülaziz, “Türkiye’de Sağlık Sisteminin Finansmanı ve İngiltere ile Karşılaştırılması”, *Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 12, Aralık 2017
- Kırmızı Evran, Hüseyinli Namık, “Sosyal Güvenlik Hakkının Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Çalışma ve Toplum* 2019/2
- Sözer A. Nazım, “Genel Sağlık Sigortası Edimlerinden Yararlanmada Prim Koşulu”, *Sicil Dergisi*, S: 13, Mart 2009
- Yıldırım H. Hüseyin, “Türkiye Sağlık Sistemi: Sağlıkta Dönüşüm Programı Değerlendirme Raporu”, Ankara: Sağlık ve Sosyal Hizmet Çalışanları Sendikası Sağlık-Sen Yayınları 2013

### Tezler

- Dağ Celal, “Türk Genel Sağlık Sigortası Sisteminin Seçilmiş Bazı Ülke Sistemleri İle Karşılaştırmalı Analizi”, Doktora Tezi, İstanbul 2013
- Yavuz T. Necati, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Çerçevesinde Sağlık Hizmetinin Sunumu ve Finansmanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019
- Zengin Nazmi, “Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu”, *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, 2010

# İŞ KAZASINDAN DOĞAN TAKSİRLE YARALAMA SUÇUNDA ASIL İŞVERENİN CEZAI SORUMLULUĞU

## THE CRIMINAL LIABILITY OF THE MAIN EMPLOYER IN CRIME OF RECKLESS INJURY ARISING FROM OCCUPATIONAL ACCIDENTS

Asım KAYA<sup>\*\*</sup>

**Özet:** Failin suç tipindeki neticeye yönelik olarak kast içinde bulunmadan ve zorunlu olduğu özeni gösterdiği takdirde neticenin meydana gelmeyeceği hallerde, tespit edilmiş suç tipini hukuka aykırı olarak ihlal etmesi halinde taksirden söz edilir. Taksir basit taksir ve bilinçli taksir olmak üzere ikiye ayrılır. İş kazaları sonucunda taksirle yaralama suçunun olduğu görülmektedir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu süreçte meydana gelen iş kazalarında, bazı şartların oluşması halinde asıl işverenin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Taksirle yaralama suçunda teşebbüs ve iştirak mümkün değildir. İşveren ve işçi ilişkisinde işverenin bazı yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Meydana gelen kaza sonucu oluşan taksirle yaralama suçunda kusurun belirlenebilmesi için bu yükümlülükler önemli yere sahiptir. Söz konusu yükümlülüklerin tespitinde hâkim bilirkişi raporunu da dikkate alarak taksirin varlığını tespit etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Taksir, Taksirle Yaralama, Öngörülebilirlik, İşveren, İşçi, Asıl İşverenin Cezai Sorumluluğu, İşverenin Yükümlülüğü, İş Kazası ve Yeni Tip Koronavirüs (Covid-19)

**Abstract:** Negligence refers to the cases of illegal violation of the identified offence, in cases where such consequence would not occur if the perpetrator, without having any evil intentions against the criminal act, exercised due diligence. Negligence is divided into two: ordinary negligence and conscious negligence. Reckless injury is seen to occur in occupational accidents. The liability of the pri-

<sup>\*</sup> Bu makalenin hazırlanmasında destekleri nedeniyle, öğrencileri olmakla her daim övündüğüm değerli hocalarım Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver ve Dr. Öğretim Üyesi R. Barış Atladı ile "iş hukuku" dersini biz öğrencilerine sevdiren Prof. Dr. Sarper Süzek'e şükranlarımı sunarım.

<sup>\*\*</sup> Dr., Hâkim, Türkiye Adalet Akademisi, asimkayaadalet@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0381-2720, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.06.2020, Kabul Tarihi: 03.07.2020

mary employer may be referred if certain conditions arise, in occupational accidents which occur in the course of a process where a primary-sub employer relationship exists. Attempt and participation are not possible in reckless injury. In employer and employee relations, some liabilities are burdened on the employer. Such liabilities are of vital importance in determining the fault in the reckless injury which occur in the resultant accident. The existence of fault is determined by also taking the expert's report into account, in determining such liabilities.

**Keywords:** Negligence, Reckless Injury, Predictability, Employer, Employee, Criminal Liability of Primary Employer, Occupational Accidents and New Type of Coronavirus (Covid-19).

## GİRİŞ:

Taksirle yaralama ile sonuçlanan iş kazaları, ceza hukuku ve borçlar hukukunun ortak meselesini oluşturmaktadır. En küçük bir atölyeden büyük ölçekli fabrikalara kadar geniş bir alanda görülen iş kazaları sonucu taksirle yaralama suçunda asıl işverenin sorumluluğu bu çalışmada incelenecektir. Yeni tip koronavirüs (*Covid-19*) adıyla tanımlanan salgın hastalık döneminde ve bu dönemden sonra kısıtlamaların normalleştiği dönem olarak anılan “yeni normal” döneminde, işverenlerin salgın hastalığa karşı işyerlerinde almaları gereken önlemler ve denetlemeler bakımından konu daha da önemli hale gelmiştir.<sup>1</sup>

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu durumlarda çoğu zaman asıl işverenin kusurlu olmasına rağmen sorumluluğuna gidilmediği veya tam tersi olarak sorumluluğun medeni hukuktaki kusursuz sorumluluk kadar geniş yorumlandığı görülmektedir. Bu durum ise asıl işverenin kusurlu olduğu durumlarda cezai yaptırıma uğramamasına veya kusursuz olduğu durumlarda cezai yaptırımla karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır. Çalışmamızda öncelikli olarak temel kavramlara değindikten sonra, taksirle yaralama ile ilgili konu incelenecektir.

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınuna Karşı İşyerlerinde Etkin Mücadele İçin Alınması Gerekli Tedbirler”, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/isggm/haberler/koronavirus/>, e.t. 26.05.2020. “Kovid-19 Salgın Yönetimi ve Çalışma Rehberi” hakkında bkz. [https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/toplumda-salgin-yonetimi/salgin-yonetimi-ve-calisma-rehberi/Covid19-Salgin-Yonetimi\\_Ve\\_Calisma\\_Rehberi.pdf](https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/toplumda-salgin-yonetimi/salgin-yonetimi-ve-calisma-rehberi/Covid19-Salgin-Yonetimi_Ve_Calisma_Rehberi.pdf), e.t. 30.05.2020. Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğin 3/f maddesinde salgın hastalık, “zorlayıcı nedenler” arasında belirtilmiştir.

## I. TEMEL KAVRAMLAR

### 1. İŞ KAZASI

Bir tanıma göre iş kazası, “işyerinde meydana gelen beklenmedik ve planlanmamış bir olay” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>2</sup> Başka bir tanım, “emniyetsiz hareket ve şartlardan doğan, çalışanların can güvenliğini tehlikeye sokan, çoğu zaman yaralanmalara, makine ve teçhizatın zarara uğramasına veya üretimin bir süre durmasına yol açan, önceden planlanmamış olaylar” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>3</sup> Bir başka tanıma göre, iş kazası, iş yapılırken meydana gelen kazadır.<sup>4</sup> Başka bir tanım ise işverenin otoritesini esas alır ve işçinin, işverenin otoritesi altında bulunduğu sırada meydana gelen kazayı iş kazası olarak tanımlar. Eğer otoriteden emir ve talimat kelimeleri anlaşılacak olursa, işverenin emir ve talimatıyla bir yere gönderilmesiyle gidilen yerde iş kazası olması halinde bu kaza da iş kazası olarak kabul edilir.<sup>5</sup> Doktrinde yer alan bir başka yaklaşım göre iş kazası, “işçinin, işverenin veya vekilinin doğrudan veya dolaylı otoritesi altında bulunduğu sırada gördüğü iş veya iş dolayısıyla eylemlerden dolayı hayatın olağan akışına uygun biçimde dıştan gelen etken ile işçiyi bedensel veya ruhsal zarara uğratan olay” olarak tanımlanmaktayken, bir başka yazara göre iş kazaları “işyerinde işin oluşturduğu risk nedeniyle ceza kanunlarını ihlal eden tüm kazalar” olarak kabul edilmelidir.<sup>6</sup>

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun (İSGK) 3/1-g maddesi ise, “işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hale getiren olay” iş kazası olarak nitelendirmiştir.

<sup>2</sup> Nazmi Bilir, İş Sağlığı ve Güvenliği, Güneş Tıp, Ankara, 2016, s. 289.

<sup>3</sup> Hüseyin Ceylan, “Türkiye’deki İş Kazalarının Genel Görünümü ve Gelişmiş Ülkelere Kıyaslanması”, *International Journal of Engineering Research and Development*, Vol. 3, No. 2, June 2011, s. 19, <http://ijerad.kku.edu.tr/journal/pub/IJv3i2j5.pdf>, e.t. 22.08.2019.

<sup>4</sup> Savaş Taşkent, “İş Kazası Kavramı”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Beta, C. II, İstanbul, 2001, s. 1952.

<sup>5</sup> Cevdet İlhan Günay, İş Davaları, B. 5, Yetkin, Ankara, 2016, 564, İrem Berksoy, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı”, Devrim Ulucan’a Armağan, Legal, İstanbul, 2008, s. 704, Yalçın Bostancı, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı”, *Kamu-İş Dergisi*, C.8, S. 1, 2005, s. 3, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/813.pdf>, e.t. 22.08.2019.

<sup>6</sup> Halid Özkan, “İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, Y. 2016 S. 1, s. 513-514, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20\\_1\\_15.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_1_15.pdf), e.t. 03.11.2016.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13'üncü maddesine göre, "sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan *bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay*" iş kazası olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere madde metni "iş kazasını" tanımlamak yerine hangi hal ve durumlarda meydana gelen kazanın iş kazası sayılacağını hükme bağlamıştır.<sup>7</sup>

5510 sayılı Kanun'a göre bir olayın iş kazası sayılabilmesi için 13'üncü maddenin 1'inci fıkrasında belirtilen hal ve durumlarda meydana gelmiş olması ve olayın sigortalıyı bedensel ya da ruhsal olarak özre uğratması (engeli hale getirmesi) gerekmektedir.<sup>8</sup> Ayrıca, 5510 sayılı Kanun'a göre bir olayın iş kazası sayılabilmesi için şu unsurların bulunması gerekmektedir; "kazaya uğrayanın 5510 sayılı Kanun anlamında sigortalı sayılması, sigortalının kazaya uğraması, sigortalının iş yerinde bulunduğu sırada kazaya uğraması, sigortalının işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle kazaya uğraması, sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda kazaya uğraması, emziren kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda kazaya uğraması, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında kazaya uğramaları, sigortalının uğradığı kaza sonucu bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması ve kaza olayı ile sigortalının uğradığı zarar arasında nedensellik (illiyet) bağının bulunması".<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/ Nürşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, B. 16, İstanbul, 2016, s. 331, Erşen Gökçe Demiral, İş Kazaları, Seçkin, Ankara, 2017, s. 20.

<sup>8</sup> Zeki Kaynak, Yürürlükteki Sosyal Güvenlik Mevzuatımızda Sosyal Sigorta ve Uygulaması, Adalet, Ankara, 2015, s. 580.

<sup>9</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 334-348, Mehmet Bulut/Sadettin Orhan, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükler ve Uygulamalar, Bilge, Ankara, 2017, s. 141-142, Halûk



## 2. ASIL İŞVEREN KAVRAMI VE ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/4'üncü maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi şu şekilde tanımlanmıştır; *“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.<sup>10</sup> Alt İşverenlik Yönetmeliğinde tanımlar kısmında asıl işveren; *“işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları”* şeklinde ifade edilmiştir.<sup>11</sup>

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun *“İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu”* başlıklı 22/2'nci maddesine göre; *“Altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde; a) Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır. b) Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. c) İşyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. ç) Kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise, koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulur”*.

Hadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin, Ankara, 2018, s. 90-98.

<sup>10</sup> Ömer Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Beta, B. 9, İstanbul, 2019, s. 31.

<sup>11</sup> Asıl işveren ve alt işveren ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Müjdat Şakar, İş Hukuku Uygulaması, Beta, B. 12, İstanbul, 2017, s. 33-34, Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta, B. 29, İstanbul, 2016, s. 54-67, Özge Eyüpoğlu, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019 (yüksek lisans tezi).

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 42/6'ncı maddesine göre, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur".

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi bazı koşulların varlığına bağlıdır. Bu koşullar şöyle ifade edilebilir; "her şeyden önce, işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren bulunmalı, alt işverenin kendisine bağımlı olarak çalışan işçileri bunları istihdam edeceği bir işyeri olmalı, alt işveren, işçilerini bir başka (asıl) işverene ait işyerinde çalıştırıyor olmalı, işverenin diğer (asıl) işverenden aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırmalı ve işveren işçilerini, asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde ya da asıl işin bir bölümünde çalıştırmalıdır".<sup>12</sup>

İş Kanunu ve Alt İşverenlik Yönetmeliğinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin "işletmenin, işin ve teknolojinin" gereği olarak kurulabileceğine değinilmiştir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu hallerde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun nasıl kurulacağını belirtmiştir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu alt işvereni tanımlamakla birlikte sigorta bakımından asıl işverenin alt işverenle olan müteselsil sorumluluğunu belirtmiştir.

Bu hükümlerden asıl işveren-alt işveren ilişkisinin düzenlediği konu kapsamında çeşitli açılardan ele alındığı görülmektedir. Konumuz bakımından önemli olan husus; kanaatimizce, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasını zorunlu kılan şartların dikkatle incelenerek, öncelikle bu ilişkinin hukuka uygun olup olmadığı ve ilişkiden kaynaklanan yükümlülükler değerlendirilmelidir. Yapılacak değerlendirmede, asıl işverenin kim olduğu cezai sorumluluğu belirlemede önem kazanacaktır. Ayrıca, bazı durumlarda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaktan kaçınmak için "muvazaalı" alt işveren

<sup>12</sup> Günay, s. 69, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 31-32, Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta, B. 17, İstanbul, 2019, s. 165-171, Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, s. 57-67.

ilişkileri kurulabilmektedir.<sup>13</sup> Bu nedenle, yasaya aykırı ve muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespiti cezai sorumluluğun tespiti bakımından önemlidir.<sup>14</sup> Asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulduğu durumlarda bu ilişkinin “muvazaalı” olduğu tespit edilmiş ise bu durumda iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirme borcu “asıl işveren”in üzerindedir.<sup>15</sup> İş Kanunu’nun 2/7’nci maddesine göre muvazaanın tespitinde iki husus karine olarak belirlenmiştir. Bunlardan ilki, asıl işverenin işçisinin alt işveren tarafından çalıştırılması, diğeri eski işçi ile alt işveren ilişkisi kurulmasıdır. Kanunda yer alan bu hükümlerin de muvazaanın tespitinde önemli olduğu kanaatindeyiz.<sup>16</sup>

## II. TAKSİRLE YARALAMA SUÇU

### 1. GENEL OLARAK:

Taksirle yaralama suçu iş kazalarında sıklıkla karşılaşılan bir suç türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Taksirle yaralama suçu Türk Ceza Kanunu’nun 89’uncu maddesinde düzenlenmektedir. Türk Ceza Kanunu’nun 89/1’inci maddesine göre, “*taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*”. Acı verme, “*beden bütünlüğünü önemsiz olmayan biçimde bozmaya yönelik her türlü hareket*”, sağlığını bozma “*süresi ne olursa olsun patolojik durum ortaya çıkarmak veya böyle bir patolojik durum önceden varsa bunu artırmak*”,

<sup>13</sup> Süzek, s. 175. Muvazaa, tarafların gerçek iradelerini gizlemek için, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacak bir ilişki kurmalarıdır. Muvazaada iki taraf, isteyerek iradeleri ile beyanları arasında uygunsuzluk oluşturmaktadırlar. Bkz. Fikren Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, B. 24, Ankara, 2019, 394, Levent Akın, İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin, Ankara, 2013, s. 316. İş hukukunda asıl işveren-alt işveren ilişkisi ve muvazaa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emine Halman Çetin, İş Hukukunda Alt İşveren Asıl İşveren ile Muvazaa, Bilge, Ankara, 2019.

<sup>14</sup> Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde “muvazaanın” iş sağlığı ve güvenliği kapsamında değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Akın, İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Levent Akın, Artan İş Kazaları Çağırıştırmasıyla İş Güvenliği ve İş Sağlığı, Emegün Hukuku Kurultayı, Yayına Hazırlayan: Abdi Pesok, Şen Matbaa, Ankara, 2015, s. 53-54.

<sup>15</sup> Sümer, s. 68. Ayrıca, Yargıtay, alt işverenin işçilerini asıl işverenin işyerinde görevlendirmesi ancak alt işverenin herhangi bir organizasyon oluşturmaması ve alt işverenin işçiler üzerinde yetkisinin olmaması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olmadığına karar vermiştir. Bkz. Y9.HD, 23.02.2009, 2008/22857-2009/3226, bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 57.

<sup>16</sup> Hamdi Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1 Bireysel İş Hukuku, B. 3, Lykeion, Ankara, 2019, s. 46-47.

algılama yeteneğinin bozulması ise “*korku, uyku bozukluğu gibi, kişinin psikolojik durumunda ortaya çıkan ve kişinin anlama, düşünme, muhakeme yeteneğinde oluşan her türlü olumsuz değişiklik*” olarak ifade edilmektedir.<sup>17</sup> Bu suç yaralamanın gerçekleşmesiyle tamamlanan bir zarar suçudur. Taksirle yaralama icrai veya ihmali davranışla gerçekleşebilir.<sup>18</sup>

Taksirle yaralama suçunda kasten yaralama suçunda yer alan basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralanma haline yer verilmesi eleştirilmiştir.<sup>19</sup> Türk Ceza Kanunu’nun 89/5’inci maddesine göre, “*taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olup ancak birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikayet aranmaz*”.<sup>20</sup> Kanun koyucunun, gebe kadının çocuğunun düşürmesine neden olma ile sonuçlanan ve bilinçsiz taksirle işlenen yaralama suçunu şikayete tabi olarak düzenlemesi “suç ve ceza politikası” bakımından eleştirilmektedir.<sup>21</sup>

Taksirle yaralama suçunda da herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde faile ceza verilmeyecektir. Taksirli suçlar bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin ortaya çıkması güç kabul edilse de olanaksız değildir.<sup>22</sup>

## 2. TAKSİR VE TAKSİRE İLİŞKİN TEORİLER:

Taksir kelimesi Arapçadaki “kusur” kökünden türetilmiştir. Taksir kelimesi, “kısaltma”, “bir işi eksik yapma”, “bir şeyi yapabilirken

<sup>17</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, B. 16, Ankara, 2018, S. 235-238

<sup>18</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, s. 276.

<sup>19</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, B. 10, Ankara, 2016, s. 240.

<sup>20</sup> Şikâyetten vazgeçenlerin her birinin şikâyetten vazgeçmeye tek başına yetkili olup olmadığına dikkat edilmelidir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 15.02.2018 tarihli kararına göre, “yaşı küçük katılan Barış Yasak’ın Türk Medeni Kanunu’nun 335/1. maddesi gereğince anne ve babasının ortak velayeti altında olduğundan katılan Barış Yasak’ın babası Sebahattin Yasak’ın şikâyetten vazgeçmeye, annesi Fahriye Yasak’ın muvafakat etmesi gerektiğinden bu hususun yerine getirilmeden yaşı küçük mağdurun babasının şikâyetten vazgeçmesi nedeniyle sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi” hukuka aykırı bulunmuştur. T. 15.02.2018, 2016/3474-2018/1574, <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay-Bilgi/BankasilIstemciWeb/>, e.t. 26.05.2020.

<sup>21</sup> Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Öldürme ve Yaralama Suçları, 2015, s. 478.

<sup>22</sup> Cengiz Apaydın, 2011 Yılı Yargıtay Kararları Işığında Taksirle Yaralama Taksirle Öldürme ve Olası Kastla İnsan Öldürme Suçları, Ankara, 2011, s. 437.

çekinip yapmama" ve "kusur etme" anlamlarına gelmektedir. Neticenin fail tarafından öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemesi halinde şuursuz veya bilinçsiz taksir; neticenin öngörüldüğü halde istenmemesi halinde şuurlu taksir, bilinçli taksir veya öngörülü taksir ortaya çıkabilir.<sup>23</sup>

Türk Ceza Kanunu'nun 22/2'nci maddesine göre, taksir, "*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*". Türk Ceza Kanunu'nun 22/3'üncü maddesine göre ise kişinin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir söz konusu olur. Bir tanıma göre, "*failin işlediği fiilde istemeden meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulması taksir olup, bir başka tanıma göre ise failin suç tipindeki neticeye yönelik olarak kast içinde bulunmadan ve zorunlu olduğu özeni gösterdiği takdirde neticenin meydana gelmeyeceği hallerde, tespit edilmiş suç tipini hukuka aykırı olarak ihlal etmesi halinde taksirden söz edilir*".<sup>24</sup> Toplumun fertlere yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğü nedeniyle taksirli bir hareket cezalandırılmaktadır. Tanımda, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık kavramı yerine sadece özen yükümlülüğüne aykırılık kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı ifade edilmiştir.<sup>25</sup>

Kanun'da bilinçsiz taksir hali, taksir kavramı ile ifade edilmektedir. Bilinçli taksirin karşılığı olarak bilinçsiz taksir kavramının kullanılması gerektiği savunularak, kanun koyucunun üst kavram-alt kavram seçiminde gerekli özeni göstermediği düşüncesiyle eleştirilmiştir.<sup>26</sup> Taksirin kasıttan farkı, taksirde irade neticeye yönelik değildir. Kastta fail, neticeyi öngörür ve ister, taksirde ise fail neticeyi öngörmez veya öngörür, ancak gerçekleşmesini istemez. Her ikisinde de hareket iradidir. Taksirin psikolojik dayanağı ise dikkatsizliktir.<sup>27</sup> Taksirde tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanata acemilik, kanunlara ve nizamlara

<sup>23</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, B. 10, Ankara, 2016, s. 328.

<sup>24</sup> Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, B. 19, Ankara, 2016, s. 251.

<sup>25</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, B. 9, Ankara, 2016, s. 181.

<sup>26</sup> Hamide Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, B. 5, İstanbul, 2015, s. 265.

<sup>27</sup> Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, B. 9, İstanbul, 2016, s. 374.

riayetsizlik söz konusudur. Kast ile ortak noktası ise her ikisinde de topluma karşı üstlenilmiş göreve aykırılık bulunmaktadır.<sup>28</sup>

Borçlar hukukunda taksir kavramına yer verildiği ve incelendiği görülmektedir. Cezai taksirin ve borlar hukukundaki taksirin ortak özelliği, her ikisinde de neticenin öngörülebilir nitelikte olması şartıdır.<sup>29</sup> Bilinçli ve bilinçsiz taksir ayrımının ise ceza hukukundan medeni hukuka geçtiği düşünülmektedir.<sup>30</sup>

Taksire ilişkin teoriler şöyle sıralanabilirler; “etkin sebep teorisi”, “öngörebilme teorisi”, “önleyebilme teorisi” ve “hata teorisi”. Etkin sebep teorisine göre, kişi iradi davranışıyla sebep olduğu hukuka aykırı her şeyden sorumludur. Bu teoriye göre, davranışın hukuka aykırı bir amaca yönelmesi şart değildir. Hukuka aykırı aracın kullanıldığı iradi fiil ile netice arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir.<sup>31</sup> Öngörebilme teorisine göre, taksirin esasını öngörülebilir neticenin özensizlik nedeniyle öngörülmemesi, önleme teorisine göre fail, önlenemez neticeyi önlemediği için cezalandırılır.<sup>32</sup> Öngörebilme teorisinin ilk izlerinin *Aristo*'ya kadar dayandığı, Roma hukukunda ise “*ihtiyatlı bir kimse tarafından öngörülebilir bir hususun öngörülmemesi taksirdir*” tanımı ile öngörebilme teorisinin bu hukukta bulunduğu belirtilmektedir.<sup>33</sup> Önleyebilme teorisine göre taksir, öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olan bir sonucu öngörmek ve önlemek hususunda gerekli özenin iradi olarak gösterilmemesidir. Bu teorinin *Brusa* tarafından savunulduğunu ve öngörebilme kavramına önleyebilme kavramının eklenmesi ile ortaya çıktığı ifade edilmektedir.<sup>34</sup> Hata teorisinin savunucularına göre ise taksirin sebebi kaçınılabilir hata olarak kabul edilmektedir. Eğer ortada böyle bir hata yoksa taksirden de söz edilemeyecektir. Fail tedbirsizlik durumunda iken idraki hata tarafından bozulduğu için fail tedbirsiz durumdadır.<sup>35</sup>

<sup>28</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 1998, s. 451-452.

<sup>29</sup> Aktaran: Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s. 116.

<sup>30</sup> İçel, s. 116.

<sup>31</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet, B, 13, Ankara, 2019, s. 333.

<sup>32</sup> Zafer, s. 265.

<sup>33</sup> İçel, s. 76.

<sup>34</sup> Cengiz Topel Çiftcioğlu, “Türk Ceza Kanunda Taksir”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Ankara, 2013, s. 323.

<sup>35</sup> İçel, s. 67.



Kanaatimizce, taksirin esası neticenin öngörülebilir olmasıdır. Fail neticeyi öngörmesi gerekirken öngörmemiş ve bu nedenle sorumlu tutulmaktadır. Ancak, bu görevin yerine getirilmesi olanaklı olmalıdır.<sup>36</sup>

### 3. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Taksirle yaralama suçu ile korunan hukuki değeri kişinin beden bütünlüğü oluşturmaktadır. Bireyin beden, akıl ve ruh sağlığının koruma altına alınması istenmektedir. Koruma fiziki ve psikolojik ihlallere karşıdır.<sup>37</sup>

“Hukuki değer” kavramını tam olarak belirlemek ve tanımlamak içerik farklılığında yer alan çeşitli eğilimler nedeniyle çok güçtür. Bu kavram, 1800’lü yıllardan itibaren suç öğretisi içinde önemli bir yere sahip olmakla birlikte tartışmalı olmuştur.<sup>38</sup> Kısaca ifade etmek gerekirse; “hukuki değer”, “toplumsal olarak değerli kabul edilen yaşamsal yarar, dikkat/gözetim talebi, insanların düzen içerisinde birlikte yaşamları için vazgeçilmez nitelikte olan, ceza hukukunca korunan değerler, kurumlar ve durumlar” olarak kabul edilmektedir.<sup>39</sup> Hukuki değer, bir suçu diğer suçlardan ayırmamızda da yardımcı olur.

Bireyin beden, akıl ve ruh sağlığının fiziki ve psikolojik ihlallere karşı koruma altına alınması konu bakımından önem arz etmektedir. Kasten yaralama suçuna göre taksirle yaralama suçunda, psikolojik ihlallere karşı korumanın sağlanması daha zor görünmektedir. Beden sağlığının korunması bakımından; uzun yıllar yüksek sese, ağır koku ya veya radyasyona maruz kalınan hallerde koruma ve yükümlülükler ilişkisi ön plana çıkacaktır.<sup>40</sup> Özellikle, virüsle bulaşan salgın hastalıklara karşı bu korunmanın nasıl sağlanabileceğinin tespiti ve teknolojik gelişmeler korumanın sağlanmasına katkı sağlayacaktır. Bununla beraber, taksirle yaralanma ile birlikte gelişen komplikasyonlar sonucu kişinin ölmesi halinde “hukuki değer” konusu daha da önemli hale

<sup>36</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 375-376.

<sup>37</sup> Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Beta, C. I, B. 2, İstanbul, 2011, s.188.

<sup>38</sup> Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara, 2003, s. 58.

<sup>39</sup> Aktaran: Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s. 60.

<sup>40</sup> Ayrıca, taksirle yaralama suçu ile korunan hukuki değer ile işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu arasında olan ilişki de önem arz etmektedir.



gelecektir. Çünkü, taksirle öldürme suçunda kişinin “yaşama hakkı” korunmaktadır.<sup>41</sup>

İş kazalarından kaynaklanan taksirle yaralama suçunda hukuki değerın taşııcısı birey yani işçidir. Hukuki değer, hareketin üzerinde icra edildiği somut konu ile eş anlamlı değildir. Bazı durumlarda çakışabilmeleri onları eş anlamlı hale getirmez.<sup>42</sup> Bu suçta failden başka bi insanın bedeni maddi konuyu teşkil ederken, beden bütünlüğü hukuksal değer olarak kabul edilmelidir.

#### 4. TAKSİRİN UNSURLARI:

Taksirin unsurları öğretide hâkim yaklaşıma göre şöyle sıralanabilir; Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradi olması, neticenin iradi olmaması, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, neticenin öngörülebilir olması, hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunmasıdır.<sup>43</sup>

#### A. FİİLİN TAKSİRLE İŞLENEBİLEN BİR SUÇ OLUŞTURMASI

Kanunda açıkça belirtilen hallerde taksirle işlenen fiiller cezalandırılabilir. Bu yönüyle taksire dayanan sorumluluk istisnaidir. Bu husus Türk Ceza Kanunu'nun 22/1'inci maddesinde, “*taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir.<sup>44</sup> Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları, kişinin hayatına ve vücut bütünlüğüne yönelik dikkat ve özen yükümlülüğünün pozitif hukuktaki dayanağını oluşturmaktadır.<sup>45</sup> Konumuz bakımından önemli olan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda dikkat ve özen yükümlüğüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 201.

<sup>42</sup> Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s. 129.

<sup>43</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 342, 364, 366, 374 ve 376, Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 376.

<sup>44</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 342.

<sup>45</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, B. 12, Ankara, 2016, s. 247.

<sup>46</sup> Özgenç, s. 248.

## B. HAREKETİN İRADİ OLMASI

Taksirle işlenen suçlarda hareketin iradiliği söz konusudur. Bu hareket icrai şekilde gerçekleşebileceği gibi ihmali şekilde de gerçekleşebilir.<sup>47</sup> Taksirle öldürmede olduğu gibi, taksirli icrai suçlarda, hareketin iradiliği kolayca tespit edilebilir. Ancak, ihmali hareketin iradiliği bu kadar kolay tespit edilmez. Taksirli ihmali suçlarda da hareket iradi olmak zorundadır. Taksirli garantörsel ihmali suçta bir garantör önlenebilir bir neticeyi istemeden ve özene aykırı olarak engellemektedir.<sup>48</sup>

İhmalin iradi olup olmadığının değerlendirilmesi konu bakımından önemlidir. İhmalin iradi olmadığı durumlarda, failin ihmali sonucunda meydana gelen neticenin fail tarafından öngörülüp öngörülmediğini araştırmaya gerek bulunmamaktadır. İhmalden meydana gelen neticenin objektif olarak öngörülebilir nitelikte olması yeterlidir. İhmal durumunda failin objektif olarak öngörülebilir neticenin öngörülmemiş olması koşulu kendiliğinden gerçekleşir. Kanunda ihmalin iradi olmadığı hallerde, failin gerçekleşen neticeden sorumlu olup olmayacağı hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. İhmalin iradi olmadığı hallerde taksirli suçtan söz edilebileceği, istenirse failin dikkatli ve özenli davranabileceği, dolayısıyla bu tür durumlarda ihmalin iradiliğinden değil, dikkatli davranmak istememenin iradiliğinden bahsedileceği savunulmaktadır.<sup>49</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18/11/2014 tarihli kararında, sonuca iradi bir hareketle neden olma hali taksir sorumluluğunun nedeni olarak kabul edilmiştir.<sup>50</sup>

## C) NETİCENİN İRADİ OLMAMASI

Taksirli suçların kasıtlı suçlara göre daha az önemli ve daha az tehlikeli olduğu kabul edilmektedir. Çünkü kasıtlı suçlarda fail toplum hayatı için zararlı olan neticeyi bilerek ve isteyerek meydana getirmektedir. Burada failin kusurlu iradesi hem harekete hem de netice-

<sup>47</sup> Özgenç, s. 245.

<sup>48</sup> Hakeri, s. 256.

<sup>49</sup> Zafer, s. 268.

<sup>50</sup> YCGK, 18.11.2014, 2014/12-179-2014/499, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi/Bankasilstemci/Web/>, e.t. 22.08.2019.

ye yöneliktir. Taksirli suçlarda ise irade sadece harekete yönelik olup neticeye yönelik değildir. Taksirde netice istenmemektedir.<sup>51</sup>

Neticeli suçların taksirle işlenebileceği, sırf hareket veya sırf ihmal suçlarının taksirle işlenemeyeceği savunulmaktadır. Bu düşünceye göre, suç tanımında yer verilen somut tehlikenin de netice kavramına dahil olduğuna işaret edilmektedir.<sup>52</sup> İcrai olarak gerçekleştirilen netice taksirli icrai suç olarak kabul edilirken, ihmali olarak gerçekleştirilen netice taksirli ihmali suç olarak kabul edilmiştir.<sup>53</sup>

#### D) DİKKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİ

Taksirle gerçekleşen davranışın haksızlık unsurunu dikkat ve özen yükümlülüğünün (objektif özen yükümlülüğü) ihlali oluşturmaktadır. Taksirli suçlarda bulunan dikkat ve özen yükümlülüğünün belli bir hukuki değerle ilgili olması gerekmektedir.<sup>54</sup>

Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı konu bakımından önem arz etmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağının açıklanmadığı görülmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını, resmi makamlar tarafından öngörülmuş yazılı kurallar oluşturabileceği gibi özel kişiler tarafından öngörülmuş yazılı kurallar da oluşturabilir.<sup>55</sup> Ortak deneyimlerin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık da taksiri doğurabilir.<sup>56</sup> Kişi bu kurallara uyararak özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına rağmen ceza hukuku açısından istenmeyen bir neticeye sebebiyet vermiş ise taksirli hareket etmiş sayılmayacaktır.<sup>57</sup> Ayrıca, failin kanunda gösterilen ve talep edilmiş olan davranışa uygun davranmış olsa bile "objektif özen yükümlülüğüne" aykırı davranmış olabileceği, tersi durumda ise yani "özel hukuk sorumluluğunu" düzenleyen kuralın ihlali halinde, taksirli bir fiilin işlenmiş olabileceğine karine teşkil et-

<sup>51</sup> Hakeri, s. 252.

<sup>52</sup> Zafer, s. 267.

<sup>53</sup> Zafer, s. 267.

<sup>54</sup> Özgenç, s. 246-247.

<sup>55</sup> Elvan Keçelioğlu, Taksirli Suçun Dogmatığı, Turhan, Ankara, 2015, s. 78.

<sup>56</sup> Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, Yenilenmiş Bası, İstanbul, 2016, s. 445.

<sup>57</sup> Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım-II, Editör: Yener Ünver, Adalet, Ankara, 2015, s. 102.

mekle birlikte, somut olay bakımından failin taksirli davrandığı anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir.<sup>58</sup> Dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin kuralın hangi hukuk dalından kaynaklandığının önemi bulunmamaktadır. Taraflar aralarında yapacakları sözleşmeyle belirli kurallar belirleyebilirler. Ayrıca hukuk normlarıyla belirlenen kurallar olabileceği gibi müşterek tecrübe kuralları ile ve hatta örf ve adet kurallarıyla bu dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin kurallar tespit edilebilir.<sup>59</sup>

Dikkat ve özen yükümlülüğü ile ilgili işveren yükümlülükleri incelendiğinde, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere işverene bazı yükümlülükler yüklenilmiştir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi “asıl işverenin cezai sorumluluğu” bakımından önem arz etmektedir. Somut olayla ilgili olarak soruşturma aşamasında “Cumhuriyet savcısı”, kovuşturma aşamasına geçildiğinde ise “hâkim” meydana gelen olayın özelliklerine ve yükümlülükler göre “dikkat ve özen yükümlülüğünün” ihlal edilip edilmediğine karar vermelidir.<sup>60</sup>

### a. İşverenin Yükümlülükleri

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işveren hakkında birtakım yükümlülükler düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili İş Kanunu’nda düzenlenen hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. İşveren ister açık bir şekilde mevzuatta belirtilmiş olsun isterse belirtilmemiş olsun işçilerin sağlığı ve güvenliği için gerekli tedbirleri almak zorundadır.<sup>61</sup> Bu yükümlülükler; çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimi, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi çalıştırma zorunluluğu, risklerden korunma, sağlık gözetimi yükümlülüğü, çalışan temsilcisi görevlendirme, Bakanlıkça yetkilendirilerek kurulan ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alma veya büyük kaza önleme politika belgesi alma zorunluluğudur.<sup>62</sup> Genel olarak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda işverenin yükümlülükleri önleme, bilgilendirme ve eğit-

<sup>58</sup> Keçelioğlu, s. 79-81.

<sup>59</sup> Zafer, s. 269-270.

<sup>60</sup> Keçelioğlu, s. 76-77.

<sup>61</sup> Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İlişkileri I, Beta, B. 5, İstanbul, 2014, s. 322.

<sup>62</sup> Bilgi için bkz. Gülsüm Korkut/Alim Tetik, “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Temel Sorunlar”, Isparta, 2013, s. 462-467, dergipark.ulakbim.gov.tr/sduiibfd/article/download/5000122109/5000112415, e.t. 22.08.2019.

me, denetleme ve işçilerin katılımını sağlama şeklinde dört ana başlıkta sıralanabilir. Şunu belirtmek gerekir ki işverenin iş sağlığı ve güvenliği için gerekli önlemleri alma borcu İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, İş Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 77'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre daha geniş düzenlenmiştir. Şöyle ki, İş Kanun'da yer alan bu düzenleme "...işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için her türlü önlemi almak" şeklinde düzenlenmişken, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda "çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür" şeklinde düzenlenmiştir. İşverenin iş ve güvenliği konusundaki yükümlülüklerinin başında bu konularda gerekli her türlü önlemi almak gelmektedir. Bu önlemler çağın teknolojik gelişmesine ve bilimsel seviyeye uygun olmalıdır. Bu konuda her türlü koruyucu malzeme işçiye sağlanmalı ve gerekli uyarılar yapılmalıdır. Bunun için işyerinde iş güvenliği ve önlemlerine ait bilgilendirmelere yer verilmelidir.<sup>63</sup> Bu önlemler, koruyucu tedbirler ve bilgilendirmeler yapılan işin bulunduğu iş koluna göre farklılık gösterebilir. Örneğin, inşaat işleriyle ilgili olarak İş Kanunu'nda yer alan tedbirlerin yanında Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği, Yapı İşlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü, gibi tüzükler de dikkate alınarak teknolojik şartlara uygun en yeni ve iyi önlemler alınmalıdır.<sup>64</sup> Bu yükümlülük işverenin kendi işçileri gibi alt işveren ilişkisi içinde olduğu alt işveren işçileri içinde geçerlidir.<sup>65</sup> Asıl işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı alt işverenin işçilerini bilgilendirmelidir.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Süzek, s. 879-881, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 381, Sümer, s. 165, Gaye Baycık, "Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", C. 60, S.2, Ankara, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, s. 223, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1585/17177.pdf>, e.t. 03.11.2016.

<sup>64</sup> Baycık, s. 234. İtalyan Yargıtay'ına göre işveren, işçisinin güvenli şartlarda çalışmasını temin etmek için en yeni bilim ve tecrübe ürünü araçlar satın almalıdır. Bu nedenle, teknolojik gelişme süreci içerisinde faaliyeti daha güvenli kılmak için bir makine almak gerekiyorsa bunun alınması gereklidir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 263.

<sup>65</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, *İş Hukuku*, B. 5, Ankara 2012, s. 1203, 1205, 1208. İşveren işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini, işçiler için yaptığı gibi çırak ve stajyerler için de yapmalıdır. Bkz. Kemal Tahir Gürsoy, "İşverenin Sorumluluğu", Ankara, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 31, S. 1-4, 1974, s. 216, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/312/3005.pdf>. e.t. 03.11.2016.

<sup>66</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 384, Sümer, s. 166.

İşveren önlemlere ve bilgilendirmelere uygun hareket edilip edilmediğini denetlemelidir.<sup>67</sup> Denetimin amacı alınan önlemlere işçilerin uymasının sağlanmasıdır. Çünkü, bu önlemlere gerekli şekilde uyulmadığı takdirde riskin gerçekleşme durumu yüksek olacaktır. Bunun neticesinde önlem alınmanın yanında denetim yükümlülüğü de işverene yüklenmiştir. Örneğin, işverene iş güvenliği için verilen malzemelerin gerektiği şekilde kullanılıp kullanılmadığı işverence kontrol edilecek veya ettirilecektir.<sup>68</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararında “... İşverenin işçisine gözlük verme yükümlülüğünün bu gözlüklerin istenilen nitelikte olması ve işçiler tarafından kullanılmalarını sağlama zorunluluğunu da kapsayacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Başka bir anlatımla, işin niteliği itibarıyla işverenin önlem alma ödevinin, sadece işe uygun gözlük vermeye sınırlanmayacağı, bu gözlüğün kullanılmasını istemek bu önlemin uygulanmasını sağlamak ve uyulup uyulmadığını sürekli ve etkin bir biçimde denetlemek, bunu gerçekleştirecek gerekli kontrol sistemini de kurmak yükümlülüğünü içerdiği de söz götürmez...” denilerek, denetimin önemi vurgulanmıştır.<sup>69</sup>

Alınan önlemler, bilgilendirmeler ve denetimlerin gerekli sonucu verebilmesi için işçilerin işleriyle ilgili konularda eğitilmeleri gerekmektedir.<sup>70</sup> İşyeri sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi için en iyi mevzuat hükümleri hazırlansa da bu konuda iş güvenliği kültürü oluşturulmadığı ve eğitim verilmediği sürece mevzuat hükümlerinin bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle başta işçiler olmak üzere iş sağlığı

<sup>67</sup> Süzek, s. 878, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 382.

<sup>68</sup> Baycık, s. 235.

<sup>69</sup> 10. HD. 30.09.1986, 4453/4793, benzer karar: HGK. 28/03/1979, E. 484. K. 330, Kılıç, a.g.e, s. 57. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 21.03.2019 tarihli kararında, “dosyada mevcut asıl işveren şirket ile alt işveren şirket arasında imzalanan sözleşmede, asıl işverenin işin devamı süresince yetkilendirdiği elemanları tarafından alt işverenin yapmış olduğu işlerin sürekli kontrol edileceğine ilişkin hükümlere yer verilmiş olup bu kapsamda, alt işverenin iş yerinde iş güvenliği önlemlerini alıp almadığını denetlemek ve bu önlemlerin alınmasını sağlamakla yükümlü olan asıl işverenin şirket müdürü olan sanık ile şirketin inşaat sahasında görevli şantiye şefi olan sanığın dosyada mevcut bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere kusurlu oldukları anlaşılmakla; her üç sanığın da atılı suçtan mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken, delillerin hatalı değerlendirilmesi sonucu yazılı şekilde beraatlarına karar verilmesi” hukuka aykırı bulunmuştur. T. 21.03.2019, 2018/5194-2019/3812, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 26.05.2020.

<sup>70</sup> Süzek, s. 879, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 382, Sümer, s. 165-168,

ve güvenliği zincirinde yer alan her halka bu konuda eğitilmelidirler.<sup>71</sup> İşçiye verilecek eğitimler ilk olarak işe yeni giren işçiler hakkında olacaktır. Bu eğitim işe uyum sağlama eğitimi şeklinde kendisini gösterir. Daha sonra gerek yeni girenler ve gerekse mevcut işçiler için bir eğitim verilmelidir. Bu eğitime göre de yeni riskler meydana gelmiş, yeni çalışma şekli ortaya çıkmış veya yeni makineler kullanılmakta ise bunlarla ilgili olarak eğitim verilmelidir. Ayrıca, son olarak her işçinin yaptığı işe ve kullandığı makinelere göre kendisine özgü bir eğitimin verilmesi iş güvenliği açısından faydalıdır.<sup>72</sup>

Tüm bu açıklamalardan eğitimden maksadın, işverenin işçiye sadece bir takım dokümanlar veya mevzuat hükümleri vererek konunun ele alınması değil detaylı ve eğitim metotlarına uygun bir şekilde işçilerin eğitilmesi olduğu görülmektedir. Verilecek eğitimin rastlantıya bırakılmaması için ilgili mevzuat hükümlerine uygun olması gerekmektedir.<sup>73</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında; “İş güvenliği önlemlerini alma, kişisel güvenliği sağlama konusunda inisiyatif tek başına işçiye bırakıldığı, çalışılan ortam nedeniyle oluşan tehlikeler konusunda yeterli bilgi verilmediği görülmektedir. Aksi bir düşünce, işçinin, öldürücü etkisi sabit bir ortama bilerek ve isteyerek girdiği sonucunu doğurur ki bu durum, yaşam deneyimlerine ve hayatın olağan akışına uygun düşmez. İşçi sağlığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin eğitimi, bir kısım mevzuat hükümlerini içerir belgelerin kendilerine verilmesi ile değil, eylemli olarak, bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili ön-

<sup>71</sup> Y. 12. CD., E. 2012/581, K. 2012/18256, T. 12.09.2012, “...öldüğü iş kazasında sağığın herhangi bir donanımı, teknik bilgisi olmayan ilkökul mezunu niteliğinde olup dolgu zemin üzerinde aracın çalışması konusunda değerlendirme yapıp yapamayacağı noktasında şüphe doğduğundan üçlü iş bilirkişilerinden rapor alınması gerekirken oluşa uygun olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak eksik soruşturmayla yazılı şekilde karar verilmesi,” ..uyap.adalet.gov.tr. Mülga edilen İş Kanunu’nun 77’inci maddesinin gerekçesi eğitim konusu şöyle açıklamaktadır; “sosyolojik bir gerçek olan işçilerin bir bölümünün de alınan tedbirlere uymakta ihmalkarlık gösterdikleri görülmektedir. Bunun sebebi, geniş ölçüde işçilerin işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda yeteri kadar eğitilmemiş ve bilinçlendirilmemiş olmalarıdır”. Bkz. Gürsoy, s. 215.

<sup>72</sup> Baycık, s. 237.

<sup>73</sup> Berin Ergin, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Türkiye Geneli”, A. Can Tuncay’a Armağan, *Legal*, İstanbul, 2005, s. 149. İşçilerin eğitimi hakkında Yönetmelik hükümleri için bkz. “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”, 15.05.2013 Tarihli Resmî Gazete’nin 28648 sayı.



*lemelerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir.”* demek suretiyle kapsamlı ve eylemli bir şekilde bu eğitimin verilmesi vurgulanmıştır.<sup>74</sup>

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4'üncü maddesinde işverenin genel yükümlülüğü ayrıntılı şekilde belirlenmiştir. Kanun'un 5'inci maddesinde risklerden korunma ilkeleri belirtilmiştir. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür.<sup>75</sup> Risk değerlendirmesi yapılırken dikkat edilecek hususlar 10'uncu madde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.<sup>76</sup> Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu hallerde, risk değerlendirmesini her bir işveren diğer işverenin işini de göz önüne alarak yapmaktadır. Asıl işverenin sorumluluk alanı ile ilgili alt işverenin ihtiyaç duyduğu bilgi ve belgeler asıl işverence sağlanır. Asıl işveren, alt işverence yürütülen risk değerlendirme çalışmalarını denetler ve gerekli koordinasyonu sağlar.<sup>77</sup> 14'üncü maddede iş kazası ve meslek hastalıklarının kayıt ve bildirim, 15'inci maddede sağlık gözetimi ve 18'inci maddede çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması düzenlenmiştir.<sup>78</sup> İş kazasının hemen bildirilmesi dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin sorumluluğun tespiti bakımından önemlidir. Çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımın sağlanması işverene yüklenen yükümlülüklerin daha etkin bir şekilde yerine getirilmesine katkı sağlayacaktır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22'nci maddesinde düzenlenen “iş sağlığı ve güvenliği kurulu” da önem arz etmektedir. Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. İşçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri arasında en önemlisi olarak bu konuda “örgütlenme” gös-

<sup>74</sup> YHGK, 16.06.2004-21-365/369, Süzek, s. 882.

<sup>75</sup> Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 385.

<sup>76</sup> Süzek, s. 883. Riskin gerçekleşmesini azaltan ve çalışma koşullarını insanileştiren önleyici tedbirlerin alınması hususu işçileri iş kazaları ve meslek hastalıklarından koruyucu en yerinde politika olarak ifade edilmiş, bu yönüyle de işçinin fiziki güvenliğinin temini kamu düzenine ilişkin bir sorun olarak kabul edilmiştir. Bkz. Mollamahmutoğlu, s. 1196. Yeni tip koronavirüs salgın hastalık dönemi ile birlikte işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılarak gerekli önlemlerin alınmasının daha önemli hale geldiği kanısındayız.

<sup>77</sup> Sümer, s. 178.

<sup>78</sup> 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'dan kaynaklanan işveren yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Onur Yiğit, Yargıtay Kararları Işığında Taksirli Suçlar, Yetkin, Ankara, 2014, s. 174-193.

terilmektedir. Bunun nedeni de önleminin işyerinde başlaması ve bu gibi örgütleri kuran işyerlerinde iş kazalarına daha az rastlanmasıdır.<sup>79</sup> Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu bir işyerinde asıl işveren ve alt işverenin sayıları ayrı ayrı ellinin altında ancak her iki işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise, koordinasyon asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte kurul oluşturulur. Bunun dışında, asıl işverenin işçi sayısı elliden fazla ise kurul asıl işverence, alt işverenin işçi sayısı elliden fazla ise kurul alt işverence oluşturulur.<sup>80</sup>

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması bakımından 50 (elli) sayısı incelemeye değerdir. Öğretide bu tespit haklı olarak eleştirri konusu yapılmıştır. Bunun nedeni olarak Türkiye özelinde küçük işletmelerinin sayısının fazla olup, bu işletmelerde büyük işletmelerle oranla daha fazla kazaların yaşanması nedeniyle ortak bir kurulun oluşturulması gerektiği belirtilmiştir.<sup>81</sup>

Kanun koyucu, Kanun'da yer alan 50 sayısını kullanarak çok açık bir rakamı belirtse de bunun tespiti o kadar kolay olmamaktadır. Öğretide bir görüşe göre bu sayının belirlenmesinde alt işverene ait işçilerin dikkate alınmayacağı, işçi kavramında sözleşmeyle kendisine bağlı olan işçilerin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>82</sup> Diğer görüş ise burada iş sözleşmesine bakılmaması, bunun yerine işyerinin esas alınması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre alt işverenin işçileri de 50 sayısına dahil olacaktır.<sup>83</sup> Bir başka göre, bir işyerinde alt

<sup>79</sup> Süzek, s. 929. Almanya ve Avusturya'da iş güvenliği kurullarının olduğu ifade edilmektedir. Almanya'da yirmiden fazla işçi çalıştıran yerlerde iş güvenliği kurulu kurulması, Avusturya'da ise en az 100 işçinin çalıştığı işyerlerinde iş güvenliği kurulu kurulması zorunlu tutulduğu, eğer çalışanların 3/4'ü büro çalışanı konumunda ise en az 250 işçi çalıştırılması halinde bu kurulu oluşturmanın zorunlu olduğu belirtilmektedir. Bkz. İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, G. Alpagut, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 53.

<sup>80</sup> Süzek, s. 892-894.

<sup>81</sup> Fatma Zeynep Altınar, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi Tazminat Yükümlülüğü, C. 13, S. 3-4, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan, 2009, s. 272, [http://eski.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2009%20XIII\\_2-13.pdf](http://eski.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2009%20XIII_2-13.pdf), e.t. 03/11/2016.

<sup>82</sup> Ömer Ekmekçi, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları", Sempozyum Tebliğleri Kitabı, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu, ÇEİS, Ankara, s. 25.

<sup>83</sup> Levent Akın, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C., 54, S. 1, Ankara, 2005, s. 6-7, <http://kutuphane>.

işverenin işçileri kazaya uğramışsa bundan asıl işveren de alt işverenle birlikte sorumlu olacaktır.<sup>84</sup>

### **b. Asıl İşveren Bakımından Yükümlülüklerin Önemi:**

Asıl işveren ve alt işveren işçisi bazen aynı ortamda çalışabilir. Alt işveren işçisi asıl işveren işçisinin, asıl işveren işçisi ise alt işveren işçisinin yaratmış olduğu bir risk neticesinde yaralanmış olabilir. Örneğin, torna atölyesinde temizlik yapmakta olan bir alt işveren işçisinin kayganlaştırdığı zeminde kayan asıl işveren işçisi, alt işveren sebebiyle zarar görebilir. Tersi bir durumda asıl işveren işçisinin kullandığı tornadan fırlayan bir parça alt işveren işçisinin gözüne gelebilir.<sup>85</sup> İş kazası sonucu meydana gelen yaralanmada asıl işveren bakımından, iş kazasına burada belirtilen yükümlülüklerden hangisinin veya hangilerinin neden olduğunu öncelikli olarak belirlemek, daha sonra bu yükümlülüğün kim tarafından yerine getirilmesi gerektiğini tespit etmek, yani ceza hukuku anlamında kusurlu kimse onu belirlemek önem arz etmektedir. Yapılan değerlendirmede asıl işveren açısından ceza hukuku bakımından bir sorumluluğa gidilebilmesi için her şartta nedensellik bağının kesilip kesilmediği ayrıca önem arz etmektedir. Eğer asıl işverenin sorumluluğu bulunmasına rağmen meydana gelen neticede nedensellik bağı kesilmiş ise ceza hukuku bakımından bir sorumluluk meydana gelmeyecektir.

### **E) NETİCENİN ÖNGÖRÜLEBİLİR OLMASI**

Öngörülebilir bir neticenin öngörülmemesi halinde bu durum toplum tarafından kınanma sebebidir.<sup>86</sup> Eğer öngörebilme imkânsız ise bu durumda taksirden söz edilemeyecektir. Her türlü öngörebilme yeteneğinin dışında ve kimse tarafından öngörülemeyecek durumda bulunan netice halinde taksirden değil kaza ve tesadüften söz edilir.<sup>87</sup>

dogus.edu.tr/mvt/pdf.php, e.t. 25/05/2020. Aynı yönde görüş için bkz. Baycık, s. 238-239.

<sup>84</sup> Halil Yılmaz/Hüsnü Turanlı, "Asıl İşveren-Alt İşveren Ayrımı ve İş Kazasından Doğan Sorumluluk", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 61, Ankara, 2011, s. 17.

<sup>85</sup> Levent Akın, Levent, İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin, B. 2, Ankara, 2013, s. 221.

<sup>86</sup> Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 375.

<sup>87</sup> Hakeri, s. 257, 259.

Neticenin öngörülebilmesi dikkate alınırken sadece fiilen gerçekleşen netice anlaşılmamakta, yapılan tehlikeli hareketin sebep olduğu veya olabileceği benzer neticelerin öngörülmemesi de anlaşılmaktadır. Örneğin, oda içerisinde masa üstünde dolu bir tabanca bırakan kişi, tabancayı bırakan kişinin kendi çocuğunun bu tabanca ile oynarken yaralanabileceğini öngörebilmesi şart olmayıp, herhangi bir kimsenin bununla yaralanabileceğini veya başkasının yaralanabileceğini öngörmesi yeterlidir. Böyle bir olayda somut olayın özellikleri dikkatle incelenmelidir. Örneğin bir kişi dolu silahını masaya bırakması üzerine, içeri giren bir hırsız bu tabancayla kendini yaralasa taksirden söz edilemeyecektir.<sup>88</sup>

Yeni tip koronavirüs (*Covid-19*) salgın hastalığı neticesinde bir işçinin bu hastalığa yakalanması bu kapsamda tartışılması gereken bir konudur. Konumuz bakımından şu hususu ifade etmek gerekir ki, işveren işçisini çalıştırırken koronavirüse karşı alması gereken önlemleri almaması ve işçinin çalışırken bu hastalığa yakalandığının “nedenellik bağı” bakımında ispatlanması halinde işverenin sorumluluğu doğacaktır.<sup>89</sup> Eğer bu önlemlerin alınmamasında atfedilebilecek kusur asıl işverene ait ise asıl işverenin de sorumluluğu gündeme gelecektir.

<sup>88</sup> İçel, s. 84.

<sup>89</sup> Alınması gereken önlemler hakkında bkz. “Yeni Koronavirüs (*Covid-19*) Salgınına Karşı İşyerlerinde Etkin Mücadele İçin Alınması Gerekli Tedbirler”, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/isggm/haberler/koronavirus/>, e.t. 26.05.2020. Hastalığın yayılma hızının azaldığı dönemde alınması gereken önlemler için bkz. “Kovid-19 Salgın Yönetimi ve Çalışma Rehberi” hakkında bkz. [https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/toplumda-salgin-yonetimi/salgin-yonetimi-ve-calisma-rehberi/Covid19-Salgin\\_Yonetimi\\_Ve\\_Calisma\\_Rehberi.pdf](https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/toplumda-salgin-yonetimi/salgin-yonetimi-ve-calisma-rehberi/Covid19-Salgin_Yonetimi_Ve_Calisma_Rehberi.pdf), e.t. 30.05.2020. Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğin 3/f maddesinde salgın hastalık, “zorlayıcı nedenler” arasında belirtilmiştir. Ancak, yeni tip koronavirüs hakkındaki alınması gereken önlemlerin ortaya çıktığı dönemde, işverenin işçisini çalıştırması ve gerekli önlemleri almayarak işçinin bu hastalığa yakalanmasına neden olması halinde “zorlayıcı neden”in artık uygulanamayacağı kanısındayız. Örneğin, işçi işe başlamadan önce Covid-19 testi yaptırmış ve test sonucu “negatif” çıkması üzerine işe başlamış, ancak işyerinde geçirdiği 3 gün süre içerisinde bu hasatlığa yakalanmış ve işyeri dışında başka kişi veya kişilerce teması tespit edilememiş ise bu husus tespit edilebilecektir. Bu durum her somut olayda ayrıca incelenmelidir. Benzer yönde karar için (H1N1 virüsü hakkında) bkz. Y21. H., 2018/5018-2019/2931, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>. Ancak, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 07.05.2020 tarih ve 2020/12 sayılı Genelgesi’ne göre, sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması gerektiği ifade edilmiştir, <https://www.turmob.org.tr/mevzuat/Pdf/17715>, e.t. 31.05.2020.

## F) HAREKETLE NETİCE ARASINDA NEDENSELLİK BAĞININ BULUNMASI

Ortaya çıkan neticede failin iradi hareketiyle netice arasındaki bağı kesilip kesilmediği veya zararlı neticeye kimin hareketinin sebebiyet verdiği irdelenmelidir.<sup>90</sup> Netice, failin hareketiyle birlikte mağdurun veya üçüncü kişinin hareketinin birleşmesiyle ortaya çıkmış olabilir.<sup>91</sup> İş kazasına neden olan kişilerin fiilleri ile iş kazası arasındaki bağlantının her olayda belirlenmesi gerekmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında<sup>92</sup> yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin sonuca etkili olması gerektiğini ve sonuca etki etmeyen yükümlülük ihlallerinde nedensellik bağının bulunmayacağını belirtmiştir.<sup>93</sup> Öte yandan bazı durumlarda yükümlülük ihlali neticeye neden olsa bile bazen bu netice faile objektif olarak isnat edilemeyebilmektedir. Bu durumda “objektif isnadiyet teorisi” gündeme gelmektedir. “Objektif isnadiyet teorisi” bakımından nedensellik bağının tespitinde şart teorisi esas alınmalıdır. Ancak, ceza hukukunda doğa bilimlerinden farklı olarak sadece sebep-sonuç ilişkisi kurulması yetmez.<sup>94</sup> Neticenin “illiyet bağı teorileri” kapsamında sadece davranıştan kaynaklanması yetmemekte, aynı zamanda normatif bir değerlendirme ile bu neticenin harekete bağlanabilir olması gerekmektedir. Bu normatif değerlendirmeye ise “objektif isnat edilebilirlik” adı verilmektedir.<sup>95</sup>

Özene aykırı davranmak suretiyle yükseltelen tehlike doğrudan “neticede” meydana gelmiş ise, özene aykırı hareket ile neticeye sebebiyet verme arasında “yükümlülüğe aykırılık bağlantısı” bulunduğu kabul edilmektedir. Eğer özene aykırı davranış yerine hukuka aykırı alternatif eylem gerçekleştirilmiş olsaydı bile aynı netice mey-

<sup>90</sup> “Nedensellik bağı” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yener Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta, İstanbul, 1998, s. 221-256.

<sup>91</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 346.

<sup>92</sup> YCGK, 31/03/2016, 2013/12-654-2015/75, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 22/08/2019.

<sup>93</sup> Özkan, s. 526.

<sup>94</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 354.

<sup>95</sup> Keçelioğlu, s. 114. “Objektif yüklenebilirlik” ölçütleri olarak; “yönlendirebilirlik”, “egemen olabilirlik”, “neciteyi önleyebilirlik” (neticeye hükmedebilirlik) ölçütleri ileri sürülmüştür. Bkz. Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin, B. 11, Ankara, 2011, 191, Mustafa Özen, Ceza Hukukunda Taksir, Adalet, B. 4, Ankara, 2019, s. 266.

dana geliyor ise “yükümlülüğe aykırılık ilişkisi” reddedilmektedir.<sup>96</sup> İş kazasında bu durum şu şekilde meydana gelebilir; eğer işveren yükümlülüğünü yerine getirseydi dahi aynı kazanın olacağı kesin olarak saptanabiliyor ise o zaman objektif olarak netice işverene yüklenemez. Örneğin, işveren işçinin taşınması gereken bareti işçiye vermemiş ancak işçinin kafasına düşen cisim çok büyük ve işçi bareti taksaydı bile ölümlü muhakkak idi ise işveren yükümlülüğe aykırı davranış nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır. İşveren önlemlerini almadığı ve yükümlülüğünü yerine getirmediği için idari veya başkaca bir yaptırımla karşılaşabilecektir. Failin taksirle hareket ettiği durumda bir başka kişinin taksirli hareketi de failin taksirli hareketine ekleniyorsa nedensellik bağı kural olarak kesilmez.<sup>97</sup> Bu durumda failin ve üçüncü kişinin kusurunun tespit edilmesi gerekmektedir. Failin taksirli hareketi bir başka kişinin daha önceki kusurlu hareketinden kaynaklanmış ise nedensellik bağı yok demektir.<sup>98</sup>

Nedensellik bağının bulunup bulunmadığının tespiti çoğu zaman çok da kolay olmaz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu işverenin eğitim verme, denetleme ve gerekli teknolojik şartlara uymama yönündeki kusurları ile katılan/ mağdurun kusuru ve tanığın kusuru ile gerçekleşen iş kazasına ilişkin kararında<sup>99</sup> şu değerlendirmelerde bulunmuştur;

Karara yansıyan olayda, “*imalathane sorumlu müdürü olan sanığın, imalathanede işçi olarak çalışan katılana, öncelikle katılanın yaralanması sırasında kullandığı pres makinasının çalışma prensipleri ile riskleri konusu başta olmak üzere, iş sağlığı ve güvenliği konularında eğitim vermediği,*

<sup>96</sup> Konuyla ilgili ileri sürülen teorilerden “nedensellik teorisi”ne göre, sorumluluğun belirlenmesinde hukuka uygun alternatif davranış hesaba katılmaz. “Riskin yükseltilmesi teorisi”ne göre, özene aykırı davranış neticenin meydana gelmesini önemsiz olmayacak şekilde etkilemelidir. Failin sorumlu olabilmesi için özen yükümlülüğüne uygun davranışa göre, özen yükümlülüğüne aykırı davranışın tehlike riskini artırması gerekmektedir. Öte yanda özen yükümlülüğüne uygun davranışla bile aynı netice meydana gelecek idiyse fail sorumlu tutulamaz. “Kaçınılabilirlik teorisi”ne göre, özene uygun davranılmış olsaydı bile neticenin fail tarafından kaçınılabilir olacağı belirlenememiş ise “in dubio pro reo” ilkesi gereğince fail sorumlu tutulamaz. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Üzülmüş/Koca, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 206-211.

<sup>97</sup> Sami Narter, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Adalet, B. 2, Ankara, 2018, s. 337.

<sup>98</sup> Hakeri, s. 269.

<sup>99</sup> YCGK, 18.11.2014, 2014/12-179-2014/499, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 22.08.2019.



*çalışmalarında yeterli denetim ve gözetim görevini yerine getirmediği, optik sensörü bulunmayan pres makinasının bulunduğu yerde uyarıcı bir levha da bulundurmadağı, 25 yıldan beri kullanılan bu nedenle eskidiği için lif atan makinayı yenilemesi gerektiği de göz önüne alındığında, katılanın çalıştığı işyerinde sorumlu müdür olan sanığın, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik kanuni düzenlemelere riayetsizlik suretiyle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak katılanın yaralanmasında kusurlu olduğu, eylemleri ile katılanın yaralanması arasında nedensellik bağının kesilmeyip sonucun gerçekleşmesinde sanığın duyarsızlığından kaynaklanan kusurlu hareketlerinin etkili bulunduğu tespit edilerek sanığın da kusurundan dolayı sorumlu olduğu” kabul edilmiştir.<sup>100</sup>*

Yukarıda belirtilen Ceza Genel Kurulu kararına bakıldığında, nedensellik bağı ve kusur meselesinin konu bakımından önem arz ettiği görülmektedir. İş kazasında öncelikle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket veya hareketlerin bulunmadığının tespiti gerekmektedir. Meydana gelen iş kazasında işverenin gerekli eğitim ve denetimi vermeyerek, şirketin mali yapısına ve teknolojik gelişmeye uygun işçilerinin sağlığı bakımından önem taşıyan makineyi tahsis etmeyerek dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği açıktır. İş Kanunu ve 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 11.01.1974 tarih ve 14765 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan, ancak suç tarihinden sonra 23.07.2014 tarih ve 29069 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan tüzükle yürürlükten kaldırılmış olan İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü’nün ilgili maddeleri bunu gerektirmektedir. Nedensellik bağıyla ilgili işçinin kusurunun da bulunduğu kazalarla ilgili şu açıklama yapılabilir: İş kazalarını önlemeye yönelik normların bir amacı da işçiyi kendi dikkatsizliğinden, tedbirsizliğinden ve acemiliğinden korumaktır. Eğer işveren iş kazalarını önlemeye yönelik gerekli tedbirleri almamış ise işçinin dikkatsiz, tedbirsiz veya acemi bir davranışı tek başına nedensellik bağına kesmeyecektir.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> Meydana gelen neticede fail ve mağdurun kusurlu olduğu durumlarda, meydana gelen neticede failin davranışına mağdurun davranışı eklenmiştir. Bu nedenle, failin davranışı ile netice arasında nedensellik bağı kesilmemiştir. “Üçüncü kişinin ve mağdurun hareketlerinin nedensellik bağına etkisi” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Tahsin Keçelgil, Türk Ceza Hukukunda Taksirin Esasları, Yetkin, Ankara, 2016, s. 128-137.

<sup>101</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 263.



## 5. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Failin neticeyi öngörmemesi halinde bilinçsiz taksirden, öngörmesi halinde ise bilinçli taksirden söz edilir.<sup>102</sup> Bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmesine rağmen neticenin meydana gelmeyeceğini düşünmektedir. Failin neticeyi öngörmesine rağmen fiili gerçekleştirmesinin nedeni, failin bazı yeteneklerine güvenerek neticenin gerçekleşmeyeceğine duyduğu inançtır. Örneğin, usta bir şoför olduğunu düşünerek hızlıca araç kullanmış ve yayaya çarpmayacağını, manevra yapacağını düşünmesine rağmen çarparsa bilinçli taksir söz konusu olur. Bilinçli taksirde netice öngörülmesine rağmen harekete devam edilmekte ancak bu neticenin gerçekleşmesi istenmemektedir.<sup>103</sup> Taksirin bu halinde fail açısından dikkatsizlik ve tedbirsizliğin daha ağır ve ciddi olduğu ifade edilir.<sup>104</sup>

İş kazaları neticesinde basit taksir ve bilinçli taksir hali söz konusu olabilir. Özellikle dikkat edilmesi gereken husus, yaralanan veya ölen işçinin kusurlu olup olmaması durumu eylemin bilinçli taksirle işlenip işlenmediğinin tespitinde önemli değildir. Kusurun olup olmadığının veya kusurun derecesinin tespiti cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmaktadır.<sup>105</sup> Bir yaklaşıma göre, öngörmenin varlığına rağmen söz konusu hareket yapılmışsa artık neticenin istenmemiş olduğundan söz edilemeyecek dolayısıyla artık bilinçli taksir değil olası kast söz konusu olacaktır.<sup>106</sup>

Bilinçli taksir ve olası kast birbirine karıştırılabilecek şekildedir. Kanunda olası kast ile yer alan düzenlemenin olası kastın tüm özelliklerini barındırmaması ve bilinçli taksir ile arasındaki farkı ortadan kaldırması nedeniyle eleştirilmiştir.<sup>107</sup> Bir başka eleştiriye göre de olası kastta fail neticeyi öngörmüş ancak istememiş ve göze almıştır. Zira bilinçli taksirde de fail neticeyi öngörmüştür ancak göze almamıştır.

<sup>102</sup> Keçelioğlu, s. 26.

<sup>103</sup> Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, B. 11, Ankara, 2016, s. 397.

<sup>104</sup> Soyaslan, s. 457.

<sup>105</sup> Hakeri, s. 261, 262.

<sup>106</sup> İzzet Özgenç, "Bilinçli Taksir", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, *Galatasaray Üniversitesi*, İstanbul, 2004, s. 718, Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 224

<sup>107</sup> Öztürk/ Erdem, s. 252.

Bu nedenle her iki tanım birbirine karışmaktadır.<sup>108</sup> Bir görüşe göre, olası kasıt bakımından belirleyici unsur, olası kastta fail ulaşmaya gayret ettiği hedefe ulaşmak uğruna kanuni tanıma uygun bir eylemin gerçekleşme olasılığına katlanmaktadır. Bilinçli taksirde ise neticenin meydana gelmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı bir şekilde güven beslemektedir.<sup>109</sup> Bir görüşe göre de kasıt ve taksir arasındaki ayrımın sadece “isteme unsuru” açısından yapılamayacağı, “bilme unsuru” bakımından da kasıt ve taksir arasında farklar olduğu savunulmaktadır. Bu düşünceye göre, taksirin modern dogmatik anlayışının bir neticesi olarak, taksir kasıttan ayrı bir özellik göstermesi nedeniyle, taksirli suçlar kasıtlı suçlardan ayrı ele alınmalıdır.<sup>110</sup>

Gayeye ulaşmak için olursa olsun düşüncesiyle hareket edilmesi halinde olası kast, yükümlülükler aykırı bir şekilde yeteneğe güvenilerek eylemin gerçekleştirilmesi, failin olursa olsun düşüncesini taşıması halinde ise bilinçli taksir söz konusu olacaktır. Görüldüğü üzere olası kastta doğrudan istemediği neticeyi kabullenmesi söz konusudur.<sup>111</sup> Ceza hukuku bakımından somut olayın gerçekleşme şekli

<sup>108</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, B. 9, Ankara, 2018, s. 485.

<sup>109</sup> Kayıhan İçel/Fusun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, Suç Teorisi Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler Suçun Yapısal Unsurları Suçun Özel Oluşum Biçimleri, Beta, B. 2, İstanbul, 2000, s. 245-246, Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Kast ve Taksir Temel İlkeler Tanımlar-Uygulama Alanı, Seçkin, B. 2, Ankara, 2010, s. 340-341. Olası kast ve bilinçli taksir hakkında ayrıntılı görüşler için bkz. Parlar/Hatipoğlu, s. 340-344.

<sup>110</sup> Bu görüş, taksiri bir kusur formu olmak yerine kendi başına bir suç çeşidi olarak nitelendirmektedir. Bu görüşe göre, taksir de kasıt gibi cezalandırılabilir insan davranışının tamamen farklı bir tipini oluşturmaktadır. Ayrıca, taksirli suçları sadece kusur altında kasıtlı suçlardan ayırarak inceleyerek “maddi unsurlar” ve “tipiklik” konusunda kasıtlı suçlarla aynı şekilde ele almak başarılı bir teorik yapıya ulaşmak için uygun değildir. Bkz. Keçelioğlu, s. 59, 64, 208-209. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, kast ve taksirin ortak paydası her ikisinin de “haksızlık” içeriğine sahip olmasıdır. Ancak, kastta, hukuk normunun yasaklamış olduğu netice istenmekte iken, taksirde bu netice istenmemektedir. Bkz. Özen, Ceza Hukukunda Taksir, B. 4, s. 338.

<sup>111</sup> Doktrinde bir görüşe göre, olursa olsun anlayışı olası kastı, meydana gelmeyeceğine güvenerek hareket bilinçli taksiri meydana getiriyor. Bu görüşe göre, “inşallah çarpışmayız” diyerek hatalı sollama bilinçli taksir, Karşıdan araç geldi, gördü, “kaza yaparsam yapayım” dedi ve gaza basarak devam etti ve kaza yaptı ise olası kast söz konusudur. Bkz. Keçeligil, s. 184. Onur Yiğit, Yargıtay Kararları Işığında Taksirli Suçlar, Yetkin, Ankara, 2014, s. 35. Bilinçli taksiri aslında kastın bilme ve isteme olmak üzere iki unsuru olduğu yönündeki klasik suç teorisinin etkisiyle ortaya atılmış bir kavram olarak gören ve iradeyi kastın bir unsuru olmadığını kabul eden görüşün bilinçli taksir hakkındaki değerlendirmesi için bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, B. 11, Ankara, 2015, s. 284.

çok önemlidir. Eğer olası kastın şartları gerçekleşmiş ise faili olası kasttan sorum tutmak gerekecektir. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda olası kastın gerçekleşmeyeceğini söylemek mümkün değildir.<sup>112</sup>

Yukarıda yer verilen teorilerden öngörebilme teorisi kabul edildiğinde gerek bilinçsiz taksire gerekse bilinçli taksire bu teoriyi uygulayabiliriz. Bilinçli taksirde fail neticenin meydana geleceğini öngörmesine rağmen somut olarak bunun meydana gelmeyeceğini düşünmektedir. Neticenin gerçekleşeceğinin öngörülebilir olması gerekmektedir. Bu yüzden “öngörebilme unsuru” bilinçli ve bilinçsiz taksir için ortak bir unsurdur.<sup>113</sup>

## 6. MAĞDUR

Taksirle yaralama suçunun mağduru taksirle yaralanan kişidir. Hayatta olan kişiler mağdur olabilirler. Henüz doğmamış cenin mağdur olamaz.<sup>114</sup> Konu bakımından mağdur işçidir.

## 7. FAİL

Taksirle yaralama suçunun faili, taksirli hareketi ile bir başkasının yaralanmasına neden olan kişidir.<sup>115</sup> Taksirle yaralama sonucu neticelenen ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu işlerde meydana gelen iş kazalarında ise asıl işveren sorumlu olabilmektedir. Bunun yanı sıra alt işverenin de sorumluluğu bulunabilmektedir. İşin anahtar teslimi yoluyla verilmesi halinde ise işin yapımından sorumlu müteahhit tek başına sorumlu olacaktır.<sup>116</sup>

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda bir iş yerinde işçi sağlığı ve iş güvenliğini sağlama hususunda alınması gereken tedbirleri belirle-

<sup>112</sup> Bu alanda olası kastın istisnai olarak gerçekleşebileceği belirtilerek, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili alanda taksirle gerçekleşen fiillerin olası kasta göre daha fazla olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Berrin Akbulut, “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüğü Bulunan Kişiler ve Bu Kişilerin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Cezai Sorumlulukları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 143, Ankara, 2018, s. 25.

<sup>113</sup> İçel, s. 107.

<sup>114</sup> İlhan Üzülmöz, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, Adalet, Ankara, 2013, s. 100.

<sup>115</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet, B. 5, Ankara, 2018, s. 262.

<sup>116</sup> Durmuş Özcan, *Uygulamalı İş Davaları*, Adalet, B. 2, Ankara, 2014, s. 924.

me yetkisi işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanına verilmiştir. Belirlenen tedbirleri yeri getirme görevi ise işverene verilen bir görevdir. Bu nedenle belirlenen tedbirlerin işverene bildirilmesi gerekir. Kişilerin yaralanması ile sonuçlanan iş kazalarında, kazanın meydana geldiği işyerinin ilgili olduğu iş koluna ilişkin mevzuat hükümleri de dikkate alınarak hangi yükümlülük veya yükümlülüklerin kimler tarafından yerine getirilmediği tespit edilmelidir.<sup>117</sup>

Asıl işverenin yükümlülük veya yükümlülüklerini ihlal ettiğinin belirlenmesi halinde fail asıl işveren olmaktadır. Öncelikle asıl işveren alt işveren ilişkisi, asıl işverenin hangisinin olduğunun tespiti ve kusur durumları belirlenmelidir. Asıl işveren tek başına kusurlu olabileceği gibi alt işveren veya mağdurla birlikte kusurlu olmaları da söz konusu olabilir. Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde her ikisinin eylemlerinin birleşmesi ile neticenin gerçekleşmesi özel bir öneme sahiptir. Şöyle ki, bu tür durumlarda her birinin eylemi ile netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunması ön koşuldur. Birinin hareketi ile netice arasındaki nedensellik ilişkisi diğerinin eyleminin araya girmesi sonucunda kesiliyor diyebiliyorsak nedensellik ilişkisi kurulamamış demektir.<sup>118</sup>

Bazen ise uygulamada asıl işverenin sorumluluğunu sözleşme ile alt işverene tamamen devrettiği, böyle bir durumda asıl işverenin cezai bakımdan sorumluluğuna gidilemediği görülmektedir.<sup>119</sup> Ancak,

<sup>117</sup> Özgenç, s. 251, 252, Bazı yazarlara göre, kurallara uymama durumu var ise neticenin öngörülebilir olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Bunun nedeni, netice öngörülebilir olduğu için kanun koyucunun söz konusu düzenlemeyi yapmasıdır. Başka bir görüşe göre ise kurallara uymama halinde de taksirden bahsedilebilmesi için neticenin öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir ancak kurallara uymama halinde, neticenin öngörülebilir nitelikte olduğuna dair bir karine bulunmamaktadır çünkü burada netice öngörülebilir olduğu için kanun koyucu bir kural koymuştur. Tabi ki kurallara aykırı hareket ile netice arasında nedensellik bağı yok ise taksirden söz edilemeyecektir. Bkz. İçel, s. 92, 111.

<sup>118</sup> Zafer, s. 275.

<sup>119</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi 03.02.2020 tarihli kararında, "... Ltd. Şti. unvanlı firma arasında düzenlenen taşeronluk sözleşmesinde yer alan "Taşeronun sözleşme konusunu ifa için görevlendirdiği personeller ile ilgili ve iş yerinde meydana gelebilecek her türlü kazalardan, ... hukuki veya cezai sorumluluk doğuracak diğer her türlü olaydan taşeron tek başına sorumludur. Herhangi bir nedenle işveren bu nedenlerden herhangi biriyle sorumlu tutulacak olursa bu sorumluluğu taşeron üstlenecek, buna ilişkin uyuşmazlığa taraf olacak ve sorumluluğun işverenin üzerinden kalkmasını temin edecektir." hükmü gereğince asıl işveren firma olan ... San. Ve Tic. A.Ş.'nin sorumluluğu bulunmadığından, ortağı ve yönetim kurulu üyesi olan sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeksizin,

sorumluluğun bu şekilde tamamen devredilmesi ile cezai sorumluluktan kurtulmanın mümkün olamayacağı kanısındayız.<sup>120</sup> Nitekim ilk derece mahkemesine yansıyan kararda, “... Tic. A.Ş. unvanlı firma tarafından yapılan inşaatın dış cephe kaplama işlerini yapan alt işveren ... Ltd. Şti. unvanlı firma çalışanı olan katılanın olay günü inşaatın 15. katındaki işini bitirdikten sonra inşaat merdivenlerinden inerken 2 kat kadar aşağıya düşmesi şeklinde meydana gelen iş kazasına asıl işveren olan sanığın tali kusurlu olarak sebebiyet verdiği” tespit edilerek hakkında taksirle yaralama suçundan cezaya hükmedildiği görülmektedir. Bu ve buna benzer olaylarda öncelikli olarak asıl işveren ve alt işverenlerin sorumlulukları tespit edildikten sonra, yerine getirilmeyen sorumluluk ve bu sorumluluk ile netice arasındaki “nedensellik bağı” tespit edilerek, her fail kendi kusuru bakımından cezai olarak sorumlu tutulmalıdır. Aksi halde asıl işverenin sözleşmeye konulan böyle bir hüküm ile tamamen cezai sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. “Nedensellik bağı”, “sorumluluk” ile eş anlamlı değildir veya bir değerlendirmeye gerek olmadan sorumluluğa yol açmamaktadır. Nedensellik bağı, “cezaların şahsiliği ilkesi” ile doğrudan ilgilidir. Kimse, doğada oluşumu zorunlu olan neticelerden, üçüncü şahsın meydana getirdiği neticelerden veya irade dışı yapılan hareketlerden sorumlu tutulamaz.<sup>121</sup> Bu nedenle, asıl işverenin cezai sorumluluğuna yönelik yapmış olduğumuz bu değerlendirme, sorumluluk ve nedensellik bağının yapısı ile de uygundur. Kanımızca, bu tür durumlarda, asıl işverenin alt işverene söz konusu işi gördürüp gördüremeyeceği, alt işverenin gereken nitelikte olup olmadığı, asıl işverenin mevzuattan ve sözleşmeden kaynaklanan denetim yükümlülüğünü yerine getirilip getirmediği gibi hususlar ayrıntılı olarak değerlendirilmelidir.<sup>122</sup>

yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” hukuka aykırı bulunmuştur. T. 03.02.2020, 2019/5134-2020/980, www.uyap.gov.tr. Benzer yönde karar için bkz. Y12.CD, 11.12.2015, 2015/235-2015/19187, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, et. 31.05.2020. Fabrika yönetiminin iş sağlığı ve güvenliği alma borcunu sözleşme ile devredemeyeceğine dair karar için bkz. Y12.CD, 12. Ceza Dairesi, 26.11.2013, 2013/26311-2013/26902, www.uyap.gov.tr. Yargıtay’ın asıl işverenin cezai sorumluluğu hakkında vermiş olduğu kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Serhat Avcı, Mehmet Serhat, Türk Hukukunda İşverenin İş Kazalarından Doğan Cezai Sorumluluğu, Kırklareli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, Kırklareli, 2018, s. 119-133 (yüksek lisans tezi).

<sup>120</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Avcı, s. 118-119.

<sup>121</sup> Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 302.

<sup>122</sup> Asıl işverenin, alt işvereni seçiminde özenli davranması gerektiği aksi takdirde ce-

Mesele esasen güven ilkesi ile de yakından ilgilidir.<sup>123</sup> Güven ilkesi, “değerlerin dengelenmesi kurumu” olarak ifade edilmektedir. Bu ilkeye göre, hareket noktası olarak “günlük faaliyetlerde başkalarının yanlış hareketleri hesaplanamaz ve buna uygun tepkilerin gösterilmesi zorunlu değildir”. Güven ilkesi, nedeniyle özen yükümlülüğü genel olarak sınırlandırılmaz, ancak istisnai bir şekilde daralmaya gidilmektedir.<sup>124</sup> Doktrinde hekim-hasta ilişkisiyle ilgili olarak verilen örneğe göre, hekim işbölümünü yanlış yapmış veya denetim görevini yerine getirmemiş ise bu ilke hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır.<sup>125</sup> Kanaatimizce, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin alt işverenin yükümlülüklerini yerine getireceğine dair güveni tek başına onu sorumluluktan kurtarmaz. Eğer asıl işverenin, alt işvereni seçiminde kusuru var ise veya kendi üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmemiş ise ve bunun neticesinde kaza meydana gelmiş ise bu durumda asıl işveren cezai bakımdan sorumlu olabilecektir.<sup>126</sup>

Yargıtay 12. Ceza Dairesi konumuz bakımından önemli bir karar vermiştir.<sup>127</sup> Söz konusu kararda yapılan değerlendirme sonucunda, asıl işveren konumundaki şirketin yönetim kurulu üyesine ve alt işveren yetkilisine cezai bakımdan kusur yüklenemeyeceğine karar ve-

---

zai bakımdan sorumluluğunun olabileceği hakkındaki görüş için bkz. Muharrem Özen/Önder Tozman, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu İşçisinde İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 3, S. 10 (2008), [https://www.mess.org.tr/media/files/6338\\_NQX5JRH8RT10.pdf](https://www.mess.org.tr/media/files/6338_NQX5JRH8RT10.pdf), e.t. 31/05/2020. Asıl işverenin cezai sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren Yıldız, *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 198-204 (yüksek lisans tezi).

<sup>123</sup> Bu ilke, tarihsel bakımdan öncelikle trafik kazaları açısından uygulama alanı bulmuş ve daha sonra ekip halinde yürütülen faaliyetlerde de uygulanmıştır. Bkz. Keçelioğlu, s. 93.

<sup>124</sup> Yener Ünver, “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2008, s. 884, <http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/tip-ceza-hukuku.pdf>, e.t. 31/05/2020.

<sup>125</sup> Ünver, “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, s. 884.

<sup>126</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında getirilen yükümlülükler ve güven ilkesi hakkında değerlendirme için bkz. Keçelioğlu, s. 104-105, Tuğrul Katoğlu, “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 68, Ankara, 2007, s. 35-36, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-68-285>, e.t. 31/05/2020.

<sup>127</sup> Y12.CD, 09/10/2015, 2015/225-2015/15009, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 22/08/2019.



rilmiştir. Daire'nin başka bir kararında, asıl işverenin eğitim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle cezai bakımdan sorumlu tutulduğu görülmektedir.<sup>128</sup> Kanaatimizce, asıl işveren konumundaki şirket yönetim kurulu üyesinin cezai bakımdan sorumluluğu her somut olayda ayrıca belirlenmelidir. Örneğin, yürütülen iş ile ilgili gerekli iş güvenliği uzmanı hiç görevlendirilmeden veya gereği gibi görevlendirilmeden, işle ilgili sorumlu kişi tespit edilmeden işe başlanmış ve bu esnada iş kazası neticesi taksirle yaralama meydana gelmiş ise asıl işverenin bu işte yetkili yönetim kurulu üyesinin tespiti halinde asıl işverenin yönetim kurulu üyesi de sorumlu olabilecektir.

Bazen asıl işverenlerin tüm sorumluluğu görevlendirilen ustabaşına yükledikleri ve bu nedenle dikkat ve özen yükümlülüklerini ihlal ettikleri görülmektedir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi bir kararında, yeterli iş güvenliği almadan işçi çalıştıran ve işin ehli olmayan usta başı ile çalışma yapıp güvenlik önlemlerini alma konusunda tüm inisiyatifi ustabaşına bırakan inşaat sahibi ve asıl işveren konumunda bulunan sanığın asli kusurlu olduğuna karar vermiştir.<sup>129</sup>

Yukarıda detaylı olarak incelendiği gibi sadece ortada asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması asıl işverenin cezai sorumluluğunu kaldırmamaktadır.

## 8. SUÇA ETKİ EDEN SEBEPLER

Türk Ceza Kanunu'nun 89/2 inci maddesine göre; *"taksirle yaralama fiili, mağdurun; duyularından veya organlarından birinin işlevinin sü-*

<sup>128</sup> Y12. CD, 17.01.2013, 2012/7921- 2013/1365, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 22.08.2019. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 21.01.2019 tarihli kararında, "yapı alanında asıl işveren adına işin yürütümünden ve iş güvenliğinden sorumlu işveren vekilinin kazada asli kusurlu olduğunun tespiti karşısında; mahkemece X ve ismi tespit edilemeyen yapı alanında asıl işveren adına işin yürütümünden ve iş güvenliğinden sorumlu işveren vekili hakkında suç duyurusunda bulunulduğu anlaşılmalı, bu kişilerin söz konusu kazada sorumlu olduklarının tespiti halinde haklarında iddianame tanzim edilerek dava açılması halinde davaların birleştirilmesi neticesinde sanığın hukuki durumunun tespit ve tayini gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması" hukuka aykırı bulunmuştur. T. 21.01.2019, 2017/6682-2019/8987, [www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr), e.t. 26.05.2020.

<sup>129</sup> Y12. CD, 17.09.2015, 2014/21946-2015/13700, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 22.08.2019.



rekli zayıflamasına, vücudunda kemik kırılmasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, neden olmuşsa", 89/1'inci fıkra göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır. Diğer haller olan, "taksirle yaralama fiili, mağdurun; iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadının çocuğunun düşmesine, neden olmuşsa", 89/1'inci fıkra göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.<sup>130</sup>

Kasten yaralamanın nitelikli hallerinde kemik "çıkığına" yer verilmişken, taksirle yaralamada yalnızca kemik kırılmasına yer verilmiştir. Tıbbi anlamda eklem çıkığının da kırık olarak değerlendirildiğini hatırlatmak gerekir. Ayrıca, taksirle yaralama sonucu meydana gelen kemik kırığının hayati fonksiyonlara etkisi hususunda kanunda bir yaptırım bulunmamaktadır. Kanun koyucunun söz konusu maddede düzenlerken muhtemelen unutmuş olacağı ve bu eksikliğin ise bir an önce doldurulması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>131</sup> Bu durum serçe parmağının kırılması ile hayat fonksiyonlarını etkileyen kırığın yaptırımının aynı şekilde değerlendiriliyor olması sebebiyle eleştirilmektedir.<sup>132</sup>

## 9. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

Suçun özel görünüş şekillerinden "teşebbüs", "iştirak" ve "içtima" taksirle yaralama suçları bakımından önem taşımaktadır. Kasıtlı suçlara göre taksirli suçlarda teşebbüs ve iştirakin mümkün olup olmadığı ile özel içtima düzenlemesi aşağıda incelenecektir.

### a. Teşebbüs

Türk Ceza Kanunu'nun 35/1'inci maddesine göre teşebbüs, failin elverişli hareketin icrasına başlamış olmasına rağmen, elinde olmayan nedenden dolayı, kastettiği neticeyi meydana getirememesi-

<sup>130</sup> Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, USA, B. 5, Ankara, 2016, s. 95.

<sup>131</sup> Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, B. 8, Ankara, 2018, s. 192.

<sup>132</sup> Tezcan/Ördem/Önok, s. 265.

dir. Taksirli suçlarda failin neticeye yönelik bilme ve isteme unsuru gerçekleşmediği için taksirli suçlarda fail sadece hareketi gerçekleştirmek için harekete geçer. Bu nedenle taksirli suçlarda teşebbüsten bahsedilemez.<sup>133</sup>

### b. İştirak

Taksirle işlenen suça iştirakin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. İtalyan öğretisinde *Bettiol'* a göre, taksirli suçlara kasten iştirakin mümkün olduğu, *Santora'* ya göre taksirli suçlara kasten iştirakin mümkün olmadığı,<sup>134</sup> *Alimena'* ya göre taksirle işlenen suçlara iştirakin mümkün olmadığı, İspanyol öğretisinde bazı yazarlara göre, taksirli suçlarda iştirakin gerçekleşmediği, Türk öğretisinde büyük çoğunluğa göre, taksirli suçlarda iştirakin mümkün olmadığı ve kasten işlenen suçlara taksirle iştirakin mümkün olmadığı savunulmaktadır.<sup>135</sup> Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen iştirake ilişkin hükümleri taksirli suçlar bakımından uygulayamadığımız için taksirle yaralama suçuna iştirak mümkün değildir.<sup>136</sup> Birden fazla kişinin dikkatsiz ve özensiz davranışı sonucunda taksirle yaralama gerçekleşmiş olabilir. Türk Ceza Kanunu'nun 22/5'inci maddesine göre, birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir. Bu nedenle, asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğu durularda her ikisi de neticenin meydana gelmesinde kusurlu ise bu kişiler ayrı ayrı sorumlu olacaklardır.<sup>137</sup> Ayrıca, uygulamada bilirkişi raporlarında yer verilen "aslı" ve "tali" kusurlu ayırımı yapılmasının hukuki bir dayanağının bulunmadığı ifade edilmektedir. Taksirle yaralama suçunda ceza hukuku

<sup>133</sup> Zafer, s. 280.

<sup>134</sup> Aktaran: Özen, Ceza Hukukunda Taksir, 2011, s. 277-278.

<sup>135</sup> Taksirli suça iştirakin mümkün olmadığı yönündeki görüşler için bkz. Zafer, s. 452-453, Centel/Zafer/Çakmut, s. 491, Hakeri, s. 268, Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 214.

<sup>136</sup> Aksi yönde görüşler ve açıklamalar için bkz. Keçeligil, s. 195-198.

<sup>137</sup> Kanaatimizce, bu maddede yer alan her failin kendi kusuruna göre sorumlu olacağına dair düzenlemeye, "cezaların şahsiliğini" düzenleyen 22'nci maddede yer verilmesi daha uygun olurdu. Bkz. Ünver, "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi", s. 905. Doktrinde yer alan başka bir görüşe göre ise, "herkesin kendi kusurundan sorumlu tutulup, kusuruna göre cezalandırılacağı yolundaki düzenlemenin kusurun esasına, mevcudiyeti koşullarına ilişkin olmayıp cezanın tayini bakımından sonuç doğuracağı düşünülmelidir". Bkz. Katoğlu, S. 40.

sorumluluğuna ilişkin kusurların oransal olarak ifade edilmesi halinde bir takım yanlış anlaşılmaların ve uygulamaların ortaya çıkacağı savunulmaktadır.<sup>138</sup>

Taksirle yaralama suçlarında çoğu zaman asıl işverenin kusuru ile birlikte iş güvenliği uzmanının da kusurlu olduğu durumlar söz konusu olmaktadır. Bu yüzden taksirle yaralama suçunda, iş güvenliği uzmanının kusurlu olup olmadığı araştırılmalıdır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 02.10.2013 tarihli kararında, iş güvenliği danışmanının kusur durumunun tespiti üzerinde durularak bu kişinin belirtilen tarihte görevli olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.<sup>139</sup>

<sup>138</sup> Özgenç, s. 262, 263. İş kazası sonucu taksirle yaralanmanın meydana gelmesinde birkaç kişinin davranışı etken olabilir. Bazen işveren yükümlülüklerini yerine getirmemekle beraber mağdur da gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek iş kazasının meydana gelmesine etken olabilir. Bu tür durumlarda mağdur hariç herkes kendi kusurundan sorumlu olacaktır. Bkz. Akbulut, s. 29. 765 sayılı TCK döneminde, taksirli suçlarda 8 üzerinden matematiksel bir değerlendirme yapılarak kusur dağıtımı yapılmaktaydı, ancak ceza hukuku bilimi ve cezanın meşruiyeti bakımından sorunlu olan bu durum, Kanun'un gerekçesinde eleştirilerek matematiksel bir değerlendirme yapılamayacağı vurgulanmıştır. Bkz. Keçelioğlu, s. 22. TCK'nın 22'nci maddesinin gerekçesinde bu husus şöyle ifade edilmiştir; "Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeyle ancak olay hâkimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak, normatif değerlendirmeyle hâkim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir. Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza, ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlâl edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığının belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak, bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. Bunun dışında, bilirkişi tarafından münhasıran hâkimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum, bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hâkimin yerine geçmeyi ifade eder".

<sup>139</sup> "E. San. TİC. Ltd. isimli taşeron şirket tarafından işletilmekte olan haddehane de filketeci olarak çalışan katılanın, olay günü iş yerindeki bir arıza için bölüm ustabaşısı olarak çalışan M.B tarafından, işyerinde oluşan bir arızayı gidermek amacıyla C. Ç'nin yanına yardım için görevlendirildiği, tamir sırasında katılanın yaralandığı olayda, olay öncesinde işyerinde sözleşmeli iş güvenliği danışmanı olarak çalışan sanık M.S tarafından dosyaya sunulan asıl işveren E. AŞ'nin genel kurul karar defterinin 25.02.2007 tarih ve 31 nolu toplantı tutanağında, iş güvenliği mühendisi olan sanığın işlerinin yoğunluğu sebebiyle, sürdürmekte olduğu iş

### c. İçtima

Türk Ceza Kanunu'nun 89/4'üncü maddesine göre, fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Tek fiille birden fazla kişinin yaralanmasına neden olma hali mahiyeti itibariyle aynı neviden fikri içtimanın konusunu oluşturmaktadır. Yani böyle bir durumda normalde Türk Ceza Kanunu'nun 43/2'nci maddesine göre, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak burada Kanun'un özel bir içtima hükmüne yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu'nun 43/2'inci maddesi burada uygulanmayacaktır.<sup>140</sup>

Birden fazla kişinin yaralanması halinde dikkat edilecek husus taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olduğu, ancak birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet şartının aranmayacağı hususudur. Yani birden fazla kişi yaralanmış, suç basit taksirle işlenmiş ve bir kısım mağdurlar şikâyetçi değilse Türk Ceza Kanunu'nun 89/4'üncü maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı şikâyetçi olmayan kişiler çıkarıldıktan sonra tespit edilecektir.<sup>141</sup> Örneğin, iki kişinin mağdur olarak bulunması halinde bir mağdur şikâyetçi olmamış veya şikâyetten vazgeçmiş ise bu durumda 89/4'üncü maddeye göre değil 89/1'inci maddeye göre failin durumu değerlendirilecektir.

Bir diğer önemli husus ise, yukarıda belirtilen failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla mağdur olması halinde ceza verilmemesi veya cezanın indirilebilmesi halidir. Türk Ceza Kanunu'nun 22/6'ncı maddesinin uygulanabilmesi için taksirli fiil nedeniyle, failin kendisi ve/veya yakınları zarar görmeye beraber, herhangi bir bağın bulunmadığı üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde taksirle yaralama ve öldürme suçunda, bu hüküm bölünerek uygulanamayacaktır. Tabii ki taksirle yaralama suçunda bilinçsiz taksir bulunması halinde suçun

---

güvenlik danışmanlığı görevinden ayrılacağına kurula bildirildiğinin belirtildiği, görülmekle, sanığın belirtilen tarihten sonra olayın meydana geldiği şirkette iş güvenliği danışmanlığı yapıp yapmadığı ve yerine başka bir şahsın istihdam edilip edilmediği araştırıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken, eksik soruşturma ile hüküm tesisi nedeniyle ilgili kararın bozulmasına" karar verilmiştir. Y12. CD, 02.10.2013, 2013/1874-2013/22232 www.uyap.gov.tr.

<sup>140</sup> Koca/Üzülmez, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, s. 231

<sup>141</sup> Sedat Bakıcı, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C. 4, Adalet, Ankara, 2010. s. 839.

soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi olduğu için mağdurun şikâyetçi olmaması halinde mesele kalmayacaktır ancak bilinçli taksir halinde bu hüküm bölünerek, yani bir kısım mağdurlar bakımından faile ceza verilmesine yer olmadığına bir kısım mağdurlar bakımından ise mahkûmiyet kararı verilemeyecektir. Bu hususta aksi yönde yargı kararı da bulunmaktadır.<sup>142</sup>

Birden fazla kişinin yaralanmasını kabul etmek için en az iki kişinin yaralanması yeterlidir. İki den fazla mağdurun yaralanması ve şikâyetçi olmaları halinde, yaralı sayısı ve yaranın niteliği dikkate alınarak temel ceza tayin edilmelidir.<sup>143</sup>

## 9. ŞAHSİ CEZASIZLIK HALİ

Türk Ceza Kanunu'nun 22/6'ncı maddesine göre, "*taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez ancak suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde verilecek ceza yarından altıda bire kadar indirilebilir*". Bu madde, taksirli suçlarda şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu hükmün uygulanabilmesi için sadece failin mağdurla olan akrabalık ilişkisi dikkate alınmaz. Aynı zamanda taksirle işlenen suç failin kişisel ve ailevi durumu bakımından mağduriyetine yol açması da gerekir. Bazı durumlarda akrabalık ilişkisinin de yeterli olmadığı görülmektedir. Netice sonucunda fail acı ve elem duymayacak durumda ise bu hükümden yararlanamayacaktır. Ayrıca taksirli suçtan münhasıran failin, kişisel ve ailevi hayatının etkilenmiş olması gerekir. Fail ve ailesi dışında bir kişinin de zarar görmesi halinde söz konusu şahsi cezasızlık hali uygulanamayacaktır.<sup>144</sup> Yargıtay resmi nikahlı olmayan eş bakımından konunun değerlendirilmesinde, resmi nikahlı olunmamasını reddetmeyerek somut olayın araştırılmasını düşünmektedir. Nişanlı bakımından ise bu hüküm uygulanmamaktadır.<sup>145</sup>

<sup>142</sup> Y9. CD., 31.03.2010 T., 3764, Aksi yönde, 12. CD. 08.11.2012, 23372, Hakeri, s. 274, dipnot.

<sup>143</sup> Bakıcı, s. 838.

<sup>144</sup> YCGK, 23.11.2010, 2010/9-196-2010/228, Özgenç, s. 269, s. 271 dipnot 366, Keçeli-oğlu s. 25.

<sup>145</sup> Hakeri, s. 272.

Konu bakımından mesele irdelendiğinde, bazı işyerlerinde işverenlerin işçi olarak ailesinden kişileri çalıştırdığı görülmektedir. Bu madde kapsamında değerlendirilebilecek yakınlıkta ve şartlarda bir işçinin yaralanması halinde işveren bakımından söz konusu şahsi cezasızlık hali uygulanacaktır.

### III. İŞ KAZASI NETİCESİNDE TAKSİRLE YARALAMA SUÇUNDA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA AŞAMASINDA DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Taksirle yaralama suçunun soruşturulmasında ve kovuşturulmasında dikkat edilecek husus, Cumhuriyet savcısı ve hâkimin, somut olayda fail bakımından objektif olarak dikkat ve özen yükümlülüğünün ne olduğunu araştırmasıdır. Fail ve olayın koşulları dikkate alınarak sübjektif ölçüte göre bu belirleme yapacaktır. Failin neyi yapıp neyi yapmadığı incelenerek neticenin meydana gelmesine engel olacak davranış ile failin davranışı karşılaştırılarak bunun sonucunda failin dikkatli ve özenli davranıp davranmadığı tespit edilecektir.<sup>146</sup>

Bilirkişi raporları gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında yukarıda işaret olunan inceleme yapılırken çok önemli olmaktadır. Bilirkişi, raporunda standart kuralları ve özenli davranışın ne olduğunu ve failin davranışını ortaya koymalı, dikkatli ve özenli davranılıp davranılmadığını tespit etmelidir.<sup>147</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus Cumhuriyet savcısı ve hâkim kazanın gerçekleştiği iş kolu alanında bilgisiz olsa bile konuyla ilgili gerekli araştırmayı yapmalı, hukuki bilgisi, konuyla ilgili edindiği bilgiler ve bilirkişi raporunu birlikte değerlendirerek kararını vermelidir. Bilirkişi raporunda eksiklik veya yanlış bir husus tespit etmesi halinde, ek bilirkişi raporu düzenlettirmeli, varsa tarafların taleplerini dikkatle incelemelidir. Hâkim, ek bilirkişi raporu isterse bunun gerekçesini ara kararında açıklaması gerekir.<sup>148</sup>

<sup>146</sup> Zafer, s. 271.

<sup>147</sup> Zafer, s. 272. Bilirkişinin olay yerini incelerken üzerinde durması ve belirlemesi gereken hususlar için bkz. Yiğit, s. 2022-203.

<sup>148</sup> Seydi Kaymaz/Hasan Tahsin Gökcan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin, Ankara, 2006, s. 229.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi bir kararında, taksirle yaralama suçuyla ilgili olarak inşaatın sahibi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluğu bulunan sanığın, olay anında inşaatla gerekli olan iş güvenliği tedbirlerini alıp almadığı, dolayısıyla olayda kusurlu olup olmadığı hususunda keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak iş güvenliği konusunda uzman kişilerden rapor alıncırlmadan ve katılanın dinlenilmesini istediği tanıklar dinlenilmeden eksik incelemeyle beraat kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.<sup>149</sup> Yargıtay'ın adı geçen dairesinin bir başka kararında<sup>150</sup> asıl işveren, mağdur ve alt işverenin kusurlu olup olmadıklarının tespit edilmesi gerektiği, bunun için tek kişilik bilirkişi raporunun yetersiz olduğu, iş güvenliği uzmanlarından oluşturulacak bilirkişi heyetinden rapor alıncırlarak karar verilmesi gerektiğine işaret edilmiştir.

Taksirle yaralama suçunda, şikâyet bir soruşturma ve kovuşturma şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilinçli taksir durumunda ise basit yaralama suçu dışındaki yaralamalarda soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılacaktır. Şahsi cezasızlık nedenleri, şahsi bazı nedenlere bağlı olarak cezalandırmanın en baştan mümkün olmaması sonucunu doğuran, kanunda öngörölmüş durumlardır.<sup>151</sup> Taksirle yaralama suçunda, diğer taksirle işlenen suçlarda olduğu gibi Türk Ceza Kanunu'nun 22/6'ncı maddesinde düzenlenen şahsi cezasızlık haline ve cezada indirim uygulanabilmesine dikkat edilmelidir. Türk Ceza Kanunu'nun 22/3'üncü maddesine göre bilinçli taksir halinde cezada artırımı gidilmektedir. Taksirle yaralama suçunda, hükmolunan hapis cezası uzun süreli olsa, bu ceza adli para cezasına çevrilebilmektedir. Ancak, bilinçli taksir halinde adli para cezasına çevrilebilmesi için hükmolunan cezanın kısa süreli olması gerekir.<sup>152</sup> Kovuşturma neticesinde hüküm verilirken dikkat edilmesi gereken husus ise, Türk Ceza Kanunu'nun 22/6'ncı maddesinin uygulandığı hallerde önce ceza tayin edilip daha sonra ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmemesi, doğrudan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.<sup>153</sup>

<sup>149</sup> Y12. CD, 16.01.2013, 2012/8191-2013/1144, uyap.adalet.gov.tr.

<sup>150</sup> Y12. CD, 16.01.2014, 2013/5500-2014/675, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, e.t. 22.08.2019.

<sup>151</sup> Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım-I, Edt. Yener Ünver, Adalet, Ankara, 2014, s. 412.

<sup>152</sup> Hakeri, s. 265.

<sup>153</sup> Hakeri, s. 274.



Taksirle işlenen suçlarda verilecek ceza Türk Ceza Kanunu'nun 22/4'üncü maddesine göre, failin kusuruna göre belirlenecektir. Türk Ceza Kanunu'nun 61/1-f. maddesine göre, taksire dayalı kusurun ağırlığı temel cezanın tespitinde dikkate alınacaktır. Bu tespit yapılırken kusurun durumu, ağır, hafif ve pek hafif şeklinde değerlendirilebileceği savunulmaktadır. Bu düşünceye göre, herkes tarafından kolayca öngörülebilme nitelikte ise ağır taksir, dikkatli kişiler tarafından öngörülebilme mümkün olduğu hallerde hafif taksir ve ancak olağanüstü dikkat ve özen gösterilerek öngörülebilecek hallerde pek hafif taksirden söz edilecektir. Bu belirlemeye göre cezanın alt ve üst sınırları arasında bir ceza tayin edilecektir.<sup>154</sup>

Soruşturma ve kovuşturma aşamasında dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, işçi sağlığı ve iş güvenliği bakımından bilirkişi raporlarının yanı sıra yaralanmaya ilişkin Adli Tıp Kurumu veya ilgili sağlık kurumu raporuna da dikkat edilmesi gerektiğidir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 17.01.2013 tarihli kararında, *“Katılanda meydana gelen yaralanmanın tespiti için Adli Tıp Kurumu Ankara Şube Müdürlüğü tarafından tanzim edilen 14.03.2008 tarihli raporda, katılanda meydana gelen çeşitli yaralanmalar ile birlikte sol bacakta diz altı ampütasyon yapıldığı ardından bacak güdüğünde gelişen enfeksiyon nedeni ile diz üstü amputasyon yapıldığı belirlendikten sonra sonuç kısmında 3. bentte uzuv amputasyonunun vücutta meydana gelen diğer kırıklarla birlikte değerlendirildiği, organ işlevinin yitirilmesi niteliğinde olmadığı kabul edildiği, katılanda meydana gelen yaralanma ile raporun çeliştiği düşünülmekle, katılana ait tıbbi tedavi ve eoraklarının temin ile meydana gelen yaralanma ile ilgili Adli Tıp İhtisas Kurulu'ndan rapor alınması gerektiğinin gözetilmemesi”* tespitinde bulunarak kararı hukuka aykırı bulmuştur.<sup>155</sup>

<sup>154</sup> Zafer, s. 277-278.

<sup>155</sup> Y12. CD, 17.01.2013, 2012/7921-2013/1365 uyap.adalet.gov.tr. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 16.01.2014 tarih, 2013/5500-2014/675 sayılı kararında, *“katılan hakkında Erzurum Palandöken Devlet Hastanesi Adli Tıp Uzmanı tarafından düzenlenen 23.01.2009 tarihli adli rapor içeriğinde, , mevcut yaralanmanın kişinin yaşamını tehlikeye sokmadığı, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyeceğinin ve hayat fonksiyonlarına etkisi ağır 4 derecede kemik kırığı oluşturduğunun belirtildiği, duyu ve organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması ve yitirilmesi yönünden değerlendirmenin olay tarihinden 6 ay sonra yapılacak muayene ile değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmesine karşın; Adli Tıp Kurumu'ndan taksirle yaralama fiilinin mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına ve yitirilmesine neden olup olmadığı hususunda rapor*

Taksirle yaralama suçunda suçun şikâyete tabi olup olmadığına bakılmaksızın uzlaşma hükümleri uygulanabilmektedir. Uzlaştırmaya yönelik hükümler Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253'üncü maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Burada kısaca birkaç hususu belirtmekte fayda vardır. Uzlaşma sağlanması halinde soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz, açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz. Bu iki husus işçi bakımından açmayı düşündüğü hukuk davası için önemli konulardır. Mağdur işçi, hukuk davası açmadan bir an önce zararının giderilmesi için uzlaşma yoluna gidebilir.<sup>156</sup> Şüphelinin uzun dava süresi içerisinde malvarlığını kaçırmaya olasılığı da vardır. Cezadan kurtulmak isteyen şüpheli de uzlaşma yoluna gidebilir.<sup>157</sup> Uzlaştırma sürecinde iş kazası nedeniyle yaralanarak mağdur olan işçinin tekrar daha da mağdur olmaması için uzlaşma neticesinde elde edilen tazmin miktarına dikkat edilmelidir. İşçinin sözleşmenin zayıf tarafı olması nedeniyle ve işten çıkarılma korkusu ile çok daha düşük tazmin miktarlarında anlaşması istenmeyecek bir durumdur.<sup>158</sup>

---

aldırılıp sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayini gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve araştırmaya dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi" hukuka aykırı bulunmuştur, uyap.adalet.gov.tr. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 19.04.2018 tarihli kararında, "duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması ya da yitilmesi açısından tıbbi takip ve tedavisi bittikten sonra muayenesinin uygun olacağı belirtilmesine rağmen, mağdurun yaralanmasının niteliğine ilişkin kesin adli rapor alınmadan yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması" hukuka aykırı bulunmuştur. T. 19.04.2018, 2017/361-2018/4663, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi/BankasilstemciWeb/>, e.t. 26.05.2020.

<sup>156</sup> Arabuluculuk konusu hukuk davası bakımından önemlidir. İş Mahkemeleri Kanunu 3'üncü maddeye göre iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz veya rücu davaları hakkında "dava şartı arabuluculuk" hükümleri uygulanmaz. Söz konusu uyumsuzluklarla ilgili ihtiyari arabuluculuk sürecinin işletilebileceğine dikkat edilmelidir. İş kazası sonucu arabuluculuğa ilişkin uyumsuzluk aynı zamanda taksirle yaralama suçunu oluşturabildiğinden ve bu suç uzlaştırmaya elverişli olduğundan zararın giderilmesi halinde arabuluculuğa gerek kalmayacaktır. Özel hukuktaki arabuluculuk ile uzlaştırma ilişkisi için bkz. Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. III, B. 15, Adalet, Ankara, 2019, s. 1833.

<sup>157</sup> Narter, s. 379-380.

<sup>158</sup> Zararın çok üstünde ve gabin derecesinde bir miktarda anlaşılması veya çok altında bir miktarda anlaşılması halinde savcılık veya mahkemenin bu duruma müdahale ederek raporu geri çevirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Ünver/Hakeri, s. 1849.

Bir diğer önemli husus Kanun'a göre birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin bu suç bakımından uzlaşmayı kabul etmesi gerektiği haldir.<sup>159</sup> Esasen uzlaştırma kurumunun yaygınlaştırılması için bu konuda düzenlemeye gidilerek, mağdurlar bakımından uzlaşmanın bölünerek uygulanabilmesi gerekmektedir. Mağdur sayısının ne kadar olduğu, kaçının uzlaşmayı kabul ettiği de temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 255'inci maddesine göre, aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda sadece uzlaşan kişi uzlaştırmadan faydalanır. Kanun koyucu burada şikâyetin bölünmezliği prensibinden ayrılmıştır.<sup>160</sup> Asıl işveren, alt işveren ile birlikte cezai bakımdan sorumlu olması halinde biri uzlaşmayı kabul etmezken diğeri kabul edebilecektir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda belirtilmiş olan işyerinde risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak ve belirlenen riskleri ortadan kaldırmak için gerekli tedbirleri almak kamu işvereni bakımından da geçerlidir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan bir şekilde işçi yaralanmış ise kamu görevlileri bakımından soruşturma prosedürü 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda yer alan prosedüre göre yapılacaktır.<sup>161</sup> Kamu kurumlarında yürütülen faaliyetler bakımından alt işveren görevlendirilebileceği gibi iş güvenliği profesyonelleri de görevlendirilebilir.<sup>162</sup>

<sup>159</sup> İş kazası ve meslek hastalığından doğan maddi ve manevi zarar için uzlaşma, uzlaşmanın faillere ve müteselsil sorumlulara etkisi ve manevi tazminatın uzlaşma ile ödenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Narter, a.g.e. 380-384. Karşı yönde görüşe göre taksirle yaralama suçunda birden fazla mağdur bulunmasına rağmen fiil esasen birden fazla suça sebebiyet verdiği için her bir mağdurun uzlaşmayı kabul etmesi kuralına ilişkin CMK'nın 253/7 ve Yönetmeliğin 7/3'üncü maddesi uygulanmamalıdır. Bkz. Erdal Yerdelen/Mustafa Serdar Özbek/Şeyda Altuntaş/Burak Boz/Dilek Özge Erdem/Berna Aysen Yılmaz, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Adalet, 2018, s. 306.

<sup>160</sup> Ünver/Hakeri, s. 1839.

<sup>161</sup> Lütfi İncirlioğlu, Kamu İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Sorumluluğu, Adalet, Ankara, 2015, s.142, Akbulut, s. 24.

<sup>162</sup> Akbulut, s. 24.

## SONUÇ:

Sonuç olarak taksirle yaralama ile sonuçlanan iş kazalarında “asıl işveren”in cezai sorumluluğuna gidilebilmektedir. Taksire ilişkin teorilerden öngörebilme teorisini uyumsuzlukları çözmede sıklıkla uygulanabilmektedir. Taksirin unsurları; fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradi olması, neticenin iradi olmaması, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, neticenin öngörülebilir olması ve hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Olayda belirtilen unsurların tamamı incelendikten sonra asıl işverenin sorumlu olup olmadığı tayin edilmelidir. Bu tespitte sorumluluğa ilişkin sözleşme hükümleri de incelenmelidir. Kanaatimizce, yeni tip koronavirüs salgını döneminde, koronavirüsten korunmaya ilişkin tedbirlerin alınmasında hangi işverenin sorumlu olacağı önem arz etmektedir. Bu önlemlerin alınmaması halinde işçinin bu salgın hastalığa yakalanması durumunda, taksirle yaralama suçuna ilişkin şartların oluşması halinde asıl işveren sorumlu olabilecektir.

Asıl işverenin cezai bakımdan sorumlu olabildiği bazı durumlarda, mağdur veya başka bir kişinin kusuru da taksirle yaralamaya neden olmuş olabilir. Bu durumda her fail neden olduğu taksirle yaralama suçundan kusuru oranında sorumlu olacaktır. Taksirle yaralama suçuna iştirak mümkün değildir. Birden fazla kişinin yaralandığı durumlarda taksirle yaralama suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu’nun 89’uncu maddesinde yer alan özel hüküm uygulanmalıdır.

Taksirle yaralama suçunda basit taksir ve bilinçli taksir ayrımına dikkat edilmelidir. Çünkü, bilinçli taksir olması halinde faile verilecek ceza daha ağır olacaktır. Doktrinde, bilinçli taksir ve olası kastı aynı gören yaklaşımlar olsa da bilinçli taksir olası kasttan farklıdır. Ancak, iş kazalarında bu farklılığın tespiti kolay değildir. Önem arz eden diğer bir husus ise soruşturma ve kovuşturmada başvurulacak bilirkişi raporlarıdır. Bilirkişi raporu kavramını hem işçi sağlığı ve iş güvenliği bakımından bilirkişi raporu hem de sağlık bakımından doktor raporu olarak ele almak gerekir. Cumhuriyet savcısı ve hâkim, bilirkişi raporu ile bağlı olmamakla beraber raporda belirtilen hususlar maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında ve hükmün verilmesinde önemli olacaktır. Cumhuriyet savcısı ve hâkim özellikle basit-bilinçli taksir ayrımı konusundaki tespitinde ve nedensellik bağını incelerken bilirkişi rapo-

runda faydalanmakla birlikte raporda yer alacak değerlendirmelere aykırı bir karar verebilecektir. Bu kararı verirken gerekçesini açık ve ayrıntılı bir şekilde belirtmelidir.

Taksirle yaralama suçunun cezası kasten yaralama suçuna oranla az olsa da iş kazalarında sözleşmenin zayıf tarafını mağdur olan işçi oluşturduğu için üzerinde önemle durulmalıdır. Soruşturmada toplanacak en ufak bir delil ve ayrıntılı inceleme, işçinin açacağı tazminat davasına katkı sağlayacaktır. Bu nedenle, özellikle yaralanmanın boyutunun ağır olduğu iş kazalarında ölüm gerçekleşmese bile olay yeri inceleme ekibi ile olay yeri incelettirilmelidir. Asıl işveren ve alt işveren taksirle yaralama suçundan kendi kusurları oranında sorumlu olmaları halinde uzlaşan kişi uzlaştırma hükümlerinden faydalanabilecektir.

İşçi sağlığı ve iş güvenliği bakımından işveren ve işçide gerekli bilincin oluşması için cezai sorumluluğa ilişkin “eğitim”, “seminer” ve “bildiriler” iş kazalarının azaltılmasında önemli rol oynayacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akın Levent, İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin, B. 2, Ankara, 2013.
- Akın Levent, Artan İş Kazaları Çağırıştırmasıyla İş Güvenliği ve İş Sağlığı, Emeğin Hukuku Kurultayı, Yayına Hazırlayan: Abdi Pesok, Şen Matbaa, Ankara, 2015.
- Apaydın Cengiz, 2011 yılı Yargıtay Kararları Işığında Taksirle Yaralama Taksirle Öldürme ve Olası Kastla İnsan Öldürme Suçları, Ankara, 2011.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, B. 10, Ankara, 2016.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin Mehmet Emin/Çakır Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, B. 13, Ankara, 2019.
- Bakıcı Sedat, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Adalet, C. 4, Ankara, 2010.
- Bilir Nazmi, İş Sağlığı ve Güvenliği, Güneş Tıp, Ankara, 2016.
- Bulut Mehmet/Orhan Sadettin, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükler ve Uygulamalar, Bilge, Ankara, 2017.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Yenerer Çakmut Özlem, Kişilere Karşı Suçlar, Beta, C. I, B. 2, İstanbul, 2011.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, B. 9, İstanbul, 2016.

- Çelik Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta, B. 29, İstanbul, 2016.
- Demiral Erşen Gökçe Demiral, İş Kazaları, Seçkin, Ankara, 2017.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, B. 11, Ankara, 2016.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, B. 24, Ankara, 2019.
- Günay Cevdet İlhan, İş Davaları, B. 5, Yetkin, Ankara, 2016.
- Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, B. 16, İstanbul, 2016.
- Eyrenci Ömer/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, Beta, B. 9, İstanbul, 2019.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, USA, B. 5, Ankara.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 19, Ankara, Adalet, 2016.
- Halman Çetin Emine, İş Hukukunda Alt İşveren Asıl İşveren ile Muvazaa, Bilge, Ankara, 2019.
- Heinrich Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım-II, Edt: Yener Ünver, Adalet, Ankara, 2015.
- Heinrich Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım-I, Edt. Yener Ünver, Adalet, Ankara, 2014.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul Cezaevi Matbaası, 1967.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, Yenilenmiş Bası, İstanbul, 2016.
- İçel Kayıhan/Sokullu Akıncı Fusun/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Mahmutoğlu Fatih S./Ünver Yener, Suç Teorisi Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler Suçun Yapısal Unsurları Suçun Özel Oluşum Biçimleri 2. Kitap, Beta, B. 2, İstanbul, 2000.
- İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, G. Alpagut, İstanbul Barosu Yayınları, 2008.
- İncirlioğlu Lütfi, Kamu İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Sorumluluğu, Adalet, Ankara, 2015,
- Kaynak Zeki, Yürürlükteki Sosyal Güvenlik Mevzuatımızda Sosyal Sigorta ve Uygulaması, Adalet, Ankara, 2015.
- Kaymaz Seydi/Gökcan Hasan Tahsin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin, Ankara, 2006.
- Keçeligil Hasan Tahsin, Türk Ceza Hukukunda Taksirin Esasları, Yetkin, Ankara, 2016.
- Keçelioğlu Elvan, Taksirli Suçun Dogmatığı, Turhan, Ankara, 2015.
- Kılıç Leyla, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü ve Sorumluluğu, Yetkin, Ankara, 2006.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, B. 9, Ankara, 2016.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, B. 5, Ankara, 2018.

- Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin, İş Hukuku, B. 5, Ankara 2012.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1 Bireysel İş Hukuku, B. 3, Lykeio, Ankara, 2019.
- Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku Ferdi İlişkileri I, Beta, B. 5, İstanbul, 2014.
- Narter Sami, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Adalet, B. 2, Ankara, 2018.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, B. 9, Ankara, 2018.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, B. 10, Ankara, 2016.
- Özcan Durmuş, Uygulamalı İş Davaları, B. 2, Ankara, Adalet, 2014.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, B. 11, Ankara, 2015.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, B. 12, Ankara, 2016.
- Özen Mustafa, Ceza Hukukunda Taksir, Adalet, B. 4, Ankara, 2019.
- Özen Mustafa, Ceza Hukukunda Taksir, Adalet, Ankara, 2011.
- Öztürk Bahri/Erdem Ruhan Mustafa, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin, B. 11, Ankara, 2011.
- Parlar Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, Kast ve Taksir Temel İlkeler Tanımlar-Uygulama Alanı, Seçkin, B. 2, Ankara, 2010.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 1998.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, B. 8, Ankara, 2018.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, Beta, B. 17, İstanbul, 2019.
- Sümer Halûk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin, Ankara, 2018.
- Şakar Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta, B. 12, İstanbul, 2017.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, B. 16, Ankara, 2018.
- Üzülmez İlhan, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Adalet, Ankara, 2013.
- Ünver Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta, İstanbul, 1998.
- Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara, 2003.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, C. III, B. 15, Ankara, 2019.
- Yerdelen Erdal/Özbek Mustafa Serdar/Altuntaş, Şeyda/Boz, Burak/Erdem, Dilek Özge/Yılmaz, Berna Aysen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Adalet, 2018.
- Yiğit Onur, Yargıtay Kararları Işığında Taksirli Suçlar, Yetkin, Ankara, 2014.
- Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Öldürme ve Yaralama Suçları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2015.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 5, İstanbul, Beta, 2015.



## Makaleler

- Akbulut Berrin, “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüğü Bulunan Kişiler ve Bu Kişilerin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Cezai Sorumlulukları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 143, Ankara, 2018.
- Akın Levent, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 1, Ankara, 2005.
- Altın Fatma Zeynep, “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi Tazminat Yükümlülüğü”, C. 13, S. 3-4, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan, 2009.
- Baycık Gaye, “Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, *Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 60, S.2, 2011.
- Berksoy İrem, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı”, Devrim Ulucan’a Armağan, *Legal*, İstanbul, 2008.
- Bostancı Yalçın, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı”, *Kamu-İş Dergisi*, C.8, S. 1, 2005.
- Ciftcioğlu Cengiz Topel, “Türk Ceza Kanununda Taksir”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Ankara, 2013.
- Ceylan Hüseyin, “Türkiye’deki İş Kazalarının Genel Görünümü ve Gelişmiş Ülkelerle Kıyaslanması”, *International Journal of Engineering Research and Development*, Vol. 3, No. 2, June 2011.
- Ekmekçi Ömer, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları”, Sempozyum Tebliği Kitabı, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu, *ÇEİS*, Ankara.
- Ergin Berin, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Türkiye Geneli”, A. Can Tuncay’a Armağan, *Legal*, İstanbul, 2005.
- Gürsoy Kemal Tahir, “İşverenin Sorumluluğu”, Ankara, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 31, s. 1-4, 1974.
- Katoğlu Tuğrul, “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 68, Ankara, 2007.
- Korkut Gülsüm/Tetik Alim, “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Temel Sorunlar”, Isparta, 2013.
- Özen Muharrem/Tozman Önder, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 3, S. 10, 2008.
- Özkan Halid, “İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, 2016.
- Taşkent Savaş, “İş Kazası Kavramı”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, *Beta*, C. II, İstanbul, 2001.
- Ünver Yener, “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008.
- Yılmaz Halil/Turanlı, Hüsnü, “Asıl İşveren-Alt İşveren Ayrımı ve İş Kazasından Doğan Sorumluluk”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 61, Ankara, 2011.

### **Yüksek Lisans Tezleri**

Avcı Mehmet Serhat, Türk Hukukunda İşverenin İş Kazalarından Doğan Cezai Sorumluluğu, Kırklareli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, Kırklareli, 2018.

Eyüpoğlu Özge, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

Yıldız, Eren, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul.

### **Mahkeme Kararları**

YCGK, 23/11/2010, 2010/9-196.

YCGK, 18/11/2014, 2014/12-179-2014/499.

YCGK, 31/03/2016, 2013/12-654-2015/75.

YHGK, 28/03/1979, 484-330.

YHGK, 16/06/2004-21-365/369.

Y9. CD, 31/03/2010. 3764.

Y9.HD, 23.02.2009, 2008/22857-2009/3226.

Y12. CD, 15/02/2018, 2016/3474-2018/1574.

Y12. CD. 21/03/2019, 2018/5194-2019/3812.

Y12. CD, 12/09/2012, 2012/581-2012/18256.

Y12. CD, 03/02/2020, 2019/5134-2020/980.

Y12.CD, 11/12/2015, 2015/235-2015/19187.

Y12. CD, 26/11/2013, 2013/26311-2013/26902.

Y12. CD, 09/10/2015, 2015/225-2015/15009.

Y12. CD, 17/01/2013, 2012/7921- 2013/1365.

Y12.CD, 21/01/2019, 2017/6682-2019/8987.

Y12.CD, 17/09/2015, 2014/21946-2015/13700.

Y12. CD, 02/10/2013, 2013/1874-2013/22232.

Y12. CD. 08/11/2012, 23372.

Y12. CD. 16/01/2013, 2012/8191-2013/1144.

Y12. CD, 16/01/2014, 2013/5500-2014/675.

Y12. CD, 17/01/2013, 2012/7921-2013/1365.

Y12. CD, 16/01/2014, 2013/5500-2014/675.

Y12. CD, 19/04/2018, 2017/361-2018/4663.

Y10. HD, 30/09/1986, 4453/4793.

Y21. HD, 2018/5018-2019/2931.

**İnternet Kaynakları**

“Yeni Koronavirüs (*Covid-19*) Salgınına Karşı İşyerlerinde Etkin Mücadele İçin Alınması Gerekli Tedbirler”, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/isggm/haberler/koronavirus/>.

“Kovid-19 Salgın Yönetimi ve Çalışma Rehberi” [https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/toplumda-salgin-yonetimi/salgin-yonetimi-ve-calisma-rehberi/Covid19-Salgin\\_Yonetimi\\_Ve\\_Calisma\\_Rehberi](https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/toplumda-salgin-yonetimi/salgin-yonetimi-ve-calisma-rehberi/Covid19-Salgin_Yonetimi_Ve_Calisma_Rehberi).

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 07/05/2020 tarih ve 2020/12 sayılı Genelgesi, <https://www.turmob.org.tr/mevzuat/PDF/17715>.



# HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR 7251 SAYILI KANUN HAKKINDA DEĞERLENDİRME

## EVALUATION ON THE CODE ON THE AMENDMENTS OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE, NO.7251

Hakan PEKCANITEZ\*

Oğuz ATALAY\*\*

Muhammet ÖZEKES\*\*\*

**Özet:** 7251 sayılı Kanun'la 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) birçok maddesinde ve aynı zamanda usulle ilgili farklı kanunlarda değişiklik yapılmıştır. On yıl önce kabul edilen HMK'da bu değişikliklerle birlikte yaklaşık yirmi değişiklik yapılmıştır. 7251 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle HMK'da 47 madde değiştirilmiş olsa da gerçekten önemli sayılabilecek ve yararlı değişiklik neredeyse yoktur. Değişikliklerin önemli kısmı, uygulamada zaten bilinen, yargı kararlarıyla istikrar kazanmış ya da ifadeye ilişkin değişikliklerdir. Yapılan değişikliklerin bazıları ise HMK'nın genel sistemi ile sorunlu, adil yargılanma hakkını zedeleyen, ileride sorun doğuracak niteliktedir. Özellikle aleniyet ilkesiyle, belirsiz alacak davasıyla, ön incelemeyle, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesiyle, tahkikat ve duruşmanın ses ve görüntü nakliyle yapılmasıyla, islahat, sözlü yargılamayla, istinafla ilgili hükümlerde, mevcut sistemi bozacak ve sorun doğuracak değişiklikler yapıldığı söylenebilir. Bunların içinde özellikle istinafta yapılan değişikliklerle ilk derece-istinaf-temyiz sistemi bozulacak, istinaflar birer küçük temyize dönüşecek, istinaf asıl işlevini kaybedecektir. Ayrıca değişikliklerin hazırlanış sürecinde de katılımcı olmayan, konuyla ilgili görüş, eleştiri ve önerilerin yeterince değerlendirilmediği bir yöntem izlenmiştir. Reform adı altında çıkartılan değişikliklerin, reform yönü bulunmadığı gibi sakıncaları yararlarından daha çoktur. Bu çalışmada, 7251 sayılı Kanun'la sadece HMK'da yapılan değişiklikler, önce genel kapsamıyla sonra da maddeler çerçevesinde hem süreç hem de içerik olarak değerlendirilmektedir.

\* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hpekanitez@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7809-4535

\*\* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Em. Öğrt. Üyesi, oguzatalay@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-7440-1788

\*\*\* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mozekes@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-9689-1693, Makalenin Gönderim Tarihi: 19.08.2020, Kabul Tarihi: 19.08.2020

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 7251 sayılı Kanun, Yargılama Sorunları, Yargı Değişiklikleri, Yargı Reformu

**Abstract:** In the Civil Procedure Code, many articles and also different laws related to the procedure have been amended by Law No. 7251. Approximately twenty changes will be made in the HMK, which was accepted ten years ago, with this amendment. Although 47 articles have been changed in the HMK with the amendment made by the Law No. 7251, there is almost no useful change that will be considered really important. The major part of the changes are those already known in practice, stabilized by judicial decisions or verbal changes. Some of the changes made are problematic with the general system of the HMK, damaging the right to a fair trial, and will cause problems in the future. Especially with the principle of publicity, uncertain debt action, preliminary examination, enlargement and modification of the claim and defense, making the investigation and hearing through voice and image transmission, correction, oral trial, and the provisions on appeal, it can be said that changes have been made that will disrupt the existing system and cause problems. Among them, the first degree-appeal system will be disrupted, circuit courts of appeal will turn into courts of cassation, and the appeal system will lose its original function. In addition, a non-participatory method, in which opinions, criticisms and suggestions on the issue were not adequately evaluated, was followed in the preparation process of the changes. The changes introduced under the name of reform do not have a reform direction and their drawbacks are more than their benefits. In this study, only the amendments made to the HMK by Law No. 7251 are evaluated both in terms of process and content, first in general scope and then within the framework of articles.

**Keywords:** Civil Procedure Code, Law No. 7251, Jurisdictional Problems, Judicial Changes, Judicial Reform

## Giriş

7251 sayılı Kanun'la<sup>1</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) 47 maddesinde değişiklik yapılmış, ayrıca usûl hükmü içeren farklı kanunlarda da düzenleme ve değişiklik yoluna gidilmiştir. Bu konuda en önemli düzenleme, tüketici uyuşmazlıklarında da zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesidir. Bu çalışmada, asıl olarak 7251 sayılı Kanun'la 6100 sayılı HMK'da yapılan değişiklikler üzerinde durularak tartışılacak ve değerlendirilecektir.

Çok genel bir bakış açısı altında 47 madde ile HMK'da değişiklik yapılan maddelere bakıldığında, aslında birçoğunun ifade farklılığın-

<sup>1</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG, 28.07.2020, S. 31199)

dan öte geçmeyen, bilineni biraz daha açıklayan, doktrin ve yargı kararlarında ittifak edilen ve bu nedenle artık sorun olmayan hususları bir kez daha tekrar eden hükümler olduğu görülmektedir. Yapılan düzenleme ile çok ilginç bir yol izlenerek, adeta kanunun tefsirini içeren hüküm açıklamalarına gidilmiştir. Bu yönüyle konuya bakıldığında, bugün artık terkedilmiş “*yasama yorumuna*” benzer bir çaba içine girilerek, adeta hükümlerin nasıl anlaşılması gerektiğine yönelik açıklayıcı hükümlerin çoğunlukta olduğu görülmektedir. Bunun yanında ya iptal edilmiş hükmün kanundan çıkartılması veya kelime değişikliği ile maddenin yeniden kaleme alınması şeklinde çok gerekli olmayan ve kanun değişikliğini gerektirmeyen düzenlemelere de rastlanmaktadır. Bazı düzenlemeler ise ilgili hükmün amacının dışına çıkan, ilerde yeni sorunlar doğuracak niteliktedir.

7251 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerde birkaç yararlı değişiklik dışında, olumlu sayılabilecek değişiklik yoktur. Değişikliğe bakıldığında gerçek anlamda yeni müessese olarak sadece hükmün tamamlanması getirilmiş olup onun da düzenleme şeklinde sorun bulunmaktadır. Ayrıca zorunlu arabuluculuk gibi temelleri konusunda dahi üzerinde çok ciddi tartışmaların olduğu sorunlar çözülmeden, her geçen gün derinleşen sorunlar göz ardı edilerek yaygınlaştırılmaktadır.

Konuyla ilgili olarak 7251 sayılı Kanun Teklifinin sunulduğu aşamada, ayrıntılı bir çalışmayı Lexpera Blog’da yayınlamıştık.<sup>2</sup> O tarihte ortaya konulan Kanun Teklifiyle, kabul edilen 7251 sayılı Kanun arasında çok az farklılık bulunmaktadır. Bu sebeple, bu çalışmada önceki çalışmamızda belirtmiş olduğumuz hususları mümkün olduğunca tekrardan kaçınarak daha farklı bir yöntem izlemeye çalışacağız. Bu çalışmada daha çok Kanunun genel değerlendirmesi ile özellik arz eden hususlara yer verilecektir. Kanunun özellikle madde madde ayrıntılı değerlendirmeleri için daha önce yaptığımız çalışmaya bakılması yararlı olacaktır. Bu çalışmada önce Kanun değişikliğine ilişkin genel bir bakış ortaya konulacak, sonra kategorik olarak düzenlenen hükümler ele alınacaktır.

<sup>2</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/> (30.03.2020).



### A. Kanun Değişikliği İle Sorunların Çözüleceğini Düşünmekten Kaynaklanan Kronik Yanılgı

Son yirmi yıldır–temel kanunların gözden geçirilmesi ve temel kanunlarla ilgili değişiklik yapılması çalışmalarının sonucu olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Henüz dokuz yılını tamamlamak üzere olan böyle bir temel kanun, bu son değişiklikle birlikte 18 kez değiştirilmiştir. Bu durum, temel sorunların göz ardı edilerek ve o sorunlara eğilmeden, sadece kanun değişikliği ile sorunun çözüleceği yanılgısından kaynaklanmaktadır. İşin ilginç tarafı çoğunlukla da “**reform**” adı altında yapılan bu çalışma ve değişikliklerin, çözüm üretmek yerine, yeni sorunlar doğurma potansiyeli olduğu görülmektedir. Bu kadar kısa sürede bu kadar sık değişiklik yapılması, bunun çare olmadığını ve yeni sorunlar doğurduğunu göstermesi bakımından aslında yeterlidir. Nitekim daha önce yürürlükte olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da birçok değişiklik yapılmış ancak istenen sonuç elde edilememiştir. Ancak bir mukayese yapıldığında, dokuz yılda HMK'da yapılan değişiklik sayısı, seksen yıldan fazla yürürlükte kalan HUMK'daki değişikliğin yarısını geçmiştir. Bu değişiklik yapma isteği çare olmadığı gibi, kanunun temel anlayışını ve sistematikliğini bozması, kanunları erozyona uğratması, uygulamanın istikrar kazanmasının önüne geçmesi, asıl sorunların göz ardı edilmesi sebebiyle istenenin tersi sonuç doğurmaktadır. Sonucunda olduğu üzere, bu çalışmaların birçoğunda da ilgili kişi ve kurumlarla yeterince tartışılmadan, eleştiriler dikkate alınmadan kabul edilen değişiklikler sorunu daha da büyütülmektedir.<sup>3</sup> Bu kadar tecrübe ve somut duruma rağmen, kanun değiştirerek sonuç elde edileceğini düşünmek boşuna çabadan, zaman kaybından, mevzuat karışıklığının sebep olacağı sonuçlarla karşılaşma ve gerçek sorunları ötelemekten başka bir şey değildir.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, Değerlendirme, A, 1; Hakan Pekcanitez, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci”, *TBBD* 2017 (133), s. 211 vd.

<sup>4</sup> Nitekim şu anda Değişiklik Teklifinin Bilim Komisyonu Başkanı olan Sayın Prof. Dr. Selçuk Öztek de, 6100 sayılı HMK'nın henüz kanunlaşmadan değerlendirildiği 2006 yılındaki V. Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nda benzer konuya dikkat çekmiş ve önemli kısmına bizim de katıldığımız şu ifadelerle yer vermiştir: “Ne zaman bizim adalet sistemi yavaş işlese ya da bazı sorunlar ortaya çıksa, siyasi iktidarlar en kolay çözüm olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu değiştirme yoluna hep gitmişlerdir. Benim hesabıma göre 28, fakat bir başkasının belirttiğine göre 26 değişiklik yapılmıştır Usul Kanununda. Bir türlü çevresel sorunlar

Yargının temel sorunları herkesçe bilinmektedir. Bu sorunlar her yıl adli yıl açılışındaki konuşmalarda dile getirilmekte, barolar ve ilgili yargı kurumlarınınca ortaya konulmakta, akademik çalışmalara konu olmaktadır; hatta neredeyse artık hukuk fakültesi öğrencilerinin bilgi seviyesindedir. Bunları burada tekrar etmek malûmun ilânından başka bir şey değildir. Bunlar bilinen, ama çözülmeyen, çözülmek istenmeyenler sorunlar silsilesi haline gelmiş, her geçen gün kartopu gibi büyümektedir. Bu sorunlar yeni adliye binası inşa etmekle, alt yapıda teknik bazı iyileştirmelerle, “reform” adı altında kanun değişiklikleri ile çözümün çok ama çok ötesindedir. Daha önceki çalışmalarımızda bu konuya defaatle dikkat çektiğimizden burada ayrıntısına girmeyeceğiz. Ancak en azından 6100 sayılı HMK yürürlüğe girdiğinde özellikle vurguladığımız ve zaman içinde de dikkat çektiğimiz sorun ve konu başlıklarına dikkat çekmek yeterli olacaktır. Bu noktada bilinenleri tekrar etmek ve kanun değiştirmek yerine önce çözülmemiş ve üzerine gidilmemiş sorunları incelemek gerekir.

---

görülme istenmemiştir. Tebligat sorunu, adli polis gerekli mi değil mi, hâkimlerin bilgi yönünden kalitesi, avukatların kalitesi gibi daha bir sürü sorun. Fakat şunu da itiraf etmek gerekir ki, bu değişiklikler nedeniyle Usul Kanunu gerçekten bir yamalı bohçaya dönmüştü. Bunun bir derlenip toparlanmasın, muhtemelen bir insicama kavuşturulmasına ihtiyaç vardı ve dili bakımından çok aksıyordu, bazı yerlerde son derece Türkçe sözcükler, diğer yerlerde ağdalı Osmanlıca. O itibarla böyle bir değişiklik fikri kanaatimce, her şeye rağmen, uygun olmuştur.

Burada komisyon, yine kanaatimce çok uygun olan bir yöntemi benimsemiş ve bizim 75 yıllık müktesebatımıza bir ölçüde sadık kalmıştır. Bu müktesebatın bir kenara silinip atılması için ben bir neden göremiyorum. Bir de gerekçelerinde önemli bir tespit yapmışlar, aslında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun değiştirilmesi yönünde bir tazyik, bir tespit yoktur diyorlar. Dolayısıyla işin özünü muhafaza etmek suretiyle yeni hükümler getirmeleri son derece iyi olmuş.

Benim şahsi kanaatim, detaya girmeden, iyi bir Tasarı olduğu, derli toplu, kendi içinde tutarlı, bir reform niteliğinde değil, fakat tabii reform yapabilmek için çok değişik çalışma yöntemleri benimsemek lazım. Yani, bu çalışma yöntemleri komisyonların nasıl çalışma yaptığını hepimiz biliyoruz. Hafta sonları gelip iki saat, üç saat, beş saat çalışmakla bir reform yapmak pek mümkün değil gibi görünüyor bana”. (Selçuk Özbek, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi”, II. Oturum, 3. Bölüm, Tartışmalar, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, TBB Yayını, Ankara 2007, s. 144 vd.).

Sayın Özbek çok haklı olarak asıl sorun olan ve “çevresel sorunlar” şeklinde ifade ettiği sorunları çözmek yerine, siyasi iktidarların en kolay çözüm olarak kanun değişikliğine başvurmasını eleştirmiş ve sık yapılan değişikliklerle usul kanunlarının yamalı bohçaya döndüğünü belirtmiştir. Ancak, HMK’ya yapılan yama sayısını hızı, HUMK’a yapılanı geçmektedir. Bütün bunlara rağmen temel bir kanunun bazı maddelerinde 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklik 3. Yargı Reformu Paketi olarak açıklanmıştır.

Bugün yargıda en temel sorun insan kaynağı sorunudur. Onun da temelinde hukuk fakültelerinin sayısı, yapısı, kütüphanesi, eğitimi ve akademik kalitesi gelmektedir. Bunda ilerleme bir yana, sürekli gerileme söz konusudur. Yine insan kaynağının mutlak bir parçası olarak, hukuk mesleklerine kabulde ciddi, objektif, bu mesleklerin ağırlık ve sorumluluğuyla uyumlu bir eleme, değerlendirme süreci söz konusu değildir. Hâkimlik ve savcılıkta bu durum neredeyse göstermelik hale gelmiş, avukatlıkta ise niteliği zaten tartışmalı olan sınav sürekli ertelenerek ve zamanı uzatılarak uygulanamaz hale gelmiştir. Ayrıca stajların içeriği ve niteliği ile süresi ve amaca uygunluğu tartışmaya açıktır. Aynı şekilde meslek içi eğitim, ilerleme, mesleğin bağımsız ve tarafsız şekilde yürütülebilmesi yolunda da bir olumlu gidiş yoktur; bilakis her geçen gün bu konuda eleştiriler artmaktadır.

6100 sayılı HMK kabul edildiğinde ısrarla ve özellikle vurgulanmasına rağmen, gerçek, doğru ve olması gereken şekilde, aynı zamanda kariyer aşaması olarak bir hâkim yardımcılığı sitemine geçilememiştir. Hatta önemi sebebiyle başlangıçta HMK'nın gerekçesinde yer verilen bu husus, daha sonra gerekçeden çıkartılmıştır. Bugün bu yönde bazı tartışmalar yapılsa da gündem de olan veya dışarıya yansıdığı kadarıyla bilinen öneriler hâkim yardımcılığı değil, stajın farklı bir türüdür. Görünen odur ki, hâkim yardımcılığının dahi ne olduğu tam anlayamamıştır. Bu da sorunu çözmek yerine daha yeni sorunlara yol açacak bir düşüncedir; hatta böyle bir hâkim yardımcılığının olmasındansa olmaması daha iyidir. Bir şeye istenenin ismini vermekle, o şey istenen olmayacaktır.

6100 sayılı HMK kabul edildiğinde gerek gerekçede belirtilen gerekse bilim komisyonu üyeleri ve konuyla ilgili kişilerce vurgulanan, ısrar edilen tedbirlerin önemli kısmı alınmadığı gibi, bazıları da zamansız bir şekilde uygulamaya girmiş, hatta ısrarla yapılmaması önerilen bazı hususlara yer verilmiştir. Aynı şekilde mutlaka HMK ile birlikte düzenlenmesi gereken özel mahkemeler ve özel yargılama usûllerine ilişkin kanunlara dokunulmamış, daha sonra yapılan bazı düzenlemeler ise göstermelik, hatta amaca hizmet etmeyen düzenlemeler şeklinde karşımıza çıkmıştır. Bunun tipik örneği ise İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılan değişikliklerdir.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Bu konuda bkz. Muhammet Özkes/Murat Atalı, "7036 sayılı Yeni İş Mahkemele-

6100 sayılı HMK kabul edildiğinde, istinaf sistemi üzerine bir yapı inşa edilmiş, kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte istinaf sisteminin de uygulamaya sokulacağı esas alınmıştır. Ancak, bu gerçekleşmemiş, istinaflar hem geç hem de yargının en sorunlu zamanında, ayrıca amaca uygun olmayan sayı ve nitelikte uygulamaya sokulmuştur. Bu sebeptendir ki, bugün istinaflar yargılamaya katkı yerine, yeni bir sorun kaynağı olarak görülmektedir. Mevcut durum böyle iken, 7251 sayılı Kanun'la istinaflarla ilgili yapılan değişiklik çok ciddi sorunlara yol açacak ve istinafları istinaf olmaktan uzaklaştıracak, adeta birer küçük temyiz haline getirecektir ki, bu Kanundaki sistemin bozulmasına neden olacaktır.

6100 sayılı HMK ile birlikte adil yargılamayı güvence altına alan, taraf ve vekillerinin etkinliğini artıran hükümler kabul edilmiştir. Ancak zaman içinde bununla uyumlu yapılması gereken çalışmalar gerçekleştirilmemiş, hatta geriye gidiş söz konusu olmuştur.<sup>6</sup> Nitekim 7251 sayılı Kanun'la da bu konuda yeni sorunların ortaya çıkma ihtimali kuvvetlenmektedir.

Özetle birçoğu herkesçe malum olan ve bazılarına da ayrıca yukarıda değinilen sorunlar gerçek anlamda çözülmeden, sadece kanun değişikliği ile sonuç elde edileceğini düşünmek, bugüne kadar bu konuda elde edilen tecrübeye ve yaşananlara tamamen terstir. Bu anlayış bugüne kadar sonuç vermediği gibi, bundan sonra da sonuç vermeyecek, gerçekten ihtiyaç olmayan ve amacına uygun yapılmayan sık kanun değişiklikleri, mevzuat karmaşasından ve kalabalığından öteye geçmeyerek uygulamayı daha da sorunlu hale getirecektir. Aynı

---

ri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler", Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017 (Toplantı Kitabı: Edt. Ö.Ekmekçi vd., İstanbul 2018, s. 41 vd.); aynı toplantıda Prof. Dr. Hakan Pekcanitez tarafından yapılan değerlendirmeler de bu yönde önemlidir (s. 124 vd.); ayrıca Muhammet Özekes, "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara/6-7 Aralık 2018, Toplantı Kitabı, Ankara 2019, s. 111-136.

<sup>6</sup> Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Teklifte duruşmada bulunan avukatların hâkim tarafından dışarı çıkarılması hakkında bir düzenleme yer almışsa da, bu teklif kanunlaşmamıştır. Ancak bu yöndeki düzenleme önerisi yukarıdaki düşüncüyü haklı göstermeye yeterlidir.

konularda sık sık kanun değişikliği yapılması, hâkimler ve avukatlar bir yana, konunun uzmanlarının dahi meseleleri izlemesini ve çözüm üretmesini güçleştirmektedir. Keza, bir konuda belirli bir uyum yakalandıktan, belirli görüş birliği ve içtihat birikimi oluştuktan sonra, en azından bunlara bir şans vermeden sık sık değişikliğe gitmek istikrarsızlığa yol açmaktadır. Doktrin ve uygulamanın bir konuda birikimini artırması, hükümleri yorumlaması, varsa boşlukları doldurması, içtihatların oluşması ve bunların istikrar kazanması bir anda olacak şeyler değildir. Çok sık değişiklikler, bunlara fırsat tanımayarak sağlıklı bir hukuk uygulamasını mümkün kılmamaktadır. Nitekim 7251 sayılı Kanun değişikliğine bakıldığında, birçok hükmün aslında ihtiyaç olmayan, yorum ve içtihatla çözülecek lafzî değişiklikler olduğu görülmektedir. Bu ise, aslında lafzî değişiklik ve açıklama getirildiğini fark etmeyen uygulamanın, sanki yeni bir hüküm getirilmiş gibi, istikrar kazanmaya başlamış hükümlerde daha farklı bir uygulamaya yönelmesi tehlikesini içinde barındırmaktadır. Bugün hukukumuzun artık yeni mevzuata değil, yeni bir bakış açısına, doğru hukukçuların yetişmesi ile hukuk mesleklerinde doğru bir yaklaşıma, doğru ve istikrarlı bir uygulamaya ihtiyacı vardır. Bugün en son ihtiyaç duyulacak şeyin mevzuat değişikliği olduğu söylenebilir. Yaklaşım, bakış açısı, hukuk anlayışı ile uygulama değişmediği sürece, mevzuat değişiklikleri, sadece sorunları ötelemek ve sorunları çözüyormüş gibi yapmak anlamına gelecektir. Karşılıksız para basmanın enflasyonu artırması, paranın değerini düşürmesi gibi, gereksiz ve sık sık mevzuat değişikliği de hukukta enflasyona yol açmakta, kanunun ve hukukun değerini düşürmektedir.<sup>7</sup>

7251 sayılı Kanun'un temel gerekçelerine bakıldığında, yargıdaki gecikmenin ve sorunların asıl sebebi adeta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan kaynaklanmış gibi bir sonuç çıkmakta; değişiklikle bu sorunların aşılacağı ve daha etkin bir yargılama yapılacağı(!) ileri sü-

<sup>7</sup> Sürekli kanun değişikliği ile hukuk sisteminde reform yapmak isteyen ülkelerden Yunanistan'da 2014 yılında Barolar Birliği bu sebeple önce üç gün, ardından on günlük grev yapmıştır. Keza İtalya'da da 2014 yılında akademisyenler yargının sorunlarının çözümünde başarılı olamayan bu kanun değişikliklerine karşı reform adı altında yapılan çalışmaların durdurulmasını talep etmişler ve reform yerine daha ciddi çalışmalar yapılmasını yönünde bildiri yayınlamışlardır (Hakan Pekcanitez, Reform Kurumları, XV. Dünya Usul Hukukçuları Kongresi, 25-28 Mayıs 2015, İstanbul 2016, s. 409).

rılmektedir. Bu gerekçenin isabeti bu hükümlerin bir süre uygulanmasından sonra daha da iyi anlaşılacaktır. Bu bakış açısı, yukarıda belirtilen, mevzuat değişince her şeyin değişeceği yanılığının bir sonucudur. Kanun değişikliği dışında yaşanan sorunların çözümü için çok daha geniş kapsamlı, sistematik ve uzun süreli bir çalışma gerekmektedir. Halbuki kanun değiştirmek kolay, basit, ancak yetersiz bir denemdir. Öyle olunca kanun değişse de sorun değişmemekte, hatta kanununun değişmesi sorunun büyümesine yol açmaktadır.

## B. Kanunlaştırma Sürecine İlişkin Tespitler

Kanunun hazırlanmasında ve TBMM'ne sunulmasındaki çok temel anayasal sorundan sonra, hazırlık sürecinde yeterince tartışılması da başka bir sorundur. Bunun sebeplerinden biri, yukarıda açıklandığı üzere Anayasadan kaynaklanan düzenlemedir. Her ne kadar 7251 sayılı Kanun'la HMK'da yapılan değişikliklerin de bir bilim kurulu tarafından hazırlandığı belirtilse de önceki başlık altında belirtildiği üzere bunun sağlıklı bir hukukî temeli mevcut değildir.

Değişikliğin henüz Teklif aşamasında olduğu zaman diliminde, Lexpera Blog'da yayınladığımız ayrıntılı çalışmada, değişiklik teklifinin yeterince tartışılmadığı ve eleştirilerin de tam olarak değerlendirilmediğine ilişkin ifademiz üzerine, yapılan değişikliklerle ilgili Bilim Komisyonunun Değerli Başkan ve Üyelerince kaleme alınan ve değişikliği değerlendiren makalede, bu eleştirmeye cevap olarak çalışmanın hangi kurum ve kişilerle paylaşıldığı liste halinde gösterilmiş, bu çerçevede hangi çalışmaların yapıldığı ayrıntılı olarak açıklanmış, yaptığımız bu eleştiriye karşı da şu ifadeler yer verilmiştir:

*“Tasarı'nın görüşe sunulmamış olduğu, en azından konunun uzmanlarının görüşünün alınmadığı, mesleki kuruluşlar, hukuk fakülteleri, yargı organları ve hukuki kurumların görüşlerinin değerlendirilmediği; uygulamacıların Tasarıyı ancak tasarı haline (“teklif” olacak) gelip TBMM'ye sunulduğunda öğrenilebildikleri; ilgili kişi ya da kuruluşlarla paylaşmadan, tartışmadan, değerlendirilmeden temel kanunlardaki değişikliklerin kabul edilmesinin fayda sağlamayacağı; avukatların ve baroların konuyla ilgili kurumsal görüşünün alınmadığı ileri sürülmüştür.*

*Yukarıda yaptığımız açıklamalar ve belirttiğimiz veriler dikkate alındığında, gerçeği asla ve kesinlikle yansıtmayan ve hem Adalet Bakanlığı'na hem*



*de Bilim Komisyonuna karşı büyük ve vahim bir haksızlık teşkil eden böyle bir eleştirinin nasıl ileri sürülebildiğine doğrusu bir anlam verememekteyiz”.*<sup>8</sup>

Bilim Komisyonunun da belirttiğimiz eleştirilerin bir kısmıyla, özellikle yargılama alt yapısı, insan unsuru, kanundaki yeknesaklık ve hukukî güvenliğin bozulmasına ilişkin değişikliklerin bir bölümü (örneğin, parasal sınırlar konusundaki kanunda HMK istikrarlı ve sabit bir sistem kabul etmişken tekrar belirsiz rakamlara dönülmesi gibi<sup>9</sup>) ve benzeri noktalarda bizlerin görüş ve eleştirilerine katıldığı anlaşılmaktadır.<sup>10</sup> Bu sebeple, eleştirilerimiz bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. En önemlisi bilim komisyonunun hazırladığı taslak önce Adalet Komisyonu ardından Mecliste görüşülerek kabul edildikten sonra, hepimiz için uygulanacak kanun hükümleri haline gelmektedir. Bununla birlikte, çok temel akademik noktalarda ve açık çelişkilerde, en azından bunların Bilim Komisyonunca da değerlendirilmesini veya teklifte bulunacak irade nezdinde dikkat çekilmesini beklemek hukuk adına haklı bir beklentidir; göz göre göre bilinen bir yanlışın sürdürülmesini haklı kılacak bir gerekçe olmamalıdır.

Bu eleştirilerimizin önemli bir kısmını bugün ve sadece bu değişiklik için de yapıyor değiliz. Yıllardan beri bu eleştirilerimizi yapmaktayız; ayrıca 6100 sayılı HMK'nın kanunlaşma aşamasında da bu

<sup>8</sup> Selçuk Öztekin/Sema Taşpınar Ayvaz/Serdar Kale, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, *TBBD 2020 Temmuz-Ağustos* (149), s. 83.

<sup>9</sup> Kanundaki parasal sınırların her yıl değişen, takibi güç, karışıklığa, zaman ve emek kaybına yol açan, hukukî güvenliğe aykırı şekilde düzenlenmesinin kimin icadı olduğu, HMK'da bu sorun giderilmişken kimin tekrar bu sorunlu yapıya dönmeyi önerdiği açıkçası belirsizdir. Çünkü değerli yazarların makalesinden anlıyoruz ki, değişikliklerle ilgili Bilim Komisyonunun hâkim ve akademisyen üyeleri bu yanlış yönetime tamamen karşıdır (Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 86). Zaten neredeyse tüm doktrin de bu konuda aynı görüştedir; avukatlar da bu belirsizlikten şikâyetçidir. O zaman hukukun ve yargının temel unsurları hâkim, avukat, öğretim üyeleri böyle hukuku zorlayan bir düzenlemeye karşıysa, hangi güç (ve en önemlisi de hangi gizemli maksatla) bu tasvip edilmeyen değişikliği yapmaktadır? Kimseye faydası olmayan ve kimsenin paylaşmadığı bu yanlışın neden dönülemediği? Hem Kanunun asıl yapıldığı sıradaki hem de değişiklik kanununun Bilim Komisyonunun da görüşü ve önerisi varken neden ilerleme kaydedilememektedir? Geriye bir tek, yargı bürokrasisinin ısrarı akla gelmektedir. Yargının tüm bileşenlerinin fayda görmediği, yanlış bulduğu bu yöntemde ısrar edenlerin de amacının ne olduğu belirsizdir. Gerçekten ilginç ve insan aklını zorlayan bir durumla karşı karşıya bulunmaktayız.

<sup>10</sup> Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 92.



eleştiri ve değerlendirmelerimiz muhataplarına iletilmiş, ısrar edilmiş ve dikkat çekilmiş; bu çerçevede bugün yanlış olarak ortaya koyduğumuz hususların bir kısmından o dönemde vazgeçilmesi mümkün olmuş (fakat maalesef daha sonra tekrar gündeme getirilmiş), dikkate alınan ve değerlendirilen eleştiri ve öneriler için hukuk ve geleceğimiz adına teşekkür edilmiş, gerçekleşmeyenler ise açıklıkla ortaya konularak eleştirilerimiz sürdürülmüştür. Ancak tüm bunlar açıkça ve bir kısmı değerli yazarların da katıldıkları toplantılarda gerçekleşmiştir.

Sürekli kanun değiştirme yönündeki karşı konamaz eğilim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden iki yıl sonra gerçekleşmiştir. Bu konuda yapılan toplantılar sonunda yapılan eleştiri ve öneriler genel olarak tartışıldığında, bu kadar yeni bir kanunun hemen değiştirilmesinin yanlış olacağı, kanuna güveni azaltacağı, bu konuda var olan sorunları uygulamanın içtihatlarla, yorum ile ve boşluk doldurarak yerine getirmesinin isabetli olacağı sonucuna varılarak bu çabadan vazgeçilmiştir. Ardından 2017 yılında yeni bir taslak gündeme gelmiş ve bu taslak ilgili kişi ve kurumlarla tartışıldıktan sonra, ardından hiçbir ses çıkmamış ve bu değişiklikten de vazgeçildiği umulmuştu.<sup>11</sup> Üç yıl sonra ortaya çıkan Teklifin en son halinin kapsamlı değerlendirilmesi yapılmamış, akademik alanda tartışılmamış, özellikle barolar ve hukuk kurumlarının taslağın son hali hakkında görüş bildirme imkânına sahip olmamıştır. Unutmamak gerekir ki, bu üç yıl içinde sosyal, siyasî, ekonomik ve hukukî alanda hızlı gelişmeler olmuştur. Yargıtay'ın uygulaması bazı uygulamaları değiştirmiş, pek çok eser üretilmişken üç yıl önceki HMK görüşlerinin değerlendirildiğini söylemek mümkün değildir. Kaldı ki Teklifte, daha önceki taslakta yer almayan pek çok önemli düzenleme hakkında bir paylaşım ve tartışma yaşanmamıştır.

Bu konuda en çarpıcı, somut, tereddüt doğurmayacak bir örnek olarak HMK m. 353'de yapılan değişiklik (m. 353/1-a-6) gösterilebilir. Bu hükümdeki değişiklik 2017 yılında görüşe gönderilen metinde bu şekilde yer almamaktadır. Oysa aşağıda ayrı başlık altında ve daha ayrıntılı açıklanacağı üzere, ilk derece-istinaf-temyiz sistemindeki dengeyi bozan, hatta istinafları neredeyse istinaf olmaktan çıkartıp adeta küçük temyiz haline getirme tehlikesi bulunan, belki de 7251 sayılı

<sup>11</sup> Bu konuda bkz. Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 79-80.

Kanun'la yapılan değişiklikler içinde en kritik değişiklik bu değişikliktir. Bu kadar önemli, ciddi, uygulamada önemli sonuçlara yol açacak, sistemi bozacak hüküm hiç tartışılmamış, değerlendirilememiştir. Bu sebeple üç yıl önce Teklifin görüşe gönderildiği, birçok kurum ve kişinin görüşünden yararlandığı düşüncesi karşılık bulamamaktadır. Diğer hükümler istenilen şekilde tartışılmış olsaydı dahi, sadece bu hükmün tartışılmamış olması bile bu Teklifin değerlendirilmesi bakımından çok önemli bir eksiklik olarak karşımızda duracaktı.<sup>12</sup>

Bu örnekten de anlaşılacağı üzere üç yıl önce alınan görüşlerin, üç yıl sonra ortaya çıkan Teklif ile ilgili güncel bir değerlendirme olduğu söylenemez. Teklifin son haliyle ilgili görüş alınmadığı gibi; bazı yanıtlara dikkat çekmek için Teklifin en son haline ilişkin eleştiri, değerlendirme, katkı amacı taşıyan akademik çalışmaların da bu son noktada hiç değerlendirilmediği de görülmektedir. Bunun en somut örneği konuyla ilgili hazırladığımız ve yukarıda atıf yapılan *Lexpera Blog*'da yer alan çalışmamızdır. Görüşe sunulmadığı için resmî görüş bildirmek mümkün olmasa da kanunlaşmadan önce kamuoyuna yansımaları sonucu Teklif hakkında, tarafımızdan hem genel olarak hem de tek tek maddeler ayrıntılı şekilde değerlendirilmiş, geniş kitlelerin

<sup>12</sup> Kaldı ki, bu konuda Teklife ve Değişikliğe ilişkin görüş bildirme imkânı olmasa da, istinafin ele alındığı XV. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nda, Prof. Dr. Muhammet Özkes'in "İstinaf İncelemesi Sonrasında Verilecek Kararlar" konulu tebliğinden sonra tartışmalar kısmında, konunun Sayın Prof. Dr. Selçuk Öztekin tarafından da gündeme getirilmesi sonucu, konuyla ilgili değerlendirme yapılmış; o tarihte değişikliğin henüz bu hali söz konusu olmasa da, m. 353/1-a-6'da yapılacak düzenlemede çok dikkatli davranılması gerektiği, "hiçbir" ve "hiç" ifadeleri yerine konulacak başka kelimelerin daha sakıncalı olacağı belirtilmiş, en azından belirli bir süre bu hükme dokunulmaması gerektiği, doğuracağı sakıncanın getireceği faydadan fazla olacağına dikkat çekilmiştir (Muhammet Özkes, "İstinaf İncelemesi Sonrasında Verilecek Kararlar", Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, Ankara 2018, XV. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı s. 187). Keza Pekcanitez tarafından Yargıtay'ın 150 kuruluş yıldönümü sebebiyle yapılan toplantıda sunulan tebliğde, bu yöndeki uygulama eleştirilerek bu maddenin doğru uygulanması açıklanmaya çalışılmıştır (Hakan Pekcanitez, "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi", *TBB* 2019/144, s. 400 vd.). Doktrinde de, değişiklikle ilgili çalışmayı kaleme alan yazarlar hiç yerine getirilen "önemli" sözcüğünün de aslında sorunu tam çözen niteliği bulunmadığı, asıl sorunun mahkemelerin yorumu olduğunu belirtmişlerdir (Öztek/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 142-143). Daha iyi bir düzenleme yapılamıyorsa, mevcudu bozmayı anlamlandırmak zordur. Kaldı ki, bu bile hükmün içtihatlarla olgunlaşması ve doğru uygulamanın sağlanması için daha zamana ihtiyaç olduğunu göstermektedir.

ulaşabileceği elektronik ortamda bir yayın olarak ortaya konulmuş ve kamuoyu ile paylaşılmıştır. Burada amacımız, son halinin kimseyle paylaşılmadığı bu Teklif hakkında son değerlendirme, eleştirilerimizi akademik görev olarak yapmak, hiç değilse bazı açık yanıtlara dikkat çekmekti. Bu yöndeki çabamızın amacı, başkalarının veya çalışmaya emek verenlerin iyi olmadığını değil, yapılanın daha iyi olmasını sağlamaya yönelik olmuştur.

Buna rağmen, bir kısmı çok ciddi, bir kısmı ise aslında şekli olan değerlendirme ve önerilerimiz hiç dikkate alınmamış, Teklifin bir iki maddesi dışında, noktasına virgülüne dahi dokunulmamıştır. İmlâ ve ifade hatalarını dahi düzeltme çabası olmadan; dikkat çekilmiş olmasına rağmen madde ve gerekçelerdeki çelişkiler giderilmeden, TBMM'ne sunulduğu gibi kabul edilen Teklifin, bu şartlarda gerçekten tartışılarak değerlendirildiğini söylemek mümkün değildir. Yine bu noktada çok çarpıcı bir örnek olarak, 94. maddede değişiklik yapılarak, kesin süreye konu olan işlemin "hiçbir" duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklanmış olması kanuna eklenmiş ve "hiçbir" ifadesi ile kesinlik, açıklık ve netlik sağlanacağı, uygulamadaki tereddüt ve sorunların giderileceği belirtilmiştir. Ancak, diğer yandan da çok ilginç bir şekilde, istinafla ilgili olarak 353. maddede yapılan değişiklikle, "hiçbir" ve "hiç" ifadelerinin uygulamada sorun doğurduğu belirtilerek, bunların yerine, daha muğlak ve açık olmayan "uyuşmazlığın çözümüne etkili olabilecek önemli" ifadesi kabul edilmiştir. Hiç, açıklanmaya ihtiyaç duyulmayacak kadar açıktır, felsefi ve teolojik yönden tartışılması bir yana bırakılacak olursa, "hiç" in tartışılacak bir yönü yoktur, matematiksel olarak sıfırı ifade eder. Yani aynı değişiklikte, bu değişikliği hazırlayanlar ve kanun koyucu "hiç" ifadesini bir maddede sorun gideren ve netlik kazandıran bir ifade olarak kabul etmiş; diğer maddede ise sorunlara yol açan ifade olarak belirtmiştir. Ortaya çıkan bu durumun hukuk bir yana, kendi içindeki mantık ve akıl bakımından da çelişkili olduğu, argumantasyon ve inandırıcılık sorunu bulunduğu açıktır. Bir şey kendisidir, başka bir şey olamaz (özdeşlik ve çelişmezlik) şeklindeki temel mantık ilkesinin bu kanunlaştırmada geçerli olmadığı anlaşılmaktadır. Kısaca, hukuk bir yana mantık ve dilbilgisi bakımından çok net olan çelişkilerin bile dikkate alınmadığı, yanıtların giderilmediği bir kanunlaştırma sürecinde, görüşlerin yeterince değerlendirildiği söylemek inandırıcı değildir. Gerçek bir değeren-

dirme yapılmış olsa, bu kadar ciddi eleştiriler ve mantık kurallarına aykırılıkların da giderilmiş olması, en azından belirli bir düzeltmenin yapılması beklenirdi.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Değerli yazarlar, görüşlerin değerlendirilmesine örnek olarak özellikle isim de belirterek Prof. Dr. Muhammet Özekes'in bu değişikliklere ilişkin değerlendirmelerinin titizlikle ve tek tek değerlendirildiğini örnekleriyle belirtmişlerdir. Öncelikle Prof. Dr. Özekes'in bu görüşlerinin dikkate alınarak incelenmesine, değerlendirilmesine, hatta bazılarının kanun hükmüne dönüştürülmesine, kabul edilmeyenlerin de en azından tartışılmasına, ayrıca değerli yazarların yazdıkları makalede de bunlara ayrıntılı yer verilmesine, değer atfedilmesine müteşekkirimiz. Bu noktada da belirtilmeli ve dikkat edilmelidir ki, Özekes'in bu değerlendirmeleri de yine değişikliğin üç yıl önceki haline ilişkindir. Ayrıca, yine değerli yazarların belirttiği üzere, o dönem Özekes'in göndermiş olduğu görüş 64 sayfa şeklinde, oldukça ayrıntılı bir çalışma olup amaç katkı sağlamak, eksiklere dikkat çekmek, bütünlüğü bozan ve çelişkili olan düzenlemeleri belirtmek, doğru olanlara vurgu yapıp belirli noktada öneride bulunmaktır. Ne o değerlendirmede ne Lexpera Blog'da yayınlanan ortak çalışmada ne de bu çalışmada amaç, sadece eleştirmek değildir; doğru olan değişikliklere de vurgu yapılmıştır. Fakat, bu kadar kapsamlı değerlendirme, çaba ve önerilerden örnekleri verilen çok azı dikkate alınmış, diğerleri ise değerlendirilmemiştir. Şüphesiz ki, bir veya birkaç kişinin değerlendirmeleri ve önerilerinin tümünün kabul edilmesi beklenemez; ancak örnek verilenler dışında da bir kısmı burada zikredilen çok açık olan hususların en azından bazılarının da dikkate alınması, kanun değişikliğine ilişkin istenen görüşü ciddiye alarak (adeta bir kitapçık boyutunda) emek verilen çalışmaya, daha fazla önem verilmesi de haklı bir beklentidir. Zira, Özekes tarafından tek başına kaleme alınan görüşün ve Lexpera Blog'da yayınlanan ortak çalışmanın hacmi, birçok kişiden oluşan Bilim Komisyonunun birlikte ortaya koyduğu madde ve gerekçeleriyle neredeyse aynı boyuttadır. Bu da Bakanlıktan gelen görüş talebinin (ya da konuyla ilgili olarak talep olmasa bile gösterilen çabanın) ne kadar ciddiye alındığının göstergesidir; bireysel bir kazanıma yönelik olmayan, tek amacı hukuk ve yargımanın doğru işlemesi olan bu görüşlerin de aynı ciddiyet ve hassasiyetle değerlendirmesini beklemek hakkımızdır. Epictetos'a atfedilen bir söz olarak "Güneş, ışık ve sıcaklıktan yarar sağlamak için kendisine yalvarılmasını beklemesin. Sen de güneş gibi ol, beklenen iyiliği senden istenmeden yap" ilkesini akademik ve hukukçu yaklaşımı olarak esas alıp ona göre çaba göstermeye çalışmaktayız; aynı çabanın karşılık bulmasını ümit etmekteyiz. Burada Özekes tarafından iletilen görüşte belirtilenler, tek tek ele alınmayacaktır. Çünkü, zaten belgelidir; ayrıca bazılarını da bu çalışmada ana metinde dikkat çekilmiştir. Sadece şunu belirtmek bir zorunluluktur. O tarihteki haliyle Özekes tarafından kaleme alınan görüşte, HMK'nın en azından temel sisteminin bozulmadığı ve bunu doğru bulunduğu belirtilmişti. Ancak, sistemin ana yapısı ve kurumları değiştirilirse de, Kanunun son kabul edilen haliyle bazı noktalarda yapıya dokunulmuş, özellikle o tarihte gündemde olmayan bir düzenleme ile ilk derece-istinaf-temyiz ilişkisinin ana yapısı bozulmuş, üç dereceli yargılamanın omurgası zedelenmiştir. Zira, 6100 sayılı HMK kabul edildiğinde, 1086 sayılı HUMK içinde yer alan, ancak uygulamaya sokulamayan kanun yoluna ilişkin hükümlere çok dokunulmamıştır. Bunun sebebi, istinaf-temyiz hükümlerinin yakın zamanda kabul edilmesi, daha önce yeterince tartışılması, Dünya'daki gelişmelere uygun şekilde, mümkün olduğunca basit bir istinaf-temyiz sisteminin kabul edilmesi, ilk derece-istinaf-temyiz dengesiyle oynanmak istenmemesidir. Yine

Kanun değişikliğinde çelişkiyi düzenlemeye diğer bir örnek 20. ve 331. maddede yapılan düzenlemelerdir. Görevsizlik ve yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemleri düzenleyen 20. maddede yapılan değişikliklerle, süresinde işlemlerin yapılmaması halinde, hâkimin davanın açılmamış sayılmasına “re’sen” karar vereceği belirtilmiştir. Ancak, diğer yandan da 331. madde, görevsizlik veya yetkisizlik kararından

---

HUMK döneminde kabul edilen yeni kanun yolu sistemini en iyi takdir edeceklerin başında o çalışmanın mimarlarından olan, son değişikliğin Bilim Komisyonu Başkanı Sayın Prof. Dr. Selçuk Öztekin gelmektedir. Aslında karşı çıktığımız, eleştirdiğimiz şey, Prof. Dr. Öztekin de yer aldığı ilk çalışmada doğru şekilde inşa edilmiş istinaf sisteminin kolonlarına, yine Prof. Dr. Öztekin başında bulunduğu başka bir çalışmayla darbe vurulmasıdır. Son kabul edilen ve istinafa tanınan yetkiyle, bundan sonra istinaflar birer küçük, yerel temyiz fonksiyonu üstlenecektir. Zaten önceki halinde de uygulamanın kanunun dışına çıkma eğilimi mevcut olsa da, Yargıtay’ın verdiği ve belirli istikrara ulaşmış kararlarıyla konu doğru yola girmiş bulunuyordu. Ancak yapılan bu son düzenlemeyle, deyim yerindeyse uygulamanın imara aykırı, kaçak çıktığı kata af getirilmiştir. Bunun ise, ana yapıyı bozduğu, deprem tehlikesine karşı dayanıklılık sorunu doğurduğu unutulmamalıdır.

Yine değerli yazarlar tarafından 2017 tarihli Özekes’in ortaya koyduğu görüşlerin değerlendirildiği belirtilse ve buna verilen örneklerden biri küçük talepler yargılaması olsa da, meramımızın tam karşılık bulmadığını göstermesi bakımından bu dikkat çekici bir örnektir. Değerli yazarlar, ayrı bir çalışma konusu olmak ve kendilerinin fazla katkılarının bulunmadığını ifade etmekle birlikte, sonradan ayrı bir kanunla (7155 sayılı Kanun) kabul edilen abonelik sözleşmelerine ilişkin özel takip yolunun, küçük talepler yargılaması hakkındaki görüşün belirli şekilde karşılanması olarak kabul edilebileceğini belirtmişlerdir. Oysa küçük talepler yargılaması çok ayrı bir usulî kurumdur (bu kurumla ilgili temel bilgi için bkz. İbrahim Ercan, “Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler Çerçevesinde Küçük Alacakların Tahsili Konusunda Öneriler”, *Selçuk Üniversitesi HFD* 2012/1 (C. 20), s. 231 vd.; Xandra E. Kramer [Çev. Ayşe Gülin Güralp], “Avrupa’da Usul Hukukunun Yeknesaklaştırılmasına Yönelik Büyük Bir Adım: Avrupa Küçük Talepler Usulü”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 595 vd). Bugün düzenlenen haliyle abonelik sözleşmelerine ilişkin takip, küçük talepler yargılamasının tam veya kısmen karşılığı olmadığı gibi, içinde başta hak arama özgürlüğü ve eşitlik ilkesi olmak üzere birçok sorunu da barındırmaktadır. Küçük talepler yargılamasına ilişkin önerimizin ne kadar yanlış anlaşıldığını ve konunun uzağına düşüldüğünü göstermesi bakımından şu çarpıcı örnek verilebilir. Yargılamada kural olarak avukatla temsil zorunluluğu bulunan birçok Avrupa ülkesinde, küçük talepler konusunda avukatla temsil zorunluluğundan vazgeçilirken (bkz. Ercan, s. 236); kural olarak avukatla temsil zorunluluğu bulunmayan Ülkemizde, küçük talepler yargılamasının özel bir türüymüş gibi ifade edilen abonelik sözleşmelerine ilişkin takibin avukat tarafından başlatılması zorunlu kılınmıştır. Abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan takip hakkında bkz. Muhammet Özekes, “Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Yeni Takip Yolu (7155 sayılı Kanununun Düzenlemesi)”, *İzmir Barosu Dergisi* 2018/3, s. 225 vd.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral S. Özkan/Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 6. Basi, İstanbul 2019, s. 243 vd.

sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmemiş ise davanın açıldığı mahkemenin “talep üzerine” dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edeceği şeklindedir. Aynı konunun farklı yönlerini düzenleyen bir hükümde re’sen kararı, diğerinde talep üzerine kararı esas almak kendi içinde çelişkidir. Zaten taraf talep edecekse re’sen karar vermeye ihtiyaç yoktur; mahkeme asıl kararı re’sen verecekse onun parçası olan yargılama giderleri için talep neden aranmaktadır?

Dikkat çeken diğer bir çelişki ve değişikliğin tam tartışılmaması sonucu ortaya çıkan kanundaki özen eksikliği örneği 140. maddedeki değişikliğe rağmen, 320. maddedeki benzer ifadenin değiştirilmiş olmasıdır. Değişiklikte aslında hiç ihtiyaç yokken 140. maddede, “sulhe ve arabuluculuğa” teşvik eder ifadesi “sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa” teşvik eder şeklinde değiştirilmiştir. Aşağıda ilgili başlık altında da açıklanacağı üzere, aslında bu değişikliğe ihtiyaç yoktur, gereksizdir. Ancak, madem bu değişikliğe ihtiyaç duyulmuş, önemsenmiş, uygulamadaki bir sorunu çözeceği düşünülmüştür, aynı ifade basit yargılamada ön incelemeyi düzenleyen 320. maddede de mevcuttur. Orada bir değişiklik yoktur. Yazılı yargılama usulünde ihtiyaç olan şey basit yargılama usulünde ihtiyaç olmaktan çıkmakta mıdır? Görüldüğü üzere bunlar hem çelişki hem de kanunun hazırlanmasında uyumun gözetilmemesi ve aynı zamanda dikkatli davranılmamasının somut örnekleridir. Sağlıklı bir tartışma ortamında bu tür basit hataların yapılmayacağı açıktır.

Değişiklik Teklifinde görüşlerin alındığı tarihte artık mevcut olmayan hukuk fakültelerinin dahi görüşlerinin alındığının belirtilmesi ise, aslında Teklif hakkında görüş alma ve değerlendirmenin ciddiyetini göstermesi bakımından dikkat çekicidir.<sup>14</sup>

Unutmamak gerekir ki, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabulü aşamasında üç yıl boyunca konuyla ilgili kişi

<sup>14</sup> Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından Değişiklik Teklifine ilişkin olarak 2017 tarihinde görüş alındığı belirtilen ve tablosu verilen kurumlardan biri de İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesidir (bu konuda bkz. Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 80’de Bakanlık tarafından yapılan çalışmayı gösteren tablo). Oysa bu Üniversite bir yıl önce kapatılmıştır. Olmayan bir Hukuk Fakültesinden görüş alınması da mümkün değildir.



ve kurumlarca tartışılmış, 180'den fazla kişi ve kurumun görüşü alınarak değerlendirilmiş, bu çerçevede önce Adalet Bakanlığı'nda, ardından Başbakanlıkta yapılan değerlendirme ve alınan görüşlerden sonra TBMM'ne sevk edilmiştir. Keza TBMM aşamasında da hem alt komisyonlarda hem de Adalet Komisyonu'nda tekrar alınan görüşler ve yapılan değerlendirmelerden sonra tüm siyasi partilerin ortak görüşü ile 6100 sayılı HMK kabul edilmiştir. Burada önemli bir husus da konuyla ilgili en uzman kişilerin yer aldığı, doktrin ve uygulamada konuyla doğrudan ilgili kişilerin oluşturduğu Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantılarının bir kısmı 6100 sayılı HMK'nun tartışılmasına ayrılmıştır. Oysa, mevcut 7251 sayılı değişiklik de dahil olmak üzere, HMK'da yapılan 18 değişikliğin hiçbirisi bu kapsamda, bu uzmanlıkta, bu derinlik ve genişlikte tartışılmamış ve ele alınmamış, ortak irade oluşturulmamıştır. 7251 sayılı Kanun Değişikliğinde ise üç yıl önce alınan görüşlerle yetinilmesi, üç yıl sonra sunulan Teklifte daha önce değerlendirilmeyen farklı hükümlerin yer alması, düzenlemede çelişkilerin bulunması, basit değişiklik önerilerinin dahi dikkate alınmamasında ısrar edilmesi, böyle önemli ve kapsamlı değişikliğin gerçek bir katılım ve görüş bildirmek bir yana,<sup>15</sup> konuyla ilgili bir çalışma yayınlamanın bile zor olduğu salgın döneminde aceleyle gündeme getirilmesi (ki buna rağmen konuyla ilgili kapsamlı bir çalışma ortaya koymuş ve yayınlamış bulunuyoruz) eleştirilerimizin haklılığını fazlasıyla ortaya koymakta, bu eleştirilerin anlamlandırılmasını fazlasıyla mümkün kılmaktadır. Eleştirilerimizin anlamlandırılması için bu kadar somut ve açık örneğin yeterli olduğu kanaatindeyiz.<sup>16</sup> Ayrıca bir

<sup>15</sup> Nitekim Değerli Yazarların makalelerinde belirttikleri üzere, bu HMK Değişikliği hakkında yapılan toplantı da çok dar ve sınırlı kapsamdadır. Bu çerçevede alınan görüşleri değerlendirmek üzere, sadece 21.09.2017 tarihinde İstanbul Barosu nezdinde, yazarların ifadesi ile "dar katımlı" bir Çalıştay yapılmıştır (Öztek/ Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 89). Onun dışında da kapsamlı bir toplantı yapılmadığı anlaşılmaktadır. Şayet geniş katımlı veya en azından akademik seviyede toplantılar yapılarak bu değişiklikler tartışılabilseydi, belki daha önce HMK aşamasında şu anda gündeme gelen bazı tartışmalı hususların neden kabul edilmediği ya da neden gerekli olmadığı veya bütün içinde nasıl düzenlenirse anlamlı olacağı konusunda katkı sağlamak mümkün olabilirdi. Bunun görüş bildireceklere bir yararının olmayacağı açıktır; ancak yapılacak çalışmayı hem daha değerli kılacağı hem de kanunlaşmadan yapılacak değerlendirmelerin daha doğru olacağı açıktır.

<sup>16</sup> Pekcanitez, 2017 yılında yayımlanan "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Erozyon Süreci" isimli makalesinde bu tarihe kadar yapılan ve ilgili kişi ve kurumlarla paylaşılmadan yapılan değişikliklerin, hiçbir yarar sağlamadığı gibi, Kanununun sistematigine ve uygulamaya ne kadar zarar verdiğini açıklamıştır. Örneğin, tah-



şeyin şeklen yapılması yeterli olmayıp gerçekten dinlenilmesi ve dikkate alınması önemlidir. *Doğan Cüceloğlu*, gerçekten dinlenip dikkate alınmanın önemini “karşımızdakini dinleyerek var ederiz” şeklinde özetlemektedir.<sup>17</sup>

### C. Değişiklikte Esas Alınan Temel Bakış Açısı ve Yaklaşım Sorunu

Sık sık değişiklik yapmanın yukarıda belirtilen sakıncaları bir yana bırakılacak olursa, şayet bir değişiklik yapılacaksa da bunun öncelikle sağlıklı bakış açısı ile anayasal ilkelerle ve yargılamaya hâkim olan ilkelerle uyumlu şekilde çok yönlü olması ve yargılamanın bileşenlerini dışlamadan onların ortak yararını esas alması, değişikliğin temel felsefesi ve amacının bulunması gerekir. Yukarıda dikkat çekilen ve aşağıda ayrıca belirtilecek olan örnekler bakıldığında, değişikliğin tutarlı bir yaklaşım ve amacının olmadığı görülmektedir. Her ne kadar reform, uygulamadaki sorunların giderilmesi, eleştirilerin karşılanması gibi genel geçer ifadeler kullanılmışsa da neredeyse günümüzde yapılan her kanun değişikliğinin artık reform olarak ortaya konulması karşısında bir reform enflasyonu olduğu ve yapılanların da reform olmadığı görülmektedir. Eleştiri ve değerlendirmelerin gerçekten dikkate alınmadığı ise yukarıda somut örnekleriyle ortaya konulmuştur. Keza yine aşağıda örnekleri verileceği üzere, yapılan değişikliğin yargılama ilkeleriyle de sorunu bulunduğu görülmektedir. O zaman bu değişiklik hangi bakış açısıyla ve yaklaşımla hazırlanmıştır sorusunun kısaca cevabını vermekte yarar vardır. Çünkü, değişikliklerin doğru yorumlanması ve anlamlandırılması, ayrıca doğuracağı sonuçların belirlenmesi bakımından, bu değişikliğin yaklaşımını anlamak önemlidir.<sup>18</sup>

---

kimde görevli mahkeme bölge adliye mahkemesi iken, daha sonra yapılan değişiklikle asliye ticaret mahkemeleri görevli hale getirilmiş ve bu sebeple tüm dosyalar asliye ticaret mahkemelerine gönderilmiştir. Ardından yapılan değişiklikle görevli mahkeme bazı işlerde asliye ticaret mahkemesi, bazı illerde ise yine bölge adliye mahkemesi olmuş ve yine dosyalar görevli mahkemelere gönderilirken ciddi zaman kaybı yaşanmıştır. Bu değişiklikler hiçbir olumlu sonuç vermezken, dosyaların oradan oraya gönderilmesi sebebiyle ciddi zaman kayıpları yaşanmıştır.

<sup>17</sup> Doğan Cüceloğlu, *Keşkesiz Bir Yaşam İçin İletişim Donanımları*, 2. Basım, İstanbul 2002. s. 135.

<sup>18</sup> Konuyla ilgili olarak daha önce Lexpera Blog'da yayınlanan yazımızda, değişikliklerin taraf ve vekillerini değil, mahkeme ve hâkimi merkeze alan değişiklik-

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yargılamaya hâkim olan temel ilkelere özel önem vermiş, (bunların belki kanunda yer alması dahi gerekli değilken) bir bölüm buna ayrılarak özel olarak düzenlenmiş (m. 27-33), adil yargılanmaya ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bunun yanında HMK'da, özel hukuk temelli hukuk yargılamasının niteliği dikkate alınarak ve tasarruf ilkesinin bir yansıması olarak tarafların inisiyatifi, yetkileri ve sorumluluğu öne çıkartılmış, taraf eşitliğine dikkat edilmiş, ayrıca sosyal usûl hükmü niteliğinde hükümlere yer verilmiştir. Bu özel denge HMK'nın ruhunu da yansıtmaktadır. HMK'da bugüne kadar yapılan değişikliklerle, özellikle son değişikliklerle bu dengenin daha çok mahkeme lehine bozulduğu görülmektedir. Yapılan değişikliklerde reform ya da uygulamanın ihtiyaçları şeklindeki muğlak gerekçelerle, daha çok mahkeme ve hâkimlerin ihtiyaçlarını esas alan niteliktedir. Burada uygulamanın ihtiyacından kastın, taraf ve vekillerinin ya da yargılamanın gerçek ihtiyacından çok, mahkemelerin işlerini kolaylaştırma ihtiyacı olduğu görülmektedir. Nitekim, yapılan düzenlemede avukatlardan çok, hâkimlerin, özellikle de istinaf hâkimlerinin bakış açısının kanuna yansıtıldığı dikkat çekmektedir. Ön incelemede tebligatın mahkeme bakış açısıyla düzenlenmesi; ön inceleme duruşmasına gelen taraf lehine olan düzenlemenin kaldırılması; iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesinde taraflar lehine olan düzenlemenin sınırlandırılması; duruşmalarda ses ve görüntü naklinde, tarafların birlikte görüşü yerine, bir tarafın veya hâkimin re'sen kararının esas alınması; istinafta, bölge adliye mahkemesinin yeniden yargılama yapmak yerine, dosyayı daha kolay şekilde (adeta Yargıtay bozmasına yakın) ilk derece mahkemesine gönderebilmesi gibi değişiklikler bunun en açık göstergesidir.

7251 sayılı Kanun'la HMK'da yapılan değişikliklere bakıldığında yukarıda da zikredildiği üzere, değişikliklerin çoğunda ya yanlış uy-

---

ler olduğunu belirtmemiz üzerine, bu eleştirmeye yönelik olarak "Yazarların bu eleştiri çerçevesinde kullanmış oldukları 'Mahkeme ve hâkim merkezli' terimi iddialı ve efsunkâr olmakla birlikte muğlak olup, yargılamanın sevk ve idaresini asli görev olarak hâkime bırakan (HMK m. 32) bir medeni usul kanununda yapılması önerilen değişikliklerin 'yargının diğer bileşenlerinden çok, mahkeme odaklı' olmasıyla neyin kastedildiği (davada hâkime geniş yetki verilmesi?) pek anlaşılammaktadır" şeklinde bir tespit yapıldığı görülmektedir (Öztek/ Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 90). Oysa bu çalışmada birçok yerde verdiğimiz somut örnekler, açıklamalar karşısında belirttiğimiz hususların efsunkâr veya muğlak olmadığı açıkça görülmektedir.

gulamaya kanunî bir zemin hazırlanmış ya da yanlış ve eksik uygulama (doktrindeki yazılanlara ve hatta yargı içtihatlarına rağmen) düzeltilmeye çalışılarak, hükmün yorumu kapsamında madde metinlerinde açıklamalara yer verilmiştir. Aslında başka da önemli bir yenilik getirmeyen, kanuna hüküm koyarak yanlış uygulamayı düzeltme çabasına girildiği görülmektedir. Sıklıkla vurguladığımız üzere, temel sorunlar düzeltilmeden kanuna hüküm koyarak bir şey düzeltilemez.

Son olarak belirtmek gerekir ki, değerli yazarların ifade ettikleri üzere kanunlar da canlı organizmalardır, zaman içinde eskiyebilir ve artık ihtiyaca cevap vermeyebilirler; hiçbir kanun dokunulmaz, kutsal metinler niteliğinde değildir.<sup>19</sup> Ancak bu metinler sıradan, isteyenin istediği zaman dokunacağı metinler olarak da görülemez; dokunulmaz olmayan bu metinler nasıl ve ne amaçla dokunulduğu önemlidir. Normlar hiyerarşisinde Anayasadan sonra gelen, toplum hayatını düzenleyen önemli hukukî metinler olan kanunlara, özellikle de temel kanunlara olur olmaz ve özensiz şekilde dokunulmaya başlanırsa, Sayın Öztekin haklı ifadesi ile “çevresel sorunlar” göz ardı edilerek kanunlara dokunarak sorun çözmeye çalışılırsa, sorun çözülmeyecek daha çetrefil hal alacaktır. Mesele, kanunların dokunulmaz olup olmaması değil; doğru zamanda, doğru yöntemle, doğru amaçla, doğru şekilde ve bütünlüğü bozmadan dokunmaktır. Her sorun çıktığında, sorunun kaynağını görmeden kanuna dokunmak demek, bir süre sonra kanunun yamalı bohça halinde yama tutacak yeri ve dokunulacak bir şey kalmaması demektir. Gereksiz şekilde kanun çoğaldıkça, çoğu kez hukuk azalmaktadır. Dokunulmaz değil diye sık sık ve çok düşünüp tartışmadan kanunlara dokunmak, dokuna dokuna, dokunacak yeri kalmayan bir kanun yapma anlayışı, hukuk devletinin yansıması ve gereği değildir.

#### D. Değiştirilen Maddelerin Değerlendirilmesi

##### 1. Değiştirilen Maddelere Genel Bakış

7251 sayılı Kanun'un 47 maddesi ile 6100 sayılı HMK'da madde değişiklikleri yapılmış; ayrıca 6100 sayılı HMK'nın Beşinci Bölümünün altında Yedinci Ayrım (“Toplu Mahkemelerde Tahkikat” şeklin-

<sup>19</sup> Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 92.

de) eklenerek 183/A maddesi ile Beşinci Kısımın İkinci Bölümünün başlığı değiştirilerek (“Hükmün Tashihi, Tavzihi ve Tamamlanması” şeklinde) 305/A maddesi (kenar başlığı “Hükmün tamamlanması”) ihdas edilmiştir.

Bu çerçevede HMK’da değiştirilen veya HMK’ya eklenen hükümler şunlardır: 20, 28, 36, 38, 42, 94, 107, 116, 120, 123, 125, 127, 139, 140, 141, 147, 149, 177, 183/A, 186, 206, 215, 222, 281, 290, 305, 305/A, 306, 310, 314, 317, 323, 331, 341, 353, 356, 358, 359, 362, 391, 393, 394, 398, 402, 436, 440, Geçici 3. madde. 6100 sayılı HMK’nın 452 madde ve geçici 4 madde ile birlikte toplam 456 madde olduğu düşünülürse, Kanunun yaklaşık yüzde onunda değişiklik yapıldığı söylenebilir. Yapılan değişiklikler belki içerik ve nitelik olarak bu orana ulaşmamaktır, ancak sayısal olarak bu şekilde ifade edilebilir.

Yapılan değişiklikleri temelde iki grupta toplamak mümkündür. Birinci grupta yer alanlar olumlu veya olumsuz yönde kanunda önemli sayılacak ya da yeni olan yahut HMK’nın yapısı ile sorunlu, uygulamada özellikle dikkat edilmesi gereken değişikliklerdir. İkinci grupta yer alan ve değişikliklerin önemli kısmını oluşturan değişiklikler ise lafzi, şekli ve esaslı olmayan, değiştirilmesi ile değiştirilmemesi arasında pek fark bulunmayan değişikliklerdir. Bunların bir kısmında zaten uygulama ve doktrinin görüşü istikrar kazanmıştır; bir kısmında ya bilinen bir husus kanuna eklenmiştir ya da kanunda yer almasıyla almaması arasında fark bulunmamaktadır; bir kısmı da daha önce HMK’nın kabulü döneminde de tartışılan ve pek kabul görmeyen hususlardır.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Bu tespitlerimizle, yine yukarıda zikredilen genel açıklamalar kapsamındaki ortaya koyduğumuz değerlendirmelerin ne kadar haklı olduğunu göstermesi bakımından, bu makalenin yazıldığı sırada 7251 sayılı Kanun Değişikliklerinin Değerlendirilmesi amacıyla İzmir Barosu tarafından internet ortamında yapılan ve konuşmacı olarak katıldığımız toplantıda, tartışma bölümünde bazı avukat meslektaşlarımızın tespitlerini paylaşmak yerinde olacaktır. Bu meslektaşlarımız değişiklikle ortaya çıkan durumu ve belirttiğimiz konuların ne kadar doğru olduğunu çok somut olarak ortaya koymaktadır. Örneğin, bir avukat meslektaşımız yaptığı yorumda, yapılan değişikliklerin “yeni hakimlerin acemiliğinin üzerinin örtülmesi çabası” olarak nitelendirmişken, diğer bir meslektaşımız da yapılan değişikliklerin önemli kısmının malumun ilânı olduğunu, “bugüne kadar uygulama ve içtihatla zaten kabul edilmiş ve yapılan şeylerin bundan sonra kanuna dayanarak yapılacağını” belirtmiş, keşifle ilgili olarak kabul edilen değişiklik hükmü hakkında yorum yapan bir meslektaşımız ise, çok çarpıcı ve uygulamadaki çarpıklığı ifade ederek “keşif sırasından hâkimin araçtan inmesini sağlayacak

Bu çalışmamızda maddeler tek tek ele alarak bir değerlendirme yapılmayacak, kategorik olarak değerlendirerek özellikle üzerinde durulması gereken değişikliklere dikkat çekilecektir. Gereksiz yere tekrar etmemek için maddelerin tek tek ve ayrıntılı değerlendirmesi konusunda daha önce Lexpera Blog'da yayınlanan çalışmamıza bakılmasını tavsiye ediyoruz. Bu çalışmamızda 7251 sayılı Kanun'la sadece 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklikler ele alınmıştır. Diğer kanunlarda da yine sorunlu birçok değişiklik mevcuttur. Bunların başında tüketici uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun getirilmiş olması ve zorunlu arabuluculuğun sınırlarının hukuken da zorlayarak genişletilmesidir. HMK dışındaki değişikliklerle ilgili olarak da Lexpera Blog'da yayınlanan makalemize atıf yapmakla yetiniyoruz.

## 2. Önemli, Yeni, Uygulamada Dikkat Edilmesi Gereken veya HMK Yapısı ile Sorunlu Değişiklikler

Aşağıda 7251 sayılı Kanunda özellikle üzerinde durulması, uygulamada dikkat edilmesi gereken ve HMK'nun yapısı ile de kısmen veya tamamen sorunlu değişikliklere yer verilecektir. Bu hükümlere ilişkin değerlendirmelerimizin de daha önce Lexpera Blogda yayınlanan değerlendirmelerle birlikte düşünülmesinde yarar vardır. Burada o çalışmada çok üzerinde durmadığımız, en önemli noktalara dikkat çekeceğiz.

**Aleniyet ilkesi konusunda yapılan değişiklik (HMK m. 28):** Aleniyet ilkesi çerçevesinde duruşmaların ne zaman gizli yapılabileceğini düzenleyen 2. fıkraya, *“yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde”* ifadesi eklenmiştir. Kişilerin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması, madde gerekçesinde belirtildiği gibi İsviçre hukukundan alınmıştır.<sup>21</sup> Ancak

---

düzenleme eksik kalmıştır” demiştir. Bunlar yapılan değişikliğin uygulamadaki algılanışı ve aynı zamanda bu kadar zaman ve emekle ortaya konulan değişikliğin reform olmak bir yana, kanun hükümlerini açmaktan öteye gitmediğini göstermektedir. Bu yayın ve tartışmalar için bkz. HMK'da 7251 sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu, 06.08.2020 (<https://www.izmirbarosu.org.tr/HaberDetay/2127/hmk-da-7251-sk-ile-yapilan-degisiklikler-canli-yayinda-degerlendirildi>) (Erişim: 07.08.2020)

<sup>21</sup> Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, makalelerinde (s. 97), bu değişikliğin kaynağının İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun (SchZPO) 34. maddesinin üçüncü fıkrası olduğu-

İsviçre hukukunda aleniyet ilkesinin istisnası olarak kişilerin korunmaya değer menfaati üst kavram olarak kullanılmıştır. Alman hukukunda aleniyet ilkesi ve istisnaları Mahkemeleri Teşkilatı Kanununun (Gerichtsverfassungsgesetz/GVG) 171b ve 172. maddelerinde düzenlenmiştir. Her iki Kanunda “*korunmaya değer menfaat (schutzwürdige Interessen)*” ten söz edilmişse de bu ibare tüm istisnaları içeren madde başlığı olarak kullanılmıştır. GVG 172. maddede ise, korunmaya değer menfaat olabilecek haller olarak; millî güvenlik, kamu düzeni, ahlâka aykırılık (m.171 b), tanığın veya diğer kişilerin yaşamının tehlikeye girmesi (m.172 1a), önemli ticarî, meslekî ve malî sırlarının korunması (m.172/2), özel hayatın korunması (m.172/3), 16 yaşından küçüklerin dinlenmesi (m.172/4) ayrıca ve tek tek sayılmıştır. Bu sayma İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de yapılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanununda son yapılan değişiklikte ise, maddede genel ahlâk ve kamu düzeni sayıldıktan sonra, bugüne kadar kullanılmamış olan bir ibare ile kişilerin korunmaya değer üstün menfaatinden söz edilmiş, diğer istisnalara yer verilmemiştir. Üstün menfaat, genel ahlâk ve kamu düzenini kapsadığına göre, bunların ayrıca maddede sayılması lüzumsuzdur. Ancak sayma tercih edilecekse bunların tereddüde mahal bırakmamak adına, tek tek sayılması isabetli olacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağında bu saymaya yer verilmişken, Adalet Komisyonu’nda bunlardan bir kısmı çıkartılmıştı. Şimdi getirilen düzenleme ile bu çıkarılan istisnalar, sayılmadan hukukumuzda bugüne kadar kullanılmamış, ilk bakıldığında muğlak, kişiye göre değişebilen bir ibare ile adil yargılamanın bir unsuru olan alenî yargılama ilkesinin istisnaları karmaşık, anlaşılmaz hale getirilmiştir. Asıl olan aleniyettir, gizli yargılama istisnaî ve sınırlıdır, hangi hallerde yargılamanın gizli olacağını belirgin ve açık olması gerekir. Nitekim Anayasa’dan kaynaklanan sebeplerle de değişiklikten önceki düzenlememiz bu yöndedir. Yeni düzenlemeyle getirilen sübjektif, genel geçer bir sebeple bundan sonra keyfî şekilde gizli yargılama yapmanın yolu açılmıştır. Uygulamada birçok tartışmaya yol açacak, mahkemenin alenî yargıla-

---

nu söylemiş iseler de bu madde atfı doğru olmayıp bu ibare İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun 54. maddesinin üçüncü fıkrasında ve Federal Mahkeme Hakkında Federal Kanunu’nun (“BGG” Bundesgesetz über das Bundesgericht) 59. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre aleniyet kamu düzeni ve ilgililerin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması halinde kısmen veya tamamen kaldırılabilir. Aile hukukuna ilişkin duruşmalar ise alenî olarak yapılmaz.



ma yapmak istememesi halinde başvuracağı gerekçe kolaylaştırılmıştır. Taraflardan birinin talebiyle diğer tarafın alenî yargılanma hakkının zedelenmesi tehlikesi uygulamaya sokulmuştur.<sup>22</sup>

**Belirsiz alacak davası ile ilgili değişiklik (HMK m. 107):** HMK'nın 107. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle, belirsiz alacak davası açan davacıya, alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için, tahkikatın sonuna doğru hâkim tarafından iki haftalık kesin süre verilmesi, bu süre içinde talebini artırmazsa talep sonucuna göre davanın karara bağlanması esas kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile belirsiz alacak davası açan davacının, talebini artırmasına imkân tanımak, hâkimin adeta yargılamanın sonuna yaklaşıldığını belirterek davacıya talebini netleştirmek konusunda tercihini sormak ve uygulamada bu konuda ortaya çıkan sorunlara engel olmak amacı taşındığı anlaşılmaktadır. Ancak, bu yöntem diğer dava türlerinin hiçbirinde bugüne kadar başvurulmayan bir yöntemdir. Örneğin, kısmî davada da benzer bir durum olmasına rağmen, taraflar bilirkişi raporları alındıktan sonra ve tahkikatın sonuna doğru, karşı tarafın rızası ya da çoğunlukla ıslahla taleplerini artırmaktadırlar, mahkemenin kısmî davada bir hatırlatma yapması ise düşünülmemiştir. Belirsiz alacak davası ile kısmî dava arasındaki bu konudaki fark, birinde talebin baştan öngörülebilmesi sebebiyle belirsiz açılması, diğerinde ise öngörülebilmesi, ancak tam dava açılmak istenmemesidir. Kısmî davada da benzer durum söz konusu iken orada böyle bir hatırlatma yapılmayıp, belirsiz alacak davasında hatırlatma yapılması ve süre verilmesi tutarlı değildir.

Bu değişikliğin bir sebebi hukukumuzda sözlü yargılama aşamasına geçiş için tahkikatın bittiğinin taraflarla açıkça paylaşılmamasıdır. Halbuki Hukuk Muhakemeleri Kanununun 184. maddesine göre,

*“Hâkim tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir.*

*Mahkeme, tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra tahkikati gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini taraflara tehim eder”.*

<sup>22</sup> Bu konuda bkz. Hakan Pekcanitez, “Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Makaleler”, C. I, İstanbul 2016, s. 561 vd.; Nesibe Kurt Konca, Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009, s. 257 vd.



Bu hükme göre, hâkim taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapmasına izin verdiğinde, belirsiz alacak davası açan taraf, talep sonucunu artık belirlemek zorunda olduğunu bilecektir. Dolayısıyla ayrıca hâkimin davacıya talep sonucunu belirlemesi gerektiğini hatırlatmasına gerek yoktur. Bu, taraflarca getirilme ilkesine de aykırıdır. Bu husus hâkimin tarafa yemin teklif etme hakkının hatırlatmasıyla ilişkilendirilmemelidir. Çünkü ispat yükünü taşıyan taraf, mahkemeye sunduğu delillerle ispat yükünün yerine getirip getiremediğine karar verebilecek durumda değildir. Bu konuda takdir yetkisine sahip hâkim, ispat yükünü yerine getiremeyen tarafa son çare olan yemin teklif etme hakkını hatırlatmalıdır. Belirsiz alacak davasında ise, davacı tahkikatın bitimine kadar talep sonucunu belirlemek zorunda olduğundan, tahkikatın bitimi kendisine bildirildiğinde, bununla talep sonucunu belirlemesi gerektiğini de öğrenmiş olacak ve talep sonucunun belirleyecektir.

Bu şekilde hâkimin hatırlatıcı bir rol üstlenmesi, uygulamada sorunlara da yol açabilecektir. Zira, bu durum hâkimin yol göstermesi olarak anlaşılabilir ve davacı taraf, davanın lehine sonuçlanacağı düşüncesine kapılarak talep sonucunu arttırabilir ve ardından hâkimin aleyhine kararıyla karşılaşabilir. Böyle bir durumda kendisinin ödemek durumunda kalacağı yargılama harç ve giderlerinden dolayı hâkimi sorumlu görebilecektir. Bu düzenleme ile hem davacının hem de davalının duruma göre mahkeme ile sorun yaşaması, itirazlarda bulunulması ihtimali doğacaktır.

Burada aslında sorun uygulamada yargılama kesitlerine uyulmamasından, bu kesitlerin iç içe geçmesinden, mahkemelerin bir yargılama aşamasından ötekine geçerken tarafları bilgilendirmemesinden, bu sebeple de davacının talebini arttırmak istemesi durumunda tahkikatın tamamlanıp tamamlanmadığından emin olamamasından kaynaklanmaktadır.<sup>23</sup> Bu kesitler doğru ve gereği gibi uygulanırsa, zaten taraf tahkikatın tamamlanmak üzere olduğunu bilerek talebini arttırmak isterse arttırabilecek veya lehine görmüyorsa sessiz kalacaktır. Ancak, her iki halde de sorumluluk kendisinin olacaktır. Yapılan değişikliklerle

<sup>23</sup> 7251 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası, bu konudaki sorun artacak, yargılama kesitleri daha da belirsiz hale gelecektir. Örneğin, ön inceleme ile ilgili değişiklik, bilhassa daha tahkikatın başında sözlü yargılamaya davet hükümleri bu yöndeki sakıncalı gelişmelerdir.

kanunun doğru uygulanmasına çalışmak yerine, kanuna uygun olmayan uygulama karşısında farklı sorunlar doğurma ihtimali olan çözüm üretilmeye çalışılmaktadır.

**Ön inceleme bakımından yapılan değişiklikler (HMK m. 139, 140):** Yapılan değişikliklerle, ön inceleme davetiyesinin içeriği konusunda, daha önce kanunda aynı cümle içinde birlikte sayılan hususlar bu sefer bentlere ayrılarak belirtilmiştir. Kanunda birçok maddede benzerine çokça rastlanan, esasa müteallik olmayan bu şekli değişiklik dışında, asıl önemli değişiklik delillerin getirilmesi ve sunulması ile ilgili süre konusunda yapılmıştır. Kural olarak taraflar, delillerini dilekçelerinde belirtmek ve delillerden eklenecekleri dilekçelerine ekleyerek başka yerden getirtilecekleri dilekçelerinde göstermek zorundadırlar (m. 119/1-f, 121, 129/1-e, 129/2). Şayet bunu yapmamışlarsa, daha önceki hükümlerde, ön inceleme duruşmasında verilecek iki haftalık kesin sürede bunları yapmaları gerekmektedir. Yeni düzenlemeyle, artık ön inceleme duruşmasından sonra değil, ön inceleme davetiyesiyle birlikte iki haftalık kesin süre verilerek eksik bıraktıkları delilleri sunmaları veya başka yerden getirtilecek olanların getirilmesi için gerekli açıklamayı yapmaları istenmektedir. Bu sebeple bundan sonra uygulamada özellikle taraflar ve vekillerinin daha dikkatli olmaları, bu delilleri daha erken zamanda sunmaları gerekmektedir. Aksi halde taraflar bu delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaktır. Bu aşamadan sonra delil gösterilmesi (145. maddedeki istisnai durum dışında) kural olarak mümkün olmadığından, daha öne çekilen delil gösterme zorunluluğu karşısında daha dikkatli olunmalıdır. Bu değişiklik bir açıdan delillerin erken toplanmasına hizmet etmekte ve yargılama-daki gecikmelerin önüne geçmekte, belirli bir disiplin sağlamaktadır. Ancak diğer yandan da, bazı delillerin gösterilmesini ön incelemedeki duruma göre değerlendirecek olan tarafın elinden bu imkânı almaktadır.

Maddede yapılan diğer değişiklik ise, aşağıda açıklanacak olan iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağındaki değişikliklerle bağlantılı şekilde, tarafın ön inceleme duruşmasına gelmemesinin sonuçlarına ilişkindir. Aşağıda buna ayrıca değinilecektir.

Maddede önemsiz ve gereksiz bir değişiklik daha yapılarak ön incelemede sulh ve arabuluculuğa teşvik etme yanında, bunların esasla-

rı, süreci ve sonuçları bakımından da aydınlattıktan sonra mahkemece sulh ve arabuluculuğa teşvik edileceği açıklaması getirilmiştir. Oysa, zaten bu iki konuda teşvik edebilmek için, ne olduklarının da belirtilmesi, sonuçlarının doğal olarak açıklanması gerekmektedir; bunlar yapılmadan gerçek ve ciddi bir teşvikten de söz edilemez. Bu, yorum kuralları arasında haydi haydi, evleviyet kuralının da bir gereğidir. Kaldı ki, uygulamada çoğu kez şeklen yapılan bu teşvik, getirilen bu hükümlerle birlikte gerçekten yapılacak da değildir. Bu değişiklikler de sıklıkla yapılan yorum kurallarını göz ardı etme, sonuç vermeyecek ifade düzeltmesi yapma hatası ile uygulamayı kanun hükmünü açarak düzeltme gibi gereksiz ve yararsız çaba, burada da tipik bir örneği ile karşımıza çıkmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, burada kanundaki çelişkili düzenleme ve değişikliklerin yeterince tartışılmadan kabul edilmesinin çarpıcı bir örneği ile de karşılaşmaktayız. Belirttiğimiz üzere aslında gerek yokken 140. maddede, sulhe ve arabuluculuğa teşvik ifadesi yetersiz görülerek sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukukî sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa teşvik edilmesi düzenlenmiş, cümle uzatılmıştır. Ancak, bu değişikliğe ihtiyaç duyularak önemli görülmüş ve uygulamanın gerçekten bu ifade eklenerek düzeleceği ve sorunun da çözüleceğine inanılmışsa, “sulh ve arabuluculuğa teşvik eder” şeklinde aynı yönde ifadelerin yer aldığı, basit yargılama usûlünde ön incelemeyi düzenleyen 320. maddede neden böyle değişiklik yapılarak açıklama getirilmemiştir? Bu hükümleri uygulayan mahkemeler, yazılı yargılama usûlünde özensiz davranırken basit yargılama usûlünde daha özenli mi davranmaktadır? Bu noktada, basit yargılama usûlünde hüküm olmayan hallerde yazılı yargılama usûlü hükümlerinin uygulanacağını (m. 322) söylemek de mümkün olmaz. Çünkü, burada basit yargılamada özel düzenlenen açık bir hüküm vardır. Kanun koyucunun birinde düzenleme yapıp diğerinde yapmaması halinde özel hüküm olması sebebiyle atıf hükmünden yararlanılamaz. Bu durumda yazılı yargılama usûlünde sulh ve arabuluculuğa teşvik daha uzun cümleler ve açıklama ile yapılırken basit yargılama usûlünde ise sadece basit bir teşvikle yetinileceği gibi, hukuken ve mantıken izahı zor bir durum ortaya çıkacaktır. Görüldüğü üzere değişiklik hem gereksiz hem de özenli hazırlanmadığını gösteren şekilde çelişkili ve eksiktir.

**İddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi hakkındaki değişiklik (m. 141):** Bugüne kadar iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi dilekçelerin verilmesine kadar, ancak belirli ölçüde de ön inceleme aşamasında mümkündü; hatta ön inceleme duruşmasına mazeretsiz gelmeyen aleyhine de adeta bir yaptırım hükmü olarak gelen tarafın iddia ve savunmasını serbestçe genişletmesi ve değiştirmesi esası kabul edilmişti. Yapılan değişiklikle, artık iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi dilekçelerin verilmesinden sonra mümkün değildir. Bu düzenleme, değişikliğin genelindeki mahkeme ve hâkim merkezli bakış açısının bir sonucudur. Adeta mahkemeyi bir yükten kurtarmak düşüncesi ile tarafların ön incelemedeki durumlarını takipten vazgeçilmiştir. Bu değişiklik aynı zamanda ön incelemede mümkün olduğunca tarafları birlikte bulundurma düşüncesini de zayıflatacaktır. Bunun dolaylı olarak sulh ve arabuluculuk aleyhine olduğu da göz ardı edilmemelidir. Zaten özellikle mahkemelerce gereği gibi yürütülmeyen ön inceleme iyice şekli bir aşama haline gelecektir. Oysa ön inceleme HMK ile kabul edilen en önemli müesseselerden biridir. Söz konusu değişiklik doğru uygulamak yerine, yanlış uygulamayı kanunlaştırma eğiliminin sonucu olan bir değişikliktir.

**Tahkikat ve sözlü yargılamaya davet hakkında değişiklik (m. 147):** 1086 sayılı HUMK döneminden beri sözlü yargılama -gereği gibi uygulanmasa da- ayrı bir yargılama kesiti olarak kabul edilmekte, bu aşama için tahkikatın tamamlandığı belirtilerek tarafların davet edilmesi aranmaktaydı. Uygulamada sözlü yargılama aşaması için davinin duruşmada da gün verilerek yapıp yapılamayacağı veya daha önceki ihtarathı davetiyenin burada da geçerli olup olmayacağı gibi tartışmalar olsa da Yargıtay özellikle Hukuk Genel Kurulu kararlarıyla bu sorunu çözmüştü. Yargıtay tarafından zaten çözülen ve doktrininde de tartışma konusu olmayan sorun, hâkimlerin bilgi ve ilgi eksikliği ile tecrübesizlikleri, bazen de yersiz ısrarları sebebiyle, zaman zaman yanlış uygulanmaktaydı. Yapılan değişiklik adeta bu yanlışlığa meşruluk kazandıran bir değişikliktir. 147. maddede yapılan bu değişiklikte birlikte, ön incelemeden sonra tahkikat ve sözlü yargılama için birlikte davet yapılacaktır. Bu değişikliğin hukuk ötesinde mantıkî tarafı da yoktur. Çünkü, henüz tahkikat yeni başlamışken, ne kadar süreceği belli değilken, yargılamanın bir sonraki ve henüz başlamamış bir aşı-

ması olan sözlü yargılamaya ön incelemeden sonra davetin anlamı da yoktur. Bu değişiklik yine sıklıkla yapılan mahkeme merkezli, mahkemeleri dosyayı takip ve davetiye çıkarma sorumluluğundan kurtarma, yanlış uygulamaya meşruluk kazandırma değişikliğidir. Bu değişiklik sonucu, bundan sonra tarafların bir yargılama kesitinden diğerine ne zaman geçildiğini takip de oldukça zorlaşacaktır. Hâkim tahkikatın bir anında daha önce zaten davet ettiğini belirterek sözlü yargılamaya geçebilir. Sözlü yargılamanın, sözlülük, doğrudanlık, hukukî dinlenme hakkı, silahların eşitliği gibi ilkelerle yakın ilgisi olması sebebiyle, yapılan değişikliğin anayasal bakış açısıyla ve adil yargılanma hakkıyla da sorunlu olduğu söylenebilir.

**Ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılması hakkında değişiklik (m. 149):** Daha önce ancak tarafların rızasıyla ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma ve duruşmada gerçekleştirilecek (taraf, tanık, bilirkişi, uzman dinlenmesi gibi) işlemlerin yapılması mümkünken, yapılan değişiklikle, taraflardan birinin talebiyle ya da mahkemece re'sen ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılmasına karar verilebilecektir. Teknolojik gelişmelerin ve kolaylıkların yargılamada kullanılması elbette önemlidir ve takip edilmelidir. Zira bu sayede taraflar ve vekilleri önemli zaman ve masraf tasarrufu sağlayacaktır. Bu da yargılamanın daha ucuz ve hızlı olmasını sağlayacaktır. Bunun yanında istinabe gibi doğrudanlık ilkesine aykırı, köhne bir sistemin yerine tam olmasa da taraf, tanık, bilirkişi ve hâkimi karşı karşıya getiren sistem elbette tercihe şayandır. Ancak unutulmamalıdır ki, yargılamanın birçok, hatta neredeyse tüm ilkelerinin tezahür yeri duruşmalardır. Keza adli gelenekler de yine çoğunlukla duruşmalarda kendini gösterir. Yargılamanın ciddiyeti, hukuk mesleklerinin icrası, taraf ve üçüncü kişilerin yargıya duydukları güven ve yine birçok husus duruşmalarda ortaya çıkar. Bu nedenle birdenbire tarafların muvafakati olmaksızın ses ve görüntü aktarımı yolu ile duruşma yapılmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Uygulamada hukuk davalarında henüz ses ve görüntü aktarımı yolu ile duruşma yapılmamışken, birdenbire tarafları muvafakatini aramaksızın bunun yapılabilmesine ilişkin düzenleme, bu konunun yeterince tartışılmamasından kaynaklanmaktadır. Hukukumuzda henüz ses ve görüntü yolu ile duruşma yapılmasının olumlu ve olumsuz yönleri yaşanmamış, etraflıca incelenmemiş ve tar-

tışılmamıştır.<sup>24</sup> İlk duyuşta kulağa hoş gelse de bu düzenleme birçok sorunu beraberinde taşımaktadır. Özellikle bu sorular çözülmeyen bu yönde bir genel düzenleme yapılarak, gerisinin yönetmelik hükümlerine bırakılması isabetli değildir.

Salgın dönemi sırasında mahkemelerin ses ve görüntü nakli yoluyla yapılabilecekleri duruşmaları normal zamanlarda yapılacak olanlarla karıştırmamak gerekir. Çünkü salgın döneminde mahkemelerin tarafların duruşmaya daveti hemen hemen imkânsızdı. Bu durumu genel olarak değerlendirmek isabetli olmaz. Almanya'da bazı eyaletlerde mahkemeler salgın nedeniyle bu tür duruşmalar gerçekleştirmiştir. Keza İsviçre'de de salgın dönemine özgü tedbirler içinde ses ve görüntü nakliyle duruşma kabul edilmişse de bu konuda özel düzenleme yapılmıştır.<sup>25</sup> Belki salgının bu konuda en önemli yönü, ses ve görüntü nakli yolu ile gölgede kalmış bir düzenlemeyi hatırlatmış ve hayata geçmesini sağlamış olmasıdır.

Ses ve görüntü nakli yolu ile duruşma yapılması uygulamasına belirli uyumsuzluklarla başlanması ve hatta pilot uygulama içindeki olumlu ve olumsuz yönlerin tespiti çok önemlidir. Yine bu konuda yeterli alt yapı ne kadar sağlanmış ve sağlanacaktır bu şimdilik bilinmemektedir. Aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklar, basit alacaklar hakkında yapılacak uyumsuzluklar bu konuda tercih konusu olabilir. Bunun yanında ses ve görüntü nakli ile yapılması son derece zor işlemler de vardır. Örneğin tanığın dinlenilmesi ya da keşif yapılması pek çok zorluğu beraberinde getirmektedir. Tanık evinde tek başına oturur-

<sup>24</sup> Alman hukukunda bu konuyla ilgili ciddi monografiler ve makaleler yayınlanmıştır. Örneğin, A. Nissen, Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess, 2004; S. Rebehn, "Mehr Online –Verfahren vor Arbeits-und Sozialgerichten", DRiZ 2020, s.164 vd.; M. Fuhlrott/S. Oltmanns, Virtuelle Arbeitsgerichte-Verhandlungen im Homeoffice, ArbRAktuell 2020 s. 222 vd. Bu yıl Temmuz ayında ilk kez Berlin'de ses ve görüntü nakli yolu ile duruşma denenmiştir.

<sup>25</sup> Covid-19 salgını döneminde İsviçre geçici bir tedbir olarak belirli süre duruşmaların elektronik yolla da yapılmasına imkân tanımakla birlikte, bu geçici düzenlemenin dahi sınırlarını çizmiş, istisnai ve geçici olan bu yolun çerçevesini belirlemiştir. İsviçre'de geçici bir dönem için gösterdiği hassasiyete, maalesef yapılan değişiklikte rastlamak mümkün değildir. Bu konuda bkz. Buse Dişel, İsviçre Hukukunda Covid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medenî Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi, Lexpera Blog (<https://blog.lexpera.com.tr/isvicre-hukukunda-kovid-19-sebebiyle-yargida-alinan-tedbirler-ozellikle-medeni-yargidaki-duzenlemeler-ve-bu-duzenlemelerin-ulkemiz-acisindan-degerlendirilmesi/>) (22.05.2020)



ken dinlenebilecek midir? Yanında başka biri olacak mıdır? Bu nasıl kontrol edilecektir? Bu tür yapılan duruşmalarda tutanak düzenlenip düzenlenmeyeceği, tutanakta tarafların imzasının yer alması gerekiyorsa, bu imzanın nasıl sağlanacağı, yemin ya da hükmün açıklanması gibi tarafların ayağa kalkmalarının gerektiren prosedürün nasıl yerine getirileceği, hatta tevkil olup olamayacağı, belge ibrazı gerektiğinde bunun nasıl gerçekleşeceği gibi birçok konu ciddi olarak tartışılması gereken hususlardır. Avukat cübbe giymeden duruşmaya katılabilecek midir? Bu konuda yabancı doktrinde tanığın ses ve görüntü kaydı yolu ile dinlenilmesini doğru bulmamakta ve eleştirmektedir. Mahkemenin ciddiyeti, hâkimin duruşmadaki tavrı ve salonda bulunan kişilerin varlığı, tanığın ifadesinde önemli bir ciddiyet katmaktadır. Bulunduğu yerde dinlenecek olan tanık bu ciddiyeti gerçekten hissedecek midir?

Bu düzenlemenin uygulanabilmesi için teknik zorluklar da aşılmalıdır. Özellikle teorik olarak mümkün olsa da acaba taraflar böyle bir teknikle donatılmış mıdır? Bu uygulama sadece avukatlar bakımından mı geçerli olmalıdır?

Alman Usul Kanununun 128 a maddesine göre ses ve görüntü aktarımı yolu ile duruşma yapılması için tarafların muvafakati gerekir. Bir tarafın bu yöndeki talebi yeterli değildir. Tarafların ikisinin de ses ve görüntü nakli yolu ile duruşma yapılmasını talep etmiş olmasının arandığı halde bile, bu şekilde duruşma yapılması aleniyet ilkesi ile doğrudanlık ilkesinin belli ölçüde ortadan kalkmasına yol açar. Yeni düzenlemede, tek tarafın talebinin yeterli görülmesi söz konusu ilkelerin daha fazla ortadan kalkmasına sebebiyet verir. Ayrıca bu şekilde gerçekleştirilen duruşmada aleniyet ilkesi sağlanabilecek midir? Doğrudanlık ilkesi bu şekilde kaldırılırken hâkimin tek başına karar vermesi isabetli midir? Yapılan değişikliklerle tüm bunlar görmezlikten gelinmiş, taraf eşitliği bozulmuş, gerçekten gerekip gerekmediği, şartları ve benzeri konulara ilişkin sınırlama konulmadan, teknik yeterlilik de bir kenara bırakılarak bir tarafın talebi ile ya da mahkemenin kararıyla ses ve görüntü nakliyle duruşma yapılması mümkün hale getirilmiştir.

Yapılan düzenlemenin hukukî sakıncaları ve doğuracağı tartışmalar yanında, fiilî sorunlar ve tartışmalara da yol açması kuvvetle muh-



temeldir. Örneğin, bir taraf ısrarla doğrudan duruşma yapılmasını ister, diğer taraf uzaktan katılacağını belirtirse ya da hâkim bir tarafın bu yöndeki isteğini kabul etmezse ne olacaktır? Taraflar ya da vekilleri ses ve görüntü nakliyle yapılan duruşmaya da mazeret beyan edebilecek midir? Bu durumda duruşma disiplini ile ilgili işlemler nasıl yapılacaktır? Bu duruşmalarda aleniyet ilkesinden kanunun açık hükmüne rağmen vaz mı geçilecektir? Hâkim taraflarla duruşmada sorun yaşadığını düşünerek bundan sonra duruşmaların ses ve görüntü nakliyle yapılmasına karar verirse ne olacaktır? Tarafların rızası olmadan yapılacak böyle bir işlemin daha birçok sorun doğuracağı açıktır.

Ayrıca, yapılan değişiklikte yargulamaların doğal ortamından çıkartılarak başka yerde yapılması da kolaylaştırılmaktadır. Keza, bu konudaki ayrıntıların yönetmelikle düzenlenmesi kabul edilmiştir. Oysa yargısal temel hakların tezahür alanı olan böyle bir konunun düzenlenmesi, en azından önemli noktaları kanunda belirtilmeden yönetmeliğe bırakılabilir mi? Bu hükmün de ağırlıklı olarak taraf ve avukat merkezli değil, mahkeme merkezli olduğu görülmektedir.

**Islahla ilgili yapılan değişiklik (m. 177):** Yapılan değişiklik ve fıkra eklemesi ile Yargıtay'ın bozma kararından ve bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine geldiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin işlem yapması halinde ıslahın da yapılabileceği, ancak bozma kararına uymakla oluşan durumun ortadan kaldırılamayacağı kabul edilmiştir. Bozmadan sonra ıslah olup olmayacağı, farkı içtihadı birleştirme kararlarıyla Yargıtay'ın farklı kararlarına konu olmuştur; ayrıca ıslahın kendisi de birçok yönden tartışılan bir müessesedir. Bunların yanında bozmaya uymakla doğan hak şeklinde ifade edilen (aslında hukukiliği tartışmalı) usûlî müktesep hak üzerinde de çok tartışma mevcuttur. Yapılan düzenleme bu kadar sorunlu ve tartışmalı hususu bünyesine alarak yeni bir sorun yumağı oluşturmuştur. Oysa bu konu, özellikle HMK'nın kabulünden sonra Yargıtay'ın verdiği kararlarla belirli ölçüde de açıklık kazanmaya başlayan bir konuydu. Soruna hiçbir katkı sağlamayacak olan yeni değişikliğin söylediği tek şey, bozmadan veya ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasından sonra da ıslah mümkündür. Bu da zaten öyle kabul edilen bir konuydu ve düzenlemeye gerek yoktu. Bu düzenlemeyle bozmanın veya kararı kaldırmanın esasa ya da usûle mi ilişkin olması gerektiği, hangi tahkikat işlemiyle bağlantılı olacağı

gibi tartışmaların ortaya çıkması muhtemeldir. Ayrıca düzenlemenin ifadesi de tartışmalara yol açacak niteliktedir. Nitekim “*bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukukî durum ortadan kaldırılamaz*” ifadesinin usûl hukukunda bir karşılığı bulunmamaktadır. Usûlî müktesep hak altmış yılı aşkın bir süredir uygulamada bilinmektedir. Bu ifade usûlî müktesep hakkı ne kadar kapsamaktadır? Usûlî müktesep hak dışında ortaya çıkan hukukî durum nedir? Bu soruların cevabı netleşinceye kadar uygulamada ciddî sorunların yaşanması kaçınılmazdır. Unutmamak gerekir ki, bu konu çok yakın zamanda bir içtihadı birleştirme kararına da konu olmuş; ancak Yargıtay genel kurulunca içtihadı birleştirmeye gerek bulunmadığı kanaatine varılmıştır. Bu kadar yakın zamanda varılan bu kanaate rağmen düzenleme yapılması doğru değildir.

Yeni düzenlemede, hükmün istinaf mahkemesinde kaldırılmasından ya da temyiz aşamasında bozmadan sonra ıslah yapılabileceği düzenlenirken önce Yargıtay’ın bozmasından, daha sonra bölge adliye mahkemesinin kararı kaldırmasından söz edilmiştir. Kanaatimizce bu ifadenin kanun yoluna başvuru sırasına uygun olarak, bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından veya Yargıtay’ın bozma kararından sonra denilmesi isabetli olurdu. Özellikle bölge adliye mahkemelerinin istinaf incelemesinden sonra dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermesinin yolu yeni hükümlerle oldukça kolaylaştırıldığından, bu sıra genellikle böyle olacaktır. Bu konuda söylenebilecek olan diğer bir husus, hâlâ bölge adliye mahkemesinde yapılamayacak işlemlerden bir tanesi ıslahıdır (m. 357/1). Eğer bölge adliye mahkemesinin kararı kaldırmasından ya da Yargıtay’ın bozmasından sonra ıslaha başvurulabiliyorsa, istinafta neden ıslah yoluna başvurulması yasak olarak muhafaza edilmiştir. Islahın bu düzenleme ile birlikte bölge adliye mahkemesinde de yapılabilmesi aynı koşullarla mümkün olabilmeliydi. Şimdiki düzenlemede ancak hüküm kaldırılıp ilk derece mahkemesine geldikten sonra bu mümkün olabilecek ve bu yasağın zaman kaybından başka bir sonucu olmayacaktır.

**Hükmün tamamlanması hakkında yapılan düzenleme (m. 305/A, 306):** Hükmün tamamlanması yönündeki düzenleme, davacının talep sonuçlarından bir veya birkaçı hakkında mahkemenin karar vermesi üzerine, bu eksikliğin tamamlanması amacıyla kabul edilmiştir. 7251 sayılı Kanun değişikliği ile HMK’da kabul edilen, esasen kanun değişikliği ile mümkün olan tek özgün ve yenilik getiren düzenleme

budur.<sup>26</sup> Bunun dışındaki diğer hükümler ya mevcut düzenlemeye ek ya da farklılaştırma veya sıklıkla belirttiğimiz üzere zaten bilineni tekrar çerçevesindeki değişikliklerdir. Ancak, bu yeni ve aslında yararlı hükmün de düzenleme yeri ve şekli sorun doğuracak niteliktedir.

Bu düzenlemenin amacı, hükümde unutulmuş eksikliğin mahkemece tamamlanmasıdır. Bir talep hakkında karar verilmemesi halinde tamamlama istenebileceği gibi, mahkemenin kendiliğinden karar vermesi gereken bir husus hakkında karar vermeyi unutmuş olması halinde de tamamlama istenebilir. Örneğin objektif dava biçiminde açılan bir davada taleplerden birisinin unutulması halinde hükmün tamamlanması istenebileceği gibi, uygulamada zaman zaman karşılaşıldığı üzere kendiliğinden yargılama giderlerine karar vermesi gereken mahkemenin bunu hükmünde unutmuş olması halinde de tamamlama istenebilecektir. Esasen bu noktada yerinde ve doğru bir düzenlemedir. Ancak, hükmün tamamlanması kendisi tavzihten bağımsız şekilde ayrı bir madde olarak düzenlenip usûlü bakımından tavzihle birlikte düzenlenmesi kendi içinde sorun doğuran bir yapı oluşturmaktadır. Uygun olan ya tavzihle birlikte, ama farkları belirtilerek düzenlenmesi ya da hem içeriği hem de usulünün ayrı düzenlenmesidir.

Hükmün tamamlanmasına ilişkin düzenleme tahkim hükümlerinden esinlenilerek Kanuna alınmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 437. maddesinin başlığı da "*Hakem kararının tavzihi, düzeltilmesi ve tamamlanması*"dır. Bu hükmün dördüncü fıkrasında göre;

*"Taraflardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, karşı tarafa bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu, talebi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını bir ay içinde verir. İcap ederse, bu süre hakem veya hakem kurulunca en fazla bir ay uzatılabilir".*

Bu yöndeki hüküm tahkim yargılamasında bir sorun oluşturmakta, kanun yoluna başvuru bakımından da karmaşa yaratmamaktadır. Zira hakem kararlarına karşı başvurulabilecek ilk başvuru yolu

<sup>26</sup> Bu yeni düzenlemenin temelinde de, Özekes'in 2017 yılındaki görüş yazısıyla belirttiği değişiklik önerisinin yattığı anlaşılmaktadır (Öztek/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 85)

olan iptal davası açma süresi bir ay; hakem kararının tamamlanmasını isteme süresi de yine bir aydır. Açılacak olan iptal davası bir aylık süreden sonra işlemeye başladığından, bu konuda bir sorun yaşanmamaktadır. Yine hakem kararına karşı hükmün tamamlanmasının sebebi, iptal davasında mahkemenin hakemlerin eksik bıraktığı talepleri tamamlayabilme imkânına sahip olmamasıdır. Böyle olunca hakemlerin bir aylık süre içinde hükmü tamamlamaları usûl ekonomisine de uygundur. Halbuki istinaf kanun yolunda bölge adliye mahkemesinin bu konuda karar verebilme imkânı bulunmaktadır.

Hükmün bu çerçevede değerlendirilmediğinden, en azından uygulamada bir süre ciddi sorunların yaşanmasına neden olacaktır. Muhtemel sorunların ilki, hükmeye karşı istinaf süresi iki hafta iken, hükmün tamamlanmasını isteme süresinin bir ay olmasıdır. İstinaf gibi çok daha ciddi ve titiz biçimde yazılması gereken dilekçe için iki haftalık süre öngörülürken, hükmün unutulmuş kısmı için daha kısa sürede yazılabilecek bir dilekçe için bir aylık süre öngörülmesi haklı bir gerekçeye dayanmamaktadır. Ancak her iki yola öngörülen süreler içinde ayrı ayrı başvurulacaktır. Fiilen bu süre içinde istinaf incelemesi tamamlanmasa da en azından aynı anda hükmün bir kısmı için kanun yoluna başvurulmuş, diğer kısmı ise ek hüküm olarak yeni ortaya çıkmış olacaktır. Sürelerin farklı oluşu kanun yoluna başvuru bakımından da bir sorun doğuracaktır. Her şeyden önce hükmeye karşı iki haftalık istinaf süresi, hak düşürücü bir süre olduğundan, taraflar hükmün tebliğinden itibaren iki haftalık süre içinde istinaf yoluna başvurmak zorundadır. Taraflardan birisi, ben bir aylık süre içinde nihai kararın tamamlanmasını isteyeceğim ve bundan sonra istinaf yoluna başvuracağım diyemeyecektir. Her iki süre ayrı ayrı işleyecektir.

İstinaf yoluna başvuran taraf, istinaf talepleri arasında hükmün eksik olduğunu istinaf sebebi yapabilecek midir? Bu konuda açıklık bulunmamaktadır. Zira bölge adliye mahkemesinin de eksik olan ya da re'sen karar verilecek bir eksikliği istinaf aşamasında tamamlaması mümkündür. Böyle bir talepte bulunmuş ise, bir aylık süre içinde yerel mahkemeden de hükmün tamamlanmasını isteyebilecek midir? İsterse bir derdestlik söz konusu olabilecektir. Bir taraftan istinaf incelemesinde bu eksiklik incelenirken, diğer taraftan ilk derece mahkemesine de ayrı bir başvuru yapılırsa, ilk derece mahkemesinin ne yapması gerektiği açık değildir. Kanaatimizce bu konuda bölge adliye mahke-

mesi kararları istikrar kazanana dek hem istinafa hem de ilk derece mahkemesine hükmün tamamlanması amacıyla başvurulması uygun olur. Zira her halde bu konuda son incelemeyi bölge adliye mahkemesi yapacaktır. İlk derece mahkemesinin hükmün tamamlanması talebi hakkında verdiği karar karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceğinden, hükmün tamamlanmasını inceleyecek olan yine bölge adliye mahkemesi olacaktır.

İstinaf yoluna başvuran taraf, istinaf sebebi yapmadığı nihai kararın tamamlanması talebini yerel mahkemeye yöneltirse, yerel mahkeme bu talebi inceleyerek bir karar verecektir. Bu sırada ilk verdiği nihaî karar istinaf edildiğinde, istinaf mahkemesinde ayrı sıra ve numara alacaktır.

Nihaî kararının eksik olması sebebiyle kendisine başvuru yerel mahkeme, bir aylık hak düşürücü süre içinde kendisine yapılan talebi reddederse, bu kararın ayrıca istinafı mümkün olacaktır. Buna karşılık kabul ederse, eksikliği tamamlamak için iki ihtimal söz konusu olacaktır. Yerel mahkeme eksikliği duruşma yapmadan tamamlayabiliyorsa, bu konuda kısa sürede karar verebilecektir. Örneğin eksik hesaplanan ya da unutulmuş yargılama giderlerine ilişkin eksikliği duruşma yapmadan tamamlayabilecektir. Buna karşılık eksikliğin tamamlanması tahkikatın yeniden devamını gerektiriyorsa, duruşma ve hatta duruşmalar yaptıktan sonra hükmü tamamlayabilecektir. Tamamlanan hükme karşı yeniden kanun yoluna başvurulabilecektir. Böyle bir durumda hükmün tamamlanmadan verildiği hali istinafta incelenirken, tamamlanmış halinin istinafta aynı dairede birleştirilmesi mümkün olabilecektir (HMK m. 357/1; 1661/1). Ancak bunun bazı hallerde mümkün olamayabileceğini de düşünmemiz gerekir. Özellikle unutulmuş ek talep hakkında ilk derece mahkemesinde duruşma yapılması gerektiğinde, bu konuda verilen ek karar istinaf edilinceye kadar, esas hüküm hakkındaki istinaf incelemesi tamamlanmış olabilir. Her halde ek karar istinaf mahkemesi için bekletici sorun oluşturmamalıdır.

Böyle bir duruma engel olunabilmesi ancak, nihaî kararın tamamlanması talep edilirse, bunun beklenerek istinafa gidilmesi biçiminde olabilir. Ancak böyle bir yolun açılması ihtimalinde hemen hemen tüm kararlara karşı hükmün tamamlanması talep edilerek yargılamanın daha da gecikmesine neden olunabilir.

Bu arada asıl hüküm ile tamamlanan hükümlerin ayrı ayrı kesinleşmesi ve iki ayrı ilâm gibi icraya konulması bakımından da sorunlar yaşanabilecektir Tahkimde ilgili hükümden sonra; “*Düzeltilme, tavzih ve tamamlama kararları, taraflara bildirilir ve hakem kararının bir parçasını oluşturur*” denilmiştir (HMK m. 437/5). Mevcut düzenlemede buna yer verilmediğinden iki ayrı hüküm gibi uygulama kamaşası çıkabilecektir. Keza tavzihten bağımsız bir düzenleme yapıldığından, asıl hükmün icrası aşamasında, hükmün tamamlanmasının mümkün olup olmadığı da açık değildir.

İstinaf sınırı altında kalan kararlar bakımından hükmün tamamlanmasının istenilebilmesi konusunda bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu konuda verilen karara karşı kanun yoluna başvurulamayacaktır.

Özünde doğru ve yerinde olmakla birlikte, tahkim uygulamasına benzer şekilde alınan düzenleme, yeteri kadar tartışılmadığı ve düzenleme yeri bakımından da sorunlu olması sebebiyle uygulamada pek çok zorluğa sebep olabilecektir. Tahkimde hakemlerin elinde çoğu zaman bir uyuşmazlık bulunduğundan, hükmü tamamlamaları kısa sürede gerçekleşebilmekte ve bu yöntem bir gecikmeye neden olmamaktadır. Buna karşılık mahkemelerin bu konuda iş yükünün çok olması ve zaman zaman dürüstlük kuralına aykırı biçimde hükmün tamamlanması talebiyle karşılaşmaları pek çok haksız ve ilgisiz talebin bu arada istenmesi, yargılamaların uzamasına neden olacaktır.

**İstinaf konusunda yapılan değişiklikler (değişiklikler içinde en sorunlu ve tehlikeli düzenleme) (m. 341, 353, 356, 358, 359):** Kanunda istinafla ilgili birkaç hükümden değişiklik yapılmıştır. Kanunda yapılan değişiklikler içinde belki de en sorunlu ve hatta sakıncalı değişiklik istinaf hükümleri arasında yer alan 353. maddede yapılan değişikliktir. İstinafla ilgili bu değişikliklere en önemsizinden en önemlisine doğru aşağıda değinilecektir.

İstinafla ilgili değişikliklerin bir kısmı, diğer birçok değişiklikte olduğu üzere, yine şekli veya içtihatla çözülen, çözülebilecek nitelikteki değişikliklerdir. Bu çerçevede 341. maddede (m. 341/1), şekli düzeltme ile ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararlarından hangilerine karşı istinaf yoluna başvurulacağı konusunda yapılan değişiklik bu şekildedir. Yine 356. maddeye eklenen fıkra (m. 356/2) ile istinafta nasıl



karar verileceğini düzenleyen hüküm böyledir. İstinafta nasıl karar verileceğine ilişkin bugüne kadar en azından bu açıdan önemli bir sorun bulunmamaktaydı. Kaldı ki, şayet bir düzenleme yapılması düşünülüyorsa zaten bilineni tekrar etmek yerine, daha açık ve kapsamlı bir fıkra da eklenerek muhtemel sorunlara da çözüm üretilmesi düşünülebilirdi. İstinaflarla ilgili yapılan diğer değişiklik olan 358. madde değişikliğinde (m. 358/1 ve 3) ise, özetle daha önce istinafta yapılacak duruşma gününe kadar masraf yatırılması mümkünken, şimdi bu konuda süre iki haftadan az olmayan kesin süreye bağlanmış, aksi halde dosyanın mevcut durumuyla karar verileceği kabul edilmiştir. Bu da süreye ilişkin şekli bir değişiklik olup gerekliliği ve arzulanan amacı sağlayıp sağlamayacağı da tartışmalıdır.

İstinaf konusunda önemli ve dikkate edilmesi gereken değişiklik ise iki hükümden karşımızda çıkmaktadır. Bunlardan biri 359. maddede, diğeri ve en sorunlu olanı ise 353. maddede yapılan değişikliktir. 359. madde değişikliği ile maddeye yeni bir fıkra (yeni 3. fıkra) eklenmiştir. Bu fıkra bölge adliye mahkemesinin, ilk derece mahkemesinin kararını doğru bularak istinaf başvurusunu esastan reddetmesi halinde, red gerekçesini sınırlı tutmasıyla ilgilidir. Buna göre "Bölge adliye mahkemesi, başvurunun esastan reddi kararında, ileri sürülen istinaf sebeplerini özetlemek ve ret sebeplerini açıklamak kaydıyla, kararın hukuk kurallarına uygunluk gerekçesini göstermekle yetinebilir". Bu düzenleme, bölge adliye mahkemelerinin başvuruyu esastan reddetmelerinde de gerekçe yazmalarını amaçlıyorsa, bu gereksiz bir çabadır. Çünkü, gerekçeli karar hakkı hem Anayasa'da hem de HMK'da açıkça düzenlenmiştir; buraya yazmanın bir anlamı yoktur. Ancak getirilen hüküm aslında taraf ve avukat merkezli yargılamanın mahkeme ve hâkim merkezli yargılamaya kaymasının bir sonucu; ayrıca istinafları küçük temyize dönüştürme tehlikesinin bir yansımasıdır. Bilindiği ve çokça eleştirildiği, adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkına uygunluğu tartışıldığı üzere, Yargıtay onama kararlarını çoğunlukla çok kısa gerekçelerle, hatta form gerekçelerle vermektedir. Eleştirilen bu anlayış, yapılan düzenleme ile şimdi istinaflara taşınmakta, yalnızca kanunî zemin hazırlanmaktadır. Yargıtay'ın bu konudaki uygulaması doğru değildir; ancak belirli ölçüde anlaşılabilir. Çünkü, Yargıtay hukukî denetim yapmakta, işin esasıyla ilgili bir karar vermemekte, maddî vakıaları, hukukî sebep ve usûlî gerekler dışında denetleme-



mehtedir. Ancak istinaf, denetim fonksiyonu yanında, aslında dar da olsa ikinci derecede yapılan bir yargılamadır. Bu sebeple istinafın gerekçesi de ilk derecedeki gibi tam olarak tartışıldıktan sonra verilmelidir. AİHM kararlarına da yansıdığı üzere, kanun yolunda talebin reddinde, talebin kabulü halinde olduğu gibi çok ayrıntılı gerekçe yazılması gerekli olmayabilir. Fakat bu her somut olaya göre değişeceği gibi, ayrıca gerekçenin aslî unsurlarından mahrum görünürde bir gerekçe de gerekçe olmayacaktır. Bu konuda düzenleme yapılmamış olsa, zaten esastan ret halinde, kabuldeki gibi bir gerekçe beklenmeyecek; ancak en azından istinaf talebi kabul edilmeyen tarafa makul bir gerekçe sunulmak zorunda kalınacaktır. Oysa şimdi, sayfalarca yazılan istinaf dilekçelerine karşı, belki matbu şekilde bir gerekçe ile red kararı verilmesine kanunî zemin hazırlanmaktadır. Bu eleştiriye karşı, eklenen fıkıyla gerekçede istinaf sebeplerinin özetleneceği, ret sebeplerinin açıklanacağı, kararın hukuka uygunluk gerekçesinin gösterileceğinin yazılı olduğu, bunun ise sakınca doğurmayacağı söylenebilir. Ancak burada can alıcı nokta ve sihirli kelime, fıkranın sonundaki “yetinilebilir” sözüdür. Özellikle gereği yokken böyle bir düzenleme yapılması karşısında uygulamamızın nelerle “yetinebildiği” herkesin malumudur. Düzenleme gerekli olmasa da mutlaka düzenlenecekse, en azından yetinilebilir yerine “göstermekle zorunludur” veya benzeri ifade kullanılması daha doğru olurdu.

7251 sayılı Kanun’la HMK’da istinafla ilgili değişiklikler arasında yapılan değişiklikler içinde en sorunlu, sistemi en çok tehdit edeni 353. maddenin birinci fıkrasının 6. bendinde yapılanıdır. Bu maddede istinaf aşamasında duruşma yapılmadan karar verilebilecek haller düzenlenmektedir. İstinafta da ilk derecedeki gibi kural, duruşma yapmak olmakla birlikte, istinafın özelliği ve işin niteliği gereği duruşmasız inceleme yapılacak haller ilk dereceden daha geniş tutulmuştur. Ancak, duruşmasız inceleme yapılacak hallere bakıldığında, çoğunluğu şekli şeyler olup ya dosya üzerinden hemen karar verilebilecek usûlî hususlar (m. 353/1-a) veya dosya üzerinden değerlendirme yapılabilecek ya da dosya üzerinden eksiklik giderilerek karar verilebilecek esasa ilişkin hususlardır (m. 353/1-b). Bu hükümlerden ilk grupta yer alan ve uygulamada istinaf mahkemeleri ile ilk derece ve Yargıtay arasında tartışma konusu olan hüküm m. 353/1-a-6 hükmüdür. Bu çerçevede 353. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinin (6) numaralı alt bendi

*“Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması.”*

şeklinde değiştirilmiştir. Yani *“hiç delil toplamama”* ve *“hiç değerlendirmeme”* yerine, uyuşmazlığın çözümünde etkili olacak ölçüde *“önemli”* ifadesi kabul edilmiştir. Hiç kadar kesin, açık ve matematikselsel olarak belirgin olan ifadeyle sorun çözemeyen uygulamanın, *“önemli”* gibi muğlak ve bu bendi geniş biçimde yorumlayabilecek hale getirmek haklı hiçbir(!) sebebe dayanmamaktadır. Bu değişiklik ile sadece bazı istinaf mahkemelerinin kanuna aykırı uygulamasına geri dönmüştür.

Bu bendin çok istisnaî hallerde uygulama alanının olması düşüncesiyle bu şekilde bilinçli olarak kabul edilmişti.<sup>27</sup> Bunun sebebi ise istinaf mahkemelerinin yüzyılı aşkın süredir uygulandığı ülkelerde,<sup>28</sup>

<sup>27</sup> İstinaf mahkemelerinin kurulmasına ilişkin tasarının tartışılması aşamasında, bu bent hakkındaki değerlendirmelerdir. İstinaf mahkemelerine ilişkin tasarının ve karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinin değerlendirilmesi amacıyla İstinaf Mahkemeleri konulu uluslararası 7-8 Mart 2003 tarihli toplantıda, Avusturyalı Prof. Klicka tarafından bu konuda şöyle bir öneride bulunulmuştu:

*“Değerli konuklar, son olarak sizleri bir konuda ikaz etmek istiyorum. Eğer istinaf mahkemeleri oluşturmaya karar verirseniz-ki buradaki koşulları tam olarak bilmememize rağmen ben bu mahkemelerin kurulmasından yanayım ve genel eğilime bakarak bunun doğru bir yol olduğunu düşünüyorum-lütfen bir hususa dikkat edin. Kuracağınız sistemde istinaf mahkemesinin mümkün olduğu kadar kendisinin karar vermesini sağlayın. İstinaf mahkemesinin kolay yolu seçerek bir alt mahkemenin kararını bozmakla ve tekrar birinci derece mahkemesine göndermekle yetinmeyip, karar verme yükümlülüğü duymasını sağlayın. Aksi takdirde dava birinci ve ikinci derece mahkemesi arasında gidip gelerek zaman kaybına neden olacaktır. Birinci derece mahkemesi bir karar alacak, buna karşı istinaf yoluna gidilecek, istinaf mahkemesi bir hata bulacak, ancak daha iyi ve daha doğru bir karar vermeyecek ve kararı bozup birinci derece mahkemesine göndermekle yetinecektir. Bu -tabiri caizse- kötü alışkanlık Avusturya’da çok yaygın hale gelmiştir. Kanun koyucu bu uygulamayı dikkatli bir şekilde engellemeye çalışmış, ancak yeterince başarılı olamamıştır ve dolayısıyla Avusturya’da uygulama alanında böyle bir sorunla karşı karşıya kaldık. Ben de Avusturya’nın bakışı açısından, etkin bir istinaf yolu oluşturulması için bu hususta sizleri ikaz etmek istiyorum”* Thomas Klicka, İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 51-52. Bu toplantıdaki tartışmalardan sonra benzer sorunları yaşamamak için bu bende *“hiç”* ve *“hiçbiri”* sözcükleri ilave edilmiştir. Şimdi ise, bu benzer sorunları yaşamak üzere bent tekrar değiştirilmiştir. Bir kanunun geçmiş ve geçmiş tartışmaları bilinmeden yapılan değişiklikler, tartışılıp terkedilmiş sorunlu hususların tekrar gündeme getirilmesi ve kabul edilmesine sebep olmakta, sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır.

<sup>28</sup> Örneğin bkz. Werner Hinz, *“ZPO Reform und Mietprozess”*, Neue Zeitschrift für

istinaf mahkemelerinin zaman içinde kolaya kaçarak ve hukuka aykırı bularak kaldırdığı kararların yeniden yargılama yapılması için ilk derece mahkemelerine gönderilmesi yönündeki eğilimin mevcut oluşu ve bunun önlenmesine ilişkin yakın zamanlarda düzenlemeler yapılmış olmasıdır. Özellikle istinaf mahkemelerinin amacına aykırı olan veya ilgisi olmayan gerekçelerle, bu bendin kapsamını genişletmek, istinaf mahkemelerinin kuruluş amacına aykırı olacak ve görevlerini de yerine getirememeleri sonucunu ortaya çıkaracaktır.

İstinaf, yeniden ele almak, hukuka aykırı bulunan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak ve yeniden yargılama yapılarak bir karar verilmesini gerektirmektedir. İstinaf mahkemelerinin asıl görevi bu olmakla birlikte, kanun koyucu sınırlı biçimde ve istisnaî olarak saydığı hallerde, kararın kaldırılmasından sonra dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine izin vermiştir.

Uygulamada sayı olarak yetersiz biçimde göreve başlayan bölge adliye mahkemeleri karşılaştıkları iş yükü karşısında bu hükmün uygulanmasını geniş yorumlamışlar ve kendilerince kanuna aykırı şekilde yaptıkları değerlendirmelerle “*delillerden birinin toplanmamış olması, delillerin hiç değerlendirilmemesidir*” gibi veciz sözlerle kararları kaldırıp dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermişlerdir.<sup>29</sup>

Bölge adliye mahkemelerinin bazı kararlarında da, asıl görevin denetim görevi olduğu ve istinaf mahkemelerinin dar anlamda istinaf mahkemeleri olması sebebiyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin asıl olduğu kabul edilmiştir.<sup>30</sup>

Mietrecht, NZM 2001/13, s. 605.

<sup>29</sup> “Çünkü davanın esasıyla ilgili gösterilen delillerden “birinin bile toplanmaması” HMK. 353/1-a.6 maddesi bağlamında gösterilen delillerin “değerlendirilmemesi” anlamını taşır.

Davanın esasını, çözümünü ve sonuçta verilecek kararı doğrudan etkileyecek nitelikteki delillerle ilgili hiç araştırma yapılmaması ya da delillerin sonuç elde edemeyecek derecede eksik toplanması arasında hiçbir fark bulunmamakta, uyumsuzluğun esasına ilişkin eksik delil, ihtilafı ve delil durumunu hiçlik noktasına getirmektedir. Bu durumun yönteminde giderilmesi, gereğinin yerine getirilmesi işlemi ilk derece mahkemesince yapılmalıdır Antalya BAM 10. HD, 21.10.2016, 2/3 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>30</sup> “Dolayısıyla hüküm kısmında diğer taleplerin reddine karar verilmiş ise de gerekçe fazla çalışma ücretine yönelik herhangi bir açıklama bulunmadığından gerekçe ile hüküm birbirleriyle çeliştiğinden fazla çalışma ücreti yönünden mahkeme olumlu-olumsuz şekilde gerekçenin belirtilerek ve delillerin değerlendirilerek buna uygun hüküm tesis edilmesi gerekmekte olup, bu durumda fazla çalış-

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrasına göre, kararın kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi, istinaf mahkemelerinin dar anlamda mahkemeler olmasıyla ilgilendirilemez. Dar istinaf ya da sınırlı istinaf, istinaf mahkemesini ilk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlı tutulmakta ve kararını ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesine dayandırmaktadır.<sup>31</sup> Başka bir ifade ile istinaf yargılamasında yeni vakialara dayanmak mümkün değildir. Bunun yanında istinaf mahkemesi istinaf dilekçesi ile ve burada belirtilen sebeplerle bağlıdır. Buradaki istinafta yeni vakıa getirilmesi yasaktır.<sup>32</sup> Bu anlamda Türk hukukundaki istinaf dar anlamda istinaftır.<sup>33</sup> İstinaf mahkemesinin verilen kararı sadece kaldırıp yeniden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine göndermesi biçiminde bir istinaf modeli kabul edilmemiştir.<sup>34</sup>

İstinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak hüküm verme yetkisi bulunmakla birlikte, bunun ilk derece mahkemesinin yerine geçerek hüküm verme olarak anlaşılmaması, denetim fonksiyonunun bir devamı olarak ve onunla sınırlı olarak anlamlandırılması gerektiği de istinaf sistemine uygun değildir.

Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin kararı, istinafın amacına ve kanundaki düzenlemeye son derece uygun örnek bir karardır.<sup>35</sup> Bu kararın Yargıtay'ın diğer daireleri tarafından da benimsenmesinden<sup>36</sup> ve bölge adliye mahkemelerinin Yargıtay kararlarıyla

---

ma ücretine ilişkin esasa yönelik delillerin hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması nedeniyle davanın esası incelenmeden ilk derece mahkemesi kararının ortadan kaldırılması ve davanın yeniden görülmesi için kararı veren mahkemeye gönderilmesi sonuç ve kanaatine varılarak aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur İzmir BAM 3. HD, 10.02.2017, 234/261.

<sup>31</sup> Ejder Yılmaz, İstinaf, Ankara 2005, s. 22; Muhammet Özekes, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2244-2245; Akkaya, s. 100.

<sup>32</sup> W. Rechberger/ D. Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 2010, s. 569; ayrıca Akkaya, s. 89.

<sup>33</sup> Nevhis Deren-Yıldırım, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı (7-8- Mart 2003), Ankara 2003, s. 269.

<sup>34</sup> Akkaya, s. 103 vd.

<sup>35</sup> 2. HD, 04.12.2917, 5594/13799 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>36</sup> "6100 sayılı HMK'nın 353. maddesinde bölge adliye mahkemelerince duruşma yapılmadan verilecek kararlar sayılmış olup, 353/1-a-6. maddesinde ilk derece mahkemesince, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde, esasa ilişkin inceleme yapılmaksızın kararın kaldırılmasına kesin olarak karar verileceği düzenlenmiştir. Anılan bu düzenleme ile bölge adliye mah-

doğru bir uygulamaya girmesi üzerine bu değişikliğin yapılması makul bir sebebe dayanmamaktadır.

Burada asıl ve en önemli sorun istinafların artık istinaf olmaktan çıkarak yerel birer temyiz makamına dönüşmesidir. Bölge adliye mahkemelerinden bundan sonra gerçek bir istinaf fonksiyonu beklenmemelidir; keza ilk derece mahkemelerinin de gereği gibi çalışmaması tehlikesi mevcuttur. Eğer istinaf mahkemeleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istisnai ve sınırlı olarak belirlenmiş olan (HMK m. 363/1-a) dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin kararları sınırlı hallerin ötesine taşıyarak verirse, bu istinaf mahkemelerini temyiz mahkemesi haline getirecek ve istinaf mahkemesi ile Yargıtay arasındaki farkı ortadan kaldıracaktır. Bu ise kanun koyucunun istinaf mahkemeleri ile arzuladığı sisteme aykırı olacağı gibi istinaf sistemine de aykırılık teşkil edecektir. Böyle bir uygulama usûl ekonomisine de ciddi biçimde aykırılık teşkil edecektir. Zira bu dosyaların ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi arasındaki gidiş ve gelişleri hem zaman kaybına neden olacak hem de istinaf mahkemelerinin asıl görevini yerine getirmemesi gibi bir sonucu ortaya çıkaracaktır.<sup>37</sup> Bu görüş sadece bizim görüşümüz değildir. Yukarıda (36 nolu dipnotta) ayrıntılı şekilde verilen Yargıtay kararının çok çarpıcı olan ifadelerini buraya almak yeterlidir:

---

kemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme sebepleri, buna bağlı olarak bu yönde ve kesin nitelikli bir karar verilebilmesinin koşulları sayılmış olup öngörülen sebepler arasında, mahkemece belirtildiğinin aksine, "delillerin eksik toplanmasına" yahut "inceleme yetersizliğine" yer verilmemiştir. Öte yandan HMK'nın 353/1-a-6 maddesinin, eksik delil toplanması veya delilin eksik incelenmesi halinde ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak dosyanın esas hakkında inceleme yapılmaksızın mahalline iadesini mümkün kıldığı şeklinde yorumlanması halinde, HMK'nın 371/1-ç bendine göre karara etki eden yargılama eksikliğinin bulunduğu durumlarda adli yargı teşkilatı içinde sadece Yargıtay'a tanınan eksik inceleme ve değerlendirmeye dayalı bozma yetkisine eşdeğer bir yetkinin bölge adliye mahkemesine de tanındığı sonucuna varılacaktır ki, herhalde, bu sonuca katılmak mümkün değildir." 11. HD, 24.06.2019, 3166/4784 (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı şekilde diğer bir karar için bkz.: 11. HD, 03.10.2019, 2290/6162 (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde diğer Dairelerin kararları için bkz. 2. HD, 09.05.2019, 7610/5740 (Kazancı İçtihat Bankası); 3. HD, 02.05.2019, 1447/4033 (Kazancı İçtihat Bankası); 8. HD, 17.09.2018, 14915/15730 (Kazancı İçtihat Bankası); 9. HD, 27.03.2017, 597/5190 (Kazancı İçtihat Bankası); 13. HD, 06.02.2019, 4983/1282 (Kazancı İçtihat Bankası); 20. HD, 18.12.2019, 1282/7600 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>37</sup> M. Taşpolat Tuğsavul, "İstinaf İncelemesinin Sonunda Verilebilecek Kararlar", *TBB D* 2018/Ocak-Şubat s. 318 vd.

*“Öte yandan HMK'nın 353/1-a-6 maddesinin, eksik delil toplanması veya delilin eksik incelenmesi halinde ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak dosyanın esas hakkında inceleme yapılmaksızın mahalline iadesini mümkün kıldığı şeklinde yorumlanması halinde, HMK'nın 371/1-ç bendine göre karara etki eden yargılama eksikliğinin bulunduğu durumlarda adli yargı teşkilatı içinde sadece Yargıtay'a tanınan eksik inceleme ve değerlendirmeye dayalı bozma yetkisine eşdeğer bir yetkinin bölge adliye mahkemesine de tanındığı sonucuna varılacaktır ki, herhalde, bu sonuca katılmak mümkün değildir”.*

Görüldüğü üzere, bizlerin öteden beri dikkat çektiği hususa, Yargıtay'da aynı şekilde çok açık ve tereddüte mahal vermeyecek şekilde dikkat çekmektedir. Doktrinin konuyla ilgili doğrudan çalışan uzmanlarının, yapılmasını yönündeki ısrarlarına, Yargıtay'ın bu kadar açık kararlarına, hatta değişiklik Bilim Komisyonu üyelerinin dahi bu ifade değişikliğinin de aslında sorunu çözecek yönü bulunmadığını<sup>38</sup> belirtmesine rağmen hâlâ daha aynı yanlışı sürdürmenin ne yararı olacaktır? Bu tespit de aslında başlangıçta yapmış olduğumuz sorunun tam tartışılmaması ve yargının bileşenlerinin görüşünün tam alınmaması yönündeki eleştiriyi haklı kılmaktadır. Çünkü, bu değişikliğin bazı istinaf hâkimleri dışında kimseyi memnun etmeyeceği açıktır. Doktrinde önemli şekilde bu hüküm eleştirilmektedir; bu değişiklik ilk derece mahkemelerinin yargılamaını sağlıklı yapmasına engel olacaktır, Yargıtay bu durumu kararlarıyla eleştirmektedir. Peki getirilen hüküm kime ve nasıl bir yarar sağlayacaktır? Oysa bu tür hükümler geniş katılımlı tartışılabilseydi, bu şekilde bir sağlıksız düzenleme yapılma ihtimali söz konusu olmazdı.

**İhtiyati tedbirler bakımından yapılan değişiklikler (m. 391, 394, 398):** Bu değişikliklerden 391. ve 394. maddelerde yapılanlar aslında çok önemli değildir. Zira tedbirin reddi kararının gerekçeli verileceği fazladan açıklanmıştır. Anayasa'ya göre zaten her türlü kararın gerekçeli olması gerekmektedir; bu husus hemen hemen her usûl kitabında ve tedbirle ilgili kitapta yazan bir şeydir. Yine bu değişikliklerin adeta mutad ve belki de en önemli amacı olan, başka da bir yenilik getirmeyen kanuna hüküm koyarak yanlış uygulamayı düzeltme çabasının sonucu olan bir hüküm getirilmiştir. Burada asıl önemli değişiklik tedbir kararlarına muhalefetin sonuçlarını düzenleyen ve yaptırım hük-

<sup>38</sup> Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 142-143.



mü olan 398. maddedeki değişikliktir. Hükümün Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinden sonra, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin de bir gereği olarak düzenleme yapılması ihtiyacı doğmuştur. Hüküm bu ihtiyacı karşılamaktadır.

### 3. Önemli Düzenleme İçermeyen, Lafzî ve Şeklî Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Yukarıda zikredilen ve önemli gördüğümüz değişiklikler dışında, diğer değişikliklerin ise ne sağladığı katkı ne yargılamaya getireceği bir yarar vardır. Yukarıda zikredilenlere önemli dememizin sebebi, bunların mevcuda göre farklılık taşımasından dolayı uygulamanın dikkatini çekmek içindir; esasen onların da çok büyük bir kısmı sorun çözmek yerine yeni sorunlar doğurmaya namzettir ve önemli ölçüde HMK yapısı ile uyumlu değildir. Zaten kategorik olarak ele aldığımız ve önemli diye ifade ettiğimiz değişikliklerin bir kısmı da, aslında ifade değişikliğinden öteye geçmemektedir; ancak müesseseleri birlikte ele aldığımız için birlikte değerlendirilmiştir.

Bu konuda örnek olarak üç maddede yapılan değişikliği ele almak istiyoruz. Bunlardan ilki 20. maddenin birinci fıkrasında yapılan değişikliktir. Maddeye kanunda öngörülen süre içinde dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi için gerekli başvurunun yapılmaması durumunda, davanın kanun gereği açılmamış sayılacağı ve mahkemenin bu konuda resen karar vereceği yönünde açıklayıcı bir cümle ilave edilmiştir. Görevsizlik kararı üzerine süresi içinde kararı veren mahkemeye başvurulmaması halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiği hukuk fakültesi üçüncü sınıf öğrencilerinin dahi bileceği basit bir bilgidir. Uygulamada bazı hâkimlerin bunu bilmiyor oluşu ve davanın konusuz kaldığından bahisle bir karar verilmesine mahal bulunmadığından söz etmeleri, bu kadar basit ve açık bir hususun kanuna yazılmasını gerektirmemelidir. Eğer uygulamada böyle bir sorun varsa, bilgi eksikliği giderilmeli ve önlem alınmalıdır. Her hâkimin hatasını düzeltmeye yönelik açıklamalar kanuna konulmamalıdır, konulamaz; bu sonu gelmez boşuna bir çabadır. Yargıtay içtihatlarıyla açıklığa kavuşmuş ve yeknesak bir uygulamaya geçilmesinden sonra bu eğitici eklemenin gereksiz bir çabanın sonucunu olduğu kanısındayız.



Daha önce yukarıda kanunlaştırma sürecindeki sorunlara değinirken belirttiğimiz üzere, 20. madde ile 331. madde arasında da uyum sorunu ve çelişki mevcuttur. Görevsizlik ve yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemlerle ilgili değişiklik yapılan 20. maddede, belirtilen işlemlerin süresinde yapılmaması halinde, hâkimin davanın açılmamış sayılmasına “re’sen” karar vereceği kabul edilmiştir. Bunun yanında esastan sonuçlanmayan davalarda yargılama giderlerini düzenleyen 331. maddenin 2. fıkrasında ise “Görevsizlik veya yetkisizlik kararından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmemiş ise talep üzerine davanın açıldığı mahkeme dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm eder.” denilerek, hâkimin işin esası hakkında re’sen karar verdiği bir konuda, yargılama giderleri bakımından tarafın “talebi” olup olmadığına bakması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Aynı konunun farklı yönlerini düzenleyen bir hükümde “re’sen” kararı, diğerinde “talep üzerine” kararı esas almak hukukî ve mantıkî anlamda bir çelişkidir. Zaten tarafın talebine ihtiyaç duyulan bir konuda, re’sen karar vermenin ne anlamı kalmaktadır? Mahkeme bir konuda karar verdiğinde yargılama giderlerine de ayrıca karar vermek durumundadır. Ancak 331. maddede açıkça talep arandığı (ve hüküm böyle kaldığı) için bunu nasıl yapacaktır? Unutmamak gerekir ki 7251 sayılı Kanunla 331. maddede bir değişiklik de yapılmıştır. Şayet bu hükme hiç dokunulmasaydı, belki unutulmuştur denilebilirdi; ancak hükümde önemsiz bir ifade çıkartılmış olmasına rağmen, asıl önemli hususun unutulmuş olması, değişikliklerle ilgili sürekli dikkat çektiğimiz kanundaki özen ve tartışma eksikliği ile ilişkili hükümlerin tipik yansımasıdır.

Bu konuda üzerinde durulacak diğer bir düzenleme ise, hâkimin reddi sebeplerini düzenleyen 36 maddenin (c) bendine, hâkimin daha önce aynı uyuşmazlıkta arabuluculuk veya uzlaştırmacılık yapmış olmasının eklenmesidir. Böyle bir hüküm bulunmasa da, bu husus zaten red sebebi olarak kabul edilecektir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 36. maddesinin ilk bendinde yer alan, “*hâkimin tarafsızlığından şüphelyi gerektiren bir hal bulunması*”, hâkimin arabulucu ya da uzlaştırmacı olması hali için de geçerlidir. Birinci bent genel bir hüküm olup ayrıca belirtilmeyen sebepler bu bent kapsamında değerlendirilebilecektir. Genel bir sebebin içinde tereddütsüz olarak yer alabilecek bu nedenin, ayrıca maddede yer alması gereksiz bir düzenlemedir,

faydalı fazlalık dahi sayılamaz. Kanun yapma tekniği bakımından da lüzumsuzdur. Şayet bu yol açılırsa, bundan sonra ret sebebi sayılacak her şeyin her kanun değişikliğinde kanuna eklenmesi gerekir.

Son örnek olarak vermek istediğimiz gereksiz bir düzenleme, 94. maddenin ikinci fıkrasına eklenen cümle ile ilgilidir. Bu cümleye göre, hâkim tayin ettiği sürenin kesin olduğuna karar verebilir. Bu takdirde hâkim tayin ettiği kesin süreye konu olan işlemi hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklar ve süreye uyulmamasının hukukî sonuçlarını açıkça tutanağa geçirerek ihtar eder. Kesin olduğu belirtilmeyen süreyi geçirmiş olan taraf yeniden süre isteyebilir; bu şekilde verilecek ikinci süre kesindir ve yeniden süre verilemez. Hâkimin tayin ettiği kesin süreye konu olan işlemi hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklaması ve süreye uyulmamasının hukukî sonuçlarının açıkça tutanağa geçirerek ihtar etmesi, zaten uygulamada tereddütsüz olarak uygulanmakta idi.<sup>39</sup> Uygulamada bu ihtarın yeri-

<sup>39</sup> Nitekim Yargıtay kararları tereddütsüz bu yöndedir. Örneğin, “6100 sayılı HMK’nın 90. maddesi gereğince; süreler, kanunda belirtilir veya hâkim tarafından tespit edilir. Kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, hâkim kanundaki süreleri artıramaz veya eksiltemez. Hâkim, kendisinin tespit ettiği süreleri, haklı sebeplerle artırabilir veya eksiltebilir; gerekli gördüğü takdirde, bu konudaki kararından önce tarafları da dinler.

Aynı yasanın 94. maddesi gereğince; kanunun belirlediği süreler kesindir. Hâkim, tayin ettiği sürenin kesin olduğuna karar verebilir. Aksi hâlde, belirlenen süreyi geçirmiş olan taraf yeniden süre isteyebilir. Bu şekilde verilecek ikinci süre kesindir ve yeniden süre verilemez. Kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar.

Kanun ya da hakim tarafından tayin edilmiş olan kesin süre içerisinde yerine getirilmeyen bir işlemin bu süre geçtikten sonra yerine getirilmesine yasal olanak bulunmamaktadır. Kesin süre içerisinde yerine getirilmeyen işlem bazen davanın kaybedilmesi sonuçlarını da doğurmaktadır. Davaların uzamasını veya uzatılmak istenmesini engellemek üzere konan kesin süre kuralı, kanunun amacına uygun olarak kullanılmalı, davanın reddi için bir araç sayılmamalıdır.

Bu nedenle de hakim tarafından kesin süre verilirken;

- 1-) Kesin süreye konu işlemin gerekli ve tarafların yerine getirebileceği bir işlem olması,
- 2-) Verilen sürenin işlemin yapılması için yeterli ve makul bir süre olması, duruşma gününe kadar kesin süre nedeniyle yapılacak işlem sonrası başka bir işleme gerek yok ise bu sürenin takip eden duruşma gününe kadar verilmesi,
- 3-) Yapılması gereken iş veya işlemler birer birer, varsa masraflarının da miktarıyla birlikte açıkça gösterilmesi,
- 4-) Sürenin kesin olduğu ve sonuçlarının tarafa açıklanması ile tarafların bu konuda açıkça uyarılmış olması zorunludur.” 14. HD, 23.05.2019, 11379/4700 (Kazancı İçtihat Bankası)

ne getirildiği pek bilinmese de tutanakta parantez içinde (ihtar edildi) yazılarak bunun gereğinin yerine getirildiği gösterilmeye çalışılıyordu. Hiçbir duraksamaya uğramadan uygulanan ve Yargıtay kararları ile de istikrar kazanmış olan bu hususun, ayrıca kanunda düzenlenmesi yapılan en gereksiz değişikliklerden birisi olmuştur. Uygulamada hiçbir tereddüt oluşturmayan bu hususun ayrıca kanun maddesi haline getirilmesi gereksiz bir çabadır. Bu çaba ile maddeye gereksiz bir cümle eklemekle kalmamakta, genel değerlendirmede de belirtildiği üzere kanun yapma tekniğine aykırı olarak uygulamacılara talimatnameye dönüşen, yönetmelik benzeri bir düzenleme sonucunu doğurmaktadır.

Bu örneklerden de hareketle 7251 sayılı Kanun'la 6100 sayılı HMK'da yapılan ve önemli sayılmayacak değişikliklerin ana özelliklerini şöyle ifade edebiliriz:

- Bu değişikliklerin bir kısmı, aslında zaten bilinen, açık olan hükümlerin açıklanması ya da uygulamada önemli ölçüde istikrar kazanmış Yargıtay kararlarında yerleşmiş olan hususların kanun maddesinde belirtilmesidir. Bugüne kadar içtihatla istikrarlı şekilde tereddüt edilmeyen uygulamalar, bundan sonra kanuna dayalı olarak yapılmaktan öte anlam taşımamaktadır.

---

“...6100 sayılı HMK'nın 94. maddesi uyarınca kesin sürenin hukuki sonuç doğurabilmesi için, buna ilişkin ara kararın hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık olması, taraflara yüklenen yükümlülüklerin neler olduğunun ve her iş için yatırılacak ücretin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklanması, miktarının net olarak belirlenmesi gerekir. Ayrıca verilen sürenin amacına uygun, yeterli ve elverişli olması, kesin süreye uymamanın doğuracağı hukuki sonuçların açık olarak anlatılması ve tutanağa geçirilmesi, bunlara uyulmaması durumunda mevcut kanıtlara göre karar verilip, gerektiğinde davanın reddedileceğinin açıkça bildirilmesi suretiyle ilgili tarafın uyarılması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır”.

3. HD, 02.12.2019, 2544/9555 (Kazancı İçtihat Bankası).  
Görüldüğü üzere Yargıtay kararları bu konuda çok açıktır. Bu kadar açık Yargıtay kararları karşısında, kanun değişikliği ile hangi sorun çözülmüştür sorusunun cevabı yoktur. Yargıtay kararlarında öteden beri tekrar edilen, çok açık olan ve istikrar kazanmış ifadeleri Kanuna geçirmenin kanun tekniğine uygun olduğu söylenemez. Bu kadar açık ve anlaşılır Yargıtay kararlarını uygulamayan hâkimlerden ve avukatlardan endişe ediliyorsa, aynı endişenin kanuna ne yazılırsa yazılısın kanun hükümlerini de uygulamayacaklarından endişe edilmelidir. Şayet bu yol izlenecekse, bundan sonra Yargıtay'ın tüm müstakar içtihatlarını kanun metinlerine geçirmek gibi, kanun tekniğine aykırı ve sonu da olmayan bir yol izlenmesi tehlikesi mevcut demektir. Bu tür değişiklikler yapılması halinde, kanun yapmakla değil, Yönetmelik yapmakla dahi başedilemez bir durum ortaya çıkacaktır.

- Bazı değişiklik hükümleri ise, kazuistik düzenleme şeklinde olup Yönetmelikle düzenlenecek ya da kanunun uygulanmasında somut olaya göre belirlenecek özel nitelikteki açıklama hükümleridir.
- Bazı değişikliklerde, ilginç bir yol izlenerek madde ya da fıkraların yeri değiştirilmiş, maddenin içinde ifadelerin yeriyle oynanmış, bununla da kanunda yeni bir şey yapıldığı ve sorunun çözüleceği izlenimi verilmiştir. Bu şekilde yeni bir şey yapılmadığı ve sorunlar çözülemeyeceği gibi; bu şekilde bir yerde gereksiz değişiklik yapılırken, başka bir hükümde benzer veya onunla uyumlu şekilde yapılması gereken değişiklik unutulduğundan, bu sefer hem çelişki doğmakta hem de yeni sorun ve tartışmalara kapı açılmaktadır. Bu da aslında zaten sorun çözmeyen gereksiz bir değişikliğin, durup dururken olmayan sorunlar doğurması demektir. Bu açıdan değişiklik reform adı altında sorun çözmek için yapılmışsa da aslında yeni sorunlar doğuran bir değişikliktir.
- Değişikliklerin bir kısmında, aslında ilgili maddeye bir fıkra eklenerek düzenleme yapılabilecekken, kanun sistematliğini, bir yönüyle kanun estetiğini bozacak şekilde hükümler getirilmektedir. Hatta bu yöntem, olumlu sayılacak değişiklikler için de yukarıda örnekleri verildiği üzere, yeni sorunlar doğuracak niteliktedir.
- Değişiklik yapılan maddelere bakıldığında, bir kısmının Anayasa Mahkemesi'nin iptali sebebiyle yapılan değişiklikler olduğu, bir kısmının zaten maddenin amacı ve anlamından çıkan değişiklikler niteliği taşıdığı, bazılarının değişikliğe kendi içinde uyum amacıyla yapıldığı, sevkedilen bazı hükümlerin yerinin ise aslında başka kanunlar olduğu görülmektedir.
- Bu tür değişikliklerin yapılması ile yapılmaması arasında çok büyük fark olmadığı gibi, değişikliğin esaslı bir sorun çözme özelliği de bulunmamaktadır; hatta belirttiğimiz üzere yeni sorunlar doğuracak niteliktedir.

Genel özellikleri bunlar olan önemsiz ve şekli değişiklikler üzerinde ayrıca durmayacağız. Bu konuda gerektiğinde daha önce Lexpera Blog'da yayınlanan makalemizden yararlanılmasını öneriyoruz.

## Sonuç

Yargı Reformu Paketi olarak ifade edilen kapsamda 7251 sayılı Kanun'la öncelikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, ayrıca usûl hükmü içeren diğer kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklik henüz Teklif halindeyken Lexpera Blog'da ayrıntılı bir çalışma yayınlamış ve en azından çok temel yanlışlardan dönülmesini, çelişkili ve faydasız, keza sistemi bozacak, sorunlu değişikliklere dikkat çekerek onlardan vazgeçilmesini umut etmiştik. Ancak o umut çoğu kez olduğu üzere boş bir umut olarak kalmış, karşılığını bulmamıştır. 7251 sayılı Kanun aslında yararlı bir değişiklik içermeden, hatta yeni birçok sorunu birlikte getirerek yürürlüğe girmiştir.

Yapılan değişikliğe bakıldığında gerçekten yenilik getiren, sorun çözen, evet bu sisteme katkı sağlayacaktır denilen bir değişiklik göze çarpmamaktadır. Aksine aleniyet ilkesiyle, belirsiz alacak davasıyla, ön incelemeyle, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesiyle, tahkikat ve duruşmanın ses ve görüntü nakliyle yapılmasıyla, ıslahla, sözlü yargılamayla, istinafla ilgili hükümlerde, mevcut sistemi bozacak ve sorun doğuracak değişiklikler yapıldığı söylenebilir. Bunların içinde özellikle istinafta yapılan değişikliklerle ilk derece-istinaftemyiz sistemi bozulacak, istinaflar birer küçük temyize dönüşecek, istinaf asıl işlevini kaybedecektir. Yapılan değişiklikler içinde tek yeni sayılacak müessese hükmün tamamlanmasıdır; onun da düzenleme yeri ve şekli uygulamada birçok soruna yol açacak niteliktedir.

Değişikliğin içeriği kadar hazırlanma süreci ve değişikliğin genel felsefesi de sorunludur. Öncelikle değişiklikte şeklen ve kâğıt üstünde görüşler alınmışsa da gerçek anlamda katılımcı bir yöntemle değişiklik hükümleri tartışılıp değerlendirilmemiştir. En son üç yıl önce alınan ve üzerinde tartışma yapılmayan görüşlerin değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Tartışma ve değerlendirme imkânının olmadığı en somut göstergesi, bu kadar önem atfedilen ve "reform" (!) olarak sunulan değişiklik Teklifinin, aslında hiçbir acelesi yokken ve temel sorunlar yerinde duruyorken, ilgili eleştiri ve önerilerin hiç dikkate alınmadan, çok farklı önceliklerin olduğu Dünyayı etkileyen bir salgın döneminde kanunlaşmasıdır. Keza 6100 sayılı HMK'nın kabulünden sonra, taraf ve avukat merkezli bakış açısı terkedilerek mahkeme ve hâkim bakış açısının hâkim olduğu değişikliklerin son halkası 7251 sa-

yılı Kanun'la yapılan değişikliklerdir. Bu sebeple değişiklik hem yöntem ve amaç hem de içerik olarak eleştiriye açıktır.

Bugün hukukumuzda gerçekten yararlı bir şey yapılmak isteniyorsa, en doğru şey bir süre kanun yapmamak, özellikle temel kanunlara dokunmamaktır. Bilhassa "reform" (!) adı altında yapılan değişikliklerin bir fayda sağlamadığı tecrübe ve somut göstergeleriyle sabittir; hatta bu reformlar faydadan çok zarar getirmekte, ileri götürmek yerine geriye götürmektedir. Şayet gerçekten yararlı ve yargılamaya katkı sağlayacak değişiklik yapılmak isteniyorsa, öncelikle neredeyse herkesin üzerinde mutabık kaldığı aslî, temel ve insan kalitesi ile ilgili hususlar öne alınmalı, ayrıca kanunların doğru uygulanmasına yönelik sorunlar çözülmelidir. Bugün Ülkemizde yeni kanun ihtiyacından çok, doğru uygulama ve doğru uygulayıcı sorunu vardır. Doğrudan uygulamaya yönelik olan usûl hükümleri konusunda, doğru uygulama ve doğru uygulayıcı daha da önem taşımaktadır. Bu gerçek görülmeden yapılacak kanun değişiklikleri, sorunları ötelemek, görmezlikten gelmek, eleştirileri bir süre başka yöne kanalize etmek dışında bir işe yaramamaktadır. Henüz dokuz yılı dolan temel ve hukuk uygulamasına yön veren yargılama kanununda (ortalama her altı ayda bir değişiklik anlamına gelecek) 18 değişiklik yapmanın izah edilebilir tarafı bulunmamaktadır. Bu değişikliklerle ne yargılamalar hızlanmış ne sorunlar çözülmüş ne de reform denilecek sonuçlar doğmuştur. Her değişiklik yeni bir sorunu da birlikte getirmektedir. Daha önceki değişiklikler bir sonuç vermediği gibi, 7251 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler de bir sonuç vermeyecek, hatta daha çok soruna yol açacak bir nitelik taşımaktadır. Gerçek bir hukuk devletinde kanunların sayısını artırmak değil, hukukun niteliğini artırmak önemlidir. Çünkü kanunlar arttıkça hukuk ve hukuka duyulan güvende azalma görülmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

Akkaya Tolga, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Ankara 2009.

Cüceloğlu Doğan, *Keşkesiz Bir Yaşam İçin İletişim Donanımları*, 2. Basım, İstanbul 2002.

Konca Kurt Nesibe, *Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Ankara 2009.

Nissen A., *Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess*, 2004.

Özekes Muhammet, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017.

Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/S. Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2019.

Rechberger W./Simotta D., Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 2010.

Yılmaz Ejder, İstinaf, 2. Baskı, Ankara 2005.

### Makaleler

Deren-Yıldırım Nevhis, Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı (7-8- Mart 2003), Ankara 2003.

Ercan İbrahim, Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler Çerçevesinde Küçük Alacakların Tahsili Konusunda Öneriler, *Selçuk Üniversitesi HFD* 2012/1 (C. 20).

Fuhlrott M./Oltmanns S., Vietuelle Arbeitsgerichte-Verhandlungen im Homeoffice, *ArbRAktuell* 2020, 222.

Klicka Thomas, İstinaf Mahkemeleri, Uluslararası Toplantı (7-8 Mart 2003), Ankara 2003.

Kramer Xandra E. [Çev. Ayşe Gülin Güralp], Avrupa'da Usul Hukukunun Yeknesaklaştırılmasına Yönelik Büyük Bir Adım: Avrupa Küçük Talepler Usulü, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009.

Özekes Muhammet, Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Yeni Takip Yolu (7155 sayılı Kanun'un Düzenlemesi), *İzmir Barosu Dergisi* 2018/3.

Özekes Muhammet, Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtay'ın 150. Kuruluş Yılı Dönümü Etkinliği, Yargıtay ve AYBÜ Hukuk Fakültesi, Ankara/6-7 Aralık 2018, (Toplantı Kitabı, Ankara 2019).

Özekes Muhammet/Atalı Muratı, 7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017 (Toplantı Kitabı: Edt. Ö.Ekmekçi vd., İstanbul 2018)

Özekes Muhammet, İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, XV. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, Tebliğ ve Tartışmalar Bölümü, Ankara 2018 (Adalet Bakanlığı Yayını).

Öztek Selçuk, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi", II. Oturum, 3. Bölüm, Tartışmalar, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2007 (TBB Yayını).

Öztek Selçuk/Taşpınar Ayvaz Sema/Kale Serdar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi, *TBB D* 2020 Temmuz-Ağustos (149).



- Pekcanitez Hakan, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Erozyon Süreci, TBBD 2017 (133).
- Pekcanitez Hakan, Reform Kurumları, XV. Dünya Usul Hukukçuları Kongresi, 25-28 Mayıs 2015, İstanbul 2016.
- Pekcanitez Hakan, Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanununun Değerlendirilmesi, TBBD 2019/144.
- Pekcanitez Hakan, Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Makaleler, C. I, İstanbul 2016.
- Rebehn S., Mehr Online –Verfahren vor Arbeits-und Sozialgerichten, DRİZ 2020, 164.
- Taşpolat Tuğsavul Melis, İstinaf İncelemesinin Sonunda Verilebilecek Kararlar, TBBD 2018 Ocak-Şubat (134).
- Werner Hinz, ZPO Reform und Mietprozess, Neue Zeitschrift für Mietrecht, NZM 2001/13.

### İnternet Kaynakları

- Dişel Buse, İsviçre Hukukunda Kovid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medenî Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi, Lexpera Blog (<https://blog.lexpera.com.tr/isvire-hukukunda-kovid-19-sebebiyle-yargida-alinan-tedbirler-ozellikle-medeni-yargidaki-duzenlemeler-ve-bu-duzenlemelerin-ulkemiz-acisindan-degerlendirilmesi/>) (22.05.2020)
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi, <https://blog.lexpera.com.tr/hmk-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifinin-2020-degerlendirilmesi/> (30.03.2020).
- HMK'da 7251 sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu, 06.08.2020 (<https://www.izmirbarosu.org.tr/HaberDetay/2127/hmk-da-7251-sk-ile-yapilan-degisiklikler-canli-yayinda-degerlendirildi>) (Erişim: 07.08.2020)

